



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

العلماء



عيد ميلاد
عمران

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

والله
سماحة آية الله العظمى
الحاج الشيخ عبد الله العبداني
قدس سره

مطبعة
جريدة الزمان
أحمد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

نهاية المقال في تكمله غايه الامال

كاتب:

ملا عبد الله بن محمد حسن مامقاني

نشرت في الطباعة:

مجمع الذخائر الاسلاميه

رقمى الناشر:

مركز القائميہ باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٤	نهايه المقال فى تكمله غايه الامال
١٤	اشاره
١٤	[مقدمة المؤلف]
١٥	[المقدمة الأولى فى معنى الخيار]
٢٠	[المقدمة الثانية فى أصالة اللزوم]
٤٠	[القول فى أقسام الخيار]
٤٠	اشاره
٤١	[الأول القول فى خيار المجلس]
٤١	اشاره
٤٣	[مسألة هل يثبت خيار المجلس للوكيلين مطلقا و نقل الخلاف فى المسألة]
٥٢	اهل يثبت خيار المجلس فيما إذا كان العاقد واحد عن اثنين أم لا
٥٥	[فى استثناء بعض الموارد التى قال بعض العلماء بعدم ثبوت خيار المجلس فيها]
٦٥	[مسألة لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع]
٦٦	[مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد]
٦٩	[فى مسقطات خيار المجلس]
٦٩	[فى سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه فى ضمن العقد]
٦٩	اشاره
٧٧	[فرع]
٧٨	[مسألة و من مسقطات خيار المجلس إسقاط هذا الخيار بعد العقد]
٧٨	اشاره
٧٩	[مسألة لو قال أحدهما لصاحبه اختر فإن اختار المأمور الفسخ فلا إشكال فى انفساخ العقد]
٨١	[مسألة و من مسقطات خيار المجلس افتراق المتبايعين]

- ٨١ اشارة
- ٨٩ [مسألة المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه]
- ٩٤ [مسألة لو أكره أحدهما على التفريق و منع من التخاير]
- ٩٧ [مسألة لو زال الإكراه فالمحكي عن الشيخ و جماعة امتداد الخيار بامتداد المجلس]
- ٩٩ مسألة و من مسقطات هذا خيار المجلس التصرف
- ٩٩ الثاني خيار الحيوان
- ٩٩ اشارة
- ١٠٣ مسألة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري
- ١٠٨ [عدم الفرق بين الأمة و غيرها في مدة خيار الحيوان]
- ١٠٨ [في أن مبدأ خيار الحيوان من حين العقد]
- ١١٢ [مسألة لا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة أيام]
- ١١٣ [مسألة مسقطات خيار الحيوان]
- ١١٣ الأول اشتراط سقوطه في عقد خيار الحيوان
- ١١٤ الثاني من مسقطات خيار الحيوان إسقاطه بعد العقد
- ١١٤ [الثالث من مسقطات خيار الحيوان التصرف]
- ١١٧ الثالث خيار الشرط
- ١١٧ اشارة
- ١١٩ [مسألة لا فرق بين اتصال زمان الخيار بالعقد أو انفصاله]
- ١٢١ [مسألة لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة و بين عدم ذكر المدة أصلاً]
- ١٢٤ [مبدأ خيار الشرط من حين العقد]
- ١٢٥ [مسألة صحة جعل الخيار للأجنبي]
- ١٢٥ اشارة
- ١٢٦ [فروع لم يتعرض لها الماتن ترتبط بخيار الشرط]
- ١٢٧ [مسألة جواز اشتراط الاستيمار للمتبايعين]

- ١٣٠ [مسألة من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه]
- ١٣٠ اشارة
- ١٣٢ [ذكر ثمانية أمور متعلقة بهذه المسألة]
- ١٣٢ [الأمر الأول وجوه متصورة في اعتبار رد الثمن الثمن في بيع الخيار]
- ١٣٦ [الأمر الثاني الثمن المشروط رده إما في الذمة أو معيناً]
- ١٣٧ [الأمر الثالث رد الثمن في هذا البيع مقدمة لفسخ البائع أم لا]
- ١٣٨ [الأمر الرابع من مسقطات البيع الخيارى سقوط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد]
- ١٤٣ [الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري سواء كان قبل الرد أو بعده]
- ١٤٦ [الأمر السادس في تسلط البائع على الفسخ برد الثمن]
- ١٤٧ [الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن فاللازم رد جميع الثمن]
- ١٤٧ [الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد المثل]
- ١٤٨ [عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و خروج الإيقاعات عن عموم المذكور و البحث في ثبوته و عدمه في العقود]
- ١٥٨ [الرابع خيار الغبن]
- ١٥٨ اشارة
- ١٦٦ [مسألة اشتراط أمران في خيار الغبن]
- ١٦٦ [الأمر الأول جهل المغبون بالقيمة]
- ١٧٠ [الأمر الثاني كون التفاوت فاحشاً]
- ١٧٠ اشارة
- ١٧١ [بقي هنا شيء و هو أن المناط في الضرر الموجب للخيار كون المعاملة ضرورية و كيفية تصوير الغبن من الطرفين]
- ١٧٣ [مسألة ظهور الغبن شرط شرعى أو كاشف عقلى]
- ١٧٤ [مسقطات خيار الغبن]
- ١٧٤ [الأول إسقاطه بعد العقد]
- ١٧٥ [الثاني من مسقطات خيار الغبن اشتراط سقوطه في متن العقد]
- ١٧٦ [الثالث من مسقطات خيار الغبن تصرف المغبون]

- ١٧٨ الزابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون
- ١٧٨ اشارة
- ١٨٦ [بقي الكلام في حكم تلف العوضين و تصرف الغابن فيما وصل إليه]
- ١٨٩ [في جريان خيار الغبن في كل معاوضة مالية]
- ١٩٠ [في أن خيار الغبن على الفور أو التراخي]
- ١٩٠ اشارة
- ١٩٣ [في أن المراد بالفورية هي الفورية العرفية]
- ١٩٤ [الخامس خيار التأخير]
- ١٩٤ اشارة
- ١٩٩ [في شروط خيار التأخير]
- ٢٠٨ [في مسقطات خيار التأخير]
- ٢١٠ [خيار التأخير على الفور أو التراخي]
- ٢١١ [لو تلف المبيع بعد الثلاثة كان من البائع]
- ٢١٤ [في خيار ما يفسد ليومه]
- ٢١٨ [السادس خيار الرؤية]
- ٢١٨ اشارة
- ٢١٩ [امسألة مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة]
- ٢٢٣ [في خيار الرؤية و أنه فوري]
- ٢٢٤ [في مسقطات خيار الرؤية و أنه يسقط بالتصرف]
- ٢٢٦ [عدم ثبوت هذا الخيار ببذل التفاوت أو إبدال العين]
- ٢٢٦ [في ثبوت خيار الرؤية في غير البيع]
- ٢٢٦ [امسألة لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفة و قال المشتري قد اختلف]
- ٢٢٧ [امسألة لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول بطل]
- ٢٢٧ [السابع خيار العيب]

- ٢٢٧ اشارة
- ٢٣٠ [ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش]
- ٢٣٥ [فى مسقطات خيار العيب]
- ٢٣٥ [اموارد سقوط الرد خاصة]
- ٢٣٥ [الأول التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختيار الأرش]
- ٢٣٥ [الثانى من مسقطات خيار العيب التصرف فى المعيب]
- ٢٣٨ [الثالث من مسقطات خيار العيب تلف العين أو صيرورته كالتالف]
- ٢٣٨ اشارة
- ٢٣٨ [فرع فى أن وطى الجارية يمنع من ردها بالعيب]
- ٢٥١ [الرابع من مسقطات خيار العيب حدوث عيب عند المشتري]
- ٢٥١ اشارة
- ٢٥٤ [تنبيه العيب المانع من الرد تبعض الصفقة]
- ٢٥٩ [سقوط الأرش دون الرد فى موضعين]
- ٢٥٩ [الأول إذا اشترى ربوبا بجنسه فطهر عيب فى أحدهما]
- ٢٦٠ [الموضع الثانى فى سقوط الأرش دون الرد ما لو لم يوجب العيب نقصا فى القيمة]
- ٢٦٢ [ذكر بعض الأصحاب أمورا يسقط الرد و الأرش بهما معا]
- ٢٦٩ [مسألة فى أنه إذا باع شيئا معيوباً و لم يبينه]
- ٢٧١ [مسائل فى اختلاف المتبايعين]
- ٢٧١ [الأولى اختلاف المتبايعين فى موجب الخيار]
- ٢٧١ اشارة
- ٢٧٤ [فرع فى رد المعيب على الموكل إذا باعه الوكيل]
- ٢٧٥ [المسألة الثانية اختلاف المتبايعين فى مسقط الخيار]
- ٢٧٧ [المسألة الثالثة فى اختلاف المتبايعين فى الفسخ]
- ٢٧٧ [القول فى ماهية العيب و بيان بعض أفرادها]

- ٢٧٧ اشارة
- ٢٨٢ [الكلام فى بعض افراد العيب]
- ٢٨٢ [مسألة لا خلاف فى أن المرض عيب]
- ٢٨٥ [مسألة فى أن الحبل عيب فى الإمام]
- ٢٨٦ [مسألة فى الثبوبة أنها ليست عيبا فى الإمام]
- ٢٩١ [مسألة عدم الختان فى العبد الكبير من العيوب]
- ٢٩١ [مسألة عدم الحيض من العيوب]
- ٢٩٤ [مسألة فى أن الإباق من العيوب]
- ٢٩٥ [مسألة الثفل الخارج عن العادة فى الزيت و البذر من العيوب]
- ٢٩٨ [مسألة فى أن مطلق المرض من العيوب و أن بعضه يرد إلى سنة]
- ٣٠٥ [خاتمة فى ذكر عيوب متفرقة]
- ٣٠٩ [فى الأرش و تعريفه]
- ٣٠٩ اشارة
- ٣١١ [فى أن الضمان بعين بعض الثمن أو بمقدار منه]
- ٣١١ [فى أن معرفة كيفية الأرش بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب]
- ٣١٣ [فى تعارض المقومين و طريق تحصيل التفاوت بين القيمتين]
- ٣٤٠ [فى الشروط التى يقع عليها العقد]
- ٣٤٣ [فى شروط صحة الشرط]
- ٣٤٣ اشارة
- ٣٤٥ [أحد الشروط فى صحة الشرط كونه داخلا تحت القدرة]
- ٣٤٨ [الثانى من شروط صحة الشرط كون الشرط سائغا فى نفسه]
- ٣٤٨ [الثالث من شروط صحة الشرط أن يكون فيه غرض عقلائى]
- ٣٤٨ [الرابع من شروط صحة الشرط أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنة]
- ٣٤٤ [الخامس من شروط صحة الشرط أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد]

- ٣٧١ [السادس من شروط صحة الشرط أن لا يكون الشرط مجهولا]
- ٣٧٢ [السابع من شروط صحة الشرط أن لا يكون مستلزما لمحال]
- ٣٧٣ [الثامن من شروط صحة الشرط أن يلتزم به في متن العقد]
- ٣٧٤ [امسألة في حكم الشرط الصحيح و تفصيله و وجوب الوفاء بالشرط]
- ٣٧٤ اشارة
- ٤٠٠ [أو الكلام فيه يقع في مسائل الأولى في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي]
- ٤٠١ [المسألة الثانية في إجبار الممتنع عن الوفاء بالشرط و عدمه]
- ٤٠٢ [المسألة الثالثة في أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإجبار فيكون مخيرا بينهما أم لا يجوز له الفسخ إلا مع تعذر الإجبار]
- ٤٠٢ [المسألة الرابعة لو تعذر الشرط فليس للمشترط إلا الخيار]
- ٤٠٤ [المسألة الخامسة لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه بتلف أو بنقل أو رهن أو استيلاء]
- ٤٠٥ [المسألة السادسة في أن للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان قابلا للإسقاط]
- ٤٠٦ [المسألة السابعة في عدم تقسيط الثمن على الشرط]
- ٤١١ [القول في حكم الشرط الفاسد]
- ٤١٦ [الكلام في أحكام الخيار]
- ٤١٦ [امن أحكام الخيار أنه موروث بأنواعه و أنه غير متوقف على إرث المال]
- ٤١٦ اشارة
- ٤٢٠ [كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار]
- ٤٢٠ اشارة
- ٤٢٣ [أفرع فيما إذا اجتمع الورثة على الفسخ فيما باعه مورثهم]
- ٤٢٦ [امسألة لو كان الخيار لأجنبي فمات فهل ينتقل لوارثه أم لا]
- ٤٢٩ [أو من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار]
- ٤٢٩ اشارة
- ٤٣١ [امسألة هل يحصل الفسخ بالتصرف أو قبله متصلا به]
- ٤٣١ اشارة

- ٤٣٤ [فرع حكم من اشترى عبداً بجارية فقال أعتقهما]
- ٤٣٥ [أو من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار]
- ٤٣٥ اشارة
- ٤٣٧ [أفرعان الأول هل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين]
- ٤٣٨ [الثانى هل يجوز إجارة العين فى زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار]
- ٤٣٨ [مسألة المشهور أن المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل العقد]
- ٤٤٤ [أو من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار]
- ٤٤٩ [أو من أحكام الخيار أنه لا يجب على المتبايعين تسليم المبيع و الثمن فى زمن الخيار]
- ٤٤٩ اشارة
- ٤٤٩ [مسألة فى عدم سقوط الخيار بتلف العين]
- ٤٥١ [مسألة فى أنه لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونة]
- ٤٥٢ [القول فى النقد و النسيئة]
- ٤٥٢ اشارة
- ٤٥٥ [مسألة فى أن إطلاق العقد يقتضى النقد]
- ٤٥٩ [مسألة فى جواز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة]
- ٤٤٥ [مسألة فيما إذا باع بثمان حالاً و بأزيد مؤجلاً]
- ٤٧٣ [مسألة فى عدم وجوب دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل]
- ٤٧٥ [مسألة فى وجوب قبول الثمن إذا دفعه عند حلول الأجل]
- ٤٧٩ [مسألة فى عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه]
- ٤٨٤ [مسألة فى جواز بيع العين الشخصية بثمان مؤجل من بايعه و غيره]
- ٤٩٠ [القول فى القبض]
- ٤٩٠ اشارة
- ٤٩١ [مسألة القول فى ماهية القبض و بيان حقيقته]
- ٤٩١ اشارة

- ٥٠٢ فرعان الأول لو باع دارا أو سفينة مشحونة بأمتهه البائع و مكنه منها كان قبضا
- ٥٠٣ [الفرع الثاني فى قبض المكيل و الموزون و عدم جواز بيع المكيل قبل قبضه]
- ٥٠٦ [القول فى وجوب القبض]
- ٥٠٦ [مسألة فى وجوب تسليم كل من المتبايعين ما استحقه الآخر]
- ٥٠٨ [مسألة فى وجوب تسليم المبيع و تفريغه من أمواله]
- ٥١١ [مسألة لو امتنع البائع من التسليم]
- ٥١٤ [القول فى أحكام القبض]
- ٥١٤ [مسألة من أحكام الضمان انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض]
- ٥١٧ [مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين]
- ٥١٧ [مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]
- ٥٢٢ [فى حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه إلا تولية]
- ٥٣٣ [مسألة فيما لو كان له طعام على غيره فطالبه فى غير مكان حدوثه فى ذمته]
- ٥٤٥ تعريف مركز

نهاية المقال في تكمله غايه الامال

اشارة

نام كتاب: نهاية المقال في تكمله غايه الآمال موضوع: فقه استدلالى نويسنده: مامقانى، ملا عبد الله بن محمد حسن تاريخ وفات مؤلف: ١٣٥١ هـ ق زبان: عربى تعداد جلد: ١ ناشر: مجمع الذخائر الإسلامية تاريخ نشر: ١٣٥٠ هـ ق نوبت چاپ: اول مكان چاپ: قم- ايران ص: ١

[مقدمة المؤلف]

ص: ٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَ بِهِ تَقْتِي

الحمد لله الذي لا تحصى نعمه ولا تعد مواهبه والصلاة والسلام على أشرف رسله وأكرم بريته وعلى الأطهار المعصومين من أهل بيته سيما ابن عمه وصهره وخليفته والرحمة والرضوان على حملته شرعه وحافظي طريقته وبعد فيقول المفتقر إلى الله الغني عبد الله المامقاني عفى عنه ربّه ابن الشيخ مدّ ظله أنى بعد ما حررت مبحث الخيارات من منتهى المقاصد مستوفى سنة ألف و ثلاثمائة وست عشرة التمس سنة ألف و ثلاثمائة و اثنتين وعشرين بعض علماء بلدة خراسان أيام اقامتنا بها للزيارة حضره الشيخ الوالد العلامة أدام الله ظلاله وجعلني فدائه إتمام غايه الآمال و تحرير الخيارات على نسق تعليقه على مكاسب الشيخ المحقق العلامة الأنصاري الذي يقصّر عن وصفه الألسن والأقلام أنار الله برهانه وأعلى في الروضات مقرّه ومقامه وبيعه فاعتذر روي فداه بكثرة المشاغل وفور الشواغل وأجاب التماسهم بتشريفه إياي بالأمر الأكيد على تحرير تعليق على مصنف الشيخ المعظم له في الخيارات على نمط مكاسب غايه الآمال وبيعه فامتثلت بعد الرجوع من تلك السفرة امره المطاع وأتيت بالميسور معتذرا به عن المعسور مسميا إياه بنهاية المقال في تكمله غايه الآمال مستمداً من الملك المتعال أنه ولي ذلك والقادر عليه

[المقدمة الأولى في معنى الخيار]

قال الشيخ المصنف قدس الله تربته الزكية الخيار لغة اسم مصدر من الاختيار اللام في الخيار للعهد الذكرى حيث قال قبل ذلك القول في الخيار (-اه-) مریدا باللّام هناك الجنس والمراد هنا لفظ الخيار ثم ان كون الخيار لغة اسم مصدر من الاختيار مما صرح به جمع من أهل اللغة قال في الصحاح الخيار الاسم من الاختيار انتهى ومثله ما في القاموس والتاج واللسان وغيرها وقال في النهاية الأثيرية وفيه اي في الحديث البيعان بالخيار ما لم يتفرقا الخيار الاسم من الاختيار هو طلب خير من الأمرين أما إمضاء البيع أو فسخه (-اه-) ولكن ربّما يظهر من الفيومي في المصباح المنير خلاف ذلك حيث قال والخيرة اسم من الاختيار مثل الفدية من الافتداء والخيرة بفتح الباء من الخيار والخيار هو الاختيار ومنه يقال له خيار الرؤية ويقال هو اسم من تخيرت الشيء مثل الطيرة من تطير ويؤيده قول الأصمعي الخيرة بالفتح والإسكان وليس بالمختار انتهى المهمّ ممّا في المصباح ووجه المخالفة أنه جعل الخيار والاختيار شيئا واحدا وجعل الاسم منهما الخيرة ثم أكد ذلك بمقابلة ما ذكره بقول من قال ان الخيار اسم من تخيرت الشيء وأقول ان المصرحين بكونه اسم مصدر وإن كانوا جمعا كثيرين إلا ان ما ذكره النحاة في الفرق بين المصدر واسم المصدر يؤيد مقالة الفيومي أعني كونه مصدرا وذلك لأنهم ذكروا ان اسم المصدر هو الدال على الحاصل من المصدر كالغسل حيث أنه الحاصل من الاغتسال فكان لفظ الاغتسال مصدرا والغسل اسم مصدر وذكروا أيضا ان المصدر هو اللفظ الذي تجاوز فعله ثلثة أحرف وهو بزنة اسم حدث الثلاثي كغسل ووضوء بضمة أولهما في قولك اغتسل غسلا وتوضأ وضوءا فإن الغسل بزنة القرب والوضوء بزنة الدخول في قولك قرب قريبا ودخل دخولا ومن البين عدم وفاء شيء من الضابطين يكون الخيار اسم مصدر أما الأول فلان معنى الخيار ليس حاصلًا من الاختيار بل الاختيار فرع الخيار الذي هو عبارة عن السيلطنة على الفسخ وأما الثاني فلان الخيار ليس على زنة اسم الحدث الثلاثي بل هو على زنة اسم الحدث المزيد اعني الضرب الذي هو من مصادر باب المفاعلة فبان من ذلك كله ان مقتضى القاعدة كون الخيار مصدرا لاسم مصدر وان صرح جمع بكونه اسم مصدر فتأمل قوله طاب ثراه وغلب في كلمات جماعة من المتأخرين في ملك فسخ العقد

ظاهر العبارة وقوع النقل في لفظ الخيار وقد صرح بهذا المعنى فقيه آل يس (-قده-) حيث قال وشرعا حقيقة شرعية أو متشرعية ملك إقرار العقد للمازم وازالته بعد وقوعه (-اه-) وأنت خبير بان دون إثبات النقل في ذلك خرط القتاد بل الخيار لغة وعرفا وشرعا بمعنى الاختيار والتخير غايه ما هناك اختلافه باختلاف متعلقاته فالخيار في العقود عبارة عن التخير بين فسخها وإمضاءها وفي

غيرها عن التخيير بين طرفيه فاللفظ في كل من اللغّة و العرف و الشرع بمعنى المشيئة في ترجيح أحد الطرفين الجائزين لا انّ معناه لغّة ذلك و شرعا غير ذلك و لا- أقل من الشك في ثبوت النقل و أصالة عدمه من الأصول المحكمة في أمثال المقام و العجب من بعضهم حيث سلّم النقل و قال أنّه ليس من النقل الى المباين لأنّ معناه اللغوي ملك مطلق الأمر الأعمّ من فسخ العقد و غيره قوله طاب ثراه على ما فسّره به في موضع من الإيضاح

ص: ٣

لا يخفى عليك ما فى العبارة من المناقشة من حيث ان تفسير الفخر للخيار بملك فسخ العقد غير قابل لان يكون علة لنسبة التغليب إلى الجماعة و إنما كان يصح ان لو كان الفخر مفسراً للخيار بعنوان بيان مصطلح المتأخرين و عبارته خالية عن ذلك و إنما الموجود فيه (الإيضاح) بعد تعليل امتداد الخيار للوارث بامتداد المجلس الذى مات فيه احد المتبايعين بأنه مجلس ثبت فيه التخيير بين الفسخ و الإمضاء تخيير المجلس و كل مجلس ثبت فيه التخيير تخيير المجلس يمتد بامتداده و إنما يزول بمفارقتة أو إسقاطه هو قوله و إنما قلنا التخيير و لم نقل الخيار لان الخيار ملك الفسخ و هو يحصل للوارث بالموت فهو قبل المجلس المذكور و أما التخيير بين الفسخ و الإمضاء فمشروط بالعلم و الاستحالة تخيير الغافل انتهى فإنه ظاهره فى تفسيره الخيار باجتهاده من دون ان يبين مراد الفقهاء (-رض-) و قد كان حق التعبير ان يقول الماتن (-ره-) و غلب فى كلمات جماعة من المتأخرين منها الإيضاح فى ملك فسخ العقد

قوله طاب ثراه فيدخل ملك الفسخ فى العقود الجائزة و فى عقد الفضولى و ملك الوارث رد العقد على ما زاد عن الثلث و ملك العمية و الخالة لفسخ العقد على بنت الأخ أو الأخت و ملك الأمة المزوجة من عبد فسخ العقد إذا أعتقت و ملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب

غرضه بذلك الاعتراض على الجماعة بعدم كون تعريفهم مانعا و ربما أجاب عن ذلك فقيه آل يس بان المتبادر من العقد ما يقع مؤثرا لأثره المقرر له شرعا فلا يندرج فيه ما عدى الأخيرين بناء على توقف ترتب أثرها على إضاء من له الإضاء كما ان المتبادر من الملك فى لسانهم ما يكون حصوله ناشئا عن سبب خاص مملك للفسخ شرعا فلا يندرج ما قبل الأخير لاستناده فيه إلى عدم ذلك السبب لا إلى وجوده و أما ملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب فلا ضير فى دخوله و ان لم يكن ممّا يورث بعد ان يكون قابلا للإسقاط بناء عليه، لاند ذلك كاف فى اندراجه فى حقيقة الملك هذا كلامه علا مقامه و أنت خير بان ما ذكره من التبادر لو تم لاقتضى عدم اندراج ما عدى الأول و الأخيرين لا الأخيرين فقط لان العقد الجائر أيضا يقع مؤثرا لأثره المقرر له شرعا فإن كان لا بد من دعوى التبادر فليقرر بان المتبادر من العقد المضاف اليه الفسخ هو العقد الذى مقتضاه بالذات هو اللزوم لو لا المانع و ما عدى الأخيرين غير مقتضى للزوم لأنها بالذات (-كك-) لكن الإنصاف سقوط دعوى التبادر جميعا و الحق فى الجواب ان دخول ما ذكره من موارد ملك الفسخ إنما يقدر إذا قلنا بوقوع الثقل و ان غرض المفسر للخيار بملك فسخ العقد إنما هو بيان المعنى المنقول اليه و ليس (-كك-) لما مر من إنكارنا النقل من أصله

قوله طاب ثراه و لعل التعبير بالملك (-اه-)

لا يخفى عليك ابتداء ما ذكره من كون التعبير بالملك لبيان كون الخيارات للمعنونة من باب الحقوق لا الاحكام على كون المراد بالملك فى عبارة الإيضاح هو المعنى المصطلح عليه المستلزم لجواز الثقل إلى الغير و الإرث و نحو ذلك و ليس (-كك-) قطعا بل المراد به إنما هو المعنى اللغوى و هو التسلط فمعنى قولهم الخيار ملك فسخ العقد هو ان الخيار هو التسلط على فسخ العقد و أما التخيير بين الإجازة و الرد فى الفضولى و التسلط على الفسخ فى العقود الجائزة فمندرجان فى التفسير غاية ما هناك عدم تعرضهم لذلك هنا بل فى محل يلى بكل منهما و كون قسم من المشية فى ترجيح احد الطرفين على الآخر من قبيل الحقوق و قسم آخر من قبيل الأحكام ممّا لا مدخل له فى صدق التخيير لغه و عرفا عليه كما لا يخفى بقى هنا شىء ينبغى التنبه عليه و هو ان الخيار على ما عرفت عبارة عن السيلطنة على فسخ العقد و نقضه و قد ذكر بعضهم ان السيلطنة على الفسخ ليست بخيار نفسه بل هى من اثاره و احكامه و ان الخيار حق خاص و اضافة مخصوصة بين العقد و الأشخاص يستتبع اثارا منها السيلطنة على الفسخ ثم فرق بين الخيار و السيلطنة بأن الخيار من الحقوق يورث و يسقط بالإسقاط و السيلطنة كسائر الأحكام لا تورث و لا تسقط بالإسقاط ثم استشهد على تباينهما بأنه قد لا يكون لدى الخيار سلطنة على الفسخ لحجره و قد يكون لغير ذى الخيار سلطنة كما فى المستقبل بعد اقاله المقييل فان له الفسخ بناء على ان الإقالة فسخ فاذا تبين انفكاك كل منهما من الآخر ظهر تباينهما أقول ان ما ذكره ممّا لا معنى له بل الخيار

هو السِّلطنة على الفسخ و تفسير الخيار بالإضافة المخصوصة بين العقد و الأشخاص لا يوجب مغايرة الخيار للسِّلطنة على الفسخ و دعوى كون الخيار من الحقوق و السِّلطنة من الأحكام كما ترى فإنَّ السِّلطنة على الفسخ أيضا إضافة مخصوصة بين العقد و الأشخاص و كما أنه يورث الخيار و يسقط بالإسقاط فكذا السِّلطنة على الفسخ تورث و تسقط بالإسقاط و أما ما استشهد به على مغايرتهما من انفكاكهما ففيه أنَّ المحجور عليه له كلُّ من الخيار و السِّلطنة على الفسخ شأنًا و كونه محجورا عليه مانع من فعليَّة تأثيرهما و بعبارة أخرى كما أنَّ مقتضى الخيار فيه موجود و أمَّا يمنع من تأثير المقتضى مانع و هو كونه محجورا عليه فكذا له مقتضى السِّلطنة و يمنع من تأثيرها ذلك المانع لأنَّ مقتضى الخيار موجود مع المانع دون مقتضى السِّلطنة فإنَّ مقتضى كلِّ من الخيار و السِّلطنة أمَّا هو العقد مع بقاء المجلس أو كون المبيع حيوانا أو نحو ذلك و الفرض وجوده و كونه محجورا عليه مانع من تأثيره بالنسبة إلى كلِّ منهما و أمَّا تصوير السِّلطنة بالنسبة إلى المستقبل دون الخيار فإنَّ ثبوت نقل في لفظ الخيار و أنه باق على معناه اللغوي و هو المشيَّة في ترجيح احد الطرفين كما هو الحقُّ لصدق الخيار على سلطنة المستقبل بعد اقاله المقييل على الفسخ أيضا و ان قلنا بثبوت اصطلاح فيه و عدم إطلاقه على غير الخيارات المصطلحه لقلنا انَّ غاية ما هناك أعميَّة السِّلطنة من الخيار و ذلك غير ما يرومه ذلك البعض من تغايرهما ذاتا فتدبر جيِّدا

قوله طاب ثراه من الحقوق لا من الأحكام

قد كثر الكلام من المحققين في الفرق بين الحقِّ و الحكم و لكنهم لم يأتوا بضابط حاسم لمادَّة الإشكال يرجع إليه في تشخيص الصيغيات و لذا اشتباه الأمر في جملة من الموارد و ليس ذلك لقصور فيهم شكر الله تعالى مساعيهم بل هو لقصور المبحوث عنه حيث أنَّ الاصطلاحين غير مأخوذين من الشَّرع و لا جعل شيء منهما موضوعا لحكم في الكتاب و السنَّة و أمَّا هما اصطلاحان جريا على السنَّة المتأخرين و لذا لا حاجة لنا إلى تطويل المقال بنقل تمام ما قيل أو يقال و أمَّا نقصر في ذلك على الإجمال فنقول لا ريب في أنَّ الحقَّ و الحكم كلاهما مجعولان للشَّرع إلا أنَّ الحقَّ مرتبة ضعيفة من الملك لوحظ في جعله الشَّخص بحيث لا قوام له بدونه و الحكم لم يلحظ في جعله الشَّخص و لذا انَّ الأوَّل يورث و يسقط بالإسقاط دون الثَّاني و حيث أنه قد لوحظ الشَّخص في جعل الحقَّ كان أثر الملاحظة جعل ربط بينه و بين الشَّخص كالحبل الممدود بينهما فالحبل بيد الشَّخص و متى فكَّه من يده فأمَّا ان يكون على سبيل الأعراض و الإسقاط و أمَّا ان يكون على سبيل إعطاء الزمام بيد الغير فعلى الأوَّل يزول الحقُّ لفقد من يقوم به و يستحقَّه و على الثَّاني ينتقل إلى الغير و متى مات ذو الحقِّ قام وارثه مقامه و هذا بخلاف الحكم فإنَّه لم يلاحظ الشَّخص و لم يجعل الرِّبط بينه و بينه حتَّى يكون زمامه بيده يسقط بإسقاطه و ينتقل إلى الغير

ص: ٤

بنقله و إلى الوارث بموته فمثل حق الخيار و حق الشفعة و نحوهما قد لوحظ الربط بينه و بين الشخص فإذا أسقطه سقط و إذا نقل إلى الغير انتقل و متى مات انتقل إلى وارثه و هذا بخلاف حل الخبز و حرمة الخمر و كراهة الجبن و استحباب الهندباء و أمثال ذلك فإنه لم يلحظ الربط في جعل تلك الأحكام بينها و بين الشخص و ان كان توجه الخطاب بها إلى المكلفين ثم ان السقوط بالإسقاط و القابلية للانتقال إلى الغير بالنقل و إلى الوارث بالموت ليس من لوازم الحق دائما كما توهم ضرورة أنه قد يكون الربط في مقام الجعل ملحوظا بين الشخص و بين المَجْعول و مع ذلك لا يسقط بالإسقاط و لا ينتقل إلى الغير بالنقل و لا إلى الوارث بالموت أما المانع هناك كما في حق الاستمتاع أو لقوة الربط و العلقه كحق الربويّة و المولويّة و الأبوة بل مطلق أقسام الولايات فليس كل حق موروثا و ساقطا بالإسقاط و منتقلا بالنقل و لا كل ما لا ينقل و لا يسقط و لا يورث حكما فتلخص من ذلك عدم ضابط هناك و لا دليل على شيء من الكليتين فلا بد في كل مورد من متابعه الدليل و الله الهادي إلى سواء السبيل

قوله طاب ثراه و قد يعزّف بأنه ملك إقرار العقد و ازالته

هذا التعريف قد صدر من عدّة من الأواخر و أبدل كاشف الظلام الملك بالتسلط و الظاهر ان المراد واحد و زاد بعضهم التقييد بمدّة معلومة فقال و شرعا ملك إقرار العقد و ازالته بعد وقوعه مدّة معلومة و قد صدر ذلك من فاضل التنقيح و شيخ (- لك-) و سيد الرياض أيضا و اعترض على ذلك كاشف الظلام بأن التقييد بمدّة معلومة يقتضى الاختصاص بالمشروط فيه الخيار إلى أجل معلوم فيخرج مثل خيار العيب و يمكن المناقشة فيه بأن خيار الحيوان له مدّة معلومة و كذا خيار المجلس حيث انّ زمان الخيار زمان بقاء المجلس فكذا خيار العيب و الغبن و التأخير و الرؤية بناء على فوريتها فإنّ المدّة (- ح-) هو الزمان الذي يمكن الفسخ فيه و قصر الزمان لا يخرج ذلك عن المعلوميّة فتأمل حتى يظهر لك عدم صدق المدّة المعلومة حتى على القول بالفوريّة مع انّ بعض الخيارات ليس فوريا و أيضا فالتعريف ينبغي ان يكون على المذهب و قد قال بعدم فوريّة عدّة من الخيارات جمع فالاعتراض في محله

قوله طاب ثراه و يمكن الخدشة فيه بأنه ان أريد (- اه-)

فيه انّ التصريح بكلا طرفي القدرة ممّا لا مانع منه أصلا سيما بعد كون المراد ملك الأمرين جميعا بواسطة ملك التخيير بينهما لا كل واحد منهما بدون الواسطة حتى يكون ذكر إقرار العقد مستدركا مع انّ كون القدرة و التسلط على ازالة العقد عين التسلط على ترك الفسخ على إطلاقه محلّ نظر بل منع فإنّ من يجبره الحاكم على فسخ عقد لداع شرعي قادر على ازالة العقد و مسلط عليه غير قادر على إبقائه على حاله إذ المراد هي القدرة الشرعيّة كما لا يخفى لا يقال انّ القدرة على الإزالة في الفرض ممنوعه بل هو مجبور على الإزالة غير قادر لأننا نقول القدرة هنا غير منافية للمجبوريّة لأنّ المراد بالقدرة هنا هو الملك و التمكن فيصح ان يقال أنه مالك للإزالة و متمكن منها دون الإقرار و المأخوذ في التعريف أنّما هو الملك لا القدرة

قوله طاب ثراه و ان أريد منه إلزام العقد و جعله غير قابل لان يفسخ ففيه انّ مرجعه إلى إسقاط حق الخيار فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار

فيه منع كون مجرد رجوع إلزام العقد إلى إسقاط حق الخيار مانعا عن أخذ الأول في تعريف الخيار لأنّ أوله أنّما هو أول المسبب إلى السبب و من الواضح إمكان أخذ أحدهما في تعريف الآخر و كفاك في ذلك تجويز العرف قولك الخيار هو التسلط على إلزام العقد و فسخه و استبقاها قولك الخيار هو التسلط على إسقاط حق الخيار و إيجاد أثر العقد فإنّ الإلزام مسبب و الإسقاط سبب و الفرق بينهما في مثل الفرض في غاية الوضوح

قوله طاب ثراه مع انّ ظاهر الإلزام (- اه-)

علل هذا الظهور والدى العلامة أدام الله تعالى ظلّاله بأنّ انفساخ العقد من احد الطرفين مع بقاءه من الطرف الآخر غير معقول فقريته المقابلة تقضى بأنّ الإلزام أيضا يراد به المطلق هذا و لكن يمكن منع الظهور بل الخيار هو التسلط على كل من الإلزام و الفسخ فان

ثبت لأحدهما كان الإلزام من طرفه خاصية و ان ثبت لهما كان الإلزام من الطرفين و ذكر الإلزام في مقابل الفسخ و إن كان يمكن كونه قرينة على إرادة الإلزام المطلق كما ان المراد هو الفسخ المطلق الا ان قرينة إرادة مطلق الإلزام أقوى و لو سلم فلا ضير في دعوى كون الخيار المشترك داخلا حكما و ان خرج موضوعا فتأمل جيدا
قوله طاب ثراه ثم ان ما ذكرنا من معنى الخيار (- اه-)

لا- يخفى عليك ما في مراده بما ذكره من الاشتباه لأنه لم يعلم ان مراده هو التعريف الأول و الثاني و ان كان الظاهر ان مراده به هو التعريف الأول بضميمة قوله و لعل التعبير بالملك (- اه-) و على كل حال فالتبادر الذي ادعاه محل منع جدا
قوله طاب ثراه و سلطنة الرجوع في الهبة (- اه-)

مما ورد في الهبة ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن إبراهيم عن عبد الرحمن بن حماد عن إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السلام قال أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك فاذا خرجت إلى صاحبها فليس لك ان ترجع فيها الحديث أطلق الخيار على سلطنة الرجوع في الهبة و هو مؤيد لما مررنا من دعوى بقاء الخيار على ما معناه اللغوى

[المقدمة الثانية في أصالة اللزوم]

قوله طاب ثراه ذكر غير واحد تبعاً للعلامة في كتبه ان الأصل في البيع اللزوم
ظاهر العبارة كون تأسيس ذلك من العلامة (- ره-) و أنه لم يسبقه في ذلك احد من الفقهاء (- رض-) و هو (- كك-) ان أراد التصريح بذلك و الا فذلك ظاهر كلام جمع ممن تقدمه أيضا و الأمر سهل و في مجمع الفائدة بعد نقل كلام (- كز-) أنه لعله يظهر عدم الخلاف في ان مقتضى البيع هو اللزوم مستندا إلى الكتاب و السنة انتهى
قوله طاب ثراه لان الشارع (- اه-)

ظاهر العبارة صدور جعل من الشارع في البيع و هو كما ترى إذ لم يصدر منه الا الإمضاء الا ان يريد من وضعه تصرفه بالإمضاء بعد ان كان أصل وضع البيع فيما بين الناس على اللزوم
قوله طاب ثراه و الغرض تمكين كل من المتعاقدين (- اه-)
هذا وجه ثان لأصالة اللزوم و حاصله أنه لو لا- اللزوم لانتفى الغرض المقصود من إيقاع العقد و هو تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما انتقل اليه فاللزوم مقتضى وضعه عند العرف
قوله طاب ثراه احتمله في (- مع صد-)

أقول قال في (- مع صد-) في شرح قول العلامة (- ره-) في عد الأصل في البيع اللزوم ما لفظه أى بناؤه على اللزوم لا على الجواز و إن كان قد يعرض لبعض افراده الجواز و ان الأرجح فيه ذلك نظرا إلى ان أكثر أفراده على اللزوم انتهى و ظاهره دعوى غلبة الأفراد و ربما زاد على ذلك الفقيه المحقق الشيخ على نجل الشيخ الأجل الأكبر الشيخ جعفر (- قدّهما-) دعوى غلبة الأزمان حيث قال أو بمعنى الغالب في البيع اللزوم حيث يراد عموم الأزمان و الأفراد و لا- ينافى ذلك اقتضاء المصلحة لعروض الجواز عليه في بعض الأزمان أو في بعض المواطن كأسباب الخيار المشهورة أو فوات شرط معين أو وصف معين أو عروض الشركة قبل القبض أو تبعض الصيغة و نحو ذلك أو عروض الفسخ بالإقالة أو الانفساخ بالتلف قبل القبض و التحالف عند التخالف في تعيين المبيع أو الثمن في وجه إلى غير ذلك انتهى و ربما احتل فقيه آل يس (- قدّه-) عدم كون مراد المحقق الثاني (- قدّه-) بعبارة نسبه اليه المصنف (- رض-) و كون مراده ان ظاهر صيغ العقود و الإيقاعات لغو و عرفا كون المنشأ بها مأخوذا فيها على جهة اللزوم الذي ينافيه

ص: ٥

الفسخ من دون الرضا أما لكونها موضوعه أو لاقتضاء الإطلاق ذلك فيكون أدلّه مشروعيتها كافيّة في إثباته بناء على عدم ثقلها شرعا إلى ما يغيّر معانيها عرفا فتأمل

قوله طاب ثراه وفيه أنّه ان أراد غلبة الأفراد فغالبا ينعقد جائزا لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط أقول فيه أنّه لا وجه لهذا التّرديد بعد ظهور كلامه بل صراحته في إرادته غلبة الأفراد و (-ح-) فيكون الإيراد متّجها و يمكن الإيراد على المحقّق الثّاني بوجه آخر هو أنّه بعد تسليم الغلبة في كلّ من الأفراد و الأزمان فلا دليل على حجّيتها كي تكون مستندا للأصل و الأصل حرمة العمل بالظنّ ثمّ انّ ما ذكره الماتن (-رض-) من الإيراد قد صدر ممّن قبله أيضا على ما حكاه الشّهيد (-ره-) في محكي حواشيه حيث قال أورد هنا سؤال و هو انّ البيع لا ينفك عن خيار المجلس فيثبت فيه الخيار فيكون الأصل في البيع ثبوت الخيار لا- اللزوم ثمّ قال و الجواب أنّه ان أريد بالمجلس مجلس القرار معناه لجواز تجرّده في نحو المتعاقدين سائرين و ان أريد به مطلق المجلس حملناه على مجلس القرار انتهى ما عن الحواشي و هذا الجواب الذي ذكره لا ربط له بالسؤال لأنّ غرض السائل القدرح في الأصل بأنّ الغالب ثبوت الخيار لا اللزوم فالجواب بما ذكره لا يرفع ذلك و اعترض عليه في مفتاح الكرامة بأنّ المتعاقدين سائرين في حكم المتعاقدين مستقرّين ما لم يتقدّم أحدهما على الآخر بخطوة ثمّ قال الّا ان يكون أراد بالسائرين المتعاقدين متعاكسين انتهى و بالجملة فلا ربط لشيء من ذلك لما ذكره المورد إذ المورد لا ينكر اللزوم مطلقا حتّى يجاب بسقوط الخيار بانتفاء سببه كالتفرّق و نحوه و أنّما يقول ان الغالب وقوع البيع مقرونا بخيار من الخيارات فما معنى قولكم انّ الأصل في البيع اللزوم و على هذا فالجواب بجواز تجرّد العقد عن الخيار في بعض الأحيان كما في المتعاقدين سائرين لا وقع له لعدم منافاة البعض للغلبة و بالجملة فالجواب عن السؤال بناء على دعوى غلبة اللزوم في البيع ممّا لا- يتم فالأولى في الجواب ان يقال أنا أنّما ندعى كون الأصل اللزوم من باب دلالة الدليل عليه فلا يقدرح ثبوت الخيار في جملة من المواضع بدليل خاصّ مخصّص بدليل كون الأصل في البيع اللزوم و لعلّه إلى ذلك يرجع ما أجاب به الفقيه الغروي (-ره-) بقوله في شرحه على خيارات اللّمة انّ طرّو الجواز عليه في بعض الأحيان لا- ينافي كون مشروعية على اللزوم و الافتراق في الحقيقة رافع للمانع لا جزء من المقتضى و المقتضى للزوم العقد بمقتضى ذاته الا ترى أنّه لو اشترط سقوطه و بقى العقد بمقتضى ذاته سليما عن المعارض قضى باللزوم على أنّه لو لم ينفكّ البيع عن خيار المجلس لربّما أمكن القول بذلك و من المعلوم انفكاكه في عدّة مواضع كما إذا اشترط سقوطه أو اشترى من ينعق عليه أو اشترى ليرث أو أسلم عبده الذّمى و بيع عليه أو قهر الحربى قريبه و باعه أو اشترى العبد نفسه ان جوزناه و كما في ذى الحقوين أو عقد الواحد عن اثنين عند بعض إلى غير ذلك انتهى فتدبّر

قوله طاب ثراه و ان أراد غلبة الأزمان فهي في الأفراد المشكوكة (-اه-)

ناقش فيه بعضهم بإمكان دعوى أنّه إذا شكّ في لزوم فرد من البيع و جوازه فلا محالة يكون الشك في جوازه في زمان خاصّ فيلحق بالغالب من حيث الأزمان فينفع في الأفراد أيضا غاية الأمر جريان الحكم في الأفراد بسبب ملازمتها للازمان و ذلك غير ضائر

قوله طاب ثراه مع أنّه لا يناسب ما في القواعد من قوله و أنّما يخرج من الأصل لأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب و جه عدم المناسبة على ما تبه عليه الشّيخ الوالد العلامة جعلنى الله تعالى فدائه هو انّ الخيار يثبت من أوّل وقوع العقد لا في الأزمنة المتأخّرة حتى يكون ثبوته في شيء منها خروجا عن الغلبة بحسب الأزمان

قوله طاب ثراه القاعدة المستفادة من العمومات (-اه-)

هذا التّقرير هو الظّاهر من المحقّق الأردبيلي (-ره-) و جماعة و يأتي الكلام في العمومات عند تعرّض الماتن (-ره-) لها فيما يأتي في مقام استعمال موارد جريان هذا الأصل (- إن شاء الله-)

قوله طاب ثراه و هذا حسن لكنّه لا يناسب ما ذكره في كزّة في توجيه الأصل

وجه حسنه متانته و وجود العمومات الدالّة عليه التي هي حجج شرعيّة و ليست مثل الغلبة حتى يناقش فيها أو مثل الاستصحاب حتى يناقش بعدم كون الأصل المذكور (-ح-) أصلاً برأسه و وجه عدم مناسبته لما في (-كرة-) أنّه جعل في كرهه مستند الأصل الاستصحاب دون العمومات
قوله طاب ثراه الاستصحاب

أقول هذا هو الذي سمعت من كرهه التصريح به و تقريره أنّ مقتضى اخبار عدم جواز نقض اليقين الّا يقين مثله هو بقاء اثر السبب المعلوم حصوله عند حصول سببه الشرعي و مصاحبة خيار المجلس في البيع مثلاً- أو غيره من وجوه الخيارات لا ينافي استصحاب اللزوم الذي يقتضيه السبب بذاته لو لا المانع من تحقّقه فعلاً و لا نريد باللزوم الّا عدم إمكان التسلّط شرعاً على الفسخ من حيث نفس السبب لا مطلقاً و قال الشيخ الفقيه الغروي (-قده-) في تقرير الاستصحاب أنّ الأصل دوام ما كان سواء قلنا ببقاء الأكوان و احتياجها إلى المؤثر أو قلنا بعدمه و عدم احتياجها استناداً إلى العرف و الشرع فكلمة صدر من عبادة أو عقد أو إيقاع أو حكم يحكم ببقاء حكمه حتى يثبت المزيل له و الخيار مبني على رفع البقاء على بعض الوجوه فما يقال من أنّ الخيار هو القدرة على الفسخ و لا ملازمة بينه و بين الفسخ الفعلي و المضاد للاستصحاب أنّما هو الثاني لا الأوّل لا وجه له لانتفاء الأول بانتفاء الثاني حيث ينفي شرعاً فتأمل انتهى و وجه الأمر بالتأمل ظاهر ضرورة أنّ انتفاء الفسخ الفعلي شرعاً ممّا لا يعقل له معنى الّا نفي الشارع القدرة على الفسخ و (-ح-) فعّد عدم القدرة على الفسخ و نفي الشارع من الفسخ الفعلي شيئين متلازمين ممّا لا معنى له بل هما شيء واحد ثمّ أنّه لا يخفى عليك أنّ الاستصحاب بالتقريب المذكور أنّما يتم بناء على حجية الاستصحاب عند الشك في المقتضى أيضاً و اما على القول بعدم حجية الّا عند الشك في المانع بعد إحراز المقتضى فلا ضرورة عدم العلم باقتضاء العقد اللزوم لو لا المانع و بعبارة أخرى نعلم أنّ العقد أوجب انتقال كلّ من العوضين إلى غير صاحبه الأوّل و لكن لا نعلم مقدار استعداد ذلك للبقاء و أنّه هل يبقى بعد عروض فسخ أحدهما أم لا لكن الإنصاف كون الاستصحاب هنا في رافعيّة الفسخ من أحدهما بعد إحراز استعداد الانتقال للبقاء لو لا المانع فالشك هنا في رافعيّة الشيء الموجود مع أنّه لو كان من الشك في المقتضى كان حجّيه عندنا لإطلاق الأخبار لا تنقض المؤيّد بخصوص خبر القاساني الذي مورده من الشك في المقتضى قطعاً و اما إشكال وقوع العقد جائزاً بسبب المجلس فيستصحب الجواز و قد سمعت الجواب عنه و يأتي من المصنّف (-ره-) الإشارة إلى جوابه أيضاً و ان شئت قلت انا ثبت اللزوم بالاستصحاب حيث لا مجلس و لا سبب غيره من أسباب الخيار و نجرى اللزوم في غير ذلك بعد انقضاء المجلس في مورد وجوده بعدم القول بالفصل و ربّما نوقش في الاستصحاب بوجه آخر يأتي من المصنّف (-ره-) الإشارة إليه و إلى جوابه بقوله فيما يأتي و ربّما يقال أنّ مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك من العين (-إلخ-)

قوله طاب ثراه الرابع المعنى اللغوي (-اه-)

لا يخفى عليك ما في جعل هذا التقرير للأصل قسيماً لما مرّ من التقريرات ضرورة أنّ كون وضع البيع شرعاً على اللزوم مجرد دعوى فيلزم التعلّق في إثباته بالعمومات فيرجع إلى التقرير الثاني

ص: ٦

ألا أن يوجه بأن وضع البيع عرفا وعادة على اللزوم والإمضاء من الشارع إنما ورد على المتعارف المعتاد فكان شرعا (- كك-) قوله طاب ثراه نعم لو كان في أول انعقاده محكوما عليه (- اه-)

ربما زاد بعضهم على الماتن (- ره-) فادعى عدم قبح ثبوت خيار المجلس في أصالة اللزوم بالتقرير الرابع حتى بناء على كون الخيار حكما نظرا إلى إمكان دعوى ان وضع البيع عرفا وعادة على اللزوم من أول الأمر وقد امضى الشارع ذلك بعد استثناء زمان كونهما في المجلس فذلك الزمان خرج تعبدا وبقي ما بعده ولا يخلو ذلك من نظر قوله طاب ثراه وإنما جعل الخيار (- اه-)

أراد بذلك دفع ما قد يدخل من أنا نجد وقوع العقد جائزا وبقائه على الجواز ما داما في المجلس ووجه الاندفاع أن الجواز ليس من لوازم ذاته ولذا يسقط بالإسقاط ولا يثبت من رأس عند العقد متفارقين نعم لو كان الجواز من لوازم ذات البيع كما في الهبة لكان الدخول في محله

قوله طاب ثراه ومما ذكرنا ظهر وجه النظر في كلام صاحب الوافية (- اه-)

ذكر ذلك في الوافية في ذيل الكلام على شرائط الرجوع إلى أصل البراءة حيث جرى إلى الشهيد (- ره-) في (- عده-) استعمال لفظ الأصل في مواضع منها صحيح ومنها ما لا يذلل له وجه وعد من ذلك جملة من المواضع ثم قال وأنت بعد ما أحطت بشرائط العمل بالأصل تتمكن من معرفة الصحيح من غيره بعد اطلاعك في الجملة على الفروع الفقهية مثلا قوله الأصل في البيع اللزوم ليس له وجه لأن خيار المجلس مما يعم أقسام البيع وهكذا انتهى ووجه النظر أن خيار المجلس حق وليس حكما حتى يقتضى كون ذات البيع مبتيا على الجواز وينافي المطلوب قوله طاب ثراه وسيأتي ما فيه (- اه-)

أشار بذلك إلى قوله فيما يأتي بعد صفحة وان أريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع

قوله طاب ثراه بقى الكلام في معنى قول العلامة في (- عد-) و (- كره-)

لا يخفى ما في العبارة من الخرازة إذ ليس عبارة (- كره-) إلا على الوجه الذي سنحكيه عنها فحذف اجزاء الكلام ونسبه ما بقى إليها و البحث عن معناه مما لا معنى له كما تبين على ذلك في غاية الآمال

قوله طاب ثراه وتوجيهه بعطف العام على الخاص كما في (- مع صد-) غير ظاهر (- إلخ-)

ما نسبه إلى (- مع صد-) لم نجده فيه لأنه قال في (- عد-) الأصل في البيع اللزوم وإنما يخرج عن أصله بأمرين ثبوت خيار وظهور عيب انتهى وفي (- مع صد-) ما لفظه ظهور العيب أيضا مقتضى للخيار فكان حقه الاستغناء به ألا ان يقال ان ثبوت الخيار لا بسبب نقصان في نفس العين وصفاتها قسم برأسه وبسببه قسم آخر وان مباحث العيوب لسعتها حقيقة بأفراد فصل لها فلاجل ذلك جعل العيب قسما برأسه وهذا هو الملحوظ له والمطابق لفعله فإنه في أقسام الخيار قال السابع خيار العيب وسيأتي انتهى وهذه العبارة كما ترى خالية عما غراه المصنف (- ره-) اليه وليس في غيرها من كلماته تعرض للتوجيه المذكور وربما استظهر الشيخ الوالد العلامة أدام الله ظلالة ان المصنف (- ره-) استنبط التوجيه بعطف الخاص على العام من قوله أو ان مباحث العيوب لسعتها حقيقة بأفراد فصل لها بتقريب أن سعة مباحثها لا توجب المباينة وإنما توجب الاعتناء والاهتمام بها وافرادها بالذكر كما هو الشأن في كل خاص أفرد بالذكر في مقابل العام ومعلوم أنه قد وقع ذكرها بالعطف فيكون من عطف الخاص على العام ثم اعترض روي فدهاه عليه بأن ما ذكره من سعة مباحث العيوب واستحقاقها لأفراد فصل لها بخصوصها لا يدل على عطف الخاص على العام لا مطابقا ولا تضمنا ولا التزاما حتى يعترض عليه بأن العطف الواقع في الكلام من قبيل عطف احد المتباينين على الآخر أما انتفاء الأولين فظاهر وأما انتفاء الأخير فلا أنه يمكن ان يكون غرضه توجيهها آخر للمباينة نظرا إلى أنها لما استحققت لسعتها وكثرة مباحثها أفراد فصل لها خرجت عن

عنوان الاندراج تحت الكلّي الشّامل لها و صارت بمنزلة المباين فالعطف من قبيل المباين على المباين و لا أقلّ من سريان هذا الاحتمال في كلامه فلا وجه للاعتراض عليه بأنّ المعطوف مباين للمعطوف عليه فكيف يجعل من قبيل عطف الخاصّ على العام لأنّ مثل هذا الاعتراض أنّما يتجه لو صرح بأنّه من عطف العامّ على الخاصّ و قد عرفت عدم وقوعه هذا كلامه دام ظلّاله و هو موجّه متين قوله طاب ثراه نعم قد يساعد عليه ما في (- كره-) (- اه-)

أى يساعد على توجيه ما في (- عد-) ما في (- كره-) يعنى أنّ ما في (- كره-) يكون موجّها لما في (- عد-) لدلالته على المباينة و ربّما نوقش في ذلك بجريان الإشكال المتقدم في عبارة (- كره-) أيضا من حيث المقابلة بين ثبوت الخيار و ظهور العيب لا ثبوت الخيار من جهة العيب حتّى تفترق العبارتان فتأمل قوله طاب ثراه للتروى خاصّة

أى التدبّر و النّظر في أمر البيع حتى يدرك ما فيه صلاحه من الفسخ أو الإمضاء و قد أشار إلى ذلك بقوله في (- كره-) في المسئلة الثانية من مسائل خيار المجلس و مقصود الخيار التروى لدفع الغبن عن نفسه انتهى قوله طاب ثراه لكنّه مع عدم تمامه (- اه-)

الوجه في عدم تماميته ما أشار روحى فداه إليه في غايه الآمال من انتقاض الحصر ببيع الفضولى بناء على ما عرفت من أنّ السلطنة على الإجازة و الردّ فيه لا- يسمّى خيارا على ما هو المتبادر من كلمات المتأخرين و ببيع المعاطاة على مذهب المحقّق الثّانى (- ره-) من كونها بيعا قوله طاب ثراه و يمكن توجيه ذلك (- اه-)

هذا التوجيه أنّما يتمّ ان لو كان العيب موجبا للأرش معينا و ليس (- كك-) بل هو موجب للتخيّر بين أخذ الأرش و بين الفسخ و من هنا وجّه بعضهم كلام العلامة (- ره-) بأنّ التزلزل الحاصل فى المعيوب لما كان موجبا لأحد الأمرين فسخ العقد و أخذ الأرش بخلاف التزلزل الحاصل فى موارد سائر الخيارات حيث يوجب الفسخ فقط فلذا جعلهم لشيئين و عطف أحدهما على الآخر قوله طاب ثراه فالعقد بالنسبة إلى جزء من الثمن (- اه-)

(١١) ربّما نوقش فى ذلك بعدم تعقّل الفسخ بالنسبة إلى جزء من الثمن الّا بردّ ما يقابله من الثمن ضرورة اقتضاء مقابلة المجموع بالمجموع مقابلة الأبعاض بالأبعاض فرجوع جزء من الثمن إلى المشتري يقتضى رجوع مقابله من الثمن إلى البائع فلا بدّ من الترام كون هذا الفسخ مزيدا للعقد على تمام المبيع بتمام الثمن موقعا إياه على مجموع المبيع و ما بقى من الثمن فالتزلزل (- ح-) بالنسبة إلى تمام العقد لا خصوص جزء من الثمن قوله طاب ثراه لكنّه مبنى (- اه-)

(١٢) أورد عليه بإمكان تصحيحه حتّى بناء على كون الأرش غرامة و عدم كونه جزءا من الثمن نظرا إلى عدّ العرف إياه جزءا من الثمن قد ردّ إلى المشتري فكأنّه قد انفسخ البيع الأول الواقع على المجموع و حدث بيع آخر واقع على ما بقى فالأرش و ان لم يكن جزءا حقيقة الّا أنّه بمنزلة الجزء ثمّ استشهد على كونه بمنزلة الجزء بأنّه لو فرض فسخ البيع بعد أخذ الأرش بسبب آخر استرجع البائع الأرش أو ردّ إلى المشتري ما عدى مقداره من الثمن و لم يكن له دعوى كونه غرامة خارجيّة قد استوفاهها و أقول أنّ الإيراد المذكور غير متّجه و التصحيح سقيم ضرورة أنّ مسامحة العرف يعدّ غير الجزء جزءا لا ينفع فى تصحيح المطلب و حدوث بيع جديد ممّا لا يمكن التفوّه به و ما استشهد به عليل لأنّ الفسخ يرفع العقد و ما كان من شؤنه و الأرش من شؤنه و ليس ذلك كأنما حيث

ص: ٧

انّ ذلك صار ملكه قبل الفسخ ولا ربط له بالمعقود عليه بوجه بخلاف الأرش فتأمل
قوله طاب ثراه ثمّ انّ الأصل بالمعنى الزابع أنما ينفع (- اه-)

يمكن المناقشة فيه بمنع كون الشك في لزوم عقد غير البيع من الشك في الحكم الشرعى مطلقا بل قد يكون من الشك في الموضوع
دون الحكم فيجرب نظير تقرير الأصل بهذا المعنى في كلّ عقد كان بناء أهل العرف و العادة فيه على الجواز بدعوى ورود الإضاء
من الشارع على ذلك المتعارف بين الناس فاذا كان بناءهم على لزومه علم ورود الإضاء على ذلك فيكون الأصل فيه اللزوم
قوله طاب ثراه فمنها قوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ دل على وجوب الوفاء بكلّ عقد (- اه-)

وجه الدلالة على الوجوب تضمّنه لصيغته الأمر التي هي حقيقة في الوجوب و اللام للاستغراق الموجبة لعموم العقود لكن ربما نوقش
في عموم العقود بما ستسمع عند ثقل الإشكالات الموجّهة إلى التمسك بالآية مع أجوبتها (- إن شاء الله-) (- تع-)
قوله طاب ثراه والمراد بالعقد مطلق العهد (- اه-)

قد ذكر المفسّرون و أهل اللغه للعقود في الآية معاني الأول مطلق العقود الثاني العهد التي أخذ الله سبحانه على عباده بالإيمان به و
طاعته فيما أحلّ لهم أو حرّم عليهم حكاه الطبرسي في محكى مجمع البيان عن ابن عباس قال و في رواية أخرى قال هو ما أحلّ و
حرّم و ما فرض و حدّ في القرآن كلّ فلا يتعدّوا فيه و لا ينكثوا قال و يؤيده قوله تعالى الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ إِلَى قَوْلِهِ
وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ الثَّالِثِ عقود أمير المؤمنين عليه السلام فعن عليّ بن إبراهيم في تفسيره عن الجواد عليه السلام انّ رسول الله صلّى الله
عليه و آله عقد عليهم لعليّ عليه السلام بالخلافة في عشرة مواطن ثمّ انزل الله تعالى يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الَّتِي عَقَدْتُمْ
عَلَيْكُمْ لِأَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ (- ع-) الزابع العهد التي كان أهل الجاهليّة عاهد بعضهم بعضا فيها على النصرة و الموازرة و المظاهرة على من
حاول ظلمهم و بغاهم أى أراد بهم سوء و ذلك هو معنى الحلف حكاه الطبرسي عن ابن عباس و مجاهد و الزبيح و ابن انس و قتادة و
الضحّاك و السّيرى الخامس ان ذلك أمر من الله تعالى لأهل الكتاب بالوفاء بما أخذ به ميثاقهم بالعمل بما في التوربة و الإنجيل في
تصديق نبيّنا صلّى الله عليه و آله و ما جاء به من عند الله تعالى حكاه الطبرسي عن ابن جريح و ابن صالح السّادس العقد الذى
يتعاقدها الناس بينهم و يعقد المرء على نفسه كعقد الأيمان و عقد النكاح و عقد العهد و عقد البيع و عقد الحلف حكاه الطبرسي عن
ابن زيد و زيد بن أسلم و أقول لا ريب في ظهور كلمة العقود في العموم فتخصيصها بقسم خاصّ خلاف الظاهر و من هنا لا يختصّ
بعهود أمير المؤمنين عليه السلام غاية ما هناك شمولها لها لكونها من جملة مصاديقها و افرادها و ذلك لا يوجب سقوط الآية عن
مرتبة الدلالة بالنسبة إلى سائر مصاديق العقود و افرادها لأنّ المورد لا يختصّ باللفظ العامّ كما تقرّر في محلّه و على فرض تسليم
الاختصاص بتلك العقود فلا ريب في كون ذلك من البطون و التاويلات بل لا يخفى على المتتبع الخبير ورود تأويل أكثر الآيات
بأمر المؤمنين (- ع-) و أولاده المعصومين صلوات الله عليه و عليهم أجمعين و ذلك لا ينافى التمسك بظواهرها بل ربّما يقال بناء
على الاختصاص و عدم جواز التمسك بالظاهر انّ الميثاق لأمر المؤمنين عليه السلام عبارة عن وجوب اطاعته و ثبوت ولايته و قبوله
مستلزم للالتزام بالأحكام كلّا لكون التخلف عنه تخلفا عن إطاعته في ذلك الجزء المتخلف عنه و من جملة التكاليف العقود لكن فيه
عدم إمكان التمسك بالآية (- ح-) لتصحيح العقود المشكوك فيها لأنّ طاعته تحصل بالامتثال فيما ثبت صحّته من العقود و كيف
كان فالوجه الثالث من الوجوه الستة المتقدّمة ممّا لا مجال للالتزام به لاستلزامه التقييد من غير مقيد و مثله الثاني و الرابع لخلوهما عن
القرينة المخصّصة لعموم اللفظ و دعوى شهادة ما بعد الآية بالتخصيص بالعهد بالمعنى الثاني نظرا إلى انّ قوله (- تع-) أُحِلَّتْ لَكُمْ
بِهَيْمَةَ الْأَنْعَامِ تفصيل بعد إجمال العقود كما صدرت من بعض المفسّرين لا وجه لها ضرورة انّ لازم ذلك اختصاص العقود بالأحكام
الخمسية خاصّة و إطلاق العهد عليها خلاف الظاهر و المعيار في باب الألفاظ على الظهورات و لا قابليّة لما بعد الآية لانّ يكون قرينة
لحملها على خلاف الظاهر و أمّا التفسير الخامس ففساده أظهر من ان يحتاج إلى بيان لأنّه مع كونه تخصيصا من غير مخصّص فيه انّ

الخطاب للذين آمنوا لا- للذين كفروا فلا- ربط له بحال أهل الكتاب أصلا كما لا يخفى على المتأمل فانحصر المراد ظاهرا على ما يقتضيه عموم اللفظ في الأول و السادس و على كل منهما فالآية تكون وافية بالدلالة على مطلوب الجماعة من هذه الجهة هذا وربما ناقش بعضهم في دلالة الآية على التفسير الأول بأن المراد بالعقود إن كان مطلق العقود أعم من التكليف الإلهية و العقود التي بين الخلق و الخالق كالنذر و شبهه و العقود التي بينهم بعضهم مع بعض كان اللزوم أما جعل الأمر للوجوب و إخراج المستحبات و العقود الجائزة من باب التخصيص و أما جعل الأمر للقدر المشترك بين الوجوب و التدب فيشملهما و (-ح-) فتسقط الآية عن الدلالة و فيه إن الأمر حقيقة في الوجوب و التخصيص أولى من المجاز كما اعترف به المورد فلا وجه لسقوط الآية عن الدلالة قوله طاب ثراه و المراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد في نفسه (-اه-)

قد ذكروا للوفاء المأمور به معاني أحدها ان يكون المراد بيان وجوب القيام بالمعقود دائما حتى يرد المزيل الشرعي فتدل الآية (-ح-) على وجوب العمل على مقتضى كل عقد يعقدونه مطابقا لحكم العقل بحسن الوفاء بالعهد كما يشير اليه قوله صلى الله عليه و آله المؤمنون عند شروطهم فيكون إيجابا للوفاء بكل عهد و شرط إلا ما خرج بالدليل فيكون معنى الآية أنه يجب الوفاء بكل عهد موثق بينكم و بين الله كالنذر و أشباهه أو من الله تعالى إليكم كالايمان به المعهود في عالم النذر و بعده و أداء امانة التكليف التي حملها الإنسان أو بين أنفسكم بعضهم مع بعض كالبيع و أشباهه أو بين أنفسكم مع أنفسكم كالاتزامات و الاشتراطات على النفس من غير جهة النذر فيكون الأصل وجوب الوفاء بكل عهد موثق خرج ما خرج بالدليل كالشركة و المضاربة و أمثالهما فإنها و إن كانت صحيحة لدليل إلا أنها ليست بلازمة بالدليل الخارجي و كالمغارسة و شركه الوجوه و الأبدان فإنها محظورة رأسا من الخارج فكما يندرج في تجارة عن تراض يثبت صحته منه و لزومه بتلك الآية و ما لا يندرج فيه لا يثبت صحته و لزومه معا بها بل يثبت الصحة و اللزوم بهذه الآية (-ح-) لكونها مؤسسة للحكم و مقتضاه حلية كل عقد و ترتب ثمرته التي أرادها واضعوه خرج ما خرج بالدليل و بقي الباقي فأصالة اللزوم تثبت من الشرع فيرجع في مجهول الحال إلى الآية و يحكم بصحته و لزومه من دون حاجة إلى تتبع أحوال العرف في ان بنائهم كان على اللزوم أو الجواز فتثبت من الآية أصل الرخصة و الإيجاب و اللزوم إلى ان يثبت المنع و الاستحباب و عدم اللزوم بدليل خارجي و يلزم من هذه المقالة سقوط ما صدر عنهم في بعض المقامات من منع الصحة نظرا إلى ان العقود من الوظائف الشرعية فهي موقوفة على التوظيف و أنه لم يرد عليه نص بالخصوص ضرورة ان عدم ورود نص بالخصوص لا يدل على عدم التوظيف بعد ثبوته بالعموم ثانيها ان المراد بيان الصحة و ترتب

ص: ٨

الثمرة التي كانت منظورة للمتعاقدين يعني ما تعاقدون عليه بينكم فقد اجزته ورتبت عليه الثمرة التي تريدون منه فصار شرعياً بان يكون الأمر من باب رفع الحظر وإثبات محض الرخصة وجواز ما يفعلون ويلزمه ان يصير كلما كان عندهم على وجه اللزوم لازماً وعلى وجه الجواز جائزاً ولكن الآية على هذا لا تفيد كون الأصل في العقود اللزوم بل الصحة فقط فيحتاج إلى تتبع أحوال أهل العرف ومتابعتهم في اللزوم والجواز بل لا تفيد الآية حينئذ إلا صحة العقود المتداولة بينهم حين الخطاب فلا يمكن التمسك بها لتصحيح ما شك في صحة من العقود كما لا يخفى ثالثها ان المراد ان ما جوزنا لكم وحللناه ورتبنا عليه الثمرة من العقود فيجب عليكم الوفاء بمقتضاه مثل ان عقد البيع في العرف كان هو نقل عين بعوض معلوم وقد صححه الشارع وجوزه ورتب عليه الثمرة التي اراده وبقوله تعالى **أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** ومثل عقد المضاربة التي جوزها بقوله **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ** ثم قال أوفوا به يعني يجب الوفاء بمقتضاه من الثقل بمعنى استمرار ملكية الطرفين لما ملكاه فالإية على هذا تثبت اللزوم في جميع العقود المجوزة واما العقود الممنوعة كالزبا والميسر وغيرهما فلا معنى لوجوب الوفاء بها بل لا يخفى عليك عدم إمكان التمسك بالآية على هذا الصحة العقود المشكوك في صحتها لحصره واجب الوفاء بما علم تجويز الشارع له رابعها ان المراد ان ما بينا لكم جوازه من العقود وشرحنا لكم وميزنا اللازم منها عن الجائز والراجحة عن المرجوحة فأوفوا بها على مقتضاه فاعتقدوا لزوم اللآزمات واملوا بمقتضاه وجواز الجائزات واملوا بمقتضاه وهكذا أوفوا بجميع العهود الموثقة والمواثيق المحكمة من الأيمان بالله واليوم الآخر وتحليل ما أحل و تحريم ما حرم والعمل بمقتضى ما فرضه من الفرائض والأحكام والحدود فتكون الآية من باب الإرشاد والوعظ والأمر بالمعروف لا من باب إنشاء الحكم و احداثه فلا يلزم على هذا الحكم بصحة مشكوك الحال خامسها ان المراد بالإيفاء وجوب القيام بمقتضى العقد والعهد ما دام المتعاقدان أو العاقد ان كان واحداً باقياً على العهد فما لم يرجعاً أو أحدهما يكون الوفاء واجبا ومع رجوعهما أو أحدهما وفسخ العهد يرتفع الوجوب وذلك كما في الشركة مثلاً فان المرئين إذا اشتركا في رأس مال وشرط ان يكون الربح بينهما بالمناصفة فإن أصل العقد وإن كان جائزاً يجوز لكل منهما الرجوع إلا أنهما ما لم يرجعاً يجب عليهما الوفاء بالشرط وعلى هذا فلا تفيد الآية لزوم العقد بالمعنى المتعارف وان أفاد صحة كل عقد إلى غير ذلك من الاحتمالات التي ذكرها الفاضل التراقي (-ره-) في عوائده أخذاً الأربعة الأصول من الفاضل القمي (-ره-) في رساله الفرق بين الخلع والطلاق بعوض و أقول لا يخفى على الفطن الخبير ان حمل الأمر على مجرد رفع الحظر كما هو مقتضى الاحتمال الثاني أو على الإرشاد كما هو مقتضى الاحتمال الرابع خلاف الظاهر وتقييد العقود بالمبين شرعاً جوازها كما هو مقتضى الاحتمال الثالث تخصيص للعموم من غير مخصص وتقييد من غير دليل فلا وجه للمصير اليه ومثله الحال في التقييد بحياء المتعاقدين أو العاقد إن كان واحداً فإنه مما ياباه عموم اللفظ فان الوفاء بشيء عرفاً ولغة عبارة عن العمل بمقتضاه ومقتضى العقد أما تملكك أو ما شابهه ومقتضى لزوم الوفاء به البقاء على هذا الأثر وإيفائه وجوباً فلا رخصة في إبطاله وهو المدعى من اللزوم فإثبات الرخصة بعد تلف احد المتعاقدين عند التعدد أو العاقد عند الاتحاد مما لا دليل عليه فتبين من ذلك كله دلالة ظاهر الآية على صحة كل ما يسمى عقدا عرفاً ولزوم ترتيب الأثر إلى ان يثبت البطلان أو الجواز هذا كله مضافاً إلى ابتناء الوجه الثالث والرابع على كون اللام في العقود للعهد و ستعرف إنشاء الله تعالى ان التحقيق خلافه قوله **طاب ثراه فاذا حرم بإطلاق الآية (-اه-)**

قال الشيخ الوالد العلامة روى فده في غاية الآمال ان استفادة هذا المعنى من الآية غير متوقفة على دلالتها على العموم بحسب الزمان بل هي موقوفة على مجرد وجوب الوفاء بنفس مضمون العقد ومؤداه لأنه إذا كان مؤدى البيع مثلاً ما يحدث أثراً مستمراً وهو ملك رقبه المال كعقد النكاح المحدث أثراً مستمراً هو الزوجية الدائمة كان مقتضى وجوب الوفاء به عبارة عن الالتزام بذلك الأثر المستمر إذ لا معنى لوجوب الوفاء بالعقد الا الالتزام بمؤداه على وجهه والمفروض استمراره فلا يحتاج إلى دلالة لفظ الآية على العموم بحسب الأزمان ولهذه الدقيقة لم يحم (-ره-) حول دلالتها على ذلك وما قرع سمعك من البحث عن دلالتها على ذلك وعدمها فإنما

يظهر أثره في فورية شيء من الخيارات و عدم فوريته

قوله طاب ثراه فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي (- اه-)

يعنى أنه إذا دلت الآية على حرمة التصرف من احد المتبايعين فيما انتقل عنه بعد فسخ من انتقل اليه انتزع من ذلك فساد الفسخ من كل منهما إذا لم يكن برضى الآخر ضرورة أن عدم جواز التصرف بعد الفسخ ليس إلا معنى عدم تأثير الفسخ و ألا فلو أثر الفسخ لكان التصرف من المنتقل عنه فى ملكه هذا بناء على جعل الأحكام الوضعيَّة و اما بناء على الانتزاع فأوضح إذ ليس فساد الفسخ (- ح-) إلا عبارة عن حرمة التصرف فيما انتقل عنه

قوله طاب ثراه و مما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل (- اه-)

لما بين تقريب الاستدلال بالآية أراد الإشارة إلى رد ما نوقش به فى الاستدلال بها على اللزوم من ان غاية ما فى الآية أنما هو وجوب العمل بما يقتضيه العقد ان لازما فلازما و ان جائزا فجائزا فاللام فى الآية للإرشاد على حذر الأمر بوجوب العمل بالأحكام إن واجبا فواجبا و ان ندبا فنديبا إذ لا معنى لوجوب الوفاء بالعقد الجائز إلا ترتيب الأثر عليه ما لم يفسخ و وجه ظهور ضعف هذه المناقشة مما سبق أنه فسّر فيما مرّ وجوب الوفاء بالعمل بما اقتضاه العقد فى نفسه بحسب دلالة اللفظية و اللزوم و الجواز ليسا من مقتضيات العقد فى نفسه بحسب دلالة اللفظية بل هما من الأحكام الشرعية للعقد مضافا إلى اقتضاء إطلاق الآية حرمة جميع ما يكون نقضا لمضمون العقد و ذلك يستلزم اللزوم مع ان حمل الأمر على الإرشاد خلاف الظاهر لأن الأصل فى الأمر ان يكون مولويا و ربما نوقش فى دلالة الآية على الصحة و اللزوم بوجوه أخر أحدها ان لازم الأخذ بعموم الآية هو الحكم بوجوب الوفاء بكل ما يخترع و يصدق عليه لغة و عرفا أنه عقد و ذلك ممّا لا يمكن الالتزام به و ينافيه حكمهم ببطلان جملة من العقود بل قيل ان عدم وجوب الوفاء بكلّ مخترع يصدق عليه العقد مجمع عليه و هو (- كك-) و مقتضاه إجمال الآية إذ لا يعلم (- ح-) ان الصّحيح ما هو و الباطل ما هو و أجيب عنه بوجوه الأول ما صدر من الفاضل القمى (- ره-) فى رسالته المتقدّم إليها الإشارة من حمل العقود على المتعارفة قال ان العقود المتعارفة المتداولة فى زمان نزول الآية من البيع و النكاح و الصّالح و الهبة و الإجارة و نحوها مما ذكره الفقهاء (- رض-) لا ريب فى تعارفها و تداولها فى ذلك الزمان أيضا و أنما هى المتداولة فى زماننا هذا و الأصل عدم التغيير و استدلالهم يرجع إلى إثبات هذه

ص: ٩

العقود و يتمسكون بها في تصحيح هذه إذا شك في اشتراط شيء فيها أو وجود مانع عن تأثيرها و نحو ذلك لا تصحيح عقد برأسه و أما مثل شركة الأبدان و المغارسة و الشغار و نحو ذلك فان لم نجعل من أقسام هذه العقود بان بطلانها من جهة فقدان شرط أو وجود مانع فلا يلزم من إخراجها التخصيص الغير المرضي كما لا يخفى ثم قال و الظاهر ان المراد بالإيفاء بالعقد العمل على مقتضاه ما دام باقيا فلا ينافي وجوب الإيفاء كون بعض العقود جائزا كالشركة و المضاربة و نحوهما و بالجملة الظاهر انه ليس المراد من الأمر وجوب نفس العقود كما لا يخفى و لا وجوب الالتزام بها ابدا لجواز الفسخ في اللازمة منها بالتقاييل و الطلاق أو غيرهما و كذا في الجائزة فالمراد هو وجوب الإيفاء على مقتضاها ما دامت باقية على حالها انتهى و فيه أولا انه يكفي في صحة أنواع العقود المتداولة في زمانه تقرير النبي صلى الله عليه و آله و ضروره المذهب و الأخبار النبوية و الوصوية و الألية فلا حاجة إلى التكلف بالتمسك بالاية لكونه (-ح-) أشبه شيء بالأكل من القفاء و اين ذلك و كيف هو مما هو محط نظر الجماعة من تصحيح جميع أنواع العقود المتداولة في ذلك الزمان و غيرها و جميع أفرادها المتداولة بالتمسك بالاية لا خصوص المتعارفة نوعا فما ذكره في الحقيقة التزام بالإيراد لا انه دفع له كما توهم (-ره-) و ثانيا ان الجمع المحلى باللأم حقيقة في العموم لا العهد كما تقرّر في محلّه و المجاز لا يصار إليه الا بقريئة هي في المقام مفقودة و لا ريب ان ما ذكره حمل للام على العهد و هو هنا ممنوع و ثالثا انه خلاف ظاهر اللفظ لانه عام و لم يثبت حقيقة شرعية في لفظ العقد لانه في الأصل الجمع بين شيئين بحيث يعسر الانفصال كما قيل و المراد بالعقد هنا العهد الموثق اما على سبيل المجاز تسمية للمتعلق باسم المتعلق أو من باب كونه من مصاديقه فالمراد بالعقد هنا العهد الموثقة كما صرح به جماعة من المفسرين و لا دليل على التخصيص بالمعهودة المتعارفة و رابعا ان الآية على ما ذكره قصير مجمله لعدم القطع الا بتداول عدّه يسيرة من العقود المتعارفة فلا يعلم اندراج غيرها مما يراد التمسك بالاية على صحته تحت المتعارفة فتدبر جيدا الثاني ما أجاب به هو (-ره-) بعد ذلك قائلا انما ذكره أولا هو ما حققه في سالف الزمان في وجه الاستدلال بالاية و ان الذي ظهر له بعد التأمل عند تحرير الرسالة عدم خلوّ الجواب المذكور عن الإشكال و جعل الحق في الجواب بعد الالتزام بأن إرادة مطلق العقود و العهد الموثقة مراعاة للمعنى اللغوي ان لزوم التخصيص الغير المرضي يعنى ما يعبرون عنه بتخصيص الأكثر لو سلمنا أكثرية الغير المتداولة في الشرع انما هو إذا أريد بعموم العقود العموم النوعي و هو خلاف التحقيق بل المراد هو العموم الأفرادي فاذا لوحظ الأفراد فلا ريب أن أفراد العقود المتداولة أكثر من افراد غيرها سيما في مثل البيع و الإجارة و التكااح فبعد منع ثبوت الحقيقة في لفظ العقد فيبقى على عموم المعنى اللغوي فكلما ثبت بطلانه بدليل كالميسر و الأزلام و الرّبا و الرّهان لغير ما جوزوه في محلّه و المغارسة و نحوها فيخرج و يبقى الباقي و إلى ذلك ينظر استدلالهم بهذه الآية في لزوم العقد اللازم فالجواز في مثل الوكالة و المضاربة و الشركة و نحوها انما ثبت بالمخصّص و الا نقلنا باللزوم فيها (- أيضا-) و لذلك تأمل بعضهم في بطلان شركة الأبدان و الوجوه و نحوهما لو لم يكن إجماع فلا يلزم وجود الدليل في كلّ واحد من خصوصيات العقود صحّة و لزوما بل المحتاج اليه الفساد و الجواز انتهى و الوجه فيما ذكره من كون ارادة العموم النوعي خلاف التحقيق كون ذلك خلاف الظاهر كما ان ارادة العموم الإضافي كالبيع العربية و التي سبق إيجابها على القبول و التي وقعت بصيغته الماضي خلاف الظاهر ضرورة ان ارادة استغراق الأنواع و الأصناف من الألفاظ العامة مما لم يقع في العرف و ليس معهودا في ما بينهم و انما هي من تدقيقات العلماء بل ربّما يستأنس لذلك بما ورد من تفسير العقود بعهد أمير المؤمنين عليه السلام فان مرجعه إلى العموم الأفرادي لعدم تعقل العموم النوعي فيه بعد كون عهده عليه السلام نوعا واحدا فما بنى عليه الفاضل المذكور من كون المراد بالعقود الأفراد الشخصية الخارجية و اللام للاستغراق الحقيقي للعهد في غاية الجودة فارتفع بذلك المحذور المذكور من لزوم التخصيص الغير المرضي لأن كثرة أفراد العقود الفاسدة بانتفاء الشروط انما هي بحسب أنواع تلك العقود الفاسدة و الا فالواقع في الخارج صحيحه أكثر من فاسده و كذا لا يلزم التخصيص الغير المرضي بإخراج العقود الفرضية و الجعلية التي لم يرد بها الشرع ضرورة عدم وقوع أكثرها في الخارج و وقوع عدّه منها لا

يوجب المحذور المذكور الثالث ما تنبه له بعض فضلاء الأواخر من ان تخصيص الأ-كثر أنما يمنع منه حيث أدى إلى الاستهجان العرفي و هو أنما يحصل بعدم بقاء كثرة يعتد بها و هنا ليس (- كك-) حتى لو أريد الأنواع لأنّ أنواع اللّازم الوفاء بها كثيرة أيضا كما لا يخفى و هو جواب متين أحسن من سابقة لإمكان مقابلة الخصم الجواب السابق بمنع أكثرية أفراد العقود المتداولة من افراد غيرها و إن كان ذلك مردودا عليه بالوجدان الرابع ما أجاب به صاحب الرياض (- قدّه-) بقوله بعد التمسك بالعموم و القدر فيه بخروج الأكثر بالإجماع فيقتد لأجله بالمتداول زمان الخطاب كما مرّ مع عدم معلوميته كون ما نحن فيه منه محلّ نظر لا يستلزمه إجماله و عدم التمسك به في شيء مّا عدى محلّ الوفاق و هو مخالف لسيرة العلماء و طريقتهم المسلوكة فيما بينهم بلا خلاف يظهر بينهم في ذلك أصلا من جهة استنادهم إليه في محلّ النزاع و الوفاق فالتحقيق أنّ الجمع بين الإجماعين يقتضى المصير إلى جعل الألف و اللّام في العقود للعهد و الإشارة إلى جنس العقود المتداولة في ذلك الزمان المعهودة و المضبوطة الان في كتب فقهائنا كالبيع و الإجارة و نحو ذلك لا خصوص اشخاص كلّ عقد عقد متداول فيه مع كفيّاتها المخصوصة و المتداولة فيه من المحذور و (-ح-) نقول لا ريب في دخول هذا العقد في جنس تلك العقود و كونه فردا من افراده و ان جهل اشتراكه معها في الخصوصيات و ذلك كما عرفت لا- يوجب القدر في دخوله في العموم بل هو شامل له فيجب الوفاء به بمقتضاه انتهى المهمّ من كلامه و أنت خبير بأنّه يردّ عليه ما أوردنا على الجواب الأوّل الذى هو قريب منه ثانيها ما حكاها الإمام الوالد العلامة أدام الله تعالى ظلاله في غاية الآمال من ان لفظه أوفوا من قبيل خطاب المشافهة و هو مخصوص بالحاضرين و (-ح-) نقول أنّ العقود بالنسبة إليهم على أقسام ثلاثة ما كان سابقا على تاريخ نزول الآية و ما كان مقارنا له و ما كان متأخرا عنه و لا بدّ من الالتزام بأنّ المراد بلفظ الآية هما الأوّلان لأنّه ان أريد معهما الأخير لزم استعمال اللفظ في أكثر من معنى لأنّ السابقة و المقارنة عقود موجودة و المتأخّرة عنه غير موجودة فلا بدّ بالنسبة إلى الأخيرة من التعليق فيصير المحصل أوفوا بالعقود التي اوجدتموها و أوفوا بالعقود وجدت فلا بدّ من الالتزام باستعمال اللفظ في غير الأخير تفصيلا عما ذكر و (-ح-) نقول أنّ العقود السابقة على نزول الآية و المقارنة لها غير معروفة عندنا و لا معلومة الحال لدينا فيصير اللفظ مجملا أو ردّه دام ظلّه العالى بأنّ ما أريد بلفظ العقود كلّى صالح للقسمين و كون بعض افراد الموضوع مقيدا بالتعليق غير

ص: ١٠

قادح لأنه غير مأخوذ فيما استعمل فيه اللفظ و جميع الموضوعات الكليّة من هذا القبيل الا ترى إلى قوله تعالى حرّمت عليكم الخمر فإنّه حكمه ليس مختصّاً بالخمر الموجود و كذا قوله تعالى حرّمت عليكم المّيّة و الدّم و لَحْمُ الْخِنْزِيرِ إلى غير ذلك من الخطابات المشتملة على الموضوعات الكليّة انتهى كلامه دام بقاءه و هو جواب متين و جوهر ثمين يليق بان يكتب بالتور على و جنات الحور و لله درّة ثالثها ما أورده بعض فضلاء الأواخر في رسالته من أنّ الحمل على العموم أنّما هو مع عدم وجود قرينه على خلافه أو وجود شيء صالح لان يكون قرينه فإنهما يرفعان الظهور المعتبر في الحمل على الحقيقة و لا ريب أنّ سبق ذكر افراد معهودة سابقة يوجب صرف العموم إليها أو هو صالح للصدّرف بمعنى أنّه يحتمل كونه صارفا كما لو قال المولى المالك لعشرين بيتا و عشرين ثوبا لعبدته اغسل كلّ يوم الثوب الفلاني و الفلاني مثلا إلى خمسة و اكنس البيت الفلاني و الفلاني إلى خمسة أيضا معيّنة من البيوت و الثياب ثمّ قال بعد مضي أيام في يوم اكنس البيوت و اغسل الثياب و اذهب إلى السوق لانصرف إلى ما هو المعهود من ذلك لا إلى العموم و لا ريب أنّ سورة المائدة من أواخر السورة المنزلة و لا شكّ ان قبل نزولها قد علم من الشّارع عهود و احكام معلومة من الواجبات و المحرّمات و صحّة بعض العقود و بعض الإيقاعات فهذا يوجب كون الخطاب منصرفا إلى ما سبق دون العموم مضافا إلى كون قوله تعالى أَجَلْتُ لَكُمْ بِهِمَّةُ الْأَطْعَامِ تفسيراً للعقود كما في كلام بعض أهل التفسير و هو ممّا يضعف الحمل على العموم و أنت خير بما فيه فانا نمنع الانصراف حتّى في المثال المذكور الّا مع وجود قرينه دالّة على عدم مطلوبيّة غسل غير الخمس من الثياب و الدور و نظير تلك القرينه هنا مفقودة فتحمل الآية على العموم و جعل ما بعد الآية قرينه قد عرفت في طي المطلب الأوّل ما فيه فلا يفيد هذا مجمل الجواب و تفصيله من وجوه أشار إليه الفاضل المذكور الأوّل أنّ سورة المائدة إذا كانت آخر السور في قول أو في آخر عهد النّبى صلّى الله عليه و آله فلا- ريب في انتشار الأحكام و بيان الحلال و الحرام في ذلك فيحمل (-ح-) على العموم و لم يبق شيء من العهود حتى لا يدخل تحت الآية الشّريفة الثاني أنّ كون ما سلف قرينه لإرادة العهد لا يكفي فيه السّيق فقط في الجملة بل لا بدّ من علم المخاطبين بذلك و لا نسلم أنّ المشافهين بخطاب أو فوّا بالعقود الحاضرين في مجلس الوحي كانوا كلّهم عالمين بما سبق من العهود سيّما على القول بشمول خطابات القران للغائبين أيضا و ان لم نقل بشمولها للمعدومين و مجرد سبق الذكر بالنسبة إلى بعض لا يوجب صارفا بالنسبة إلى الكلّ و توجه الخطاب بالنسبة إلى الملتفت إلى القرينه و عدمه يكشف عن إرادة الحقيقة كما ان توجه الخطاب المطلق إلى الواجد للشرط و الفاقد يدلّ على عدم الشرطيّة الثالث أنّ سبق الذكر لو سلّم في الجميع لا يكفي أيضا الّا مع بقاءه في الدّهن إلى حين الخطاب و الّا فلا يكفي في كونه قرينه كما هو واضح و هو هنا غير ثابت و إثبات مثله بالاستصحاب و نحوه كما ترى الزّابع ان استدلال الأصحاب أنّما هو في العقود المتعارفة بين النّاس و لا ريب في وجودها بين العهود السّابقة المعهودة و لا يحتاج إلى العموم إذ ليس لأحد ان يقول كان بعض من هذه العقود غير متعارفة إلى وقت نزول المائدة فلو أريد العهود السّابقة المعهودة سواء كان من الله أو من النّاس لدخل فيه محلّ بحث الأصحاب قلت في هذا الجواب نظر ضرورة كون دعوى وجود العقود الجارية بين النّاس أنواعا و أفرادا بين العهود السّابقة المعهودة حال نزول الآية تخرصا و تخميّنا محضا قابلا للإنكار كما لا يخفى الخامس أنّ المراد بسبق الذكر الموجب للعهد ظاهرا في كلام المورد أنّما هو بيان حكمه من الله تعالى كأحلّ الله البيع و نحوه و يحتمل بقاؤه بعض من العقود غير معلومة الحكم فعلم بعد سورة المائدة فلا يشملها الآية و هو مناقض لكلامه لأنّه سلّم إرادة العموم من الآية في التكاليف و الأحكام الوضعيّة و العقود بين النّاس و نحو ذلك و هذا الإشكال ناظر إلى عدم كون العقود الفقهيّة داخله في العهود بل أحكامها الثّابتة من الله تعالى من الحليّة و الصّحة و نحو ذلك داخله فيها و هو خلاف الفرض السّادس انّ احتمال العهد أنّما هو مع مطابقتها

الحكم في السّابق و اللاحق كما في مثال البيت و الثّوب الّذى ذكره و أمّا مع اختلاف الحكم فلا نسلم الانصراف كما لو قال يجوز لك غسل الأثواب الخمسة ثمّ ذكر بعد ذلك أنّه يجب غسل الأثواب و لم يثبت عندنا سبق الحكم بالعقود الفقهيّة و نحو ذلك من

التكاليف بالأمر بالوفاء حتى ينصرف ذلك الأمر اليه و انما سبق كونه حلالا و حراما أو صحيحا أو فاسدا أو نحو ذلك و وجوب الوفاء حكم جديد و إن كان مستلزما لبعض ما سبق و هذا غير ما ذكره من المثال و بينهما فرق السابع ان ارادة العهد من الآية بعد بيان الحكم سابقا يصير تأكيدا لما مضى من الأدلة على الأحكام و يحتاج إلى ارتكاب التأسى و غير ذلك و لا ريب أن التأسيس أولى من التأكيد و هذا مما يؤيد عدم الاختصاص بالعهود الإلهية كما أشعر به كلام المورد إذ العهود الإلهية يعلم لزومها و عدمها من دليلها المثبت للأحكام و جوبا و تحريما و لا يحتاج إلى قوله تعالى أوفوا بالعقود الثامن ان ظاهر كلام أهل التفسير عدم ارادة العهد و هذا من عمدة القرائن على ذلك فإنهم و ان اختلفوا في تفسيره و معناه لكنهم لم يختلفوا من حيث ارادة ما سبق قبل سورة المائدة أو الأعم قلت في هذا الجواب نظر ظاهر أميا أولا- فلمنع اتفاق المفسرين على عدم ارادة العهد ضرورة ان أكثر المعاني السببية المزبورة في المطلب الأول حكايتها عن المفسرين للعقود في الآية مبنى على كون اللام للعهد و منها عهود على عليه السلام كما لا يخفى و اما ثانيا فلا اتفاق المفسرين لا- يغنى من الحق شيئا التاسع ان اطباق الأصحاب على التمسك بها يكشف عن عموم الآية و عدم كون ما يتخيل كونه صارفا صارفا فلا وجه للتمسك بمجرد الاحتمال البارد و ما ذكره من كون ما بعد الآية مضعفا لعمومه ان اعتمد في ذلك على مقتضى العرف و اللغة فأى قاعدة تدل على ذلك إذ ذكر بعض افراد العموم بعده لا يوجب انحصاره فيه بل يدل على دخوله فيه جزما كما لا يخفى على من لاحظ العرف مضافا إلى ان ظاهر كلامه احتمال الحمل على ما سبق بل ظهوره فكيف يعقل انحصاره فيما ذكر بعده من الأحكام القليلة و هذا مما يدل على ضعف الكلام السابق فإنه مخرج عن ارادة العهد بما سبق لدلالة ذكر هذه الأحكام بعده على دخولها في العموم جزما و إذا تعدينا عن المعهود إلى غير المعهود كشف عن عدم ارادة العهد و لا- فارق بين افراد غير المعهود قلت لا- يخلو هذا الجواب أيضا عن نظر يظهر بالتأمل رابعها ما حكاها الفاضل المذكور من أنه لو حمل الآية الشريفة على العموم لزم الجمع فيها بين إرادة التأكيد و التأسيس إذ لا- ريب في ان كون افراد العقود واجب الوفاء به ركنا معلوما قبل نزول الآية فيصير بالنسبة إلى ذلك البعض تأكيدا أو بالنسبة إلى ما عداه تأسيسا و هو غير جائز إذ ما دل على عدم جواز استعمال المشترك في أكثر من معنى يدل على عدم جواز هذا (- أيضا-) فلا بدّ اما من الحمل على التأكيد أو التأسيس فلا عموم و حمله على باب التأسى (- أيضا-) خلاف الأصل كالتخصيص فالترجيح يحتاج إلى دليل قلت مجمل الجواب منع عدم جواز الجمع بين إرادتي التأكيد و التأسيس إذ هو (- ح-)

ص: ١١

من قبيل ذكر العام بعد الخاص و هو غير مستبشع و لا دليل على منعه و توضيح الجواب ما ذكره هو (-ر-) من ان ما دل على المنع من استعمال المشترك في معنييه امّا عدم ثبوت الاستعمال و هو فيما نحن فيه ثابت و لا يمكن إنكاره ظاهرا و اما لزوم التناقض لو أدخلنا الوحدة و هو هنا غير موجود و ليس كون شيء تأكيدا و تأسيسا منحلّا إلى معنيين حتى يمنع منه و لم نجد مانعا من ذلك فعلى المستدلّ البيان و وقوعه عند أهل العرف كاف في صحته و لا يصغى إلى قيام الدليل بعدم جوازه مع أنّا نقول نحمله على التأكيد بقرينة ما مرّ من كلامه من سبق أكثر الأحكام و ندعى دخول محلّ بحث الأصحاب تحته للعلم بغلبه وقوع العقود و عدم إمكان تأخير حكمه إلى آخر أيام النبي صلى الله عليه و آله حتى يعلم بسورة المائدة فيصير المشكوك فيه داخلا تحت الدليل مرتين أو نقول غاية الأمر الإجمال في كونه تأكيدا أو تأسيسا ابتداء فنقول هذا لا يضّر في إثبات صحة العقود المشكوكه لأننا نقول إن كان هذا المشكوك فيه ممّا علم و جوب الوفاء به قبل هذه الآية فهو صحيح و إن كان لم يعلم قبل ذلك فهو داخل في الآية لأنها تأسس على الظاهر و هو اولى من التأكيد فيكون المشكوك فيه معلوم الصّحة أمّا بالآية أو قبلها و هو المطلوب خامسها ما حكاها الفاضل المتقدّم ذكره أيضا من انّ العقد هو العهد الموثّق فعلى فرض العموم يدلّ على صحته كلّ عقد موثّق و العقد الفقهي ما لم يثبت صحته و لزومه فهو غير موثّق و اللّازم من ذلك (-ح-) الدّور لتوقّف إثبات الصحة شرعا بالآية على ثبوت الاستيثاق في العقد المشكوك و توقّف ثبوته على ثبوت الصحة و اللّزوم الشرعي إذ ما عداه غير موثّق و لو سلّم حصول التوثيق بالعرف أيضا من دون حاجة إلى شرع نقول أيضا هذا لا ينفع في مقام الاستدلال إذ المقصود إثبات صحته كلّ عقد معروف أو غيره و ليس في شيء من ذلك استيثاق و مجرد بناء المتعاقدين على عدم الفسخ لا- يجعل ذلك موثقا لأنّ ذلك أمّا هو معنى أصل العهد فإنّ المراد به العزم على الإتيان دون الفسخ فما لم يثبت استيثاق لا يدخل في الآية و أنّي للمستدلّ بإثباته ثمّ أنه أجاب أوّلا بأنّ من فسّر العقد بالعهد المؤكّد صرح بدخول عقود الناس فيه فهو كاشف عن ارادته من التوثيق معنى هو موجود فيها و الا لم يصرح بدخولها و ثانيا بأنّه معارض بذكر أهل التفسير و كثير من أهل اللغة دخول البيع و نظائر ذلك تحت العقد من دون إشارة إلى كون الدّخول من جهة لزومه الموجب للتوثيق و ثالثا بأنّ تصريح أهل التفسير على العموم قرينة على عدم ارادة التوثيق بما ذكروا رابعا بأنّه قد ذكر في الأخبار إطلاق العقد على هذه العقود المعروفة غالبا و هو كاشف عن دخولها تحت العقود في الآية من دون حاجة إلى اعتبار معنى التوثيق أو كفاية ما هو المعتبر في العقد في حصوله و خامسا بأنّ العهد لمّا كان يتحقّق من جانب واحد فيكون من الجانبين و ثوقا عرفا إذ لا ريب في أنّ ما هو من الطرفين أو ثق ممّا هو من الواحد و هو موجود في العقود كلّها و إلى هذا المعنى يشير قول بعض أهل اللّغة انّ العهد يصير من جانب و العقد لا يكون الا بين اثنين و سادسا بأنّ التوثيق ليس الا التأكيد و المبالغة و لا ريب انّ حقيقة العهد ليست الا الالتزام و هو يوجد بعقد القلب من دون حاجة إلى شيء آخر و العقود الفقهيّة يراد فيها الألفاظ بالصّيغ الخاصّة الجامعة لصراحة الدّلالة و غيرها ممّا اعتبر فيها و ان هذا الا توثيق العهد الصّادق بمجرد النية بلا شبهة فالمناقشة في كون العقود الفقهيّة عقدا لغه موهون جدّا سيّما مع إطلاق بعض أهل اللّغة كونه بمعنى العهد أو الرّبط بين شيئين فتدبرّ قلت للخصم رمى الأجوبة الأربعة الأولى بسهم واحد و هو انّ البيع و نحوه من العقود المتعارفة ممّا علم استيثاقه من الأدلّة الشرعيّة فلا- وجه لقياس ما لم يعلم استيثاقه عليها نعم الجوابان الأخيران لا بأس بهما ظاهرا فتدبر جيّدا سادسها ما حكاها الفاضل المذكور أيضا من أنّ العقد إذا صار بمعنى العهد فنقول للعهد معان كثيرة منها الوصيّة و الأمر و اليمين و غير ذلك و ما نحن بصدد إثباته ليس داخلا في شيء من ذلك و لو سلّم ان يكون للعهد معنى يشمل المبحوث عنه فإرادته منه في الآية غير معلومة فيمكن ان

يراد الوصايا الإلهيّة الموثّقة أو التكاليف اللّازمة أو يراد مطلق الوصايا أو يراد الأوامر و الأيمان و الصّحانات و أقول مجمل الجواب أنّك قد سمعت من أهل اللّغة إطلاق العقد على عقد البيع و العهد و اليمين و ذلك يكفيننا في الاستدلال بعموم الآية و الجواب تفصيلا ما ذكره الفاضل المذكور بقوله و أنت خبير بأنّ هذا الكلام من الوهن بمكان أمّا أوّلا فلاّن تفسير أهل اللّغة العقد بمعنى العهد

لا يجعله قابلاً لهذه الشقوق إذ هذا الكلام أنما هو فيما لو أطلق لفظ العهد و بينهما فرق عميق و أما ثانياً فلأنّ المفسرين له بمعنى العهد ادخلوا فيه العقود الفقهيّة كما ذكر في عبارة أهل اللّغة و عبارة أهل التفسير فلا وجه للزّمي بالإجمال و أما ثالثاً فلأنّ عدّ هذه الأمور معاني للعهد ممنوع إذ كلّها مندرج تحت معنى عامّ هو المسمّى بالعهد و ليس مشتركا لفظياً حتّى يقع الإجمال و لا يخفى كونه مشتركا معنوياً على من له ربط بطريقة أهل اللّغة و العرف و انس بصواب أهل الاشتقاق فاللائق ارادة كلّ ما هو عهد و إلزام و التزام و توطئة و تمهيد و هو شامل لسائر ما ذكره كما يشمل كل العقود هذا مع ما في كلام أهل التفسير و كلمة الأصحاب من الشّهادة على دخول العقود الفقهيّة في الآية المرجح لهذا الاحتمال المخرج عن الإجمال سابعا ما حكاه هو (- ره-) أيضا من أنّ العقد على ما علم من اللّغة هو الجمع بين شيئين بحيث يعسر الانفصال فاذا كان هو المعنى الحقيقي فيكون المراد في الآية معناه المجازي فيتسع دائرة الكلام و مجال الجدل في الآية كما لا يخفى و أجاب عنه بأنّ العقد في كلامهم أنما هو العهد كما عرفت أو مطلق الربط بحيث يشمل المحسوس و غيره و لو فرض اختصاصه بما ذكره فنقول لا- ريب أنّ الآية لا- يراد بها أنّ الأشياء التي جمعت بينها و اوصلتم بعضها ببعض لا فضلوا بينها إذ هذا لا ربط له بمنصب الشّرع و ليس مراد الله تعالى أنّ من وصل حبلا بحبل أو بعيرا بحمار أو خشبا بجدار يحرم ان يفصل بينهما إلّا ان يراد بها أقرب المجازات و ليس إلّا ارتباط المعاملات و الشروط و نحو ذلك و ما قبله العباد من الالتزام بالتكاليف الإلهية و الروابط المجعلّة بين الصّانع و بين مخلوقاته و هو شامل لمحلّ البحث و يؤيده اطلاق كلمة المفسرين على هذا المعنى في الجملة فلا مجال للتكلم في الآية بما يوجب نقضا في الدّلالة فلا تذهل ثامنا ما صدر من بعض مشايخ العصر (- قدّه-) من أنّ الملكيّة واقعا تنقسم إلى مستقرّة و متزلزلة و قد جعل الشّارع لكلّ منهما سببا و عقدا خاصّا و ليس في الواقع سبب يقتضى الملكيّة المطلقة و (- ح-) فان كان مدلول العقد و مسببه و أثره عرفا هي الملكيّة المستقرّة كان أخذه منه بغير رضاه نقضا لمقتضى العقد و حراما و إن كان مدلوله و أثره و مسببه الملكيّة المتزلزلة لم يكن ذلك (- كك-) و ان جهل المعرف مدلوله الواقعي مع الجرم بإفادته للملك في الجملة فلا محيص عن توقّفهم عن كونه ذلك نقضا أو ليس بنقض و دعوى القطع بأنّ المدلول العقد مع قطع النّظر عن الشّرع أنما هي الملكيّة المستقرّة فيتعيّن الأوّل و يتمّ المطلوب ممّا لا ينبغي الإصغاء إليها كما لا يخفى على من راجع وجدانه و أنصف من نفسه ثمّ استشهد على مرامه بالأخبار المفسّرة للعقد في الآية بالعهد بتقريب عدم

ص: ١٢

العهد عرفا على البيع و أنه لا عبرة بالصدق لغه و أنت خبير بما فيه فان إنكار صدق العهد على العقد عرفا في غاية الوهن و السقوط و لو سلم فالصدق لغه كاف بعد كون الحق تقدم اللغه عند تعارضها مع عرف زماننا لأصالة عدم النقل و دعوى تقدم العرف نظرا إلى أصالة تشابه الأزمان الحاكمة على أصالة عدم النقل لا- وجه لها إذ لا- دليل على اعتبار الأصل المذكور مضافا إلى ان ما يحكيه اللغويون إنما يحكونه من محاورات أهل زمانهم و ما قارب ذلك فيقدم و اما ما ذكره من انقسام الملكية إلى مستقرة و متزلزلة (- اه-) ففيه ان التزلزل انما ظهر من حكم الشارع في جملة من العقود بجواز الفسخ من غير رضا المالك فيكون دليلا مخصيا لصا لعموم وجوب الوفاء بالعقد و من البين ان الشك في كون عقد متزلزلا مرجعه إلى ورود تخصيص آخر على عموم الآية و لا ريب في كون المحكم (- ح-) أصالة العموم بالنسبة إلى المشكوك فلا تذهل هذا يا أخى ما وسعنى من إيراد ما يتعلق بتحقيق الحال في التمسك بالآية وفقنا الله تعالى و إيتاك لما يحب و يرضى

قوله طاب ثراه فإن حلية البيع التي لا يراد منها الآ حلية التصرفات (- اه-)

نوقش في ذلك بأنه لا دلالة للآية الآ على مجرد حلية البيع بمعنى التمليك و التملك و لا تعرض فيها لحلية التصرف بعد البيع حتى تشمل بإطلاقها ما كان بعد الفسخ و فيه ان مدعى المصنف (- ره-) ان لازم حلية البيع حلية التصرفات إذ لا معنى لحرمة نفس البيع حتى تنساق الآية لإثبات حلية لكن الإنصاف أن الآية انما سيقت لمجرد إمضاء البيع في قبال تحريم الربا فلا نظر فيها إلى تحليل التصرفات عموما لتشمل بإطلاقها للتصرف بعد الفسخ فتدبر

قوله طاب ثراه و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلية أكل المال (- اه-)

ربما نوقش في ذلك بأنها و ان دلت على حلية التصرفات الآ أنه لا إطلاق لها بحيث يشمل التصرف بعد الفسخ بل انما وردت لبيان مجرد كون الأكل بالتجارة حلالا و في عبارة الماتن (- ره-) الآتية و هي قوله لكن يمكن ان يقال إشارة إلى هذه المناقشة قوله طاب ثراه فدلالة الآيات الثلث على أصالة اللزوم على نهج واحد

الوجه في كون دلالتها جميعا على نهج واحد دلالتها جميعا على كون التصرف الواقع بعد فسخ أحدهما بدون رضى الآخر ماضيا قوله طاب ثراه لكن يمكن ان يقال (- اه-)

لما بين وجه الاستدلال بالآيات الثلث أراد الإشارة إلى إمكان التفرقة بين الأولى و الأخيرتين بأن الأولى انما وردت في مقام إعطاء القاعدة و لهذا تضمنت صيغة الأمر و صيغة العموم بخلاف الأخيرتين فإنهما انما سيقتا لبيان مشروعية البيع في الجملة كما يدل عليه مقابلته في اولى الأخيرتين بتحريم الربا فحاصل الآيتين هو مجرد بيان ان التصرفات المترتبة على البيع مشروعة محللة و ترتيب الآثار على التجارة غير منهي عنه و اما ان هذا الحكم قد ورد في مقام إعطاء القاعدة و بيان ان كل تصرف مباح سواء كان بعد فسخ أحدهما بدون رضى الآخر أو قبله فالظاهر خلافه فلا يبقى وجه للتمسك بإطلاقهما بالنسبة إلى الحالات فينحصر المستند في الاستصحاب كما أفاد ذلك في غاية الآمال

قوله طاب ثراه دل على حرمة الأكل بكل وجه يسمى باطلا عرفا (- اه-)

فيه ان حكم العرف ببطان أخذ البائع المبيع من المشتري من دون رضاه فرع علمهم بثبوت الملكية المستقرة فالاستدلال بالفرع على الأصل لا وجه له و لا مجال لتوهم اتباع حكمهم بالاستقرار الناشى من حكمهم بالبطان ضرورة قصر اعتبار حكمهم بما يتعلق بفهم الألفاظ من باب ما أرسلنا رسولا الآ بلسان قومه دون مثل ذلك و بالجملة فحكم العرف بالبطان مطلقا حتى مع عدم الحكم باستقرار الملك بالإنشاء السابق مما لا- مجال له و اما مع حكمهم بالاستقرار فلا يسمع قولهم في تميز كون العقد الفلانى موجبا لاستقرار الملك و الآخر لتزلزله هذا و قد يقال ان المتبادر من الباطل انما هو الباطل الواقعى لا العرفى مع قطع النظر عن الواقع الآ ان النهى عنه مع عدم علم المخاطب به مستلزم للنهى عن جميع احتمالاته انما مع العلم برخصة الشارع كما في التجارة و نحوها و لا علم بها مع

الشك في اللزوم و الجواز بمجرد فسخ احد المتعاقدين بدون رضا الآخر فيحكم بالمنع منه ظاهر أو ذلك كاف في إثبات أصالة اللزوم ظاهرا على نحو ثبوتها بالاستصحاب لكن قد يجاب بأن غرضهم هو إثبات أصالة اللزوم واقعا لا ظاهرا فتأمل جيدا قوله طاب ثراه و مما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله مما لا يحل (- اه-)

وجه الظهور أنه دل على حرمة كل تصرف في مال الغير لا تطيب نفس صاحب المال بذلك و لا ريب في انتقال المبيع إلى المشتري و الثمن في مال الغير إلى البائع فيحرم تصرف كل منهما فيما انتقل عنه ما لم تطب نفس صاحبه به و منها التصرف بعد الفسخ قوله طاب ثراه و منها قوله تعالى الناس مسطون (- اه-)

ربما نوقش في دلالة الزوايه بأنها إنما سيقت لبيان حكم آخر و هو أن لصاحب المال التصرف فيه بأنواع التصرفات المباحة ما دام ماله و اين ذلك من أنه ليس لغيره ان يخرج منه ملكه و لا منافاة بينهما أصلا و رأسا نعم لا يجوز لغيره التصرف فيه بمجرد قوله فسخت ألما ان يثبت كونه سببا شرعيا في خروجه عنه و دخوله في ملكه و أنت خير بان ما ذكره اعتراف بالمطلب من حيث لا يشعر فان ما ذكره من عدم جواز التصرف لغيره بمجرد إنشاء الفسخ ما لم يثبت سببته شرعا للخروج عن ملكه عين المدعى كما لا يخفى على المتأمل

قوله طاب ثراه و لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية بل المتبادر عرفا هو الإلزام التابع (- اه-)
لا يخفى عليك أنه يرد ما ذكره هنا ما ذكره في أول مبحث الشروط من كون الشرط مشتركا معنويا بين الابتدائي و الضمني فراجع و تدبر حتى يظهر لك ما بين كلاميه من المنافاة
قوله طاب ثراه حتى في مثل قوله في دعاء التوبة (- اه-)

أراد بذلك دعاء التوبة من أدعية الصيحيفه السجادية حيث قال عليه الصلوة و السلام فيه فاقبل توبتي كما وعدت و اعف عن سيئاتي كما ضمننت و أوجب لي محبتك كما شرطت و لك يا رب شرطي ان لا أعود في مكروهك و ضمانني ان لا أرجع في مذمومك و عهدى ان أهجر جميع معاصيك فان المراد بقوله كما شرطت اي كما شرطت محبتك في ضمن ضمانك العفو عن سيئات التائب و المراد بقوله عليه السلام و لك يا رب شرطي اي التزامي في ضمن التوبة لكن في الاستشهاد المذكور نظر إذ لا دلالة في ذلك إلا على استعمال الشرط في الإلزام التابع و ذلك مسلم و اين ذلك من مطلوبه و هو عدم استعماله في الإلزام الابتدائي مع ان مقتضى مدعاه اعتبار كون الالتزام في ضمن البيع و نحوه و المستعمل في الدعاء إنما هو مجرد ربط الالتزام بغيره و ذلك أعظم مما في القاموس قوله طاب ثراه و قوله عليه السلام في أول دعاء التوبة (- اه-)

ما قبل العبارة هكذا اللهم لك الحمد على ما جرى به قضاؤك في أوليائك الذين استخلصتهم لنفسك و دينك إذ اخترت لهم جزيل ما عندك من النعيم المقيم الذي لا زوال له و لا اضمحلال بعد ان شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا الدنية و زخرفها و زبرجها فشرطوا لك ذلك وجه الدلالة ان قال ما ذكره عليه السلام إلى ان الله عز و جل قال لعباده من زهد في هذه الدنيا أعطيه النعيم المقيم فالزهد في ضمن الوعد بإعطاء النعيم المقيم و ان العباد أجابوا ربهم بطلب النعيم المقيم و التزموا تبعا لطلبهم

ص: ١٣

بالزهد في هذه الدنيا و الجواب عن هذه الفقرة على نحو الجواب عن سابقتها

قوله طاب ثراه و منها الأخبار المستفيضة (- اه-)

وجه الدلالة ظاهر فإن نفس إثبات الخيار بالأسباب الخاصة تدل على أنه لولاها لكان العقد لازما و تأمل بعض مشايخ العصر (- قده-) في دلالتها لعلّه في غير علمه كما لا يخفى على المتأمل المنصف و ربما ناقش بعضهم بأن دلالتها على وجوب البيع و أنه لا خيار لهما بعد الرضا أنما هو بلحاظ ما هو بمقتضى نفس البيع لا للأمر العارضة أحيانا من غيب و عيب و نحوهما و لأجل هذا لا يكون أدلة سائر الخيارات مخيصة لها و فيه ان الاعتراف بكون اللزوم هو مقتضى نفس البيع كاف في إثبات المطلوب لتوقف الخروج عن ذلك المقتضى في مورد عروض العارض على قيام الدليل على كون ذلك العارض سببا لتزلزل العقد كما لا يخفى

قوله طاب ثراه فهذه جملة من العمومات (- اه-)

ربما حكى عن بعض اجلمة الفقهاء (- رض-) التمسك لأصالة اللزوم بأنه لو لا ان بناء العقد على اللزوم لاختل نظام العالم و انهدم أساس عيش بنى آدم قال و هل تقدر على إنكار الاختلال فيما لو سلطت الزوجه مثلا على فسخ عقد النكاح في جميع الأحوال و هل يجوز انهدم أساس العيش في ابتلاء الناس بأنواع القتال و الغيظ و الطيش لو لم يقدروا على إبقاء ما انتقل إليهم بالعقود في ملكهم من المناكح و الملابس و المساكن و المأكول و المشارب و غير ذلك انتهى قلت لزوم الاختلال في بعض الموارد لا يثبت الكليّة بل اللّازم هو القصر على مورد الاختلال و غرضنا إثبات الكليّة فلا وجه لهذا الاستدلال

قوله طاب ثراه و ربما يقال ان مقتضى الاستصحاب (- اه-)

حاصله ان الشك في ارتفاع اثر العقد بفسخ أحدهما ناش من الشك في ان المنتقل من أحدهما إلى الآخر هل هي السلطنة التامة على العين بحيث لم يبق له في العين أصلا حتى علقه الاسترجاع بالفسخ أم لا بل المنتقل أنما هي السلطنة في الجملة مع بقاء علاقة للمالك في العين يسترجعها حيث ما أراد بالفسخ فاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك الأول بالمرّة سببي حاكم على استصحاب بقاء اثر العقد بعد فسخ المنتقل منه

قوله طاب و رد بأنه ان أريد بقاء علاقة (- اه-)

محصله ان سلطنة المالك السابقة الموجبة لتسلطه بواسطتها على سائر التصرفات السائغة قد أزيلت بحدوث السبب الناقل لها منه إلى المنقول اليه قطعا و لا دليل على جواز وجه عن وجوه التصرف و إن كان فسخا باعتبار وجودها قبل حدوث السبب كما لا دليل على حدوث سلطنة جديدة بملاحظتها أو بدونها فلا يتصور موضوع للاستصحاب حتى يكون حاكما على الاستصحاب اثر السبب الشرعي قوله طاب ثراه فهذه علاقة يستحيل اجتماعها (- اه-)

أراد بذلك ان سلطنة إعادة العين في ملكه لا- تجتمع مع الملك لأن الإعادة إنما تفرض بعد الزوال و السلطنة بعد زوال الملك لم تثبت سابقا حتى تستصحب و السلطنة على الفسخ الثابتة في المجلس قد زالت بانقضاء المجلس

قوله طاب ثراه فتأمل

وجه الأمر بالتأمل أنه كما لا وجه مع تواتر الأخبار بانقطاع الخيار بالافتراق للرجوع إلى استصحاب عدم انقطاع علاقة المالك من العين فكذا لا وجه للرجوع إلى استصحاب المقتضى للزوم و إن كان موافقا له في المقتضى لأن الدليل الاجتهادي كما يرفع حكم الأصل المخالف له فكذا يسقط الأصل الموافق عن درجة الحجية فكان الأولى ان يقول أنه لا يجدى استصحاب العلاقة التي كانت في مجلس البيع بعد معلومية كون ثبوت تلك العلاقة بحكم الدليل الناطق بثبوتها مشروطا بعدم الافتراق بل قد يقال ان الاستصحاب لا يجدى حتى مع الشك في اشتراط عدم الافتراق أيضا نظرا إلى ان المستصحب إذا كان تيقن ثبوته منوطا بإحدى جهتين لا على التعيين فزالت إحداهما لا يجوز استصحابه لسريان الشك إلى الابتداء

قوله طاب ثراه نعم هو حسن في خصوص المسابقة و شبهه (- اه-)

قد يورد عليه بمنع الحسن حتى بالنسبة إلى المسابقة و شبهها نظرا إلى ان كل عقد حتى عقد المسابقة لا بد ان يكون له أثر فإذا شك في بقاء ذلك الأثر بعد فسخ أحدهما كان الأصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله فلا وجه للتفرقة بين ما يكون أثره الملك و بين غيره لعدم اختصاص جريان الاستصحاب بما إذا كان الأثر هو الملك بل هو جار بالنسبة إلى سائر الاثار أيضا
قوله طاب ثراه بناء على ان المرجع (- اه-)

يعنى ان التمسك بالعمومات المزبورة لإثبات ان العقد الخارجي الفلاني من مصاديق العقد اللانزم مبنى على تجويز التمسك بالعمومات في الشبهات المصدقية فمن أجاز ذلك أجاز التمسك هنا و من منع هناك من ذلك و انحصر سبيله في التمسك بالاستصحاب و نحن قد نقحنا في الأصول عدم الجواز نظرا إلى ان التمسك بالعموم انما هو بمعونه أصالتي العموم و الحقيقة فإذا علمنا بورود التخصيص و شككنا في كون شيء من افراد العام أو المخصص لم يكن لأصالة العموم مجرى لأن كونه من افراد الخاص لا يوجب تخصيصها زائدا في العام حتى ينفي بالأصل و توضيح ذلك يطلب من محله
قوله طاب ثراه كما إذا شك في ان الواقع هبة أو صدقة فإن الأصل عدم قصد القرية (- اه-)

ربما ذكر فقيه آل يس (- قده-) ان هذا مبنى على كون الهبة أعم من الصدقة كما حكي عن (- كره-) و (- لك-) فإن صدور العقد المملك على هذا التقدير يكون معلوما و انما يشك في الأمر الزائد الموجب لزومها فينفى بالأصل (- ح-) و اما بناء على انها نوعان متغيران فلا يتجه ما ذكره (- قده-) لأن الأصل المذكور غير قابل لتعيين أحدهما بل المعين (- ح-) بناء على تعميم العام المفرد المشكوك في خروجه عنه و اندراجه في الخاص هو الحكم في المقام بلزومه بناء على ان عموم العقود في الآيه المنظور هنا انما هو بحسب الأفراد لا الأنواع و لا يحكم بكونه هبة جائزة بل يحكم بانقطاع سلطنة الدافع للمال عنه و عدم بره به لو كان ناذرا للهبة كما لا يحكم بكونه صدقة بحيث يرتب عليه لوازمها هذا كلامه (- قده-) و لم افهم له معنى محصيا لأن الصدقة و الهبة و ان كانتا نوعين يعتبر في الأولى قصد القرية دون الثانية إلا ان تغايرهما لا يقدح بعد كون الفارق بينهما اعتبار القرية و عدم اعتبارها فإنه حينئذ يمكن تعيين كونها هبة بأصالة عدم قصد القرية لكن الإنصاف تمامية ما ذكره لأنه إن كانت الهبة أعم من الصدقة كان وقوع الهبة المطلقة معلوما و يرجع الشك إلى صدور قصد القرية حتى تكون قسما خاصا من الهبة أم لا فإن أصالة عدم قصد القرية تنفي وقوع القصد فيؤخذ بالقدر المعلوم بخلاف ما لو كانتا متباينتين فإن نفي قصد القرية بالأصل لا يثبت كون الواقع هبة لأن الأصول الشرعية لا تثبت اللوازم العقلية و العادية كما برهن على ذلك في محله و قد مر عدم حجتيه العام في تميز الشبهات المصدقية نعم قد يناقش في ما ذكره الماتن (- ره-) من الأصل بمعارضه أصالة عدم قصد القرية بأصالة عدم قصد غيرها و قد يجاب بأن الأصليين إذا تعارضا و كان أحدهما ذا اثر دون الآخر كان الحكم لذي الأثر و سقط غيره عن الاعتبار و أصالة عدم قصد القرية هنا ذات اثر و هو عدم اللزوم دون أصالة عدم قصد غير القرية فإنها لا اثر لها و ذلك لأن اللزوم قد رتب شرعا على قصد القرية و لم يرتب الجواز على قصد غير القرية فأصالة عدم قصد غير القرية

ص: ١٤

لا اثر لها حتى تعارض أصالة عدم قصد القرية

قوله طاب ثراه لكن الاستصحاب المذكور أنما ينفع (- اه-)

لما بين انحصار مستند أصالة اللزوم عند الشك في المصداق في الاستصحاب بناء على عدم حجيه العام في تميز الشبهات المصادقيه أراد ان يشير إلى الفرق بين ما إذا كان مستند أصالة اللزوم هو العموم و بين ما إذا كان مستنده هو الاستصحاب و حاصل الفرق ان العام بناء على حجيته في تميز المصاديق ينفع في تعيين العقد اللازم أيضا بخلاف الاستصحاب فإنه لا ينفع إلا في إثبات صفه اللزوم و لا يعين العقد اللازم إلا على القول بحجيه الأصول المثبتة

قوله طاب ثراه فاذا شك في اشتغال الذمه بالعوض حكم بالبراءة (- اه-)

قد يناقش في ذلك بان مقتضى أصالة احترام مال المسلم هو استحقاق العوض كما في صورة الاختلاف في المال المدفوع بعد عروض تلفه من دون تعدد و لا تفریط بين المالك و بين القابض بدعوى المالك كونه قرضا و دعوى القابض كونه أمانة فإنه مع عدم البيئه يحكم على القابض بأدائه على احد القولين تمسكا اما بعموم على اليد أو بالأصالة المذكورة و مع جريان الأصالة المذكورة لا يبقى لأصالة البراءة محل أصلا بل قد يقال انه لا مجرى للأصل هنا بعد العلم إجمالا بما باستحقاق الفاسخ المعوض إن كان العقد هبة أو العوض إن كان يباع فتأمل

قوله طاب ثراه و إذا شك في الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان لعموم على اليد إن كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة (- اه-)

قال الشيخ الوالد العلامة جعلني الله (- تع-) فدائه ان هذا مبنى على القول بان العمومات المخصيه ترفع الشبهه عن المصاديق عند الشك في دخولها في عنوان المخصيه أو دخولها في ما بقى من عنوان العام فكلامه (- قدّه-) هذا في قوة ان يقال حكم بالضمان لعموم على اليد إن كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة و قلنا بان خروج بعض افراد اليد عن تحت ذلك العموم كيد الموهوب له لا يمنع عن الرجوع اليه عند تردد بعض مصاديقها بين يد الضمان كيد القابض بالسوم و غيرها كيد المتهب و المستودع و المستير و الدليل على ما ذكرناه من التقييد قوله (- ره-) و إن كان المستند دخوله في ضمان العين أو قلنا بان خروج الهبه من ذلك العموم مانع من الرجوع اليه فيما احتمل كونه مصداقا لهما كان الأصل البراءة أيضا أي كما لو شك في اشتغال الذمه بالعوض هذا كلاله دام ظلله و ما ذكره موجه متين بقى هنا أمران لم يتعرض لهما الماتن (- ره-) و تبه عليهما فقيه آل يس (- قدّه-) الأول ان اللزوم و الجواز الثابتين لمحلّهما من العقود بالأصل أو بالعارض من طرفين أو من طرف واحد على ضربين أحدهما ما يجوز انقلابه إلى ضده باشتراط خيار رافع للزوم في اللازم أو اشتراط القرار و عدم الفسخ في ضمن عقد لازم الرافع للجواز في الجائر ثانيهما ما لا يجوز فيه ذلك كالصدق و الوقف و الضابط ان كل ما يعتبر في صحته قصد التقرب إلى الله تعالى للتصوص المصرحه بان ما كان لله لا رجوع فيه فلا يصح اشتراط الخيار في شيء من هذه الأمور بل و في سائر الإيقاعات كالطلاق و الرجعة بالنكاح بعده و العتق إلى غير ذلك الثاني انه يجوز اجتماع اللزوم و الجواز في عقد واحد كما في الرهن فإنه لازم من طرف الرهن و جائر من طرف المرتهن و (- كك-) الهبه فإنها لازمه في حق المتهب جائره في حق الواهب و حكى قول في الهبه و الرهن بالإلحاق بالجائر لإمكان الفسخ و لو بواسطة أحد الطرفين و هو المرتهن و الواهب في المثاليين و رد بان الفعل المشترك بين اثنين بمنزلة فعلين متعددين فلا يمنع أتصافه باللزوم بملاحظه أحدهما و بالجواز بملاحظه الآخر كما فيما شرط فيه الخيار لأحدهما خاصيه في البيع و نحوه و بالجملة الأسباب الشرعيه المتصفه باللزوم المطلق ذاتا أو عارضا ما عدى المشروط صحته بالتقرب اليه تعالى و ما جرى مجراه لا إشكال في قابليتها لتعلق الجواز بها بخيار حكمي أو مجعول من طرف المتعاقدين لأحدهما خاصه أو لكل واحد و (- كك-) اللازم من جانب واحد إذا كان محل الخيار ذلك ألما ان يكون منافيا لمقتضى العقد كما في الرهن فإنه لا يبعد ان يقال بمنعه من جانب الرهن لأنه مناف

لمقتضى الرهن الذي علم ان الغرض من مشروعيته استيثاق الزاهن على حقه من الدين و اما المتصفة بالجواز كالمعاطاة بناء على أنها بيع مثلا- غير لازم فلا- مانع من تعميم أسباب الخيارات لها من مجلس و غبن و عيب بناء على ان الأسباب الشرعية معارف لا علل حقيقية و يصح اشتراط الخيار فيها على تقدير عروض اللزوم لها أو مطلقا لأجل التسلط على الفسخ عند الحاجة اليه أو لأجل انتقاله إلى الوارث فان الجواز الحكمي الثابت في الهبة مثلا أو المعاطاة لا يتعلّق به الإرث بعد فرض انه محض حكم شرعي و لذا لا يسقط بالإسقاط بخلاف الخيار المشروط مثلا فإنه حق مخلوق صالح لان يورث و اما المشكوك منها من حيث الجواز و اللزوم كالقرض و المسابقة فلا إشكال في جواز إثبات الخيار فيها لفائدة تحصيل الجزم بثبوت التسلط على الفسخ فيكون عمله موافقا للاحتياط و يجرى الكلام في المعاطاة بناء على احتمال اللزوم فيها

[القول في أقسام الخيار]

إشارة

قوله طاب ثراه و قد أنهاها بعضهم إلى أزيد من ذلك (- اه-)

أقول قد اختلفت امذقة المصنّفين في تعداد الخيار فعدها المحقق في (- يع-) خمسة خيار المجلس و خيار الحيوان و خيار الشرط و خيار الغبن و خيار التأخير و عدها في (- فع-) و (- عد-) و (- شاد-) و (- كره-) و غيرها سبعة بإضافة خيار الزوية و خيار العيب و عدها في (- ثق-) ثمانية بإضافة خيار ما يفسد ليومه و خيار الرؤية و خيار العيب إلى الخمسة التي في (- يع-) و عدها في المستند مثل (- ثق-) ثمانية الا أنه أبدل خيار العيب بخيار الاشتراط و عدها في الدروس تسعة و في اللمعة أربعة عشر الخمسة التي في (- يع-) و خيار ما يفسد ليومه و خيار الرؤية و خيار العيب و خيار التدليس و خيار الاشتراط و خيار الشركة و خيار تعذر التسليم و خيار تبعض الصيغة و خيار التفليس لكن ليس شيء من ذلك مبتئا على الخلاف في الثبوت و عدمه بل هو جمع و استقصاء و اقتراح لا إيراد على احد منهم في اقتصاره على عدد دون الآخر لأنّ كلّا منهم قد بين ما أهمل عده في طي المباحث و ربّما اعترض الفقيه الغروي (- قده-) في شرحه على خيارات اللمعة على عدّ ماته الخيار أربعة عشر بأنّه ان بنى على التداخل لم تكن أربعة عشر و ان بنى على الاختلاف في الصور زادت ضعف الأصل و أكثر إذ من جملتها خيار الشفعة إذا كان الشفيع بعيدا و خيار الخيار إذا باع و كان فيه خيار لغيره و خيار المرابحة بناء على استقلاله و خيار الواطي إذا وطأ الجارية مولاها و باعها ناسيا أو عاصيا لاحتمال صيرورتها أم ولد و خيار مستحقّ قصاص النفس أو قصاص الطرف من العبد و خيار مستحقّ الحد رجما أو قتلا أو مطلقا و خيار الجلال و خيار الموطوء من الحيوان من المركوب و خيار الكفر لضرر السؤر و خيار المكاتب قبل تحرير بعضه لو أجزنا بيعه و خيار خوف حدوث العيب و خيار خوف التلف لكون العبد في الحرب أو في محلّ الطاعون و خيار فساد العقيدة من أهل الإسلام و خيار التنجيس إلى غير ذلك ثمّ قال و كما يرجع كثير ممّا ذكر إلى العيب و التدليس و نحو ذلك يرجع ما ذكره المصنّف (- ره-) من خيار الشركة و التبويض و نحوهما إليها فلا وجه للحصر الا ان يقال انّ ما ذكره أعّم و أشمل ممّا ذكرنا

ص: ١٥

و يريد الحصر بالنسبة إلى ذلك و بناء الأصحاب في هذا الباب على ذكر أقسام الخيار العامة البلوى الكثيرة الدوران المتعرض لها في الزوايات التي لا يرجع بعضها إلى بعض فمن هنا اقتصر بعضهم على خمسة و اخرون على ثمانية و المصنف (- ره-) في (- س-) على تسعة و الأمر في ذلك سهل انتهى

[الأول القول في خيار المجلس]

إشارة

قوله طاب ثراه في مسائل خيار المجلس (- اه-)

قد اشتهر التعبير عن هذا القسم من الخيار في السنة الفقهاء (- رض-) بخيار المجلس قال في (- لك-) ان إضافة هذا الخيار إلى المجلس إضافة إلى بعض أمكنته فان المجلس موضع الجلوس و ليس بمعتبر في تحقق هذا الخيار بل المعتبر فيه مكان العقد مطلقاً أو ما في معناه و الأصل فيه قول النبي صلى الله عليه و آله البيعان بالخيار ما لم يفترقا و هو أوضح دلالة من عبارة الفقهاء الا انه قد صار بمنزلة الحقيقة العرفية و إن كان للتسمية فيه خصوص لغته انتهى و أقول ان ما ذكره من عدم اعتبار موضع الجلوس في تحقق هذا الخيار مما لا ريب فيه بل في الرياض و كشف الظلام و غيرهما الإجماع عليه و كفاك في ذلك ادارة البقاء في النصوص مدار عدم الافتراق من غير إدارته مدار بقاء مجلس البيع و قد أشار بقوله أو ما في معناه إلى كفاية عدم افتراقهما بالأبدان و ان انتقالاً مصطحبين إلى مكان آخر فالمراد بما في معناه الموضع الذي ينتقلان اليه بعد العقد مصطحبين ثم ان لازم كلامه كون إضافة الخيار إلى المجلس من باب إضافة الحال إلى المحل و ربما قرّر المحقق الورع الأردبيلي (- ره-) كونها من باب إضافة المسبب إلى السبب حيث قال لعل الإضافة من قبيل إضافة المسبب إلى السبب كما في خيار الغبن اي خيار سبب ثوبته كون المتعاقدين في مكان العقد أو في حكمه مثل ان فارقه مصطحبين انتهى و لعل ذلك أقرب من جعله من باب إضافة الحال إلى المحل أو مساو له و ليس بعيداً كما زعمه بعض الأواخر

قوله طاب ثراه و أراد بالمجلس مطلق مكان المتبايعين حين البيع (- اه-)

فلا يشترط في ثبوت الخيار اجتماعهما في مكان واحد عرفاً فلو تناديا بالبيع من مكان بعيد ثبت الخيار لهما أيضاً كما هو المصرح به في عبارات كثير منهم كالتذكرة و (- س-) و كنز الفوائد و تعليق و (- شاد-) و (- مع صد-) و مفتاح الكرامة و غيرها بل قيل أنه لم يعرف فيه خلاف بيننا و الأصل في ذلك إطلاق النصوص و الفتاوى و عن بعض العامة و هو الجويني على ما في (- كره-) أنه قد أسقطه بذلك لأنه لا يجمعهما مجلس و لمقارنته المسقط له للبيع و لأنه من الأفراد النادرة التي لا ينصرف إليها الإطلاق و ضعف الجميع ظاهر اما الأول فلظهور عدم كون المجلس مداراً للحكم و انما المدار هو كون الطرفين متبايعين و قد حصل و اما الثاني فلمنع كون المسقط هو البعد بل تفرقهما عن موضعهما و لم يحصل ما داماً في مكانهما و القياس باطل و اما الثالث فلمنع الندرة الموجبة لانصراف الإطلاق إلى غيره

قوله طاب ثراه و لا خلاف بين الإمامية في ثبوت هذا الخيار (- ره-)

قد ادعى الاتفاق على ذلك في الكفاية و (- ثق-) و في (- كره-) أنه ذهب إليه علمائنا و في (- ف-) و الانتصار و مجمع الفائدة و الرياض و موضعين من مفتاح الكرامة و خيارات الفقيه الغروي و المستند و الجواهر و هداية الأنام و غيرها ان عليه الإجماع قال في (- ف-) البيع ينعقد بوجود الإيجاب من البائع و القبول من المشتري لكنه لا يلزم المتبايعين بنفس العقد بل يثبت لهما فلكل واحد منهما بل لكل منهما خيار الفسخ ما دام في المجلس إلى ان يفترقا أو يتراضيا بالتابع في المجلس و روى هذا في الصيحية عن علي عليه

السَّلام و عمر و عبد الله بن عباس و ابي هريرة و ابي بردة الأسلمى و به قال الحسن البصرى و سعيد بن المسيب و الزهرى و عطاء و فى الفقهاء الأوزاعى و احمد و إسحاق و ذهب طائفة إلى ان البيع يلزم بمجرّد العقد و لا يثبت فيه خيار المجلس بحال ذهب إليه فى التابعين شريح و النخعى و فى الفقهاء مالك و أبو حنيفة و أصحابه دليلنا إجماع الفرقة انتهى بل ادعى بعض مشايخ العصر كونه من ضروريات المذهب أو الدين الذى لا يقدر فيه خلاف بعض المخالفين بعد اعترافه بأنّه خلاف سيّد المرسلين صلّى الله عليه و آله انتهى فتأمل

قوله طاب ثراه و النصوص به مستفيضة (-اه-)

قد ادعى تواترها فى الجواهر و يأتي من الماتن (-ره-) أيضا دعوى تواترها فمنها النبوى المشهور البيعان بالخيار حتى يفترقا و رواه فى (-ف-) على متن آخر حيث قال و روى نافع عن ابن عمر انّ النبى صلّى الله عليه و آله قال المتبايعان كلّ واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار فثبت للمتبايعين الخيار بعد تسميتهما متبايعين و كلّ اسم مشتق من فعل فإنّه يسمى به بعد وجود ذلك الفعل كالضارب و القاتل و غير ذلك (-فكذلك-) المتبايعان فإنهما يسميان بذلك بعد وجود التبايع بينهما فالخير يقتضى إثبات الخيار لهما فى تلك الحالة و عند المخالف أنّه لا يثبت انتهى و منها الصّحيح الذى رواه ثقة الإسلام (-ره-) عن ابي على الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام قال قال رسول الله صلّى الله عليه و آله البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلثة أيام بيان قال فى التنقيح أنّه يسمّى المشتري بيعا تغليبا للفظ البائع كالعمرين و القمرين و أنّما غلب البائع لأنّه أصل فى الخيار لجواز ندمه غالبا انتهى و منها الصّحيح على الصّحيح الذى رواه هو (-ره-) عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابي عمير عن جميل هو ابن صالح الأسدى الثقة مدّ ظله و ابن بكير جميعا عن زرارة عن أبى عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول قال رسول الله صلّى الله عليه و آله البيعان بالخيار حتى يفترقا الحديث و منها الصّحيح الذى رواه هو (-ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن محبوب عن جميل عن فضيل هو ابن يسار منه مدّ ظله 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 و منها الصّحيح الذى رواه هو (-ره-) عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام قال أيما رجل اشترى من رجل بيعا فهو بالخيار حتى يفترقا فاذا افترقا وجب البيع الحديث و منها ما رواه هو (-ره-) عن الحسن بن محمد عن معلى بن محمد عن على بن أسباط عن الرضا عليه السلام قال سمعته يقول الخيار فى الحيوان ثلثة أيام للمشتري و فى غير الحيوان ان يفترقا الحديث و منها ما رواه الشيخ (-ره-) بإسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن الحسين بن عمر بن يزيد عن أبيه عن أبى عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلّى الله عليه و آله إذ التّاجران صدقا بورك لهما فاذا كذبا و خانا لم يبارك لهما و هما بالخيار ما لم يفترقا فان اختلفا فالقول قول ربّ السّلع أو يتتاركا و رواه الصّيدوق (-ره-) فى محكى الخصال عن محمد بن موسى المتوكل عن محمد بن يحيى عن محمد بن احمد رفعه إلى الحسين بن زيد عن أبيه زيد بن على عن أبيه عن جدّه عليه السلام إلى غير ذلك من الأخبار و يأتي جملة أخرى فى طيّ الفروع إنشاء الله تعالى

قوله طاب ثراه و الموثق الحاكي لقول على (-اه-)

أشار بذلك إلى رواه الشيخ (-ره-) بإسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن أبى جعفر عن أبيه عن غياث بن إبراهيم عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن على عليه السلام قال قال على عليه السلام إذا اصفق الرّجل على البيع فقد وجب و ان لم يفترقا و هو و ان كان معتبر السند بالموثّقة إلا أنّ جمعا حكموا بشذوذه

ص: ١٦

فيطرح أو يحمل على التقيّة لموافقته لمن تقدّم ذكرهم فى عبارة (- ف-) من العامّة أو على ما حمّله عليه الشّيخ (- ره-) من بيان افادة الملك قبل الافتراق و ان جاز الفسخ قبله أو على ما احتمله هو (- ره-) أيضا حمّله عليه من كون المراد بالافتراق المنفى الافتراق البعيد دون القليل الملزم و ربّما احتمل بعضهم الحمل على احد المقامات الّتى يسقط فيها هذا الخيار كاشتراط سقوطه أو بيعه ممّن ينعتق عليه و نحو ذلك أو على كون المراد بالتفقّه الرّضا بالبيع و الالتزام به و الأمر سهل بعد شذوذ الخبر و مخالفته للإجماع و المتواتر من الأخبار و موافقته لمذهب من خالف النّبى صلّى الله عليه و آله فى أربعمائه حديث منها البيعان بالخيار ما لم يفترقا كما اعترف به الزمخشري فى كتاب ربيع الأبرار مع كونه من الخفيّة

قوله طاب ثراه و لا فرق بين أقسام البيع

أقول قد صرّح بعدم الفرق بين أقسام البيع من النقد و النسيئة و السّلم و المرئى و الموصوف و التولية و المرابحة و غير ذلك جمع منهم العلّامة فى (- عد-) و (- كره-) بل فى الغنيّة أنّه يدخل خيار المجلس فى جميع ضروب البيع السّلم و غيره لإجماع الطائفة على ذلك انتهى و فى مفتاح الكرامة انه من المعلوم اتفاق الفتاوى عليه و الأصل فى ذلك إطلاق النصوص

[مسألة هل يثبت خيار المجلس للوكيلين مطلقا و نقل الخلاف فى المسألة]

قوله طاب ثراه و لا فى ثبوته للوكيلين فى الجملة

ظاهره نفى الإشكال عن ثبوت خيار المجلس للوكيل المستقلّ فى التصرف و مقابله نفى الإشكال بنقل الخلاف فى مطلق الوكيل تدلّ على إرادته بنفى الإشكال نفى الخلاف أيضا و هو كما ترى فإنّ بعض الأواخر مال إلى نفى الخيار للوكيل حتى إذا كان مستقلا فى التصرف استنادا إلى أصالة اللزوم بعد انصراف البيعين إلى الأصليين فإنّ الغالب الشائع فى الاستعمال هو إطلاق المتبايعين على الأصليين فيبقى الوكيلان خارجين عن منصرف اخبار الخيار باقيين تحت أصالة اللزوم المحكمّة فى مورد الشك فلا تذهل قوله طاب ثراه و هل يثبت لهما مطلقا (- اه-)

اي حتى فيما لو كانا و وكيلين فى مجرّد إجراء الصّيغة

قوله طاب ثراه خلاف

قلت الأقوال فى ذلك خمسة أحدهما ما سمعت من عدم الثبوت مطلقا ثانيها الثبوت مطلقا جزم به جماعة منهم فاضل الكفاية و سيّد الزياض و سيّد مفتاح الكرامة و شيخ (- ثق-) و غيرهم قال فى (- ثق-) و هو ثابت للمتبايعين سواء كانا مالكين أو وكيلين أو متفرّقين بعد انعقاد البيع بالإيجاب و القبول ثمّ تمسّك لذلك بإطلاق النصوص و الفتاوى و معادل الإجماعات بعد صدق المتبايعين على الوكيلين و نفى البعد عن هذا القول المحقق الورع الأردبيلي (- ره-) فى مجمع الفائدة ثالثها التفصيل بين الوكيلين فى المعاملة و بين الوكيلين فى مجرّد إيقاع العقد مع مباشرة الموكلين لتعيين الثمن و المضمن و غير ذلك من لوازم المعاملة بثبوت الخيار للوكيلين فى الثّانى دون الأوّل استظهره المصنّف (- ره-) من عبارة (- كره-) الّتى سينقلها حيث قال فيما يأتى عن قريب إنشاء الله تعالى ان القول بثبوتها يعنى الخيارات لموقع الصّيغة لا ينبغى من الفقيه و الظاهر عدم دخوله فى إطلاق العبارة المتقدّمة عن (- كره-) فإنّ الظاهر من قوله اشترى الوكيل أو باع تصرّف الوكيل بالبيع و الشراء لا مجرّد إيقاع الصّيغة انتهى لكن قد يناقش بأنّ غاية ما تفيده العبارة على فرض ظهور الوكيل فى الوكيل فى البيع و الشراء لا- خصوص العقد أنّما هو ثبوت الخيار للوكيل فى البيع و الشراء و اما عدم ثبوته للوكيل فى خصوص الصّيغة فالعبارة ساكتة عن ذلك مع انّ ظهور الوكيل فى الوكيل فى البيع و الشراء ممنوع سيّما بعد تعبيره بتعاقد الوكيلين و كون ذلك قرينة على ارادته بالبيع و الشراء فى قوله لو اشترى الوكيل أو باع ما يشمل العقد و كيف كان محجّج هذا القول اما على ثبوت الخيار للوكيلين فى المعاملة و متعلقاتها بالإطلاق و اما على عدم الثبوت للوكيلين فى مجرّد إجراء الصّيغة فأصالة عدم

دخوله في التوكيل في العقد و عدم انصراف الإطلاق إلى مثله و قد يناقش في أصالة عدم دخوله في توكيل العقد بأن الخيار من توابع العقد فلا مجرى للأصل فالأولى ان يقرر بأن الأصل عدم ثبوت الخيار في العقد الواقع من الوكيل في خصوص العقد و الا فدخول الخيار في نفس التوكيل في العقد ممّا لا يعقل فتأمل رابعها ما اختاره في (- لك-) حيث قال في شرح قول المحقق (- ره-) في (- يع-) و لكل من المتبايعين خيار الفسخ ما دام في المجلس ما لفظه إطلاق المتبايعين يشمل المالكيين و الوكيلين و المتفرّقين لأن المتبايعين من فعلا- البيع و هو و إن كان عبارة عن الإيجاب و القبول فظاهر إطلاقه على من أوقع الصّيغة سواء كان مالكا أم وكيلا و إن كان عبارة عن نفس انتقال الأعيان ففاعل الانتقال و محدثه هو المتعاقدان أيضا لكن الحكم في المالكيين واضح و أمّا الوكيلان فان لم ينصّ لهما الموكل على الخيار لم يكن لهما الفسخ فينتفي الحكم عنهما و ان وكلهما فيه فإن كان قبل العقد بنى على ان التوكيل فيما لا- يملكه الموكل هل يصحّ بوجه أم لا و سيأتي في باب إنشاء الله تعالى فان لم نجوزه لم يكن لهما ذلك أيضا و ان جوزناه أو كان التوكيل فيه بعد العقد في المجلس كان لهما الخيار ما لم يفترقا عملا بإطلاق الخبر انتهى خامسها ما اختاره الماتن (- ره-) بقوله و الأولى ان يقال (- اه-) و حاصله ان الوكيل إن كان وكيلا في مجرد إجراء الصّيغة فليس له الخيار و إن كان وكيلا في التصرف المالي كأكثر الوكلاء فان كان مستقلا في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل توكيله فسخ المعاوضة بعد تحقّقها نظير العامل في القراض و أولياء القاصرين فالظاهر ثبوت الخيار له و ان لم يكن مستقلا في التصرف في مال الموكل قبل العقد و بعده بل كان وكيلا في التصرف على وجه المعاوضة كما إذا قال اشترى لي عبدا فالظاهر (- ح-) عدم الخيار للوكيل قوله طاب ثراه و الأولى ان يقال (- اه-)

قلت بل الأولى اختيار الإثبات مطلقا أو النفي مطلقا و مرجع الكلام إلى ان البيعين في النص هل هما منصرفان إلى العاقدين المالكيين ليبقى الوكيلان تحت أصالة اللزوم أم لا و نحن في ريب من تحقّق الانصراف لأن كثرة الوكلاء و كثرة إطلاق البيع و الشراء على ما يصدر منهم تمنع من ذلك و لا- أقل من الشك في الانصراف فيحكم أصالة عدمه و يبقى إطلاق التصوّص محكما سليما عن المعارض فان قلت ان شمول التوكيل في مجرّد إجراء الصّيغة للوكالة في الخيار غير معلوم و الأصل عدمه فلا يندرج تحت الوكالة و لا- يكون لخياره وجه قلت ان الخيار ممّا لا وجه للتوكيل و عدمه فيه لأن الخيار من الآثار القهرية للبيع و الشراء فالتوكيل في شيء منهما مع عدم الرضاء بخيار الوكيل غير معقول فان قلت بمقالة المحقّق الثاني (- ره-) من ان البيعين في الحديث يلزم ان يراد بهما العاقدان لأنفسهما فلا يعمان الوكيلين و لا الموكلين لأنه ان أريد بهما مالكا المبيع و مالكا الثمن لم يطابق أوّل الحديث أخره إلا إذا كان الوكيلان هما العاقدان لأن قوله ما لم يفترقا لا يصدق في المالكيين إذا كان العاقدان غيرهما لأنه يصير معناه حينئذ البيعان بالخيار ما لم يفترقا المعاقدان و هو غير ظاهر إلا ان يدعى وجود القرينة الدالة على مرجع هذا الضمير و هي ذكر طرؤ الافتراق المقتضى لسبق الاجتماع للعقد أو يقال ان الحديث دالّ على حكم المالكيين المتعاقدين لأنه الغالب و حكم ما إذا كان العاقد وكيلا مستفاد من الخارج قلت لا ينحصر الأمر فيما ذكره بل المراد بالبيعين البائع و المشتري فإذا صدق البائع و المشتري

ص: ١٧

عرفا و لغة و شرعا على كل من الأصليين و الوكيلين لم يكن إشكال فى جريان الحكم فى الوكيلين و من هنا قيل ان الموجود فى أكثر الروايات البيعان و فى بعضها التاجر و البيع امّا نفس الإيجاب و القبول أو النقل و على كل منهما فهو صادق عليه فتلخص من ذلك عدم الفرق بين المالكين و الوكيلين و المختلفين فى ثبوت الخيار المذكور و لا- فى الوكيلين بين الوكيلين فى مجرد إجراء الضيغ أو فى جميع متعلقات البيع و الشراء لما مرّ و توضيحه ان البيع عبارة عن النقل و الناقل هو العاقد و المساومة ليست ناقلة فإذا كان وكيلا- فى مجرد اجراء العقد و عين المالكان العوض و المعوض و قيود النقل كان الوكيلان هما المتبايعان و المالكان ليسا أا متساومين فتدبر

قوله طاب ثراه لان المتبادر من النص غيرهما (-ه-)

قد وقع الاستدلال لعدم ثبوت الخيار للوكيلين فى مجرد إجراء الضيغ بوجه أشار إلى عدة منها (- المصنف-) (- ره-) هذا أحدها و حاصله ان المتبادر من نصوص خيار المجلس انما هو غير الوكيلين فى مجرد اجراء العقد فيرجع فيهما إلى أصالة اللزوم و فيه منع التبادر بل البائع هو الناقل و الوكيل بإنشائه العقد ناقل كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و ان عمناه لبعض افراد الوكيل (-ه-)

أراد بهذا البعض الوكيل المستقل فى التصرفات و أنت خير بان التعميم لذلك يقتضى التعميم لمطلق الوكيل العاقد

قوله طاب ثراه مضافا إلى ان مفاد أدلة الخيار (-ه-)

حاصله ان مفاد أدلة الخيار انما هو ثبوته لمن تسلط على التصرف فى العوض المنتقل منه إلى صاحبه بالفسخ و الاسترداد فاذا شك فى تسلط الوكيل فى مجرد اجراء العقد على ما انتقل اليه لم يكن هناك ما يمكن التمسك به فى إثباته لأن أدلة الخيار لا تثبت و لا تفيد ذلك لأنها فى قوة ان يقال البيعان إذا تمكنا من رد ما عندهما كانا بالخيار ما لم يفترقا و معلوم ان مثل هذا الكلام لا يفيد ثبوت الخيار لمن شك فى تمكّنه من رد ما عنده و لا يرفع الشك فى تمكّنه ضرورة ان الأدلة المأخوذ فيها عناوين لا تفيد انطباقها على شىء من المصاديق إذا شك فيه و لم يتميز من الخارج انطباقها عليه و لكنك خير بما فيه لمنع كون السيلطنة على رد ما انتقل اليه قيد مفاد أدلة الخيار و ربما تصدى الشيخ الوالد روحى فدهاء لتوجيه ذلك بان لازم الخيار ذلك فإنه لما قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا أفاد أن لكل منهما ان يسترد ما انتقل عنه إلى صاحبه و (-ح-) نقول انه لما كان انتقال ما انتقل عنه بعنوان كونه عوضا عما انتقل من صاحبه اليه فلا- جرم كان استرداده بعنوان إخراجة عن العوضيه و لا يكون أا بالتسلط على رد ما جعل عوضا عنه ثم انه دام ظله أخذ فى المناقشة فيه بالمنع من كون معنى الخيار استحقاق استرداد ما انتقل عنه الى صاحبه و انما هو استحقاق فسخ العقد و لازمه رجوع كل من العوضين إلى صاحبه الأول فسلطنة كل منهما على أخذ ما انتقل عنه إلى صاحبه و وجوب دفع ما انتقل من صاحبه إليه فى مرتبة واحدة و ليس تسلطه على الأخذ بعد الفراغ عن وجوب الدفع فموضوع حكم ثبوت الخيار هما البيعان و صدقهما على الوكيلين فى إجراء لفظ العقد معلوم لا- مشكوك و ليس الموضوع البيعان المقيد بثبوت التسلط على رد ما انتقل اليه حتى يقال ان ثبوت التسليط على ذلك مشكوك لا يفيد أدلة الخيار كيف لا و لزوم تمكّن الفاسخ من رد ما انتقل اليه مما يتجّه المنع عن اعتباره فى معنى الخيار أو كونه لازما له و يشهد به ان منع الخيار موجود فى خيار الشرط و قد تقرّر عندهم انه يجوز اشتراط الخيار لأجنبى و من المعلوم ان الأجنبى ليس له التسلط على رد شىء من العوضين نعم فسخه يصير سببا لتسلط كل من المتبايعين على رد ما عنده و أخذ ما عند صاحبه و هذا محقق فيما نحن فيه اعنى الوكيلين فى مجرد إيقاع العقد بعد فرض صدق البيعين عليهما هذا كلامه دام ظلالة و هو كلام متين و جوهر ثمين و حاصله ان الماتن (- ره-) ان أراد بتمكّن الفاسخ من استرداد ما نقله المذى اعتبره فى ثبوت الخيار للشخص تمكّنه من الاسترداد على وجه المباشرة منعنا من كونه معتبرا فى الخيار أو لازما له و ان أراد به ما يعم ثبوته على وجه التسبب فأى مانع من ثبوته هاهنا بان يكون فسخ الوكيل فى مجرد إيقاع العقد سببا لتمكّن كل من المتعاقدين من رد ما انتقل اليه بعد

فرض صدق البيعين عليهما و إلا كان خروجهما مستندا إلى عدم صدق البيعين عليهما لا إلى عدم التمكّن من الاسترداد قوله طاب ثراه الا ترى أنه لو شكك (-اه-)

هذا استدلال على ما ادّعه من اعتبار مفروغية التمكّن من استرداد ما انتقل منه إلى الآخر و حاصل الدليل ان عدم إمكان الاستدلال بأدلة الخيار على نفي الاعتاق و عدم وجوب العتق فى صورة الشك التى أشار إليها أنّها هو لعدم مفروغية السّلطنة المذكورة فلو لا اعتبار المفروغية المذكورة لكان يتّجه التمسك بأدلة الخيار لنفي الاعتاق فى الفرض و لكن ربّما يناقش فى هذا الاستدلال بمنع عدم صحّة التمسك بأدلة الخيار لإثبات عدم الاعتاق فى الفرض و ذلك لأنّ الأصل الثانوى فى كلّ بيع هو الجواز ما دام فى المجلس و كون المبيع ممّن ينعقد على المشتري مانع من ذلك فاذا شكك فى تحقّق المانع كانت أدلّة الخيار بضميمة أصالة عدم المانع محكمة نافية للاعتاق كما لا يخفى

قوله طاب ثراه مضافا إلى ملاحظة بعض اخبار الخيار (-اه-)

حاصله ان ما قرن فيه خيار الحيوان بخيار المجلس و ان لم يكن خيار المجلس فيه مقيدا بثبوته للأصيل حتّى تكون التّسبب بينه و بين ما أطلق فيه ثبوت خيار المجلس للبيعين هى العموم و الخصوص المطلق إلا ان السياق يقضى بعدم ثبوت خيار المجلس للوكيل فى مجرّد الصّيغة كعدم ثبوت خيار الحيوان له لكن فيه أولا ان خيار الحيوان و ان قرن بخيار المجلس فى بعض الأخبار إلا ان موضوع الأوّل فيه صاحب الحيوان و موضوع الثّانى البيعان و من البين عدم صدق صاحب الحيوان على الوكيل و صدق البيعين على الوكيلين فى مجرّد إجراء الصّيغة و ثانيا ان لازم ما ذكره من اتّحاد السّياق و المراد هو ان يلتزم اما بثبوت كلّ من الخيارين للوكيل المستقلّ فى التصرف أو عدم ثبوت شىء منهما له و هو و ان التزم هنا بالثبوت لكن ما أظنه يلتزم بذلك فى خيار الحيوان ضرورة كون موضوعه صاحب الحيوان و بعبارة أخرى كما ان لازم اتّحاد السّياق نفي ثبوت خيار المجلس للوكيل فى مجرّد اجراء العقد كعدم ثبوت خيار الحيوان له فكذا لازمه نفي ثبوت خيار المجلس للوكيل المستقلّ فى التصرف أيضا كعدم ثبوت خيار الحيوان له فما باله أخذ بإحدى اللّازمين و ترك الأخر فثبت خيار المجلس للوكيل المستقلّ فى التصرف و ثالثا ان تقييد احدى الفقرتين للدليل لا يقتضى تقييد الأخر فتأمل قوله طاب ثراه مع ان ملاحظة حكمه (-اه-)

غرضه ان حكمه جعل الخيار أنّما هو الإرفاق لصاحب المال حتّى يختار الفسخ ان ندم فى المجلس و جعل الخيار للوكيل فى مجرّد العقد ينافى ذلك لأنّه قد يختار المالك الإمضاء و يفسخ الوكيل و فيه أولا انا لم نفهم حكمه الخيار فضلا عن التمسك به لعدم ثبوت الخيار للوكيل المزبور و لو فهمنا الحكمه لم يكن لنا التمسك بها لعدم حجية العلل المستنبطة و ثانيا ان الحكمه كما تنفى جعل الخيار للوكيل فى مجرّد العقد فكذا تنفى جعل الخيار للوكيل المستقلّ فى التصرف قوله طاب ثراه مضافا إلى أدلّة سائر الخيارات (-اه-)

فيه منع عدم جريان باقى الخيارات بالتّسبب إلى الوكيل فى مجرد العقد و لو سلّم فعدم جريانها فى حقّه لا اختصاص موضوعها بالأصيل لا يقضى بعدم جريان هذا الخيار فى حقّه بعد كون موضوعه البيع الصّادق على الوكيل فى مجرّد العقد هذا و ربّما استدل

يوجب ثبوت مقتضى الفعل الصادر من الوكيلين للموجد لسبب سبب الخيار و صدق المتبايعين على الموكلين مجاز بل البائع سواء كان بمعنى العاقد أو بمعنى الناقل أنما هو الوكيل لا الموكل الا ان يقال بعدم قدح كون الإطلاق مجازيا في شمول لفظ البيع لهما جميعا نظرا إلى ان المدار في الأخبار على الانضمام العرفي و إن كان بعنوان المجاز فيكون استعمال قوله البيعان بالخيار من باب عموم المجاز اي من انتسب إلى البيع سواء كان بيعا حقيقة أو مجازا بل زاد بعضهم على ذلك إمكان دعوى كون إطلاق البيع على الموكل أيضا على وجه الحقيقة قال و لا ينافي ذلك كون الموكل أيضا بيعا حقيقة لإمكان كون فعل واحد منسوبا حقيقة إلى فاعلين أحدهما سبب و الآخر مباشر فيقال أحرق زيد عمروا و أحرق النار عمروا كل منهما على وجه الحقيقة غاية الأمر ان إحراق زيد أنما يكون بآلة و هذا لا ينافي كون النسبة اليه على وجه الحقيقة فالنار بالنسبة إليه كالخشب بالنسبة إلى الضارب بل يمكن هذه الدعوى في جميع الأفعال التوليدية فالضرب مؤدب كما ان زيدا الضارب مؤدب هذا كلام ذلك البعض و فيه ان المفهوم عرفا من البيعين أنما هو البائع و المشتري فإثبات الخيار الاثني من كل طرف مما لا دليل عليه لأن مفاد الدليل أنما هو إثبات الخيار في كل طرف لواحد اما الوكيل أو الأصيل فإذا اعترف بكون استعمال البيع في الوكيل حقيقة و في الأصيل مجازا تعين اختصاص الخيار في الفرض بالوكيل إذ لا معنى للعدول من الحقيقة إلى المجاز من دون قرينة دالة عليه و هي في المقام مفقودة الا ان يقال ان مفاد الخبر أنما هو ثبوت خيار واحد من كل طرف لا- ثبوت خيار واحد لشخص واحد و (- المصنف-) لا- يثبت خيارين من كل طرف بل يثبت خيارا واحدا لشخصين من كل طرف بحيث يكون الأثر لما

يصدر أولا من أحدهما فسحا أو إمضاء فتأمل و اما ما ادعاه من إمكان كون فعل واحد منسوبا حقيقة إلى فاعلين ففيه ان ذلك أنما يتصور فيما إذا اشتركا في ذلك الفعل على حد سواء لا ما إذا كان أحدهما سببا و الآخر مباشرا فإنه (-ح-) لا يسند الفعل حقيقة الا إلى المباشر الا مع ضعف المباشر بحيث لا يسند الفعل عرفا الا إلى السبب و من المعلوم عدم ضعف المباشر و هو الوكيل في المقام و العجب من دعواه كون نسبة الإحراق إلى زيد استعمالا حقيقيا مع وضوح عدم كون زيد محرقا حقيقة بل مجازا لإيجاده السبب فلا تذهل

قوله طاب ثراه فمجرد ذلك لا يوجب الخيار لهما إلا إذا صدق (-اه-)

لا- يخفى عليك ان لازم تمسكه فيما تقدم لثبوت الخيار للموكلين بالحكمة هو ثبوته لهما حتى في صورة كون الموكلين في غير مجلس العقد و اطلعا على عقد الوكيلين فما وجه ذهبه عن لازم دليله

قوله طاب ثراه من ان المستفاد (-اه-)

قد عرفت سابقا عدم تمامية الاستدلال بالحكمة

قوله طاب ثراه و ان ثبوته للوكيل (-اه-)

فيه منع الملازمة لأن ثبوته للوكيل أنما هو لكونه عاقدا و بيعا فاذا لم يصدق هذا العنوان على المالك لم يكن لثبوت الخيار له معنى و إلى هذا أشار

ص: ١٩

هو (-ه-) بالاستدراك بقوله أَلَا ان يقال (-ه-)

قوله طاب ثراه و لكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوّة (-ه-)

أراد بالوجه الأخير الوجه الثانى من الوجهين الذين هما طرفا الإشكال و هو ثبوت الخيار للموكل و التعبير عن هذا الوجه بالأخير مبنى على تأخر مدركه فى الذكر و أَلَا فمقتضى قوله فى صدر العبارة و هل يثبت للموكلين (-ه-) هو كون الأخير عدم الثبوت لا الثبوت قوله طاب ثراه و (-ح-) فقد يتحقق فى عقد واحد الخيار الأشخاص كثيرة (-ه-)

أراد بالأشخاص الكثيرة الموكلين و الوكلاء المترتبين فى الوكالة كالوكيل و وكيل الوكيل و هكذا و منتظمين فى سلك واحد واقعين فى مرتبة واحدة كما لو وكل عشرة على ان يكون كل منهم متمكناً من الاستقلال فى المعاملة فاتفقوا جميعاً على إيقاع معاملة أو وكلوا غيرهم فى إيقاع الصيغة ذكر ذلك الشيخ الوالد العلامة جعلنى الله فداه ثم استظهر كون مراد الماتن (-ه-) الأول ولى فيما ذكره مدّ ظله نظر بل مراد الماتن (-ه-) هو الثانى معينا بحيث لا يمكن كون الأول مرادا و ذلك لأن إثبات الخيار للوكيل أنما هو لكونه يبيعا سبب كونه عاقدا فاذا كانوا وكلاء مترتبين لم يثبت الخيار إلا للأخير المباشر للعقد لأن من عداه ليس مالكا و لا عاقدا فلا يصدق عليهم البيع حتى يثبت لهم الخيار و من هنا ظهر ان الوكلاء المنتظمين فى مسلك واحد (- أيضا-) لا يكون لهم الخيار إلا إذا أوقعوا العقد جميعا بلسان واحد و اما لو أوقعه واحد منهم أصالة و وكالة عن الباقيين أو أوقعه أجنبي وكالة عنهم فلا يثبت الخيار إلا للعقد لعدم كون غيره و غير المالك يبيعا فما صدر منه روى فداه من إثبات الخيار للوكلاء المتعددين المنتظمين فى سلك واحد إذا وقعوا فى مرتبة واحدة أو وكلوا غيرهم فى إيقاع الصيغة مما لا وجه له فلا تذهل

قوله طاب ثراه و ليس المقام من تقدّم الفاسخ على المجيز فإن تلك المسئلة فيما إذا ثبت للجانبين و هذا فرض من جانب واحد هذا التعليل على ظاهره عليل لان موضوع مسئلة تقدّم الفاسخ على المجيز أنما هو ما إذا كان كل من الفاسخ و المجيز ذا خيار مستقلا و هذا بخلاف المقام فإن الخيار فيه لجنس البيع فاذا سبق العاقد المالك أو بالعكس فى الفسخ كان فسخه مؤثرا لكون الثابت لهما خيارا واحدا فمن سبق اليه كان ما صدر منه مؤثرا و ليس كون الجواز من جانبين أو من جانب واحد منشأ للفرق بين الموضوعين كما يوهمه ظاهر تعليل المصنّف (-ه-) و الوجه فى كون الخيار لجنس البيع ظاهر هذا على مذهب المصنّف (-ه-) و اما على المختار من عدم ثبوت الخيار للموكل فيجرب نظير الكلام فيما إذا وكل جمعا فى الصيغة فأوقعها دفعه واحدة فإنه لا يثبت لهم جميعا أَلَا خيار واحد يؤثر فسخ كل من سبق منهم و اعتبار اجتماع الجميع على الفسخ فى تأثيره نظرا إلى ان الثابت للبيع خيار واحد فلا أثر إلا لصدور الفسخ من جميعهم أو الإنفاذ من جميعهم فتأمل

قوله طاب ثراه وجوه اقويها الأخير (-ه-)

الوجه فى ذلك ان إثبات الخيار لكل من الموكل و الوكيل لَمَّا كان من باب كون المراد بالبيع الجنس و كون كل من المالك و العاقد يبيعا عند (- المصنّف-) (-ه-) كان لازم ذلك توقّف زوال الخيار على افتراق الجنس فما دام أحد أفراد الجنس من كل طرف موجود أ يصدق عدم افتراق جنس البيعين و ربّما اعترض بعضهم على الماتن (-ه-) بأن الأقوى كفاية تفرّق احد الشخصين الأصيل أو الوكيل فى سقوط الخيار و علل ذلك بأن الحكم معلق على صدق التفرّق لا على صدق عدم التفرّق و المفروض صدقه و إن كان بصدق عدم التفرّق (- أيضا-) مع بقاء أصيل أو وكيل و فيه منع عدم كون الحكم معلقا على عدم التفرّق بعد كون نصّ الخبر جعل غاية الخيار عدم التفرّق و بقاء المجلس و لا ريب فى صدق عدم تفرق الجنس و بقاء مجلس جنس البيعين ما دام فى كل من الطرفين الأصيل أو الوكيل باقيا و لا- أقل من الشكّ فى بقاء المجلس بعد تفرّق واحد من كل طرف و بقاء واحد من كل طرف فالأصل بقاء المجلس و أيضا فاما ان يكون الافتراق شرطا فى زوال الخيار كما هو ظاهر الجملة الشرطية فى الخبر أو الافتراق مانعا من البقاء و الأصل عدم تحقق الشرط و عدم تحقق المانع لا- يقال ان الافتراق مانع من زوال الخيار أو ان بقاء المجلس شرط فى بقاء

الخيار و الأصل عدم المانع و عدم الشرط لأننا نقول انّ عدم الافتراق إذا استصحب كان استصحابه مسقطاً لأصالة عدم المانع لأنّ أصالة عدم الافتراق لا حالة سابقة لها و استصحاب بقاء المجلس مسقطاً لأصالة عدم الشرط لأنّ الشرط المحرز بالاستصحاب كالشرط المعلوم الحصول كما لا يخفى

قوله طاب ثراه فالظاهر عدم الخيار (-اه-)

قد مرّ أنّ الحقّ ثبوت الخيار للوكيل في مجرّد العقد فيثبت لهذا أيضاً مع مباشرته للعقد كما مرّ سقوط ما تمسك به بقوله بل لما ذكرنا في القسم الأوّل من أنّ إطلاق أدلّة الخيار (-اه-)

قوله طاب ثراه الأقوى لعدم لأنّ المتيقّن (-اه-)

قد يناقش في ذلك بأنّ الثابت عند البيع أنّما هو خيار المالك و أنّما الواقع بعد العقد نقل الخيار إلى الوكيل لا جعل الخيار حتّى يردّ بأنّ مفاد أدلّة الخيار ثبوته حال العقد لا لحوقه بعده و على هذا فالمسئلة مبيّنة على أنّ الخيار يجوز نقله إلى الغير بعد العقد أم لا و لعلّ الماتن (-ره-) يرى عدم الجواز نظراً إلى دعوى كون مفاد الأخبار ثبوت الخيار لمن اليه زمام الرقيّة و عدم قابليته لانّ ينقل إلى الغير لكن ذلك محلّ تأمّل و الّا لم يكن ليثبت الخيار للأجنبيّ المشروط له الخيار مع أنّ لازم كونه من الحقوق هو جواز نقله فتأمّل كى يظهر لك إمكان منع كون الأصل في كلّ حق قبوله لأنّ ينقل لأنّ الحقوق منها ما يقبل التقل و منها ما لا يقبل ذلك و لا دليل على أنّ الأصل في الحقوق القابليّة للانتقال فتأمّل

قوله طاب ثراه نعم يمكن توكيله في الفسخ أو في مطلق التصرف فسحا أو التزاما (-اه-)

الفرق بين التوكيل و بين تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حقّ خيارى هو أنّ التوكيل صالح لان يرتفع بالعزل و يمكن سلب الوكالة عن الوكيل قبل تصرفه بخلاف التفويض فإنّه ليس قابلاً للارتفاع فلا يجوز سلب الحقّ ممّن فوّض اليه لو قلنا بأنّه يصير ذا حقّ كما نبه على ذلك الشيخ الوالد روى فده في غاية الآمال

قوله طاب ثراه و ان جعلنا الإجازة كاشفة (-اه-)

هذه العبارة تدلّ على كون عدم الثبوت للفضوليين بناء على كون الإجازة ناقلة مسلماً و هو على مبناه من عدم ثبوت الخيار للعاقده المحض متين لعدم كون الفضوليين و كيلين مستقلّين في التصرف و أمّا على المختار من ثبوت الخيار للعاقده المحض (-فكذلك-) لأنّ إثباته له أنّما هو لصدق البيع و الناقل عليه فإذا كان الناقل هنا هو الإجازة كان لازمه عدم ثبوت الخيار للفضوليين لعدم كونهما ناقلين و ثبوته للاصيلين ما دام مجلس الإجازة باقياً لكونهما ناقلين بالإجازة نعم بناء على المختار من كون الإجازة كاشفة كاشفاً حقيقياً كما يدلّ عليه الخبر الوارد في تزويج الصّغيرين يلزم ثبوت الخيار للفضوليين ان لحقت الإجازة و هما في المجلس لانكشاف كونهما ناقلين فيثبت لهما الخيار لكونهما بيعين و اما لو انقضى المجلس قبل حصول الكاشف فلا خيار لأنّه حال بقاء المجلس لم ينكشف كونهما ناقلين و بعده ليس المجلس باقياً

قوله طاب ثراه لا لعدم صدق المتبايعين (-اه-)

أشار بذلك إلى ردّ صاحب الجواهر (-ره-) حيث علّل عدم الثبوت بعدم صدق المتبايعين عليهما لأنّ البيع هو التقل و لا نقل هنا قوله طاب

ص: ٢٠

ثراه لاندفاعه بأن البيع التقل العرفي (- اه-)

فيه منع و ألما للزم حصول الملك به من حينه من دون توقّف على كاشف لعدم دورانه في الأدلّة إلّا مدار البيع العرفي و التالى ممّا لا يلتزم به الماتن (- ره-) ففسد المقدم مضافاً إلى أنّ المراد بالبيعين ليس هما العرفيان و لو لم يتمّ بيعهما و لم ينفذ شرعاً و ألّا للزم ثبوت الخيار للمتبايعين بالبيع العرفي في الباطل شرعاً مع أنّه (- قدّه-) لا يلتزم به لأنّ المفروض الفساد و الخيار فرع الصّحّة و التماميّة و ربّما انتصر فقيه آل يس قدس سرّه لشيخه صاحب الجواهر و ردّ المصنّف (- ره-) بأنّ التعليل المذكور في كلام الأستاذ صاحب الجواهر (- ره-) مبنيّ على مقدّمه و هي أنّ استعمال اسم البيع له حالتان إحداهما أن يصحّ وقوعه في الاستعمال مجرّداً عن الإضافة الثانية ان لا- ينفكّ عنها فلا يصحّ استعماله بدونها كلفظ الماء فإنّه يصحّ ان يطلق على الماء المطلق من دون اضافة ما يراد منه و لا يجوز إطلاقه على المضاف بدون اضافة اليه و البيع مع الإطلاق المفسّر في كلامه بالتقل لا- يصدق قبل لحوق الإجازة على بيع الفضولي الذي لا يستعمل فيه ألّا مع الإضافة و التقل العرفي واقع تفسيرا للبيع المجرّد عن الإضافة و هو مغاير لمعناه مع الإضافة التي لا تنفك عنه فلا وجود للتقل العرفي في الفضولي و قصده لا يستلزم تحقّق صدقه ثمّ قال و يساعد على ذلك ما ذكره في تحديد البيع حيث قال ما نصّه كلام الأصحاب في تفسير البيع على اختلافه في القيود زيادةً و نقصاً منحصر في ثلثة نقل مخصوص أو انتقال أو عقد (- كك-) لا مطلقاً قطعاً كما عساه يتوهم من تفسيره بأحدها في بعض العبارات على حسب تفسير أهل اللّغة غيره بالأعمّ كسعدانة نبت و نحوها ممّا يعلم منه كونه من هذا الجنس لا كشف تمام المعنى انتهى فالتقل العرفي في البيعى ما يصحّ عرفاً إطلاق اسم البيع المجرّد عن الإضافة عليه و من المعلوم انتفاء الصّديق في بيع الفضولي إلّا بعد لحوق الإجازة و بعبارة أخرى التقل العرفي لا يتحقّق صدقه ألّا بعد مسبّبه فلا يطلق على بيع الفضولي أنّه بيع و لا على أثره أنّه نقل فهو نقل مخصوص باقترائه بتمام السبب هذا مع انّ قوله و هو موجود هنا غير متّجه بناء على أنّ الإجازة ناقلة فيكون المقصود انّ للفضولي في عقده مجرّد التهيئة للسبب الذي يحصل به التقل لأنّ موضوع الإجازة و ان قلنا بكونها ناقلة لا يتحقّق بدون سبق العقد عليها باعتبار أنّها الجزء الأخير من العلّة فلا تنعقد ألّا (- كك-) كما لا يتّجه بناء على أنّها كاشفة لأنّ مفاد أدلّة الخيار ثبوته للمتعاقدين في نفس عقدهما الصّادر منهما بتراضيهما دون ما يتوقّف على رضا ثالث مثلاً كما لعلّه يدلّ عليه جعل الافتراق مسقطاً لخيارهما و قد علّل ذلك في بعض النصوص بدلالته على الرضا هذا كلامه علا مقامه

قوله طاب ثراه فالوجه في عدم ثبوته للفضولين فحوى ما تقدّم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين

فيه مع ابتنائها على ما عرفت سابقاً عدم تماميّة من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين انّ التمسك بالفحوى لا وجه له بعد جريان مستند عدم الثبوت هناك و هو الأصل بعد كون المتبادر من النصّ غيرهما و التمسك بالفحوى أنّما يتمشّى فيما إذا ثبت الحكم في الأصل بنصّ غير دالّ على حكم الفرع إلّا بالأولويّة و بالجملة فالوجه عدم ثبوت الخيار للفضوليين لكن لا للفحوى بل للأصل بعد تبادل العقد التّيام و هو الواقع من الأصيل أو الوكيل من أدلّة الخيار لكن الإنصاف خلاف ذلك لأنّنا إذا قلنا بكون الإجازة كاشفة و كون الناقل حقيقة العقد على الفضوليين التّاقلان و البيعان فيلزم ثبوت الخيار لهما ما دام في مجلس العقد فتدبر جيّداً قوله طاب ثراه نعم في ثبوته للمالكين بعد الإجازة (- اه-)

الوجه في هذا الوجه هو دعوى صدق البيعين على المالكين بسبب الإجازة و لكن فيه منع الصّديق بعد كون الإجازة كاشفة عن سبق التقل كما هو الفرض مع انّ الأصل لزوم العقد فتأمّل

قوله طاب ثراه و اعتبار مجلس الإجازة (- اه-)

هذا بناء على كون الإجازة ناقلة و جيه لصدق الناقلين و البيعين على الأصيلين (- ح-) و إن كان في مبناه نظر أوضحناه في محلّه

قوله طاب ثراه فتأمّل

إشارة (- قده-) بذلك إلى أن الإجازة و ان كانت بلفظ الترت لا تزيد على إيقاع أصل عقد البيع فيكون الالتزام الحاصل منهما بمقداره و على حده فلا يرفع الخيار الذي هو من لوازم العقد و توابعه كما نبه على ذلك في غاية الآمال

[هل يثبت خيار المجلس فيما إذا كان العاقد واحد عن اثنين أم لا]

قوله طاب ثراه لنفسه أو غيره عن نفسه (- اه-)

قال في غاية الآمال أن العقد لنفسه لا يكون إلا عن الغير فليس له إلا قسم واحد و العقد لغيره قد يكون عن نفسه و قد يكون عن غيره و ما يكون عن غيره قد يكون ولاية و قد يكون وكالة فأقسام العقد للغير ثلثة
قوله طاب ثراه فالمحكى عن ظاهر الخلاف (- اه-)

حكى ذلك عن (- ط-) و إيضاح (- فع-) للقطيفي أيضا و هو خيرة بحر العلوم في المصايح و صاحب مفتاح الكرامة و شيخ الجواهر و غيرهم

قوله طاب ثراه لأنه بائع و مشتر (- اه-)

أقول أرباب هذا القول قد استدلوا بوجوه هذا أحدها و توضيحه ما في المصايح من أن الظاهر من تعليق الخيار بالبيع في قوله البيعان بالخيار ما لم يفترقا هو ثبوته لهما من حيث هما بيعان و يرجع بعد إسقاط الانتبئية من الحيثية لكون التثنية في قوة التكرار بالعطف إلى ثبوته للبائع من حيث هو بائع و للمشتري من حيث هو (- كك-) و العاقد الواحد بائع و مشتري فيثبت له الخيار بالاعتبارين و لا ينافي ذلك قوله عليه السلام ما لم يفترقا إذ النفي حقيقة في السلب المطلق لا في عدم الملكة عما من شأنه ذلك و الحقيقة مقدمة على المجاز و من المعلوم أنه لا فرق في السلب المطلق بين الواحد و المتعدد سواء رجوع النفي إلى القيد و المقيد أو إلى القيد و لا (- كك-) عدم الملكة و أنت خبير بأننا لو سلمنا ما ارتكبه في تفسير البيعين نقول أن مؤدى الخبر (- ح-) يصير هكذا للبائع من حيث هو بائع الخيار إلى ان يفارق المشتري و للمشتري من حيث هو (- كك-) الخيار إلى ان يفارق البائع و ذلك ينفعنا و لا يضرننا و اما ما أجاب به عن قوله ما لم يفترقا فيه على فرض تسليم كون النفي حقيقة في السلب المطلق أن الظاهر المتبادر من هذه العبارة بالنسبة إلى صدر الخبر هو توجه النفي إلى القيد خاصة دون المقيد و هم قد صرحوا في محاوراتهم في هذا المبحث بأن معنى العبارة أن المتبايعين بالخيار ما لم يفارق أحدهما الآخر و يحصل البعد بينهما بما يزيد على وقت العقد فالمنفى أنما هو الافتراق دون من ترتب عليه و صدر منه الافتراق و هما البيعان و مبنى الكلام السابق أنما يتم على رجوع النفي إلى القيد و المقيد و هو خلاف ظاهر الخبر و لا ريب في أنه لو دار الأمر بين التجوز في صدر الخبر و هو المتبايعان أو عجزه و هو كلمة ما لم يفترقا مع أنه ليس من المجاز بل من ارادة غير الظاهر من افراد الحقيقة كان الأولى الثاني و لا أقل من الشك و الأصل عدم مضافا إلى أن قواعد الحقيقة و المجاز و سائر قواعد الألفاظ و الظهورات النوعية أنما يصار إليها عند فقد الظهور الشخصي و أرفع الظهور الشخصي لا وجه للرجوع إلى شيء منها كما حزنناه في محله ضرورة أن حال القواعد المشار إليها بالنسبة إلى الظهور الشخصي حال الأصول العملية بالنسبة إلى الأدلة ثانياها أن المقتضى له في المتعدد هو البيع و قد وجد في الواحد فيلحق به تنقيحا لمناطق الحكم و لا اثر للتعدد في الخيار و ان ورد النص به لوروده مورد الغالب مع قصد التنصيص به على الاشتراك و التوطئة لذكر التفرق و لو اثر فيه لأثر في غيره مما ابتنى عليه فليستقط

ص: ٢١

مع الاتحاد أكثر الأحكام وفيه انّ المناط ممّا لا يقطع به هنا فلا يكون حجّة و الورود مورد الغالب لم يثبت و الأصل يدفعه و دعوى أنّه لا- اثر للتعدّد في الخيار استبعاد محض كما انّ ما ذكره في الدليل استبعاد صرف ثالثها عموم النصّ أخذًا بحقيقته الثّنى و حملا للثّنية على عموم المجاز كما يتّبه عليه سوق التّصوص و الاقتران بخيار الحيوان في أكثرها و العموم فيه معلوم بالخصوص و في الصّحيح ما الشّروط في الحيوان قال ثلثه أيام للمشتري قلت و ما الشّروط في غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرّضا منهما و هذا الحديث يفصح عن المطلوب فإنّه مع تضمّنه لما ذكر عمّ المتّحد سواء لا فيعمّه جوابا و تعليلا ينشأ من التّنبية على علّة السّيقوط بالافتراق فيعمّه حكما تمسّك بذلك في المصاييح و جوابه يظهر ممّا سبق في ردّ الوجه الأوّل و ليت شعري من اين استفاد العموم مع ظهور الدليل في خلافه و الاقتران من أسباب الظهور التّوعى و قد مرّ تقدّم الظهور الشخصى عليه و لعمري أنّه لو عرض اخبار خيار المجلس على أهل اللّسان بدويهم و قرويهم و بلديهم قاصرهم و كاملهم لم يفهم احد منهم منها ما ذكره الجماعة و جاهدوا في إتقانه و بيانه مع انّ فهم بدوى واحد مقدّم على تمام القواعد الأصولية و اللّغوية كيف لا و ما أرسل الله رسولا إلّا بلسان قومه لا بالقواعد و نحوها فتدبر

قوله طاب ثراه مندفع باستقرار سائر أحكام المتبايعين (-اه-)

الموجود في النسخة التي عندي و هي أصحّ نسخ المتن هو كلمة الاستقرار بالراء و في بعض النسخ إبدالها بالاستقراء بالهمزة و على كلّ منهما فما ذكره (-قده-) محلّ مناقشة لأنّ استقرار سائر أحكام المتبايعين في حقّ الواحد المذى هو بائع و مشتري من جهتين لا ينفع في إثبات خيار المجلس الظاهر دليله في التعدّد الحقيقي حتّى بناء على القياس لوجود الفارق هنا و هو عدم كون موضوع سائر الأحكام المتعدّد حقيقة بخلاف هذا و دعوى انّ جعل الغاية التفرّق المستلزم للتعدّد مبنى على الغالب كما صدرت من الماتن (-ره-) في ذيل هذه العبارة كما ترى لأنّه إن تمّ في التّعبيير بالتفرّق فلا يكاد يتمّ في العدول عن التّعبيير بمفارقة المجلس إلى افتراق المتبايعين و اما الاستقراء فلا حجّة فيه عند الماتن (-ره-) الذي لا يعتبر مطلق الظنّ و دعوى حصول القطع من مثل هذا الاستقراء كما ترى

قوله طاب ثراه من القول بالعدم (-اه-)

ظاهر (-ير-) كون ذلك قولاً لبعض الأصحاب لعدم كون وضع التحرير على نقل قول العامّة لكن أنكر ذلك في المصاييح فقال أنّه لبعض العامّة و لا قائل به من الأصحاب و تبعه على ذلك في مفتاح الكرامة و الأمر سهل بعد وجود القائل به ممّن أشار إليه المصنّف (-ره-) من الأواخر و الأصل في ذلك انّ الأصل في البيع و غيره هو اللّزوم و أنّما خرج من ذلك البيع الصّادر من اثنين ما دام في المجلس بحكم الأخبار الظاهرة بل الصّيريحة في الاثنيّة و بقي ما عداه تحت الأصل و منه البيع الواقع من واحد و ان شئت قلت انّ قاعدة الاقتصار فيما خالف الأصل على مورد النصّ تقتضى ذلك و ثبوت الخيار خلاف أصل اللّزوم فيقتصر على مورد التّصوص و هو البيع الصّادر من اثنين فإنّ ثنية البيعين يقضى بالتعدّد الحقيقي و كذا ثنية يفترقا بل و نفس مادّة الافتراق ثمّ الذي في صحيحة الحلبي قوله (-ص-) حتّى يفترقا و ظهور حتّى في التعدّد الحقيقي غير خفى و في صحيح الفضيل ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرّضا منهما فإنّ مجموع العبارة و ثنية يفترقا و افترقا و لهما و منهما ظاهر في التعدّد الحقيقي و كذا ثنية الضّمير في باقى الأخبار و احاديث قيام الباقر عليه السّلام عن مجلسه لا تدلّ إلّا على التعدّد فتدبر

قوله طاب ثراه و منه سقوط القول بأنّ كلمة حتّى تدخل على الممكن و المستحيل (-اه-)

وجه السّيقوط ما أشار إليه الشيخ الوالد روحى فداه من انّ دخول كلمة حتّى على المستحيل انما يكون في صورة بيان استمرار المعنى أو استحالة انتفائه كما لو قال المعتقد باستحالة الرؤية لا افعّل الفعل الفلانى حتّى ارى الله جهرة و من البين انّ ما نحن فيه ليس من هذا القبيل و أنّما هو من قبيل إمكان الغاية و المعنى جميعا

قوله طاب ثراه لكن الإشكال فيه (-اه-)

وجه الإشكال انّ المناط أنّما ينفع إذا كان مقطوعا و لا ينفع المحتمل منه و لا يمكن في الفرض القطع بالمناط مع قوّة احتمال مدخليّة الاثنيّة و إمكان الافتراق في ثبوت هذا الخيار

قوله طاب ثراه و الأولى التوقّف تبعا للتحرير و (- مع صد-)

قال في غاية الآمال أنّه لا- منافاه بين هذا الكلام و بين قوله أنّنا خلافا للمحكى في (- ير-) من القول بالعدم لأنّ حكاية القول في التحرير لا يقتضى اختياره فيه و هو ظاهر و كذا لا منافاه بينه و بين حكاية القول بثبوت الخيار عن المحقّق الثاني (- ره-) لأنّ الحاكي غير (- المصنف-) (- ره-) مع أنّه يمكن ان يكون المحقّق الثاني (- ره-) قال بثبوت الخيار في غير (- مع صد-) و توقّف فيه قوله طاب ثراه ثمّ لو قلنا بالخيار فالظاهر (- اه-)

توضيح ذلك أنّه على القول بثبوت الخيار للعاقد عن اثنين فلا إشكال في سقوطه باشتراط السقوط في ضمن العقد و بإسقاطه بعد العقد و أنّما الإشكال و الخلاف في أنّه يبقى الى ان يحصل احد المسقطين لا غير أم له مسقط آخر على قولين أحدهما عدم السقوط إلّا بأحدهما و هو ظاهر الشرائع و (- عد-) حيث عزيا القول الآخر إلى الشيخ (- ره-) في (- ط-) و القاضى و الشهيد في الدروس على ما حكى عنهما و صريح (- كره-) و محكى تعليق (- شاد-) للكركى و هو لازم استضعاف المحقّق و الشهيد الثانيين و الميسى القول الآخر فتدبرّ ثانيهما السقوط بالمسقطين المذكورين و بمفارقة العاقد مجلس العقد حكاة في (- ط-) قولاً و احتمله في (- لف-) (و الإيضاح و غيرهما و افتى به الصيمرى في محكى غاية المرام و غيره حجة الأول أمران الأول انّ الواقع في الأخبار هو الافتراق و هو غير ممكن الحصول هنا و مفارقة المجلس ممّا لا- دليل على إسقاطها للخيار بل الدليل على خلافها واضح السبيل الا ترى أنّهما لو خرجا مصطحبين لم يبطل خيارهما فيبقى استصحاب الخيار في الفرض محكما الثاني انّ العاقد في الحقيقة بمنزلة اثنين عاقد عنهما و خيار المجلس يمتدّ ما دام المتبايعان مصطحبين و هو يصاحب نفسه دائما فكان ثابتا دائما إلى ان يتحقّق مسقط من إسقاط أو تصرف كما لا يخفى حجة الثاني أمور الأول ان تفرق المتعاقدين مسقط و حيث لا يمكن مفارقة شخص نفسه كان مفارقة مجلس العقد نازلا منزلة مفارقة أحدهما الآخر الثاني لزوم الضرر لو دام الخيار الثالث لزوم زيادة الفرع الذى هو العاقد على الأصل الذى هو المتعاقدان و قد حمل عليه تنقيحا للمناط و قد كان الخيار في الأصل يزول بشيء معلوم فينبغى ان يكون في الفرع مثله و الّا لخالفه الرابع إطلاق ما دلّ على جواز بيع الوكيل ماله من موكله و مال موكله من نفسه و لو دام الخيار مع الاتحاد و جب التفصيل في الأخبار الدالّة على ذلك بان يفرّق فيها بين شراء الوكيل لنفسه فيلزم البيع بالاختيار و بين شرائه لغيره فيقف اللزوم على الافتراق لأنّ الوكيل يتوخّى مصلحة الموكل و لا مصلحة له في دوام الخيار في الأول كما أنّها موجودة في الثاني و فى الجميع نظر أمّا الأول فلانّ التنزيل يحتاج إلى دليل هو فى المقام مفقود و أمّا الثاني فلانّ دفع الضرر باشتراط سقوطه و الفسخ أو إسقاط الخيار و أمّا الثالث فلانّ المخالفه مقلوبة لأنّ زوال الخيار فى الأصل بالتفرّق فلو كان هاهنا لمفارقة المجلس تخالف الأصل و الفرع و أمّا الرابع فلانّ تصرف الوكيل منوط بالمصلحة مطلقا فان وجدت

ص: ٢٢

مع استمرار الخيار صحّ و أّا بطل بهذا الاعتبار و فى المسئلة احتمالات آخر أحدها انّ مدّة خيار العاقد عن اثنين أقصى مدّة الخيار مع تعدّهما عادة لأنّ ذلك مدّة خيار المجلس شرعا و فيه نظر ظاهر ثانيها كونه على الفور لأنّه المتيقّن من دليل ثبوت الخيار للعاقد عن اثنين فيقتصر فى الخروج عن أصالة اللزوم عليه ثالثها ما احتمله الشّهد (- ره-) فى محكى الحواشى من انّ المولى عليهما ان كانا حاضرين فى المجلس فلهما الخيار إلى ان يتفرّقا أّا انّ الولى قائم مقامهما فى ذلك و فيه (- أيضا-) كسابقه نظر

[فى استثناء بعض الموارد التى قال بعض العلماء بعدم ثبوت خيار المجلس فيها]

قوله طاب ثراه قد يستثنى بعض اشخاص المبيع (- اه-)

قال بعض الأجلّة انّ عدّ هذه الأمور من المسقطات اولى بل متعيّن لأنّ ترك عدّها منها أنّما هو بزعم عدم المقتضى للخيار فى مواردّها و ذلك زعم فاسد لأنّ المقتضى للخيار هو العقد و كون المبيع ممّن ينعق على المشتري و نحوه مانع فيتعيّن عدّها من المسقطات و ما ذكره متين

قوله طاب ثراه من ينعق على احد المتبايعين

لم افهم الوجه فى التّعبير بالمتبايعين مع انّ من ينعق على البائع قد انعتق بملكه إيّاه فلا ملك حتّى يبيعه فكان عليه عنوان المسئلة بشراء من ينعق على المشتري كما فعله العلّامة (- ره-) و غيره أّا ان يكون غرضه من إدخال البائع تعميم الكلام لما إذا كان الثمن مملوكا ينعق على البائع كما إذا باع دارا بعدد هو أبو البائع فإنّه هل ينعق بمجرد وقوع العقد أم لا

قوله طاب ثراه و المشهور كما قيل (- اه-)

القائل هو صاحب (- ثق-) فإنّه وصف عدم الثبوت بالشهرة

قوله طاب ثراه عدم الخيار مطلقا (- اه-)

اي لا- للبائع و لا- للمشتري و قد اختار هذا القول فى (- عد-) و (- كره-) و (- مع صد-) و محكى تعليق (- شاد-) و غاية المرام للصّيمرى و (- لك-) و غيره

قوله طاب ثراه بل عن ظاهر (- لك-) أنّه محلّ وفاق (- اه-)

لم نقف على ذلك فى (- لك-) و إن كان عدم عثورى لا يقضى بالعدم

قوله طاب ثراه و احتمال فى (- س-) ثبوت الخيار للبائع (- اه-)

الموجود فى (- س-) احتمالان أحدهما ثبوت الخيار للبائع بالنسبة إلى نفس العين دون المشتري اما عدم الثبوت للمشتري فلاطلاق أدلّته انعتاق العمودين بنفس الملك و أمّا ثبوت الخيار للبائع فلمراعاة حقّه و أصالة عدم سقوط حقّه بمجرد كون المشتري أحد عمودى المبيع ثانيهما الثبوت لكلّ من البائع و المشتري و قد تبعه فى هذا الاحتمال جمع منهم صاحب (- ثق-) و لهم فى ذلك مسالك فمنهم من بنى ذلك على عدم انتقال المبيع إلى المشتري أّا بسقوط الخيار فما داما فى المجلس لم يملك من ينعق عليه حتّى يترتب عليه الانعتاق و (- كك-) ما لم تمض ثلثة أيام لم يملك من ينعق عليه و بيان فساد هذا المبنى يأتى عند تعرّض (- المصنف-) (- ره-) لذلك (- إن شاء الله-) (- تعالى-) و منهم من بنى ذلك على إطلاق أدلّة الخيار بعد استضعاف مستند المشهور و منهم من بنى على تعارض اخبار الخيار و اخبار العتق بالعموم و الخصوص من وجه و الترجيح لاخبار الخيار و أنت خبير بأنّه فى غاية السّقوط و ليت شعري ما الذى رجح اخبار الخيار حتّى حكمت على اخبار العتق بل الأمر بالعكس كما جزم به فى مفتاح الكرامة و غيره فترجح اخبار العتق أولا بانّ العتق يترجح عندهم بأدنى مرجح و يغلب على غيره خيارا كان أو غيره قال فلا مجال لان يقال أنّه لمّا ثبت الخيار كان الملك مترزلا- فلا- يلزم حصول العتق إذ هو تابع للملك الثابت و ثانيا بما فهمه المحقّق الأردبيلي فى مجمع

الفائدة من عبارة (- كره-) من عدم الخلاف فيه و ثالثاً بأن أدلته العتق أنص على هذا المورد من أدلته الخيار و رابعاً بأن المشهور المعروف أنه يدخل في ملك المشتري بنفس العقد فينتقل بمجرد الملك و العتق لا يقع متزلزلاً و الحرّ لا يعود رقاً قال و من البعيد جداً ما عساه يقال من أنه بالاختيار ينكشف عدم الملك انتهى و على تقدير تكافؤ الدليلين يرجع إلى الأصل و هو يقتضى لزوم العقد فلا معنى للقول بالجمع بين الدليلين بناء على إنكار قاعدة عدم وقوع العتق متزلزلاً و عدم عود الحرّ رقاً فإن الظاهر أنها مجمع عليها فيما بينهم هذا كله ان قلنا ان النسبة بين اخبار الخيار و اخبار العتق هي العموم و الخصوص من وجه و يمكن ان يقال ان النسبة هي العموم و الخصوص المطلق و ذلك لان اخبار الخيار أطلقت ثبوت الخيار و اخبار العتق أفادت انعقاد العمودين بمجرد الشراء و هو مناف لثبوت الخيار فإثبات الانعقاد بمجرد الشراء يدلّ بالدلالة الالتزامية على عدم ثبوت خيار المجلس و لا الحيوان فيما إذا كان المبيع احد العمودين فيقتيد به إطلاق ما دلّ على ثبوت خيار المجلس في كل بيع و خيار الحيوان فيما إذا كان المبيع حيواناً لكن الإنصاف أنه لا منافاة بين إطلاقات الخيار و بين الانعقاد بمجرد الشراء لأن مفاد الأول ان البيع مقتضى للخيار ما دام في المجلس و إلى ثلثة أيام إذا كان المبيع حيواناً و اخبار العتق بضميمة قاعدة عدم عود الحرّ رقاً تفيد مانعاً كون المبيع احد العمودين و حيث ان اللّازم هو الاقتصار في رفع اليد عن المقتضى على مقدار منع المانع و انعقاد العمودين بمجرد الشراء مع عدم عود الحرّ رقاً أما يمنعان من استرداد البائع المبيع المنعقد على المشتري و استرقاقه و لا يمنعان من الفسخ و استرداد البديل من باب كون المنعقد في حكم التالف فلذا نلتزم بأن للبائع ان يفسخ العقد بخيار المجلس أو الحيوان و يأخذ من المشتري القيمة لكون الإنسان قيمياً بل لا مانع من فسخ المشتري أيضا العقد بالخيار و استرجاعه الثمن و اشتغال ذمته بالقيمة بسبب كون المبيع في حكم التالف بفعله فتدبر و انتظر لتمام الكلام

قوله طاب ثراه و الكلام فيه مبنى على المشهور (- اه-)

يعنى ان الخلاف في المسئلة و القول بعدم ثبوت الخيار مبنى على المشهور من حصول الملك في البيع الخياري بنفس العقد و اما على القول بتوقف حصول الملك على انقضاء الخيار فلا يتمشى ذلك إذ لا إشكال في ثبوت الخيار لأن المانع من الخيار هنا انما هو حصول الانعقاد و لا ريب على هذا القول في توقف الانعقاد على حصول الملك فعلى القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار لم يحصل الملك فضلا عن الانعقاد المتفرع عليه المانع من ثبوت الخيار و لا دليل على الانعقاد بمجرد الشراء من غير ملك حتى يلتزم بالانعقاد في الفرض حتى بناء على عدم حصول الملك الا بعد انقضاء الخيار

قوله طاب ثراه و الظاهر أنه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين (- اه-)

هذا مبنى على ما هو التحقيق من كون النسبة بين اخبار الخيار و اخبار الانعقاد هي العموم المطلق أو كون النسبة هي العموم من وجه مع ترجيح اخبار العتق و ربما يظهر من بعضهم إثبات الخيار في نفس العين (- أيضا-) نظرا إلى كون النسبة بين اخبار الخيار و اخبار الانعقاد هو العموم من وجه مع ترجيح اخبار الخيار و لكنه ضعيف كما عرفت

قوله طاب ثراه فقد يقال أنه مقتضى الجمع (- اه-)

هذا الجمع يتم بناء على كل من القولين في النسبة بين اخبار الخيار و اخبار العتق من أنها هي العموم من وجه أو العموم المطلق أما على الأول فلأن التماس المرجح بين العامين من وجه انما هو عند عدم إمكان الجمع الصحيح فإذا أمكن الجمع على هذا النحو لم يكن للترجيح معنى و اما على الثاني فكذلك كما عرفت

قوله طاب ثراه و ما في (- كره-) من أنه وطن نفسه (- اه-)

لما بنى على الجمع و كان تماميته موقوفه على رد ما استدلل به على نفي الخيار في المقام تصدى لدفع الدّخل عليه بدليل النافي و توضيح الدليل ان هذا العقد ليس عقد مغابنة

ص: ٢٣

من جهة المشتري لأنه قد وطن نفسه على العتق و المقصود من الخيار ان ينظر و يترؤى لدفع الغبن عن نفسه و اما من جهة البائع فهو و إن كان عقد معاوضة لكنّ النظر الى جانب العتق أقوى و قد يقرّر بأنّه قد دخل في ملكه بمجرد العقد كما هو الفرض و انعتق بمجرد الملك و العتق لا يقع مترزلا- و الحرّ لا يعود رقاً و حكمه الخيار هنا منتفیه في حق المشتري لأنه قد وطن نفسه على الغبن المالى و المقصود من الخيار ان يترؤى لدفع الغبن عن نفسه مع قوّة جانب العتق على حقّ البائع كما قيل و لا دليل على قيام القيمة مقامه على نحو التّلف ان لم يكن على عدمه كما أنّه لا يصغى الى تنزيله منزلته فضلا عن التزام كونه من أفراد لغه و عرفا و قد يعلّل عدم الخيار بالصّحيح فيمن ينعق من الرّجال و النساء و أنّهم إذا ملكوا أعتقوا و أنّهنّ إذا ملكن عتقن بل في كثير من النّصوص و العبارات نفى الملك و حقيقة الثّقى و أقرب مجازاته ينفیان الخيار لأنّ أقرب المجازات نفى الأحكام و الآثار و أعظمها الخيار و الجواب اما عن الدليل الأوّل فأوّلًا أنّه أخصّ من المدعى لاختصاصه بصورة علم المشتري بأنّ المبيع ممّن ينعق عليه و ثانيا ما أشار إليه الماتن (-ر-ه) من انّ التّوطين على شرائه عالما بانعتاقه عليه ليس توطينا على الغبن من حيث المعاملة كما انّ توطين البائع على بيعه عالما بانعتاقه على المشتري ليس توطينا على الغبن و عدم إمكان عود الرّق حرّاً أنّما يمنع من ردّ العين و استرداده و لا يمنع من الفسخ و أخذ القيمة كما لا يخفى و اما عن الثّانى فهو انّ نفى الملك لا يستلزم نفى الخيار و أنّما آثار الملك البيع و الهبة و سائر التصرفات المالكية قوله طاب ثراه لكنّ الإنصاف أنّه لا وجه للخيار لمن انتقل اليه (-ه-ا)

فيه منع ظاهر لأنّ غاية ما يستفاد من اخبار إيجاب التصرف و الإلتلاف سقوط الخيار أنّما هو التصرف و الإلتلاف المتأخّران عن العقد الخيارى و اين ذلك من تواطئهما على العقد الذى هو سبب للتلف الشرعى و بعبارة أخرى المسقط للخيار أنّما هو الإلتلاف الكاشف عن الرضا بالبيع لا التّلف السيماوى و الشرعى و دعوى كون إقدامهما على المعاملة مع علمهما بالانعتاق على المشتري إقداما على إلتلاف ماليته و الإقدام عليه فى حكم اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد ساقطة لعدم كون غرضهما بالبيع الإعتاق حتّى يكون إلتافا لماليته بل هما أنّما قصد البيع الذى كلّ من الخيار و الانعتاق من اثاره و الّا فلو قصد المشتري بالشراء الإعتاق بطل لأنّ العتق فرع الملكية و لقد أجاد بعضهم حيث قال انّ الشراء ليس إلتافا بحسب قصد المتعاقدين و ان علما انّ الحكم الشرعى ذلك فهو كما لو باعا مع العلم بوجود خيار المجلس أو الحيوان فإنّه ليس اقداما على الخيار و جعل له حتّى يكون راجعا الى خيار الشّروط و إذا لم يكن إلتافا فمقتضى العموم ثبوت الخيار غاية الأمر انّ نفس العين لمّا لم يمكن استرجاعها و جب دفع بدله و المفروض انّ الخيار أنّما هو فى العقد و ليس حقّا فى العين فيكون المقام نظير ما إذا تلف احد العوضين انتهى فتدبّر قوله طاب ثراه تقديرى لا تحقيقى (-ه-ا)

نظره فى بناء كون الاقدام على المعاملة إلتافا على كون الملك هنا تقديرى لا تحقيقيا إلى أنّه على القول بكون الملك تقديرى لا يكون اثر البيع إلّا الإعتاق فيكون الإقدام على البيع اقداما على الإعتاق الذى هو إلتاف و هذا بخلاف ما لو قلنا بكون الملك تحقيقيا لأنّهما قصدا بالمعاملة احداث الملكية دون الإعتاق الذى هو إلتاف و لكن فيه أوّلًا انّ الملك هنا تحقيقى و أنّهما قصدا الى التّلف الحقيقى و الّا لم يصحّ و لم يترتب أثره لأنّ البيع أنّما وضع للتّلف الحقيقى دون التّقديرى و الانعتاق حكم قهرى تعبدي حتّى انّ الحقّ أنّه لو لم يقصد بالشراء إلّا الإعتاق بطل العقد لكون العتق فرع الملكية و ثانيا انّ كون الشراء إلتافا لا يتوقّف على كون ملك المشتري تقديرى لأنّ تملكه و لو كان تحقيقيا سبب لانعتاقه فوراً الّا ان يقال انّ التقييد بالتقديرى لفرض القصد إلى الإلتلاف فتأمل قوله طاب ثراه فتأمل

يحتمل كون نظره فى الأمر بالتأمّل الى ما مرّ من منع كون الملك هنا تقديرى و ربّما جعل الشيخ الوالد العلّامة أدام الله البارى ظلّاله الأمر بالتأمّل للإشارة إلى منع كون تواطئهما قبل العقد على العقد الذى هو سبب للتلف من التصرف و الإلتلاف الموجبين لسقوط الخيار لأنّ ظاهر الأخبار كون المسقط هو التصرف و الإلتلاف المتأخّران عن العقد ثمّ استدرك روحى فداه ذلك بقوله لكن سيأتى

في كلامه (- ره-) تقوية عدم الخيار في صورة إقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكون المبيع ممن يعتق على المشتري معللاً بأنهما قد توطيا على إخراج عن المايئة الذي هو بمنزلة إتلافه و ذلك يدل على أنه (- ره-) لا يرى التفرقة بين التصرف و الإتلاف المتأخرين و غيرهما و يعلم من ذلك ان الأمر بالتأمل هاهنا ليس لتوهين ما قبله بل لتأييده و تسديده بالأمر بالتدبر فيه و الوصول الى وجهه و الظاهر ان الوجه فيه هو ان الإتلاف يوجب انتفاء الموضوع عمدا و اختيارا فالإقدام عليه عن علم و عمد يقتضى إسقاط حقه فيسقط انتهى كلامه دام ظلالة و أقول ان إرجاع الأمر بالتأمل الى ما قبل قوله (- ره-) و الحاصل لا يخلو من بعد فالوجه كونه إشارة الى ما تبهنا عليه

قوله طاب ثراه و قد يقال (- اه-)

القائل هو الشيخ المحقق فريد الأيام الشيخ أسد الله التستري (- قده-) في المقاييس و ربما نوقش في ذلك بان هذا التفصيل انما يناسب إرادة إثبات الخيار بالنسبة الى نفس العين لا بالنسبة الى القيمة كما هو مراد المفصل إذ على هذا لا فرق بين تقارن التعلقين و تقدم أحدهما إذ غاية الأمر ان العتق يحصل بمجرد العقد فيكون بمنزلة تلف المبيع و هذا لا ينافي الخيار الذي هو حق في العقد ثم قال نعم لو قلنا ان الخيار يتوقف على الملك بخلاف العتق و ان العقد لا يؤثر في الملك أصلا و انما أثره حصول الاعتناق من أول الأمر لا يثبت الخيار لكن هذا الوجه واضح الفساد مع انه يكفيه الملك التقديري الذي لا بد من التزامه هذا كلام المناقش و فيه نظر ظاهر ضرورة ان نظر صاحب المقاييس في التفرقة بين القول بحصول الخيار بمجرد العقد و العتق بعد حصول الملك انا ما و بين الفروض الثلث الآخر الى انه في الصورة الأولى قد ثبت الخيار فلا يزول بعد عروض العتق و انما يمنع العتق من أخذ العين دون القيمة و هذا بخلاف الفروض الثلث الآخر فإن الخيار فيها مقارن للعتق أو متأخر عنه فيمكن فيها دعوى عدم ثبوت الخيار حتى بالنسبة الى القيمة نظرا الى دعوى أخصية أخبار العتق فالتفصيل ان تم مستنده لجرى؟؟؟ بناء على إرادة إثبات الخيار بالنسبة الى القيمة (- أيضا-) لكن الشأن في تماميته فالأولى رده بمنع التمامية من حيث ان تقدم تعلق الخيار و تأخره لا مدخل له بعد إمكان أعمال كل من اخبار الخيار و اخبار العتق و ارتفاع التعارض بينهما فلا تذهل

قوله طاب ثراه لأخصية أخبار العتق (- اه-)

قد بينا آنفا وجه الأخصية لكن قد عرفت ان مجرد الأخصية لا تنفع في نفي الخيار بعد عدم التعارض بين العام و الخاص و إمكان العمل بهما جميعا بالحكم بالاعتناق و إثبات الخيار و الحكم باستحقاق الفاسخ البديل فراجع قوله طاب ثراه و كون القيمة

ص: ٢٤

بدل العين (- اه-)

فيه منع توقّف استحقاق البدل على استحقاق المبدل ان أريد باستحقاقه استحقاقه حقيقة لانتقاضه بموارد تلف المبدل حيث أنّه لا معنى لاستحقاقه مع استحقاق بدله و لا يمكن فيها استحقاق المبدل حقيقة و ان أريد استحقاق المبدل فرضا و تقديرا فهو هنا موجود كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و يحتمل قريبا الثبوت جمعا بين الحقيين

أراد بالحقيين حقى البائع و المبيع المعنى و الجمع بينهما عبارة عن بقائه على حرّيته و رجوع ذى الخيار بالفسخ الذى يستحقّه إلى القيمة كذا أفاد الشيخ الوالد العلامة أدام البارى ظلالة و لازمه عدم ثبوت الخيار للمشتري (- أيضا-) و لكن فى العبارة مواضع تدلّ على إثبات الخيار للمشتري أيضا مثل قوله عملا بالتصين فإنّ المراد به نصوص الخيار نصوص الاعتاق و من البيّن أنّ نصوص الخيار تضمّنت البيعين دون البائع وحده فالمراد بالحقيين حقّ الخيار الثابت للبيعين و حقّ الاعتاق الثابت للمبيع

قوله طاب ثراه و دفعا للمنافاة من البيّن (- اه-)

المراد بالمنافاة المقصود دفعها هى المنافاة المتصورة فى بادية النظر بين استحقاق البائع للفسخ المقتضى لرجوع كلّ من العوضين إلى صاحبه الأصلي لتعدّد عود المنعق حزا و وجه الدفع أنّه يفسخ فيرجع الى قيمة المنعق لتعدّد عينه فيرتفع المنافاة قوله طاب ثراه و بالإجماع على عدم إمكان (- اه-)

عطف على التصين و توضيحه أنّه لما كان لازم الاقتصار على العمل بالتصين من دون ضمّ دليل آخر هو رجوع المشتري الى الثمن و بقاء المبيع على الحرّية و لازم ذلك زوال يد البائع عن العوضين فلذا ضمّ الى العمل بالتصين العمل بالإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين ليحصل من الجمع بين الجميع استحقاق من له الخيار للفسخ و بقاء المبيع المنعق على حرّيته و رجوع البائع إلى القيمة

قوله طاب ثراه فالأقرب الأخير (- اه-)

أراد بالأخير ما ذكره بقوله و يحتمل قريبا الثبوت

قوله طاب ثراه أقول ان قلنا (- اه-)

قال والدى روحى فداه فى غاية الآمال انّ ظاهر إطلاق التعليل بقوله نظرا الى انّ خروج احد العوضين (- اه-) غير واف بإثبات الحكم المقيّد المعامل به لأنّ مؤدّى المعامل هو أنّه إذا وقع الفسخ كان لازمه ان ينتقل الملك الى من انتقل عنه أولا من ملك من انتقل إليه أولا- و لا يكفي مجرّد الانتقال الى من انتقل عنه أولا على اى وجه كان و مؤدّى التعليل هو انّ خروج احد العوضين كالثمن مثلا من ملك البائع يستلزم دخول المبيع فى ملكه و هذا القدر لا يعطى خصوصية كون انتقال المبيع من ملك المشتري الى ملك البائع و لكن الظاهر أنّه اعتمد فى التقييد على وضوحه ضرورة ان خروج احد العوضين عن ملك أحدهما و لو بيعه على ثالث مثلا لا يستلزم دخول العوض فى البيع الأوّل فى ملكه فالمراد انّ خروج احد العوضين بوصف كونه عوضا عن ملك أحدهما المستلزم لهدم العوضيّة و هدم المعاوضة يستلزم دخول الآخر فيه و ربّما كان فى التعبير بأحد العوضين إشارة إلى التقييد أو ظهور فيه و أراد بقوله و لو تقديرا الملك الذى يفرض آنا ما انتهى كلامه دام ظلالة ثمّ اعلم أنّه ربّما جزم بعضهم بالشقّ الأوّل من شقّى ترديد (- المصنف-) (- ره-) فاعتبر فى الفسخ بالخيار أو التّقايل خروج الملك عن ملك من انتقل إليه الى ملك من انتقل عنه نظرا منه فى هذا الاعتبار الى انّ فسخ العقد عبارة عن حلّه و إعادة كلّ ما كان مفاده إلى الحالة السابقة و مفاد العقد تمليك كلّ منهما صاحبه ماله بعوض فلازم الفسخ ردّ ما انتقل عنه الى ملكه و ردّ ما انتقل إليه الى ملك مالكة الأوّل و فيه انّ كون فسخ العقد عبارة عن حلّه و إعادة ما كان مفاده و إن كان مسلما أنّ الإعادة قد تكون حقيقيّة كما إذا كانت العين باقية و قد تكون تنزيلية بإعادة البدل كما إذا كانت العين تالفه أو

خارجة عن ملكه فاعتبار خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه مطلقا ممنوع و الفسخ لا يقتضى إلا رد العين إن كانت موجودة و ردّ بدلها من العين و القيمة إن كانت تالفه أو كالتالفه على أنا لو سلّمنا اعتبار عود الملك تقديرا نقول انّ عود الملك تقديرا و فرضا هنا (- أيضا-) ممكن كما يفرض المملوكية في الحرّ إذا أريد تقويمه و كما يفرض عود الملك في الأعيان التالفه بافه سماوية و لقد أجاد ذلك البعض حيث قال لا نسلم انّ لازم الوجه الأول ما ذكره (- المصنف-) (- ره-) من عدم الخيار و ذلك لأنّ العبد و ان لم يمكن كونه مملوكا للمشتري و يسترجعه البائع حقيقة إلا أنه يمكن تقدير كونه مملوكا له فيقال بعد الفسخ انّ العبد الذي تلف عند المشتري بالانعتاق كأنه ملك البائع حين الفسخ و هو موجود عند المشتري فلا بدّ من إعطاء عوضه كما في سائر موارد الفسخ مع تلف العين و لا يعتبر تقدير ملكه له قبل الانعتاق ليكون منعتقا في ملكه بل يكفي تقدير ملكية حين الفسخ فتدبر

قوله طاب ثراه إذ برفع العقد لا يقبل المنعتق عليه لان يخرج من ملك المشتري الى ملك البائع و لو تقديرا (- اه-)

الضّمير المجرور بعلى عائد إلى المشتري و كان الأولى ترك الجار و المجرور لانّ ذكره مضافا الى كونه موجبا لخفاء المقصود مشتمل على حزاؤه من جهة ذكر المشتري بعده مظهرا و كلمه لو في آخر العبارة و صليته

قوله طاب ثراه كما لو فرض بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار ثمّ فسخ البائع (- اه-)

قال والدى روحى فداه في غاية الآمال انّ التشبيه راجع الى التّفى لا المنفى فإنّه لا يمكن في المفروض تقدير المبيع بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجا عن ملك المشتري الى ملك البائع لكونه في حال الفسخ ملكا لمن اشتراه من المشتري انتهى كلامه دام ظلّاله قلت قد أصاب مراد المصنّف (- ره-) و إن كان في أصل الدّعوى نظر ظاهر لانّ كون المبيع في حال الفسخ ملكا لمن اشتراه من المشتري إنّما يمنع من خروج المبيع بعد الفسخ قبل الانعتاق عن ملك المشتري الى ملك البائع حقيقة و لا يمنع من خروجه تقديرا و فرضا كما لا يخفى

قوله طاب ثراه لأنّهما قد تواطيا على إخراجها عن المالىة (- اه-)

قد مرّ بيان سقوط ذلك في شرح قول الماتن (- ره-) لكنّ الإنصاف أنّه لا- وجه للخيار (- اه-) فراجع و تدبر حتّى يظهر لك انّ الأقوى ثبوت الخيار لكلّ من البائع و المشتري و استحقاق البائع القيمة إذا فسخ و المشتري الثمن إن كان باقيا و بدله إن كان تالفا غاية ما هناك أنّه إذا أخذ الثمن غرم قيمة العبد للبائع لتفويته عليه ماله

قوله طاب ثراه فتأمل

استظهر روحى فداه في غاية الآمال كون الأمر بالتأمل للإشارة إلى انّ أولوية الدّفع من الرّفغ أنّما هي من قبيل الأولوية الاعتبارية الغير المتحقّقة فلا- مجال لاعتبارها بحيث تصلح دليلا شرعيّا و يحتمل كونه للإشارة الى انّ سقوط الخيار بالإتلاف أنّما هو لكشفه عن الرّضاء بالعقد فقياس الإقدام على البيع الذي هو أعّم من الرّضاء بلزوم البيع قياس مع الفارق

قوله طاب ثراه بناء على تملك الكافر للمسلم اختيارا (- اه-)

(١١) الوجه في هذا القيد ظاهر ضرورة أنّه بناء على ملكه له بالاختيار لا مانع من ثبوت الخيار و عوده اليه بالفسخ و ان حكمنا بوجوب بيعه عليه قهرا أيضا و يتصوّر بيع الكافر للعبد المسلم فيما إذا كان المولى مسلما و كان مالكا لعبد مسلم ثمّ ارتدّ المولى فإنّه يباع عليه قهرا و أنّا فعلى القول الأظهر من عدم ملك الكافر للمسلم اختيارا لا يعقل ملكه بالشراء و لا بالإرث لأنّ مورثه إن كان مسلما يرث الكافر منه و ان كان كافرا لم يكن لملكه للمسلم سبيل إلا ان يكون قد ارتدّ ثمّ مات قبل ان يباع عليه

ص: ٢٥

عبد المسلم فانتقل الى وارثه

قوله طاب ثراه فإنه قد يقال (- اه-)

في المسئلة أقوال أحدها هذا و حجته ما أشار إليه المصنّف (- ره-) و الجواب اما عمّا احتجّ به للشقّ الأول و هو عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى العين من عدم جواز تملك الكافر للمسلم فهو انّ الممنوع منه أنّما هو الملكيّة المستقرّة دون مطلق الملك و غاية ما ثبت أنّه إذا دخل في ملكه يباع عليه قهرا و هذا مسلم و لكنّه لا يقتضى سقوط الخيار إذ لا مخصّص لإطلاقات الخيار و توهم انّ المنفّي مطلق الملك (- أيضا-) ساقط إذ لو لا ملكه إياه لم يكن لاستحقاقه ثمنه في صورة بيعه عليه قهرا و وجه مع انّ الناطق ببيعه عليه قد نصّ على دفع ثمنه اليه فقد روى حماد بن عيسى عن الصادق عليه السّلام انّ أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه اتى بعبد ذمّي قد أسلم قال اذهبوا فبيعه من المسلم و ادفعوا ثمنه لصاحبه و لا- تقروه عنده و أية نفى السبيل (- أيضا-) لا تنفي مطلق الملك و أنّما تنفي استدامته و استقراره و اما ما احتجّ به للشقّ الثاني و هو عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى القيمة فجوابه يظهر ممّا سبق من منع توقّف الفسخ على رجوع العين الى مالكة الأصلي مع أنّه على فرض التزلّ و تسليم ذلك يمكن تقدير عود المسلم الى ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله لأنّ المانع من تملك الكافر للمسلم أنّما هو كونه سيلا منفيا و الملك انا ما المصحح للفسخ ليس بسبيل

قوله طاب ثراه فيوافق مقتضى كلام فخر المحققين في الإيضاح (- اه-)

هذه العبارة التي استفاد الماتن (- ره-) منها القول الثاني و هو عدم ثبوت الخيار للبائع و ثبوته للمشتري موجودة في بيع الإيضاح حيث أنّه عند الكلام في ردّ العبد المسلم المشتري من كافر إذا ظهر به عيب قال ما لفظه الأقوى عندي انّ الكافر إذا أسلم يباع على سيده من مسلم لأنّه قد زال ملك السيد عنه و بقي له حقّ استيفاء ثمنه في رقبته لا بمعنى أنّه يملكه لأنّ الملك سبيل و هو منفّي لعموم الآية فهذا البيع الى الكافر استنقاذ و الى المشتري كالباع انتهى و ظاهره ما في المتن و فيه ما أشار إليه قوله طاب ثراه و ان تردّد في القواعد (- اه-)

الوجه في تردّده هو التردّد في أنّ مطلق الملك من السبيل المنفّي حتّى لا- يمكن عوده اليه بالفسخ أو انّ المنفّي الملك المستقرّ فلا مانع من عوده اليه بالفسخ و ان يباع عليه قهرا و من هنا ظهر وجه ثالث في المسئلة و هو التفصيل بين العين و القيمة بجواز الفسخ بالنسبة إلى القيمة دون العين فاذا فسخ أخذ القيمة دون العين اما عدم استحقاق العين فلأنّه نفى السبيل و اما استحقاق القيمة فلا إطلاق الخيار بعد كون القيمة بدله و عدم منع أية نفى السبيل عن أخذها لكن فيه انّ أية نفى السبيل لا تمنع من أخذ العين (- أيضا-) و أنّما تمنع من استقرار الملك و ذلك منتف بسبب البيع عليه قهرا

قوله طاب ثراه و الأقوى في المسئلة (- اه-)

ما اختاره هنا مناف لما اختاره في مبحث شروط المتعاقدين في ذيل الكلام على اشتراط كون المشتري مسلما فيما إذا كان المبيع عبدا مسلما فإنه قد اختار هناك عدم الثبوت مطلقا استنادا الى ما نقلناه عنه مع جوابه في شرح قوله فإنه قد يقال و حكى هناك عن المحقق الثاني في (- مع صد-) الاستدلال لثبوت الخيار لكلّ من البائع و المشتري بأنّ العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون المبيع عبدا مسلما لكافر لانتهاء المقتضى لأنّ نفى السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه ثمّ تنظر فيه أولا بأنّ عدم صلاحية نفى السبيل لاقتضاء الخروج عنه لا وجه له لأنّه عامّ و لم يخرج عن تحته ألا الملك الابتدائي و ثبوت السبيل بمقداره و هذا لا يستلزم خروج عود العبد المسلم الكافر بالفسخ عن تحته بأنّ ينتفى حكم نفى السبيل فيثبت له السبيل على العبد المسلم العائد إليه بفسخ البيع فيسقط بذلك أية نفى السبيل عن قوّة اقتضاء الخروج عن مقتضى العقد و حاصل ما ذكره انّ تطرّق التخصيص الى العام بوجه لا يوجب سقوط حجّية في سائر الأفراد و فيه انّ خرج الملك الابتدائي عن تحت عموم نفى السبيل لم يكن بدليل مخصّص بل أنّما هو لعدم كون الملك المستعقب للبيع عليه قهرا سيلا- و هذا المعنى بعينه موجود في عود الملك بالفسخ فيلزم خروجه عن تحت العموم

كخروج الابتدائي و ثانياً بأن استلزام البيع للخيارات ليس عقلياً بل تابع لدليله الذي هو أضعف من دليل صحة العقد الذي خص بنفي السبيل فهذا أولى بالتخصيص به وفيه منع تخصيص دليل صحة العقد بنفي السبيل فإن الحق صحة العقد و لزوم بيعه عليه قهراً لأن الآية إنما تنفي السبيل الذي لا يصدق مع الملك المقرون بالحجر عليه في التصرف و البيع عليه قهراً فلا تنفي الآية الملك الحاصل بالفسخ أيضاً مع الاقتران بالحجر و البيع عليه قهراً و ثالثاً بأنه على تقدير مقاومه دليل الخيار لايه نفي السبيل يتساقطان فيرجع الى أصالة بقاء المال على ملك المشتري و عدم زواله بالفسخ و الرجوع وفيه ان دليل الخيار إنما يرفع اليد عنه إذا ثبتت حكومة الآية فإذا سلم عدم حكومتها كان اللمازم أتباع دليل الخيار لعدم معاوضة الآية (-ح-) إياه لأنها إنما تنفي السبيل فإذا ثبت عدم كون الملك الملحق بالحجر و البيع عليه قهراً سبيلاً انتفى موضوع الآية و بقي دليل الخيار سليماً عن المعارض فلا تعارض حتى يتساقطا و يرجع الى الأصل و لعله الى هذا أشار الماتن (-ره-) عقيب هذا الوجه من النظر بالأمر بالتأمل و ربّما جعل والدى الشيخ العلامة أدام الله ظلاله وجه الأمر بالتأمل هو الإشارة الى ان فرض المقاومه يوجب الخروج عن مفروض المقام و مبناه و ذلك لأن المقاومه مبيته على ان يكون نفي السبيل حاكماً على أدلته الخيار و مع فرض عدم حكومته لا يكون حاكماً على أدلته صحة العقد و على أدلته الإرث فيتعارضان فيلزم الرجوع في صورة اشتراء الكافر للعبد المسلم التي هي مورد التعارض إلى أصالة الفساد و في الانتقال إليه بالإرث إلى أصالة عدم الانتقال فلا يبقى لبيع الكافر للمسلم (-ح-) وجه حتى يفرض له خيار و يبحث عنه ثم أنه روي فدها احتمال عود الأمر بالتأمل إلى الاعتراض الثاني حيث قال و يمكن ان يكون إشارة إلى توهين ما ذكره من كون دليل صحة العقد مخصصاً بنفي السبيل من جهة أنه إذا فرض تخصيصه به و الحال أنه لا فرق بين دليل صحة العقد و بين دليل الانتقال بالإرث لزم ارتفاع موضوع هذه المسئلة لأن البحث عن ثبوت الخيار عند بيعه العبد المسلم من المسلم فرع تملكه له و قد فرض ان أدلة الانتقال قد خصصت بنفي السبيل انتهى كلامه دام ظلاله و أنت خير بما فيه لأن الكلام في هذا الفرع إنما هو بناء على ثبوت ملكه له مع ان الجواب عن الاعتراض ما مرّ و رابعاً بأن إلزامه بإسقاط نحو خيار المجلس أو مطالبته بسبب ناقل يمنع الرجوع و يلزم منه تخسير للمال ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع ليكون خروج المسلم عن ملك الكافر الى ملك المسلم بمنزلة التصرف المانع من الفسخ و الرجوع و يمكن المناقشة فيه بإثبات الأولوية من حيث كون الحكم بعدم الجواز مستلزماً لطرح أدلته الخيارات بخلاف الإلزام بإسقاط الخيار فإنه يقتضيه ما اقتضى إجباره على البيع و من جميع ما ذكرنا ظهر سقوط ما تمسك به هناك على عدم ثبوت الخيار من ان الفسخ احداث ملك فينتفى لعموم نفي السبيل لتقديمه على أدلته الخيار

ص: ٢٦

كما يقدم على أدلة البيع هذا مع ان هذا الذي ذكره مناف لما أسبقه في صدر المسئلة هناك من عدم تمامية أية نفي السبيل و منع حكومتها على عموم ما دل على صحة البيع و العقد و حلّ أكل المال بالتجارة و ربّما بنى المسئلة هناك على ان الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالمذى لم يعد قال فان قلنا بالأول ثبت الخيار لأن فسخ العقد يجعل الملكية السابقة كان لم تزل و قد أمضاها الشارع و أمر بإزالتها بخلاف ما لو كانت الملكية الحاصلة غير السابقة فإن الشارع لم يمضها ثم قال لكن هذا المبني ليس بشيء لوجوب الاقتصار في تخصيص نفي السبيل على المتيقن انتهى و قد بان لك ما فيه مما مرّ من عدم نفي الآيه الملكية الغير المستقرة و قد تلخص من جميع ما ذكرنا ان الأقوى هو ثبوت الخيار حتى بالنسبة إلى العين لكل من البائع و المشتري لإطلاقات الخيار بعد عدم منع الآيه منه بعد اقتران الملك بالحجر عليه و قهره على البيع

قوله طاب ثراه و قد مرّ بعض الكلام في ذلك فبشروط المتعاقدين

قد بان لك ما ذكره هناك و ان ما اختاره هنا مخالف لما اختاره هناك

قوله طاب ثراه بناء على جوازه (-ه-)

ينبغي الكلام إجمالاً في هذا المبني فنقول ان شراء العبد نفسه من مولاة قد يكون لغيره و قد يكون لنفسه اما الأول فالمشهور بين الأصحاب جوازه مطلقاً سواء اذن له المولى في ذلك قبل العقد أم لا لوجود المقتضى و هو العقد بعد عدم كون العبد مسلوب العبارة بالمرّة و انما المانع منه الحجر عليه ألّا ياذن المولى فاذا باشر شراء نفسه للموكل من المولى كان اقدام المولى على بيعه من موكل العبد إذنا له في قبول الوكالة فيقع العقد صحيحاً و بعبارة أخرى صدور إيجاب البيع من المولى مخاطباً به إياه يدلّ ضمناً على اذنه له في قبول الوكالة عن الموكل و لا يقدح عدم قابلية المشتري للقبول في زمان الإيجاب لأن هذا الشرط ليس على حدّ غيره من الشروط المعترية في كلّ من المتعاقدين من أول الإيجاب إلى آخر القبول بل هو نظير اذن مالك الثمن في الاثراء حيث يكفي تحقّقه بعد الإيجاب و قبل القبول الذي بنى المشتري على إنشائه فضولاً و هناك قولان اخران أحدهما عدم الصّحة أرسله في (-ث-) قولاً بعد وصفه للقول بالصّحة بالشّهرة استناداً الى اشتراط مغايرة المشتري للمبيع حقيقة لا بالاعتبار و لاستتزام ذلك كون السيد موجبا قابلاً لان يد العبد كيد السيد و إيجابه و قبوله بإذنه بمنزلة إيجاب السيد و قبوله بنفسه و في الوجهين جميعاً نظر اما الأول فلمنع اعتبار المغايرة الحقيقية لعدم الدليل على اعتباره و لو شكّ فأصالة عدم اعتباره الرافعة للشكّ المأخوذ في موضوع أصالة عدم ترتب الأثر كافيّة في إثبات المطلوب فالمغايرة الاعتبارية (-ح-) كافيّة و لا مجال للتمسك بأصالة عدم كفاية الاعتبارية لانقطاعها برفع أصالة عدم اشتراط المغايرة الحقيقية للشكّ المأخوذ في موضوعها و على ذلك بنوا في الأصول تقدّم الأصول السببية على الأصول المسيبية فإن قلت ان أصالة عدم اعتبار المغايرة الحقيقية ليست ذات أثر شرعيّ و الأصل المثبت للأثار الغير الشرعية ليس بحجة قلت أولاً انا لا نريد إثبات صحة العقد بأصالة عدم اعتبار المغايرة الحقيقية و انما ندفع بها المانع و نثبت الصحة بعمومات العقود و ثانياً انا لو سلّمنا عدم اعتبار الأصل المذكور نقول ان العقد مقتضى و الشكّ انما هو في مانعية الاتحاد الحقيقي و قد جرى ديدن العقلاء على عدم الاعتناء بالمانع المشكوك بعد إحراز المقتضى ألّا ان يمنع كون ذلك عقداً و هو كما ترى و اما الوجه الثاني ففيه ان كون يده بمنزلة يد المولى و إيجابه و قبوله بمنزلة إيجاب المولى و قبوله لا-يجدى في اتحادهما لأن التزليل أصرح شاهد على المغايرة و هو كاف كيف و قد حقّقنا في كتاب النكاح من منتهى المقاصد كفاية المغايرة الاعتبارية بين الموجب و القابل فضلاً عن الحقيقية التزليلية مضافاً الى ان عقد العبد لا يبطل رأساً بل يقف على الإجارة فليقف هنا (- أيضاً-) ثانيهما ما عن ابن البراج من انه لا يصحّ ذلك ألّا ان ياذن سيده له بذلك قبل العقد و لعلّ نظره الى ان العقد لا-يصحّ من الأجنبيّ إلّا بعد تحقّق وكالته و وكالته لا تتمّ إلّا ياذن المولى فما لم ياذن المولى له في ذلك و لم يجز و كالتة لم يقع الشراء بعد ذلك صحيحاً و أنت خبير بان اجازة المولى و اذنه في الوكالة ليس شيئاً زائداً على رضاه المستكشف بقول منه أو فعل و لا ريب في ان نفس اقدامه على بيع العبد من العبد إمضاء للوكالة فيكون عقد البيع بعد

ذلك واقعا بين المالك و بين الوكيل الثابت الوكالة فيقع صحيحا ماضيا فما هو المشهور هو المنصور و اما الثانى و هو شراء العبد نفسه من المولى لنفسه فاما على المشهور المنصور من عدم ملك العبد شيئا فلا معنى لصحة البيع ان اشترى نقدا لانه يعتبر فى البيع كون الثمن للمشتري و المبيع للبائع و كلاهما هنا للمولى فلا يتحقق البيع و ما صدر من بعضهم من التفصيل بصحة البيع ان جعلناه عبارة عن مبادلة مال بمال و عدم صحته ان جعلناه عبارة عن التمليك لا وجه له لان من جعل البيع عبارة عن مبادلة مال بمال يعتبر أيضا عدم كون الثمن و المثلن جميعا شيئا واحدا لعدم تعقل بيع الإنسان أحد ماله بالآخر نعم لو اشترى العبد نفسه من المولى نسيئة و قلنا بان للعبد ذميه يجوز ان يشتري لنفسه نسيئة و يستدين على ذمته بإذن المولى صحح و آلا فلا و اما على القول بان العبد يملك ففى شراء نفسه من مولاه لنفسه وجهان أحدهما المنع و الثانى الجواز للأول لجهان الأول ان مقتضى البيع هو المغايرة بين البائع و المشتري و المبيع حقيقة و

جوابه ما مرّ آنفا من منع اعتبار المغايرة الحقيقية الثانى عدم تعقل تملك الإنسان نفسه و دعوى كفاية المغايرة الاعتبارية نظير تملكه ما على نفسه كالدين يبيعه الدائن من المديون غاية الأمر انه بعد هذا الاعتبار يسقط المال عن كونه مملوكا كما صدرت من بعضهم لا وجه لها لعدم الدليل على كفاية المغايرة الاعتبارية فى تملك الإنسان لنفسه و بيع الدين على من هو عليه ليس من هذا القبيل و إذ قد عرفت ذلك كله فاعلم انه لا إشكال فى ثبوت الخيار فيما لو اشترى العبد نفسه لموكله من مولاه و اما لو اشترى نفسه لنفسه من مولاه و قلنا بجواز ذلك فالأظهر أيضا ثبوت الخيار لإطلاق دليله فما عليه جماعة من عدم ثبوت الخيار له و لا للمولى حتى بالنسبة إلى القيمة نظرا الى انصراف أدلة الخيار الى غير الفرض فيبقى هذا تحت أصالة اللزوم لا وجه له لمنع الانصراف لفقد شيوع الاستعمال الذى هو مناط الانصراف و ليس ندره الفرد وجودا من أسباب الانصراف على التحقيق و لو شك فى الانصراف فالحكم هو الإطلاق نعم لما كان ملكه لنفسه موجبا لحرية و الحر لا يعود رقّا كانت نتيجة الخيار السلطنة على أخذ القيمة عند الفسخ على نحو ما مرّ فى شراء من ينعق على المشتري

قوله طاب ثراه فتأمل

وجه الأمر بالتأمل ان عدم اندفاع الإشكال فرع وروده و هو مبنى على احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء و هو احتمال موهوم ضعيف و على تقدير الإغماض عن ضعفه يدفعه الأصل و ربما احتتمل بعض تلامذة (- المصنف-) (- ره-) كونه للإشارة الى ان عدم قابلية العين

ص: ٢٧

للبقاء إذا فرض كونه مانعا فإنما يمنع من امتداد الخيار بامتداد المجلس ولا يقتضى سقوط أصل الخيار قوله طاب ثراه وغيرهما

مثل مجمع الفائدة حيث عزی فيه (- أيضا-) ذلك الى علمائنا و في (- لك-) أنه لا خلاف فيه بين علمائنا و تمسك لذلك في (- كره-) بأن الأصل اللزوم و عدم عروض الجواز خرج عقد البيع لقوله عليه السلام البيعان بالخيار فيبقى الباقي على اللزوم بمقتضى عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

[مسألة لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع]

قوله طاب ثراه بل جزم في (- كره-) (- اه-)

قال في (- كره-) اعلم ان العقد اما ان يكون جائزا من الطرفين كالشركة و الوكالة و القراض و الوديعة و العارية أو جائزا من احد الطرفين لازما من الآخر كالضمان و الكتابة و لا خيار في هذين القسمين اما الجائر من الطرفين فلأنهما بالخيار ابدا فلا معنى لخيار المجلس و اما الجائر من أحدهما فلهذا المعنى من حيث هو جائز في حقه و الآخر دخل فيه موطنًا نفسه على الغبن و مقصود الخيار التروى لدفع الغبن عن نفسه انتهى

قوله طاب ثراه و لعل مراده التصرف المرخص فيه شرعا للقابل

أراد قدس سره بهذا الحمل و التوجيه لكلام الشهيد دفع ما أورده عليه في مفتاح الكرامة من أنه مع أنه خاص بأحد الطرفين لا دليل عليه كيف و الإذن المسوغ للتصرف حاصل بالعقد هذا و لكن على فرض اندفاع ذلك يبقى الإيراد عليه من وجه آخر و هو ان ما ذكره غير معنى الخيار و من وجه ثالث و هو عدم معقولية مثل ذلك في الوديعة لامتناعه فيها مطلقا اللهم الا ان يراد بالتصرف فيما يتعلق بالحفظ و هو بعيد

قوله طاب ثراه فهو الذي يمكن توقفه على انقضاء الخيار الذي جعل الشيخ (- ره-) أثرها البيع متوقفا عليه

حيث قال ان البيع لا يملك الا بعد انقضاء مدة الخيار

قوله طاب ثراه و الذي يخطر بالبال (- اه-)

الذي يظهر لي ان النزاع بين مثبت و النافي لفظي فمن منع من دخول خيار المجلس في العقود الأربعة و غيرها مما عدا البيع أراد خيار المجلس المشروط بشروط خاصية و المعنى بغاية مختصة هي افتراق المتبايعين و ان سلم الخيار العام الثابت بنفس العقد الجائر الى آخر الأبد لو لا المانع و من حكم بدخول خيار المجلس فيها أراد الخيار العام الذي هو اثر جواز العقد و يشهد بما ذكرنا عبارة (- ط-) و (- ث-) فإنه في الأول و ان صرح بما سمعت من العبارة اما أنه قد صرح في غير موضع متصلا بذلك متقدما و متأخرا باختصاص خيار المجلس بالبيع فقال (- ره-) قبل ذلك بعدة أسطر ما نصه إذا أحال لغيره بمال عليه و قبل المحتال الحوالة لم يدخله خيار المجلس لأنه يختص بالبيع انتهى و قال بعد ذلك بيسير و اما الشفيع فقد ملك الشقص بالثمن و ليس له خيار المجلس لأنه ليس بمشتر و أما أخذه بالشفعة انتهى دل على اختصاص خيار المجلس بالأخذ الذي هو مشترى و قال بعد ذلك (- أيضا-) و اما الإجارة فعلى ضربين أحدهما معينة مثل ان يقول أجزتكم داري هذه أو فرسى هذا أو عبدى هذا شهرا من وقتى هذا أو يومى هذا فيذكر مدة معينة فهذا لا يدخله خيار المجلس لأنه ليس ببيع انتهى و قال بعد عبارته المزبورة بلا فصل و اما القسمه فعلى ضربين قسمه لا يرد فيها و قسمه فيها رد و على الوجهين معا لا خيار فيها في المجلس لأنها ليست ببيع انتهى الى غير ذلك من كلماته الصريحة غاية الصراحة في كون مراده بالخيار الذي أثبتته في الوكالة و العارية و الوديعة و القراض و الجعالة هو بمعنى الخيار الدائم المعبر عنه بجواز العقد و أصرح من ذلك عبارة (- ث-) فإنه مع تصريحه بمثل ما سمعت من الموارد في (- ط-) و غيرها صرح في خصوص المقام بما يفيد

كون مراده بالخيار جواز العقد دائما لأنه قال (- ره-) و أمّا الوكالة و العارية و الوديعة و القراض و الجعالة فلا- يمنع من دخول الخيارين فيها مانع لأن هذه العقود جائزة من جهة المتعاقدين غير لازمة فمن أراد الفسخ فسخ انتهى فإنه صريح فيما قلناه و (-ح-) فاعتراض العلامة (- ره-) على إجماع (- ف-) و توهينه له بمخالفة المدعى نفسه في (- ط-) لم يقع في محله قوله طاب ثراه فتأمل

جعل الشيخ الوالد روحى فداه الأمر بالتأمل للإشارة الى ان كلام ابن إدريس (- ره-) حيث كان ظاهرا فى المعنى المذكور من جهة التعليل المذكور فى كلامه فلا مناص من كون المراد به ما هو ظاهره و ان كان مؤداه فى غاية البعد و الركاه و أمّا كلام الشيخ (- ره-) فليس ظاهرا فى ذلك فلا- وجه لحمل كلامه عليه مع بعده لفظا و معنى و لا يصير كلام ابن إدريس (- ره-) قرينة على مراد الشيخ (- ره-) و تفسيراً له قلت قد سمعت عبارة (- ثر-) و هى غير ظاهرة فيما استفاده منها الماتن (- ره-) و أمّا هى كعبارة (- ط-) توافق ما استفدناه فتدبر

مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد

قوله طاب ثراه و لا اشكال فيه لو قلنا (- اه-)

قد أوضحنا فى مبثى الصيرف و السلم من منتهى المقاصد الكلام فى شرطية القبض قبل التفريق بالنسبة إلى العوضين فى الصّرف و العوض فقط فى السلم و نقحنا وجوب التقابض وجوبا تكليفيا (- أيضا-) مضافا الى الوجوب الشرطى فى الصّرف دون السلم و لا يسع هذا المختصر لنقل ذلك كله فمن أراد ذلك راجعه و مجمل القول فى ذلك أنهم اختلفوا فى التقابض قبل التفريق فى الصيرف تارة فى وجوبه الشرطى فالمشهور بين الأصحاب الثبوت بل لم ينقل فى ذلك خلاف صريح و أمّا حكى الشهيد (- ره-) فى محكى الحواشى قولاً لم يسمّ قائله بالتفصيل بين بيع الذهب بالذهب و الفضة بالفضة و بين بيع أحدهما بالآخر بالاشتراط فى الأول دون الثانى و اخرى فى وجوبه الشرعى فأثبتته من القائلين بالوجوب الشرطى الشيخ (- ره-) فى (- ط-) و الحلّى فى (- ثر-) و العلامة فى التذكرة و الشهيد فى ظاهر (- س-) و نفاه جمع منهم و هو ظاهر سكوت آخرين و معظم الأصحاب فى السلم على الوجوب الشرطى لقبض رأس المال قبل التفريق و اثبت الوجوب الشرعى (- أيضا-) له العلامة فى (- كره-) فكلّ من قال فى شىء من الموضوعين بالوجوب الشرعى قال بالوجوب الشرطى (- أيضا-) و لا عكس فلا يتوهم من مقابلة الماتن (- ره-) بينهما ارادته نقل القول بالوجوب الشرعى دون الشرطى

قوله طاب ثراه اما لزوم الربا كما صرح به فى صرف التذكرة

قال فى (- كره-) لو تعدّر عليهما التقابض فى المجلس و أراد الافتراق لزمهما ان يتفاسخا العقد بينهما فان تفرقا قبله كان ذلك ربا و جرى مجرى بيع مال الربا بعضه ببعض نسيئته و لا يغنى تفرقهما لأن فساد العقد أنما يكون به شرعا كما ان العقد مع التفاضل فاسد يأثمان به انتهى فأفاد هذا الكلام كون قبض أحدهما بدون قبض الآخر موجبا للربا من جهة اشتمال المقبوض من جهة حصوله بيد القابض على الفضل على غير المقبوض من جهة عدم حصوله فى يد من أريد انتقاله اليه هذا و لكن لا يخفى عليك ما فى تعليل الوجوب الشرعى بذلك من نظر لأن بيع مال الربا بعضه ببعض نسيئته أنما يستلزم الربا و يحرم إذا كان الزمان ممّا له قسط من الثمن أمّا الزمان القصير الذى لا يقابل بمال عرفا فليس بيع الربوى بمثله مؤجلا بذلك الأجل ربا لعدم الزيادة فى أحد الطرفين حتى يكون ربا و المطلوب أنما هو إثبات وجوب التقابض شرعا فى الصّرف و السلم قبل التفريق و لو خطوتين و من المعلوم ان زمان الافتراق خطوتين لا يقابل بمال عرفا و عادة فلا

ص: ٢٨

يكون ربا فالدليل (-ح-) أخص من المدعى لإثباته حرمة الافتراق قبل التقابض إذا كان الزمان طويلا يقابل بمال عادة مع ان الزبا أنما يلزم في متحدى الجنس و المدعى أعم من ذلك لاندراج بيع الذهب بالفضة و بالعكس فيه مع أنه لا مانع من ذلك مع التفاضل لعدم لزوم الزبا لاشتراطه باتحاد الجنس و من المعلوم كون الذهب و الفضة جنسين فاستدلال العلامة قدس سره ساقط من أصله و أنما الوجه في القول بالوجوب الشرعى أيضا مع الوجوب الشرطى فى التقابض فى الصيرف كما هو المختار ان الأخبار الواردة فى خصوص التقابض قبل التفرق فى بيع الصيرف قسما أحدها ما هو ظاهر أو نص فى الإرشاد إلى الشرطية و فساد العقد بالإخلال بالتقابض الى حال التفرق مثل صحيحه منصور بن حازم عن أبى عبد الله صلوات الله و سلامه عليه قال إذا اشترت ذبا بفضة أو فضة بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه و ان نرى حائطا فانز معه حيث نهى عليه السلام عن المفارقة و أمر بأن ينزو معه ان نرى حائطا فإن المراد به هو الوجوب الشرطى قطعا إذ لو كان المراد هو الوجوب الشرعى لم يكن للأمر بالتزو معه وجه لائن التيارك للواجب (-ح-) أنما هو التيازى أولا- كما لا يخفى و ثانيهما ما لم يظهر منه الإرشاد إلى الفساد و (-ح-) فما علم أنه للإرشاد يحمل عليه و يحتج به للوجوب الشرطى و ما لم يعلم كونه للإرشاد فمقتضى القاعدة حمله على بيان الوجوب الشرعى و الاحتجاج به له لائن الحمل على الإرشاد خلاف الأصل فلا- يصار إليه الا مع ظهور الخطاب فيه و على هذا فى الأخبار دلالة على كل من الوجوب الشرطى و الشرعى و لا مخالفة فى شىء منهما للإجماع ففتى بهما جميعا و هذا بخلاف السلم فإنه لا خبر فيه يدل على اعتبار قبض رأس المال قبل التفرق حتى يمكن اجراء نحو هذه المقالة فيه و أنما استدلوها هناك بوجوه ان تمت لم تفد الا الوجوب الشرطى دون الشرعى و لذا قلنا فى الصرف بالوجوب الشرعى و الشرطى جميعا و جزمنا فى السلم بعدم الوجوب الشرعى و مما ذكرنا ظهر سقوط ما صدر من بعضهم من منع دلالة الأخبار على الوجوب الشرعى

قوله طاب ثراه و اما الوجوب الوفاء بالعقد

قد وقع الاستدلال لوجوب قبض رأس المال قبل التفرق فى السلم و جوبا شرعيا بعموم أو قوا بالعقود من حيث ان مقتضاه عدم جواز ابطال العقد فيجب اقباض الثمن و قبضه قبل التفرق كى لا يبطل العقد و لكن فيه نظر ظاهر لمنع حرمة الإخلال بشرط العقد حرمة تشريعية و أنما المحرم ترك الوفاء بالعقد بعد استجماعه لشروط الصحة مراعاة لحال المعقود له لا ترك إيجاد أصل شرط صحته فإنه لا دليل على حرمة لائن المشروط عدم شرطه فلا عقد حتى يجب الوفاء به و وجوب إيجاد العقد بإيجاد شرطه و حرمة ترك الإيجاد مما لا دليل عليه بل لو قلنا بكون التقابض شرط لزوم الصيرف لا شرط صحته كما هو احد الوجهين فى المسئلة لم يكن (- أيضا-) لهذا الاستدلال وجه لائن العقد و ان حصل على هذا الفرض قبل التقابض الا أنه غير لازم و نقض العقد الغير اللازم جائز غير محرم مع ان الحق كونه شرط الصحة كما نقحناه فى منتهى المقاصد

قوله طاب ثراه و ان لم يكن بنفسه مملكا

غرضه ان وجوب الوفاء بالعقد لا يختص بالعقد التام المستعقب للأثر بل يعمه و العقد المتوقف تمام تأثيره على شىء و فيه ما عرفت قوله طاب ثراه لائن ثمره الخيار (-اه-)

علمه لعدم الإشكال فى كون مبدأ الخيار من حين العقد بناء على وجوب التقابض و جوبا تكليفيا و هو تعليل حسن و تحقيق متقن و ربما نوقش فيما ذكره بأنه بعد وجوب التقابض لا معنى للخيار الذى لازمه عدم وجوب التقابض فلو توقف جريان الخيار على وجوب التقابض لزم من وجوده عدمه و ما يلزم من وجوده عدمه فهو فاسد و أجب تارة بأن الخيار أنما يتوقف على وجوب التقابض لو خلى و طبعه و ان لم يكن واجبا من جهة الخيار و رد بأن القائلين بوجوبه يقولون به فعلا و لازمه عدم الحكم بالخيار و اخرى بأن وجوب التقابض معلق على بقاء العقد و الخيار فى الفسخ و الإبقاء لا يستلزم عدمه و أنما يمكن تفويت موضوعه و ذلك لا ينافى الوجوب المعلق فوجوب التقابض حاصل فعلا- حتى مع الخيار لكن له ان يفسخ العقد و يزيل موضوعه فهو نظير الصوم حيث أنه واجب فعلا

على المكلف الحاضر عينا لكن له ان يسافر فيرتفع موضوع الوجوب فجواز السفر لا ينافي وجوب الصوم في موضوع الحاضر قوله طاب ثراه لأن المفروض بقاء سلطنته كل من المتعاقدين (-اه-)

حاصله ان الفسخ يتعلّق بالعقد الموجب لانتقال كل من العوضين الى غير صاحبه به و بعد كون التقابض شرط الصّحة كما هو الحقّ فلا عقد حتّى يوجب الفسخ حلّه و أجاب عن ذلك بقوله و يمكن ان يكون أثره (-اه-) مريدا به انّ الفسخ كما يرفع الصّحة التامة عن العقد و يوجب حلّه فكذا يرفع الصّحة التأهليه و الإيجاب و القبول الواقعان فى الصّيرف و السّلم لهما صّحة تأهليه بمعنى تأهلها للتامة و استعقاب الأثر على فرض لحوق التقابض فالفسخ يزيل ذلك التأهل

قوله طاب ثراه ثمّ ان تفرّقا عن تراض لم يحكم بعضيهما (-اه-)

لا يخفى عليك منافاة ذلك لما سمعته منه آنفا من الحكم بوجود التقابض قبل التفرّق وجوبا تكليفيا للزوم الرّبا ضرورة أنّه بعد لزوم الرّبا لا ينفع تراضيهما فى رفع الحرمة نعم لو كان وجوب التقابض من باب وجوب الوفاء بالعقد كان لارتفاعه بالتراضى وجه كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و ممّا ذكرنا يظهر الوجه (-اه-)

قلت اما كون المبدء على القول بالتقل من حين الإجازة فظاهر لا حاجة فيه الى ما سبق لأنه قبل الإجازة لا عقد و لا نقل حتّى يثبت الخيار و اما كون المبدء على القول بالكشف (- أيضا-) من حين الإجازة فلا وجه له و ظهوره ممّا ذكره غير ظاهر و ربّما وجه بعضهم ذلك بانّ مبدأ الخيار و إن كان من حين العقد الّا ان العقد لا يصير عقدا الّا بعد الإجازة فمبدء عقدهما أولّ زمان الإجازة و الّا فهو قبلهما غير مربوط بهما و لو على القول بالكشف فلا يعقل مالكية الفسخ قبلها بالنسبة إليهما و إن كانت معقولة بالنسبة إلى الفضولين و أنت خبير بما فيه لأنه ان أريد ملك الفسخ ملكا فعليّا ظاهرا و واقعا بحيث يمكن إيقاعه قبل لحوق الإجازة فهو ممنوع بالنسبة إلى الفضوليين (- أيضا-) لأنه قبل لحوق الإجازة لم يعلم تحقّق العقد حتّى يؤثر فسخهما المبنى على تحقّق العقد و ان أريد ملك الفسخ شأنًا بحيث يستكشف بلحوق الإجازة ثبوتها فى الواقع من حين العقد فذلك جار بالنسبة إلى الفضوليين و الأصيلين جميعا مع انّ ما ذكره الموجه لم يسبق فى كلام الماتن (- ره-) حتّى يصحّ قوله و ممّا ذكرنا يظهر بل مقتضى ما أسبقه الماتن (- ره-) من الاكتفاء فى الخيار بالصّحة التأهليه للعقد و أنّه يصحّ الفسخ بمجرد ثبوتها هو القول بكون مبدء الخيار فى الفضولى بالنسبة إلى الأصيلين من حين العقد لتحقّق الصّحة التأهليه بالنسبة إلى عقد الفضوليين فتدبّر

قوله طاب ثراه لا خلاف ظاهر (-اه-)

قد نفى الخلاف فى ذلك جمع ففى مجمع الفائدة أنّه لعلّه لا خلاف بيننا فيه و فى (- ثق-) أنّه لا خلاف فيه بين الأصحاب و فى

ص: ٢٩

و في مفتاح الكرامة أنه لم أجد فيه مخالفا و في الرياض و المستند أنه (- كك-) بلا خلاف يعرف و في كشف الظلام أنه لا خلاف فيه حكاية و تحصيلا و في الجواهر أنه لا خلاف أجد فيه و في هداية الأنام لا نعرف في ذلك خلافا بيننا

[في مسقطات خيار المجلس]

[في سقوط خيار المجلس باسقاط سقوطه في ضمن العقد]

إشارة

قوله طاب ثراه و عن الغنية الإجماع عليه

قال في الغنية و لا يسقط إلّا بأحد أمرين تفرق و تخاير فالتفرق ان يفارق كل واحد منهما صاحبه بخطوة فصاعدا عن إثارة و التخاير على ضربين تخاير في نفس العقد و تخاير بعده فالأول ان يقول البائع بعتك بشرط ان لا يثبت بيننا خيار المجلس فيقول المشتري قبلت و الثاني ان يقول أحدهما لصاحبه في المجلس اختر فيختار إمضاء العقد يدل على ذلك إجماع الطائفة انتهى و هو ظاهر (- كره-) (- أيضا-) حيث قال في بحث خيار الحيوان هذا الخيار و خيار المجلس يثبتان بأصل الشرع سواء شرطاه في العقد أو أطلقا أما لو شرط سقوطه فإنه يسقط إجماعا انتهى و قد ادعى الإجماع الفقيه الغروي (- أيضا-)

قوله طاب ثراه و يدل عليه (- اه-)

قد وقع الاستدلال على ذلك في كلماتهم بوجهين أحدهما استصحاب لزوم العقد بعد اختصاص نصوص الخيار بحكم التبادر بغيره و يمكن المناقشة فيه بمنع التبادر المعتبر فيبقى إطلاق نصوص الخيار محكما و من هنا ظهر ان ما صدر من صاحب الجواهر (- ره-) من التمسك بالأصل مع الشك في تناول الأدلة له في غير محله لأن الشك في التناول علمة تامة للتعلق بأصالة الإطلاق كما قرر في محله الثاني ما تمسك به في الغنية من قول النبي صلى الله عليه و آله البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار بتقريب أنه قد استثنى بيع الخيار و هو الذي لم يثبت فيه الخيار بما قدمه من حصول التخاير باسقاط سقوطه في العقد بان يقول البائع بعتك كذا بكذا بشرط ان لا يثبت بيننا خيار المجلس فيقول المشتري قبلت أو بالإسقاط بعد العقد بان يقول أحدهما لصاحبه في المجلس اختر فيختار إمضاء العقد بل عن بعض العامة تفسيره بالأول خاصة و أنت خير بما فيه أولا من فقد الاستثناء في أخبارنا و النبوى (- ص-) ضعيف السند و لا- جابر لهذه الفقرة منها و ثانيا أنه لا يعقل إرادة قسمي التخاير من المشتري و لا مرجح لأحدهما فكما يمكن ان يراد به اشتراط السقوط في ضمن العقد فكذا يمكن ان يراد به ما في الخبر الآخر عنه صلى الله عليه و آله انه قال المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا عن مكانهما فاذا افترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر فلا خيار بل قد يحتمل ان يكون المراد به ألا البيع المشتمل على خيار الشرط و نحوه فيكون استثناء من المفهوم

قوله طاب ثراه و قد يتخيل معارضته (- اه-)

الضمير للعموم اي قد يناقش في التمسك بعموم الشروط بمعارضته لاخبار الخيار بالعموم من وجه و الرجحان لتلك و المناقش هو صاحب الجواهر و الجواب ما في المتن من مساواة الطائفتين في الاستفاضة أو التواتر و قوة السند و ظهور الدلالة و نحو ذلك فالترجيح من حيث الدلالة و السند مفقود و موافقة عمل الأصحاب في خصوص المقام لا يكون مرجحا بعد العلم بانحصار مستندهم في عموم أدلة الشروط كما يظهر من كتبهم و يتبين من زبرهم فان قلت ان المرجح الدلالي موجود و هو وجود العام في اخبار الخيار مثل قوله عليه السلام في صحيح الحلبي المتقدم أيما رجل اشترى من رجل بيعا فهو بالخيار حتى يفترقا الحديث و اخبار الشرط

مطلقات و العام أقوى دلالة من المطلق خصوصا مع عروض التقييد له قطعا مع عدم ثبوت عروض التخصيص للعام (- كك-) قلت
 أولا ان خبر الحلبي ليس عاما من حيث البيوع بل عمومه من حيث الباعين و ذلك لا يوجب قوة دلالة من حيث البيوع (- أيضا-) قوة
 مرجحة له على إطلاق الشروط و ثانيا ان خبر الشروط (- أيضا-) عام و ليس بمطلق و ثالثا ان الظهورات الشخصية مقدمة و لا قوة هنا
 لظاهر اخبار الخيار على اخبار الشرط كى ترجيح عليها فان قلت هب ان المرحح السندی و الدلالى مفقودان و لكن عمل الأصحاب
 مرجح و كون مستندهم اخبار الشرط ممنوع و لو سلم فقد يصير مرجحا (- أيضا-) لإطلاق ما دل على الترجيح به نصا و فتوى و
 اعتبارا لاحتمال كشفه عن اقتراجه بما يوجب تقديمه على معارضه من قرائن حالیه أو مقالیه لم تنقل إلينا استغناء عنها بعلمهم به قلت ما
 ذكرته كله خرس و تخمين لا يعتمد على مثله الا من يعتمد على الظنون المطلقة و نحن لا نقول بذلك هذا
 قوله طاب ثراه و نحوه فى الضعف التمسك بعموم أوفوا بالعقود (- اه-)

المتمسك هو صاحب الجواهر

قوله طاب ثراه إذ فيه ان أدلة الخيار (- اه-)

قد انتصر بعض مشايخ العصر (- قده-) لشيخه صاحب الجواهر (- قده-) فأجاب عن هذا الاعتراض بان المفروض هو الشك فى
 تناول أدلة الخيار لهذا البيع لو لا إعراض الأصحاب و أكثر المسلمين عنها هنا و (- ح-) فيراد بها البيع المجرد عن الشرط المذكور و
 أنت خبير بما فيه أولا- من ان المستدل لم يتم الاستدلال بالآية بالشك فى تناول أدلة الخيار للمقام فكون المفروض ذلك ممنوع
 فتأمل و ثانيا من منع الشك فى التناول و لو كان لكان علمه تامية و التعلق؟؟؟ بأصالة إطلاق النص و اعراض الأصحاب لا يقدر سيما
 بعد معلومية كون منشئه الأخذ بعمومات الوفاء بالشرط هذا و ربما تصدى بعضهم لتوجيه استدلال صاحب الجواهر (- ره-) فاحتمل
 كون غرضه ان هذا العقد من حيث اشتماله على الشرط كأنه ينحل الى عقدين و بيع و شرط و أخصية دليل الخيار أما تنفع بالنسبة
 الى حيثية البيعة لا بالنسبة الى حيثية الشرطية فلو فرضنا عدم وجود مثل قوله تعالى المؤمنون عند شروطهم أمكن إثبات وجوب الوفاء
 بالشروط ب أوفوا بالعقود و إذا كان العقد المذكور بمنزلة عقدين و فرض ان دليل الخيار اثبت الخيار فى ذلك العقد من حيث بيعته
 لا من حيث شرطيته فيكون عموم أوفوا بالعقود بالنسبة الى حيثية الشرطية حاكما على دليل الخيار و إن كان أخص منه إذ هو نظير ما
 إذا صالح عن إسقاط خياره بشيء فإن دليل وجوب الوفاء بهذا الصلح و لو كان عموم أوفوا بالعقود و هو أعم من دليل الخيار الا أنه
 مقدم عليه و كذا إذا صالح على إسقاط الخيار فى ضمن عقد البيع كما إذا قال بعثك و صالحتك عن خيارى فقال الأخر قبلت فإن
 مقتضى صحة هذه المعاملة سقوط الخيار و لا يضره كون دليل وجوب الوفاء عموم أوفوا فإنه مخصص بأدلة الخيار بلحاظ كونه يباعا و
 باق على عموم بلحاظ كونه صلحا

قوله طاب ثراه لانسياق اخبار الخيار (- اه-)

ربما اعترضه بعض مشايخ العصر (- قده-) بان مرادهم بالسقوط هنا كما لا يخفى على المتتبع لعبارات الشيخ (- ره-) و من تأخر عنه
 فإنها أجمع على الظاهر على نحو عبارة الغنية السابقة أما هو عدم الثبوت من أول الأمر على وجه التخصيص لأدلة الخيار لا على وجه
 عروض المسقط له بعد ثبوته على نحو عروض التذر و نحوه و إنكار ذلك ان لم يكن غفل عن ملاحظة كلامهم قد يشبه المكابرة
 خصوصا مع ملاحظة الاستدلال عليه بالنبوى الصريح فى التخصيص انتهى و أنت خبير بان الماتن (- ره-) ليس بصدد الجمع بين
 كلمات الأصحاب أو فهمها بل غرضه نفي التعارض بين الأخبار و قد قرره على وجه يليق ان يكتب بالنور على حدود الحور كما لا
 يخفى على المتأمل (- المنص-) و المتدبر الغير المتعسف

قوله طاب ثراه منها صحيحة مالك بن عطية (- اه-)

رواها الكليني (- ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن

ص: ٣٠

ابن محبوب عن مالك بن عطية عن سليمان بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام فكان الأنسب أن يسميها (- المصنف-) (- ره-) بصحيحة سليمان بن خالد لأنه الزاوي عن الإمام عليه السلام دون مالك بن عطية قوله طاب ثراه و الزوايه محموله (- اه-)

غرضه بذلك دفع ما قد يقال من ان الشرط في الخبر ابتدائي فلا يكون الخبر معمولاً به حتى ينفع الاستشهاد به و وجه الدفع حمل الزوايه بقرينة الإجماع على صورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم و ربما احتتمل فقيه آل يس (- قده-) كون الجارية في مورد الزوايه لابن العبد ثم بعد ذلك قال لها هل لك ان أعتقتك في مكاتبتك و قد كاتبها فوجب عليه دفع شيء من المال بناء على لزومه على المكاتب به فيكون الشرط المذكور مأخوذاً في إعطائه لها فلا يحتاج إلى قرينة الإجماع الذي ادعاه الماتن (- ره-) لأجل تطبيق الزوايه على كون الشرط فيها مأخوذاً في عقد لازم فتأمل قوله طاب ثراه لأن الشرط في ضمن العقد الجائر (- اه-)

ربما يزداد على ذلك فيقال بلزوم تبعية هذا الشرط للعقد و ان قلنا بلزوم الشرط في ضمن العقد الجائر (- أيضاً-) و ذلك لأن هذا الشرط لا قوام و لا موضوع له غير العقد فانفساخ العقد موجب لزوال موضوع الشرط المذكور و مثله كل شرط لا تقوم له بدون العقد و هو كلام متين قوله طاب ثراه اما الأول فلأن الخارج (- اه-)

محصل هذا الجواب على ما في غاية الآمال دفع الدور بمنع التوقف من جانب لزوم الشرط نظراً الى ان لزوم الشرط يستفاد من عموم مثل قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم خرج ما خرج و بقي الباقي فهو عام مخصص و العام المخصص حجة في الباقي و الشرط في ضمن العقد الجائر الغير الباقي على الجواز مما لم يخرج بالتخصيص فلزوم الشرط موقوف على عموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم و ليس موقوفاً على لزوم العقد المأخوذ فيه و بعبارة أخرى عموم الشروط يشمل الشرط الابتدائي و الشرط في ضمن العقد الجائر بالذات الغير اللازم بالعرض و الشرط في ضمن العقد اللازم بالذات الغير اللازم بالعرض و الشرط في ضمن العقد الجائر بالذات اللازم بالعرض خروج الأولان من تحته بالإجماع و بقي الباقي و منه الفرض و (- ح-) نقول ان لزوم العقد موقوف على لزوم الشرط فعلاً و لزوم الشرط ليس موقوفاً على لزوم العقد فعلاً بل يتوقف على لزومه بالذات و ان جاز فعلاً فالموقوف غير الموقوف عليه و هذا التقرير اولى من تقرير (- المصنف-) (- ره-) كما لا يخفى و ربما اعترض بعض مشايخ العصر (- ره-) على (- المصنف-) بأنه لا مانع من لزوم التابع ما دام المتبوع الجائر موجوداً في الخارج فيجب على الوكيل مثلاً ان يفعل ما شرط عليه في عقد الوكالة ما دام و كيلاً و ان كان له ان يعزل نفسه عنها فلا يجب عليه ذلك و المستحيل لو سلم فإنما هو وجوب فعله على كل حال و ان فسخ الوكالة و ذلك غير لازم من عموم الشروط كما هو واضح بأدنى تأمل مع ان وجوب عدم الفسخ الثابت بالشرط ليس عين لزوم العقد في وجه قوياً نعم لو كان المراد منه الوجه الآخر أو التخصيص و عدم ثبوت الخيار فيه ابتداءً كما هو ظاهر المشهور كان عين لزومه أو بمنزلة التأمّل ان ذلك ممياً لا يستفاد من العموم المزبور كما مرّ مع أنه و ان لم يلزم منه التفكيك بينهما الا أنه غير دافع للدور قلت ما ذكره (- قده-) ينحل إلى إيرادات ثلث أحدها منع عدم إمكان التفكيك بين التابع و المتبوع في اللزوم و الجواز و فيه أنه خلاف مقتضى التأمل ضرورة أن الفرع لا يزود على الأصل فكيف يعقل لزوم الشرط مع جواز العقد المأخوذ ذلك في ضمنه و اللزوم المقيد الذي فرضه و مثل له بالشرط المأخوذ في عقد الوكالة ليس لزوماً في الحقيقة كما لا يخفى على المتأمل ثانيها منع كون لزوم الشرط في الفرض عين لزوم العقد و فيه أنه إنكار للوجداني فان مؤدى الشرط في المقام ليس الا لزوم ذلك العقد و ثالثها أنه غير دافع للدور و فيه أنه لا معنى للدور بعد نفى التوقف من احد الطرفين بدعوى ان لزوم الشرط متوقف على عموم المؤمنون عند شروطهم لا على لزوم العقد المأخوذ فيه فجواب (- المصنف-) (- ره-) موجه متين فتدبر

قوله طاب ثراه و اما الثاني فلان (- اه-)

قد أجيب عن الإشكال الثاني بوجوه أشار المصنّف (- ره-) الى اثنين منها الأول ما في الرياض من ان ثبوت الخيار انما هو مقتضى العقد المطلق لا المشروط بإسقاطه فإن مقتضاه (- ح-) هو السقوط فيلزم لان الشرط على هذا جزء من العقد و الى ذلك أشار الماتن (- ره-) بهذه العبارة المتضمنة لتقريرين الثاني ان مقتضى الجمع بين دليل اعتبار عدم مخالفة الشرط لمقتضى العقد و بين دليل الشرط هو كون العقد مقتضيا لإتمام العلة فيكون التخلف ممتعا شرعا و الى ذلك أشار الماتن (- ره-) بقوله مع ان مقتضى الجمع (- اه-) الثالث ما في الرياض من منع كون الخيار من مقتضيات العقد بل هو حكم شرعي ثبت للعاقدين و فيه نظر ظاهر ضرورة انه لو كان حكما لم يكن له إيجابهما إياه و إسقاطهما له بعد العقد الرابع انه اولى من اشتراط الخيار في العقد و قد جاز ذلك بالإجماع فكذا الفرض أشار الى ذلك في الجواهر و يمكن المناقشة فيه بان تجوزهم اشتراط الخيار إن كان لدليل خاص من نص أو إجماع كان هو المستند في مخالفة القاعدة و لم يمكن التعدي منه الى غيره و إن كان لاخبار وجوب الوفاء بالشرط كما هو الظاهر سري الإشكال هنا (- أيضا-) الخامس ان ذلك يستلزم عدم صحة شيء من الشروط في العقود لان مقتضاها لزوم الوفاء بها مطلقا فتخصيصها بالشرط مخالف للقاعدة أشار الى ذلك في الرياض و فيه منع بطلان التالي إذ لنا التزام عدم صحة شيء من الشروط في العقود الا شرط قام على جوازه دليل بالخصوص السادس ان المتبادر من اخبار الخيار انما هو الثبوت في صورة الخلو عن شرط السقوط و ردّ بمنع التبادر و عدم مساعدة شيء من العرف و اللغة عليه و لذا قيل بان مرجع اشتراط السقوط ليس الى نفى استحقاق الخيار شرعا كي يكون باطلا- و انما مرجعه الى إيجاب اختيار لزوم العقد عليه فمع قبوله (- كك-) لا بأس به فتأمل السابع ان قدح مخالفة الشرط لمقتضى العقد في صحته و وجوب الوفاء به لو سلم فإنما يسلم قدح ما يخل بما يعود الى مقوم العقد بالنقض كاشتراط عدم تملك المبيع أو عدم التسلط عليه أو نحو ذلك فيبقى عموم لزوم الوفاء بالشرط محكما في غيره كما فيما نحن فيه قوله طاب ثراه و اما الثالث فلما عرفت (- اه-)

فيه ما مر من منع التبادر و ربما يجاب بمنع كون ذلك من الإسقاط حقيقة بل المراد به مجرد عدم الثبوت ابتداء لا ارتفاع ما هو ثابت كي يورد عليه بذلك و قد تبه على ذلك فقيه آل يس (- أيضا-) حيث قال الذي يساعد عليه الفهم المستقيم ان مراد الأصحاب من اشتراط عدم الخيار قصد نفيه بنفس الاشتراط المأخوذ في متن العقد إذ هو من الحقوق القابلة لذلك و مرجعه في الحقيقة و نفس الأمر الى تقييد إطلاق البيع المقتضى لثبوته مع عدم التصريح بالاشتراط نحو اشتراط التأجيل في ثمن المبيع مثلا و غيره من الآثار التي هي من مقتضيات إطلاق العقد و يمكن الجواب بوجه آخر و هو ان المراد باشتراط سقوطه

ص: ٣١

بعد ثبوته انا ما تنبيه ما ذكر من الإشكالات أنّما يجرى فيما إذا كان الشرط في ضمن عقد البيع الخيارى و أما لو اشترط سقوطه في ضمن عقد آخر فإن كان بعد العقد قبل انقضاء المجلس انتفت الإشكالات بأجمعها لعدم توقف لزوم الشرط على لزوم العقد المسقط خياره حتى يلزم الدور و عدم منافاة الشرط لمقتضى العقد الآخر و عدم كونه إسقاطا لما لم يجب و إن كان الاشتراط قبل العقد المشروط سقوط خياره زال الإشكال الأول و الثانى بالنسبة إليه دون الثالث قوله طاب ثراه و يمكن ان يستأنس (-اه-)

وجه الاستيناس لدفع الإشكال من هذا الوجه الثالث ظاهر ضرورة أنه جوّز اشتراط سقوط الخيار قبل حصوله معللا بأنّ المسلمين عند شروطهم فدلّ على ان اشتراط سقوط الخيار ليس إسقاطا لما لم يجب أو أنه إسقاط غير قادح و المناقشة في ذلك بأنّ مورد الرواية إسقاط للخيار بعد ثبوته لا قبله لأنّ الحرّية تحصيل بمجرد الكتابة ممنوعة لأنّ الحرّية لا تحصل إلا بعد أداء مال الكتابة و لا يثبت الخيار لها إلا بعد الحرّية و لذا قال على ان لا يكون لك الخيار إذا ملكت نفسك (-اه-) و أما الاستيناس لدفع الإشكال الثانى بما فى الخبر فلم افهم وجهه ضرورة عدم كون الشرط فى ضمن الكتابة و لا فى ضمن النكاح مع عدم منافاة الشرط لشيء منهما نعم لو كان الإشكال مخالفة شرط سقوط الخيار لما فى السّنة من كون البيعين بالخيار أمكن الاستيناس بالخبر من حيث تصحيحه للشرط مع منافاته لما دلّ على كون المعتقّة تحت عبد لها الخيار فى فسخ النكاح قوله طاب ثراه لأنّ وجوب الوفاء (-اه-)

قد يعلّل بأنّ الالتزام بعدم الفسخ جعل عبارته الدالّة على الفسخ لاغيه و هو غير بعيد فيسقط فما استند اليه (-المصنف-) (-ره-) فى احتمال النّفود ضرورة كونه دعوى محضه لا دليل عليها لكن الإنصاف انّ وجوب الوفاء بالشرط لا يقتضى أزيد من حرمة المخالفة و لا دلالة فيه على لغويّة فسخه لا مطابقة و لا تضمنا و لا التراما فاذا خالف الشرط و فسخ كان عاصيا فاسقا لكن مضى فسخه و بطل البيع

قوله طاب ثراه لوجوب إجباره (-اه-)

ربّما ناقش فى ذلك بعضهم بالمنع من وجوب إجباره عليه و فيه نظر ظاهر ضرورة أنه إذا كان الوفاء بالشرط واجبا كان لازمه وجوب إجباره عليه مع الامتناع ألا ان يمنع أصل وجوب الإجبار فتأمل قوله طاب ثراه و عدم سلطنته على تركه (-اه-)

ربّما نوقش فيه بأنّه ان أريد بذلك عدم السّيطرة الوضعيّة فهو أول الدّعى و ان أريد عدم السّيطرة التكليفيّة فلا يجدى و يمكن الجواب تارة باختيار الشقّ الأول و إثبات الدّعى بأنّ الالتزام بعد الفسخ الترام بعدم تأثير لفظه و إنتاجه غير بعيد و اخرى باختيار الشقّ الثانى مع دعوى كون ثمره عدم السّيطرة التكليفيّة هى جواز إجباره على ذلك فتأمل قوله طاب ثراه كما لو باع منذور التصدّق (-اه-)

قد يورد عليه تارة بالمنع من بطلان البيع و اخرى بإبداء الفرق بينه و بين المقام بإمكان كون بطلان البيع هناك من جهة حدوث حق للفقير فى العين المنذورة نظير حقّ الزهانة فيكون هو المانع من تأثير البيع ألا ان يجاب بجريان نظيره فى المقام لحدوث حقّ للمشروط له فى خيار المشروط عليه بمنعه عن العمل بمقتضاه كما قيل قوله طاب ثراه و الاحتمال الأوّل أوفق (-اه-)

فيه ما عرفت من انّ دليل وجوب الوفاء بالشرط لا يقتضى أزيد من حرمة المخالفة و لا دلالة فيه على لغويّة فسخه بشيء من الدلالات التّلت فالحقّ أنّه لو فسخ عصى و لكن مضى فسخه لعمومات خيار المجلس بعد عدم المانع لأنّ المانع منه حقيقة و تخيلا شيء من أمور أحدها إسقاطه أو اشتراط سقوطه و الفرض عدمهما لأنّ اشتراط عدم الفسخ غير اشتراط سقوط الخيار ثانيها انّ الالتزام بعدم

الفسخ جعل عبارته الدالة على الفسخ لاغيةً وفيه منع ظاهر لعدم الدليل عليه بوجه حتى يرفع اليد عن أصالة اعتبار لفظ البالغ العاقل المختار ثالثها ما في المتن من استلزام وجوب الوفاء بالشروط عدم سلطنته على الفسخ بمعنى تمليكه سلطنته على الفسخ من المشروط له فلا تبقى له سلطنته على الفسخ حتى يؤثر فسخه لأن تأثير الفسخ فرع سلطنته على الفسخ والجواب عن ذلك ما قيل من أن اشتراط عدم الفسخ التزام بعدم الفسخ وليس تمليكا لنفس السلطنة على الفسخ حتى لا يبقى له السلطنة المتفرع عليها تأثير الفسخ رابعها ما في المتن من دلالة وجوب الوفاء بالشروط على وجوب ترتيب آثار الشروط وهو عدم الفسخ في جميع الأحوال حتى بعد الفسخ وهذا الوجه يشبه الوجه الثاني وفيه منع سقوط لفظه عن الأثر وإن مقتضى عموم الشروط هنا إنما هو عدم الفسخ لا ترتيب آثار عدم الفسخ ففسخه لا يؤثر إلا عصيانه بمخالفة ما وجب عليه من ترك الفسخ خامسها ما في المستند من أن الفسخ منهي عنه والنهي يقتضى الفساد وفيه منع اقتضاء النهي في المعاملة الفساد إلا إذا فهم الإرشاد إلى الفساد من النهي وذلك في النهي الحاصل بملازمة وجوب الوفاء بالشروط غير معقول مضافا إلى أن النهي متوجه إلى أمر خارج عن المعاملة سادسها أن الشرط قد أحدث حقا للمشروط له في خيار المشروط عليه يمنعه عن العمل بمقتضى خياره كمنع حق الرهانة من بيع العين وفيه منع حدوث هذا الحق في الخيار بل هو حق للمشروط له على المشروط عليه نفسه فاذا خالف عصي ومضى الفسخ فتدبر

قوله طاب ثراه والأقوى عدم التأثير

قلت الأقوى هنا (- أيضا-) التأثير نحو ما مر بل الأمر هنا أظهر ضرورة أن عمدة مستند (- المصنف-) (- ره-) في اختيار عدم التأثير فيما تقدم هي دعوى دلالة عموم وجوب الوفاء بالشروط على لزوم ترتيب آثار الشروط وهو عدم الفسخ في جميع الأحوال حتى بعد الفسخ وذلك إن تم هناك لم يكن ليحجر مثله هنا فيحكم عموم دليل خيار المجلس في تصحيح الفسخ إن فسخ وإن عصي بترك الإسقاط المشروط عليه

قوله طاب ثراه وهل للمشروط له الفسخ (- اه-)

قد يخطر بالبال في بادى الأنظار أن هذا الفرع مميلا لا ثمرة فقهية له لأن المشروط له مسلط على الفسخ على كل حال أما لتخلف المشروط عليه في الشرط أو لخيار المجلس وعبارة أخرى لو لم يثبت له خيار تخلف الشرط فلا أقل من تسلطه على الفسخ بسبب الخيار الثابت له في المجلس لكن التأمل يقضى بخلاف ذلك لظهور الثمرة فيما لو شرط كل منهما على الآخر إسقاط الخيار فأسقط أحدهما ولم يسقط الآخر فهل يثبت لمن عمل بالشرط الخيار بسبب امتناع الآخر أم لا وتظهر (- أيضا-) فيما بعد الافتراق من مجلس البيع فيكون للمشروط له الفسخ حتى بعد مفارقة المجلس بسبب إهمال المشروط عليه بالشرط كما لا يخفى على المتأمل

قوله طاب ثراه و من ان المقصود منه إبقاء العقد (- اه-)

أورد عليه بعض من تأخر عنه بمنع كون المقصود من اشتراط إسقاط الخيار إبقاء العقد محضا مطلقا بل إبقائه لازما غير متزلزل من جانب المشروط عليه و (- أيضا-) فالشرط إنما هو الإسقاط و الفرض عدم حصوله لا مجرد عدم الفسخ حتى لا يحصل التخلف إلا بالفسخ فالأقوى ثبوت الخيار للمشروط له لا يقال إن للمشروط له الفسخ بخيار المجلس لأننا نقول نعم ولكن لا مانع من ثبوت الفسخ له من جهتين من جهة تخلف الشرط و من جهة المجلس وتظهر الثمرة فيما لو أسقط خيار المجلس و فيما لو فارقه

ص: ٣٢

فإن له الفسخ بناء على ثبوت خيار الشرط بخلافه بناء على عدم الثبوت ثم على المختار ففي وقت صدق التخلف و حصول الخيار وجهان و الأظهر ادارة الأمر مدار ظاهر شرطهما فان كان ظاهر كلامهما الإسقاط بعد العقد بلا فصل حصل التخلف بمحض مضي زمان يمكن فيه الفسخ بعد العقد و ان لم يظهر من كلامهما ذلك لم يحصل التخلف ألما بافتراقهما الموجب لزوال موضوع خيار المجلس المشروط إسقاطه فتدبر

قوله طاب ثراه و الأولى بناء على القول (- اه-)

ربما أورد عليه بعضهم بأن تأثير الفسخ و عدمه لا مدخل له في صدق التخلف بعد كون المفروض أنه لو لم يسقط يبقى الخيار المشروط إسقاطه و الفرض كونه بحيث لا- يمكن اعادته و لو بإسقاط حق الشرط ثم قال و الحاصل أنه إذا قلنا ببقاء الخيار قبل الإسقاط فلا وجه لعدم صدق التخلف سواء قلنا بتأثير الفسخ أم لا و (- ح-) فلا بد من الحكم بالخيار المشروط له و ان قلنا بعدم بقاء الخيار فلا معنى للإسقاط و لا لاشتراطه فرعان الأول أن المشروط عليه إسقاط الخيار لو مات قبل إسقاطه فانتقل الخيار الى وارثه ففي وجوب الإسقاط على الوارث وجهان استظهر بعضهم عدم نظرا الى عدم كونه مشروطا عليه فله الفسخ (- ح-) و يؤثر فسخه و ان قلنا بعدم تأثير فسخ المورث لأن المانع منه هو وجوب الوفاء بالشرط و المفروض عدمه في حق الوارث فعلى هذا يكون للمشروط له خيار تخلف الشرط ما لم يفسخ الوارث هذا كلام ذلك البعض و هو من غرائب الكلام ضرورة أن قيام الوارث مقام المورث الموجب لانتقال الخيار إليه يقتضى وجوب الإسقاط عليه كوجوبه على المورث و بعبارة أخرى لا- ينتقل الى الوارث إلا ما كان للمورث فاذا كان المملوك للمورث العقد المشروط في ضمن عقده إسقاط خيار المجلس لم يعقل انتقال المال المذكور الى الوارث من دون القيد المذكور و (- أيضا-) فالوارث قائم مقام المورث فله ماله و عليه ما عليه فلزوم الإسقاط على الوارث (- أيضا-) في الفرض مما لا ينبغي الارتياح فيه الثاني أن شرط سقوط خيار المجلس قد يكون لتمامه و قد يكون للبعض لمبدئه أو لآخره أو وسطه مع ضبط المدّة كما إذا علما بمكثهما في مجلس العقد زمانا معينا و (- ح-) فقد يكون جواز بعد اللزوم في المجلس كما إذا شرط العالمان ببقائهما في مكانهما إلى أربع ساعات سقوط خيار المجلس في الساعتين الأوليين و عدم السقوط في الساعتين الأخيرتين و قد يكون لزوم بعد جواز كما لو شرطا في المثال سقوط الخيار في الساعتين الأخيرتين فحسب و قد يكون جواز بين لزومين كما لو شرطا في المثال السقوط في الساعة الأولى و الساعة الرابعة و بقاءه في الساعتين المتوسّطتين و إذ قد عرفت ذلك نقول هل يجوز جميع ما ذكر من صور الإسقاط أم يختص الجواز بما إذا شرطا سقوط الكل وجهان من أنه حق ثابت في جميع اجزاء الزمان و لا مانع من إسقاط بعض و إبقاء بعض و الأصل عدم المانع و عموم وجوب الوفاء بالشرط سالم و لصاحب الحق التصرف في حقه كيف شاء و أراد فإن الناس كما أنهم مسلطون على أموالهم فكذا هم مسلطون على حقوقهم فلهم الجرى فيها على مقتضى مشيئتهم و على وفق مقاصدهم و من أنه حق بسيط لا- يقبل التبعض و الأولى على فرض منع البساطة هو التفصيل بين ما لو كان بعض الزمان المسقط فيه الخيار من أوائل زمان الخيار اعنى الزمان المتصل بالعقد و بين ما لو كان البعض الأخير من الزمان بالجزم بعدم جواز الأول لعدم معقولية عروض الجواز بعد اللزوم عن الجواز و هو أمر معقول ألا ان يقال ان عروض الجواز بعد اللزوم أنما لا يصح من غير سبب و اما مع وجود سبب له فلا- مانع منه فتأمل جيّدا و مثل الكلام في إسقاط الخيار في بعض الزمان إسقاطه بالنسبة الى بعض المبيع دون بعض فإن ذلك يتفرّع على أن الفسخ هل هو قابل لان يتبعض أم لا فعلى الأول يصح و على الثاني يمنع و المسئلة محل اشكال لعدم دليل معتمد على شىء من الوجهين و ان اقتضى الأصل عدم التبعض و يساعده الاعتبار عجل الله تعالى فرج مظهر الحق و جعلنى من المكاره فداه أمين يا إله طه و يس

قوله طاب ثراه لعدم الدليل على وجوب الوفاء به (- اه-)

عمدة دليل هذا القول هو الأصل و إطلاقات الخيار و عموم بعض أدلته و ما فى العبارة متمم للأصل و الإطلاق دافع لمعارضه أدلته

الشروط إيّاه

قوله طاب ثراه لأنّ المتبادر (-ه-)

قد يزداد على ذلك دعوى القطع بعدم ارادته من قوله عليه السّلام المؤمنون عند شروطهم حتّى لو فرض صدق الشّروط عليه عرفا و لغة نظرا الى أنّ المراد بالخبر وجوب الوفاء بما يلتزمونه بالمزم الشّرعى و الّا لوجب الوفاء بكلّ كلام يقع بينهم من الوعد و غيره و هو معلوم البطلان أشار الى ذلك فى الجواهر و فيه نظر لأنّ قيام دليل على خروج قسم من الشّروط عن إطلاق الوفاء بالشّروط لا يقتضى خروج غيره بل يكون المحكّم (-ح-) أصالة الإطلاق بالنّسبة الى غير المخرج كما لا يخفى لكن منع صدق الشّروط عليه كما فى المتن لا- بأس و أمّا اخبار الشروط فى النكاح قبل العقد فلا عامل بها على ظاهرها كى يتمسكك هنا بفحويها فتأمل سيّدنا فى الرّياض نظرا الى تلك الأخبار لا وجه له

قوله طاب ثراه و عن الشّيخ و القاضى (-ه-)

هذا هو القول الثّانى فى المسئلة و مستنده عموم الشّروط و قد عرفت ما فيه و ربّما ذكر بعض أواخر الفقهاء (-رض-) فى المسئلة قولاً ثالثاً هو التّفصيل بين ما لو بنى العقد على ذلك الشّروط فيصحّ و يلزم الشّروط و بين غيره فلا يصحّ و فى عدّ ذلك قولاً ثالثاً فى المسئلة نظر ظاهر إذ لا أظنّ إنكار القائلين بعدم صحّة الشّروط المتقدّم على العقد لهذا النّحو لكون المذكور قبل العقد الموقع عليه من الشّروط فى ضمن العقد فيشملة عموم وجوب الوفاء بالشّروط قطعاً فتدبّر

قوله طاب ثراه نعم يحتمل ان يريد الصّورة الأولى (-ه-)

استدراك من قوله فهذا هو ظاهر كلام الشّيخ (-ه-) يعنى يحتمل ان يريد الشّيخ (-ه-) الصّورة الأولى و قال الشّيخ الوالد العلّامة أنار الله برهانه أنّ المعين من الشّقين اللّذين احتملها فى كلام العلّامة (-ه-) هو الأوّل و ما أورده عليه من أنّ هذا من المذكور فى متن العقد مدفوع بأنّه و ان صدق عليه المذكور فى متن العقد بناء على تعميمه بالنّسبة إلى المذكور بالتّفصيل و المذكور بالإجمال الّا أنّ العلّامة أراد بالواقع فى متن العقد الشّروط الواقع بعينه و حقيقته تفصيلاً فى متن العقد و أراد بما استدركه بقوله نعم لو شرطاً قبل العقد و تبايعاً على ذلك الشّروط ما أشير بعنوان إجمالى إلى الشّروط المذكور قبل العقد تفصيلاً و هذا التّفسير الذى ذكرناه هو مقتضى الواقع من مراد العلّامة (-ه-) و إن كان لازمه عدم توجّه إيراده (-ه-) على الشّيخ (-ه-) من محتملى كلامه المذكور فى كلام المصنّف (-ه-)

قوله طاب ثراه لأنّه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق (-ه-)

ربّما استشكل بعضهم فى صحّة شرط عدم الخيار السابق على العقد حتّى على القول بصحّة الشّروط الابتدائية بأنّ صحّة العقد المطلق علّته تامة لخيار المجلس فاشترط عدم خيار المجلس قبل العقد مسقط لأثر العلّة التامة و هذا بخلاف ما إذا وقع مشروطاً بعدم الخيار فإنّ العقد يخرج من إطلاقه بذلك و حاصل غرضه انّ شرط سقوط الخيار قبل العقد مناف

ص: ٣٣

لمقتضى العقد المطلق و كل شرط نافى مقتضى العقد فهو فاسد ثم انه اورد على نفسه سؤالا هو انا نستكشف بدليل الشرط (- أيضا- ان البيع المطلق مقتضى و ليس بعلمه تامه ثم اجاب بعدم قابلية دليل الشرط لإثبات ذلك من حيث انه لا يحدث بسببه خصوصية موجبه لظروف عنوان آخر عليه فيحكم بحكم آخر لا يقتضيه بنفسه بل يقتضى نقيضه أو ضده و لا ينفذ كون الشرط خارج العقد في تصحيحه لأن علمه بطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد آتية في مثله (- أيضا-) ثم انه استشكل بمخالفة الشرط المذكور للسنة الناطقة باستعقاب البيع المطلق الخيار و كل شرط خالف السنة فهو فاسد و أقول ان ما ذكره انما يتجه بناء على كون البيع المطلق علمه تامه للخيار و ذلك غير مسلم بل الثابت انما هو كونه مقتضيا فتأمل

قوله طاب ثراه لأن المتحقق في السابق اما وعد بالتزام أو التزام تبرعى (- اه-)

هذا التردد لا وجه له لعدم كونه من الوعد في شيء بل هو التزام تبرعى فيبنى على ان الالتزام التبرعى هل ينفذ أم لا بل يمكن منع كونه التزاما تبرعيا (- أيضا-) بل هو التزام في ضمن التزام كما بنى عليه سيدنا في مفتاح الكرامة حيث قال ان الشرط يعتبر إذا كان ملفوظا به قبل العقد و لا عبرة بالقصد ان لم يكن ملفوظا لقول النحاء و بعض الفقهاء ان المقدر كالمذكور و مرادهم بالمقدر المقدر الصيناعي التحوي و هو ما قضت به الصيناعة إما لتقدم ذكره أو لقرينة حالته تشبه تقدم الذكر كقولك للصيد الغزال الغزال و كذا ما دل عليه اللفظ كحذف المبتدأ أو الخبر أو حذف متعلقات كل واحد منهما و كلام الشيخ (- ره-) من هذا القبيل إذا بنى العقد على الشرط كان يقول له أ تبغى بشرط كذا فيقول له نعم و يوقع الصيغة في الحال من دون ان يتقدم العهد فكان كلام الشيخ (- ره-) موافقا للقاعدة و لعموم الأمر بالوفاء بالعقود مع احتمال اختصاص النص المثبت للخيار بحكم التبادر بغير محل الفرض انتهى قوله طاب ثراه و ان وقع مبيئا عليه لا يلزمه (- اه-)

أشار بذلك الى رد ما سمعته من سيدنا في مفتاح الكرامة و حاصل الرد ان التقدير الذي هو كالمذكور انما يتصور فيما هو من ضروريات العقد التي؟؟؟ يمكن جعل العقد دالا عليها و إنشائه إنشاء لها كالعوضين و قيودهما و هذا بخلاف الشروط فإنها خارجة عن ماهية العقد و ضرورياته فلا يمكن ارادتها من العقد بدون ذكر قرينة لفظية دالة عليها و يمكن المناقشة فيما ذكره بأنه كما ان العوضين و قيودهما مما يدل عليه العقد بالدلالة الالتزامية فكذا في صورة تقييد الإنشاء بالشرط الملفوظ قبل العقد المنوي حال الإنشاء يدل العقد بضميمة القرائن على الشرط فكما ان عدم حصول العقد من دون العوضين يوجب دلالة لفظ العقد التزاما على العوضين و قيودهما فكذا الذكر قبل العقد و تقييد قصد الإنشاء به يوجب دلالة لفظ العقد عليه و لعلة الى ما ذكرنا أشار بعض مشايخ العصر (- قده-) بقوله معترضا على الماتن (- ره-) ان محل النزاع ما إذا قيّد إنشاءه للبيع بالشرط السابق و انما لم يعده اعتمادا على سبقه عليه فكأنه قد حذف الحال أو المصدر و صفته اعتمادا على القرينة كقيود العوضين التي لم تذكر في العقد اعتمادا عليها و الفرق بينهما عرفا و لغة لا يخلو من تحكّم و احتمال اعتبار التصريح بالشرط كأصل العقد لأصالة عدم ترتب الأثر على المحذوف و نحوه مدفوع بالعمومات التي لا يصغى الى منع شمولها لذلك لا لغة و لا شرعا و لا عرفا و ان أمكن منع شمولها لما لم يبين عليه العقد أصلا و رأسا انتهى فتأمل

[فروع]

قوله طاب ثراه و هو ما إذا نذر المولى ان يعتق عبده إذا باعه (- اه-)

قد يناقش في قصر الفرض على ما إذا علق النذر على البيع بعدم اختصاص الحكم به و جريانه فيما لو نذر عتقه من دون تعليق على البيع فإنه يجوز له ان يبيعه ببيع الخيار لعدم منافاته لنذره و لا يجوز له البيع بشرط عدم الخيار لمنافاته لنذره و كما يحصل الحث فيما

لو لم يشترط سقوط الخيار و لم يفسخ الى ان انقضى زمان الخيار فى الصورة التى فرضها فكذا يحصل الحث بذلك فى صورة عدم تعليق العتق المنذور على البيع فالتقييد بقوله إذا باعه لم يفهم وجهه هذا مضافا الى ان ذكر هذا الفرع هنا ممّا لا وجه له لأنّ اشتراط سقوط خيار المجلس فيه ممّا لا ينبغى الإشكال فيه لأنّ المنافى للذّدر أنّما هو لزوم البيع و الجواز هنا باق بعد إسقاط خيار المجلس (- أيضا-) الى ثلثة أيام بسبب كون المبيع حيوانا فلا تذهل قوله طاب ثراه لم يصحّ البيع (- اه-)

ينبغى تقييد الفرض بما إذا لم يمكن عادة استرداد العين بإقاله أو شراء أو استيهاب أو نحو ذلك و الّا لم يتحقّق المنافاة للذّدر المانع من صحّة البيع

قوله طاب ثراه و على قول بعض علمائنا من صحّة البيع مع بطلان الشّروط بلغو الشّروط و يصحّ (- اه-)

اي يصحّ البيع و لازم هذا القائل من جهة صحّة الذّدر ان يوجب على الذّادر بعد البيع شراء ذلك العبد من باب تحصيل مقدّمه العتق الذى هو الملك تبه على ذلك الشّيخ الوالد أنار الله برهانه

[مسألة و من مسقطات خيار المجلس إسقاط هذا الخيار بعد العقد]

إشارة

قوله طاب ثراه و لا خلاف ظاهرا فى سقوطه بالإسقاط (- اه-)

قد نفى الخلاف فيه جمع و ادّعى الإجماع عليه اخرون قال فى الكفاية لا اعلم خلافا بينهم فى أنّه يسقط بإيجابهما العقد و إزامهما و إسقاط الخيار و لو أوجبه أحدهما خاصّة سقط خياره خاصّة انتهى و فى الجواهر انّ السقوط بذلك ممّا لا خلاف فيه و فى الغنية عند تعداد المسقطات ما لفظه الثّانى ان يقول أحدهما لصاحبه فى المجلس اختر فيختار إمضاء العقد يدلّ على ذلك إجماع الطائفة انتهى و فى (- كره-) بعد عدّ مسقطات خيار المجلس أربعة اشتراط سقوطه فى متن العقد و الافتراق و التّخاير و التصرّف ما نصّه و اما الثالث فإنّه يقطع خيار المجلس إجماعا و صورته ان يقولنا تخايرنا و اخترنا إمضاء العقد أو أمضيناه أو اخترناه أو التزمنا به و ما أشبه ذلك فإنّه يدلّ على الرضا بلزوم البيع انتهى و ادّعى كاشف الظلام و فاضل المستند و بعض مشايخ العصر فى هدايته تحصيل الإجماع عليه لكن تأمل فى الحكم المحدّث البحرانى (- ره-) لعدم النصّ قال بعد عدّ إيجابهما من جملة المسقطات و حكاية نقل العلامة (- ره-) فى (- كره-) الإجماع عليه ما نصّه و لقائل أن يقول أنّه حيث لا نصّ على ما ذكره هنا و قد عرفت انّ مقتضى العقد اللزوم كما تقدّم ذكره فى صدر البحث و هذا الكلام من قولهما اخترنا أو أمضيناه لا يدلّ على أزيد ممّا دلّ عليه العقد بمقتضاه و إن كان ذلك مؤكّدا لما دلّ عليه العقد من اللزوم و الرّوايات دلّت على أنّهما بعد هذا العقد مؤكّدا أو خاليا من التّأكيد لهما الخيار و ان قالوا ما قالاه من هذه الألفاظ الّا ان يفترقا فيصدق هنا أنّ لهما الخيار و ان قالوا ما قالوه من هذه الألفاظ الّا ان يقال انّ هذه الألفاظ فى قوّة اشتراط سقوط الخيار فيرجع الى الأوّل و بالجملة فإنّ باب المناقشة غير مسدودة فيما ذكره هنا انتهى و حاصله التمسك بإطلاق ما دلّ على بقاء الخيار الى ان يفترقا و أنت خبير بتقييد الإطلاق بما دلّ على أنّ لكلّ ذى حقّ إسقاط حقّه لا بإلحاقه باشتراط السقوط فى ضمن العقد كى يطالب بالدليل على الإلحاق

قوله طاب ثراه فحوى ما سيجىء من النصّ الدالّ (- اه-)

قد تمسّك (- المصنف-) (- ره-) لسقوط الخيار بإسقاطه بعد العقد بوجوه و هذا أحدها و الوجه فى الأولوية ظاهر ضرورة أنّه إذا كان التصرّف مسقطا

ص: ٣٤

لكونه فعلا كاشفا عن الرضا فإسقاط التصريح بالإسقاط بطريق اولى و ربما تمسكوا للمطلوب بوجوه آخر فمنها ما فى المصاييح من ان فسخ اللّازم بالتّقايل يقتضى لزوم الجائز بالتّخاير و نوقش فيه بمنع الملازمة فتأمل و منها ما فى المصاييح (- أيضا-) من ان الخيار يسقط بالافتراق لدلالته على الرضا و التّخاير صريح فى ذلك و فيه ان السّقوط بالافتراق تعبدي و لم يعلم كونه للدلالة على الرضا و منها ما فى هداية بعض مشايخ العصر (- قده-) من فحوى ما ورد فى خيار الحيوان من سقوطه بالإسقاط و فيه ان الفحوى ممنوعه و مع المساواة قياس و منها ما فى خيارات الفقيه الغروي (- قده-) من أصالة اللّزوم خرج من ذلك صورة عدم التّخاير بالنصّ و الإجماع فيبقى الفرض تحتها و فيه ان إطلاق نصوص الخيار و استصحابه محكمان على أصالة اللّزوم فلا وجه للتعلّق بها قوله طاب ثراه و لعله لفحوى تسلط الناس (- اه-)

يمكن المناقشة فى ذلك بمنع الفحوى بل علقه الملك أقوى من علقه الحقّ و ثبوت حكم للاقوى لا يستلزم ثبوته للأضعف فالمساواة فضلا عن الفحوى ممنوعه و لو سلّمت المساواة فهى غير مجديه قوله طاب ثراه ثمّ ان الظاهر سقوط الخيار بكلّ لفظ يدلّ عليه (- اه-)

فلا- يشترط فيه ما يشترط فى صيغ العقود و الإيقاعات من العريية و الاعراب و نحو ذلك و لا كونه من الحقائق لأصالة عدم اشتراط ذلك كلّ على فرض الشكّ فى الاشتراط مع ان الشكّ فيه (- أيضا-) لا سبب له بعد وضوح عدم كونه من العقود المبيته على التّقل و الانتقال فلاستشكال فى عدم اعتبار الشرائط نظرا الى استصحاب عدم سقوط الحقّ الا بالمتيقن و الى ظاهر إجماع الأصحاب من اعتبار الصّيراحه و غيرها فى الإيقاعات اللّازمه كالطلاق و نحوه كما تعتبر فى العقود كما صدر من الفقيه الغروي الشّيخ على (- ره-) فى شرحه على خيارات اللّمعنه لا وجه له لأنّ أصالة عدم اشتراط الأمور المذكورة حاكمه على استصحاب الخيار لكون تلك سببته و هذا مسببها و الأوّل مقدّم على الثّانى و الإجماع على نحو يشمل الفرض ممنوع و لا حاجة لنا إلى التفصلى عن أصالة عدم سقوط الحقّ بالإجماع أو باعتبار الاتّفاق على السّقوط بالفعل صريحه و ظاهره فى المقام و القول اولى منه كما صدر منه (- ره-) قوله طاب ثراه و فحوى ما دلّ على كفاية بعض الأفعال (- اه-)

قد ناقش فى ذلك الشّيخ الوالد العلّامة أنار الله برهانه بأنّه (- ره-) قد استظهر فى باب الإجازة و الردّ كفاية الفعل الكاشف عن الرضا بالعقد عرفا بحسب القاعدة و هو كون المناط هو الرضا المعلوم للمشتري من الفضولى بما يدلّ عليه من قول أو فعل و ذلك المناط إن كان معتبرا فهو بعينه جار هاهنا و ليس الفعل الكاشف عن الرضا منصوبا عليه هناك بخصوصه حتّى يقال أنّه إذا كفى فى العقد الصّيرادر من الغير كفى فى العقد الواقع منه بنفسه بطريق اولى فالحاصل ان الاستدلال بالفحوى يتوقّف على وجود أصل و فرع و لا أصالة و لا فرعية فيما نحن فيه بل وجود المناط فيهما على السويّة

[مسألة لو قال أحدهما لصاحبه اختر فإن اختار المأمور الفسخ فلا إشكال فى انفساخ العقد]

قوله طاب ثراه فلا إشكال فى انفساخ العقد (- اه-)

الوجه فى عدم الإشكال ان العقد الخيارى يفسخ بفسخ احد الطّرفين من دون أمر الآخر فمع أمر الآخر بإعمال الخيار و إيكاله الأمر إليه بالطّريق الأوّل

قوله طاب ثراه ففى سقوط خيار الأمر (- أيضا-) مطلقا (- اه-)

لا يخفى عليك عدم خلوّ العبارة من سقط لأنّ قوله ففى سقوط خبر مقدّم و المبتدأ المؤخّر و هو قوله و جوه أو قوله أقوال ساقط من قلمه الشّريف و يحتمل ان يكون أسقطه لوضوحه و الأمر سهل ثمّ ان منشأ الوجوه الثلاثة من ان حقّ الممضى قد سقط بإسقاطه بنفسه

و حقّ الأمر قد سقط بإسقاط وكيله و هو صاحبه المأمور بالإمضاء و من انّ الأمر بالاختيار أعمّ من التوكيل و (-ح-) فإن أراد تملك الخيار سقط حقه بإفاد المأمور و الّا فلا و من انّ التفويض توكيل فيكون كالتملك في إيجاب إسقاط المأمور سقوط حقه فالوجه الثالث أوجه

قوله طاب ثراه فخيّارات الشاكت باق إجماعا (-اه-)

قد ادعى الإجماع في الرياض و المصايح و الجواهر و خياريات الفقيه الغرويّ و غيرها (-أيضا-) و جزم بعدم الخلاف فيه في (-ثق-) و في (-مع صد-) أنّه لا بحث فيه و الوجه فيه استصحاب خياره بعد أعمية السكوت من الرضا قوله طاب ثراه أقوال (-اه-)

قد اختار القول الأول في (-ط-) و (-ف-) و الشرائع و (-لف-) و (-عد-) و (-ير-) و الإيضاح و (-س-) و غاية المرام و تلخيص الخلاف و كنز الفوائد و (-لك-) و (-الروضه-) و (-مع صد-) و الميسية و الرياض و (-ثق-) و غيرها على ما حكى بل في مفتاح الكرامة أنّه المشهور المعروف و القول الثاني هو خيرة (-كره-) و الثالث هو المنسوب في (-مع صد-) و (-لك-) الى الشيخ (-ره-) و ان استغرب ذلك في المصايح نظرا الى تصريحه في (-ط-) و (-ف-) بخلافه و تبعه في الاستغراب سيدنا في مفتاح الكرامة و لا يخفى ما فيه لانّ ما ذكر (-اه-) بعد كثرة كتب الشيخ (-ره-) و تعدّد فتاواه من قبيل إنكار غير المطّلع على المطّلع و هو كما ترى و كيف كان فحجّة الأول استصحاب الخيار بعد عدم دلالة الأمر بالتخير على الالتزام و لا على تملك الخيار مضافا الى إطلاق النصّ و لعله الى الاستصحاب يرجع ما في (-ف-) من قوله إذا قال احد المتبايعين لصاحبه في المجلس بعد العقد اختر فان اختار إمضاء العقد انقطع بينهما الخيار و ان سكت أو لم يختر كان بالخيار كما كان الى ان قال دليلنا أنّا أجمعنا على أنّ لهما الخيار قبل هذا القول فمن ادعى أنّ خيار أحدهما قد زال فعليه الدلالة انتهى و حجّة الثاني لعلها دعوى ظهور الأمر بالتخير في تملك الخيار من صاحبه فيسقط خياره بنفس الأمر و فيه منع الظهور مطلقا و حجّة الثالث انّ الأمر بالتخير يحتمل التملك لكن احتمالا غير واصل الى حدّ الظهور كى يؤخذ به على الإطلاق فيتوقف على قصده فان قصد التملك سقط و الّا فلا و في المصايح انّ الحقّ انّ قول القائل اختر يحتمل التملك و التفويض و الاستكشاف فان قصد الأول سقط خياره و ان سكت الآخر أو الأخير لم يسقط و ان امضى و ان قصد التفويض سقط مع الإمضاء دون السكوت و الظاهر من التخير الأخير و لذا فرقوا بين السكوت و الإمضاء انتهى و يقرب من ذلك ما ذكره المصنّف (-ره-) بقوله الأولى ان يقال (-اه-)

قوله طاب ثراه كما يظهر من باب الطلاق (-اه-)

قال الشيخ العلامة الوالد قدس الله تربته الزكية انّ الظاهر أنّه أشار بذلك الى الأخبار المذكورة في ذلك الباب كخبر عيسى بن القاسم عن ابي عبد الله صلوات الله و سلامه عليه قال سألته عن رجل خير امرئته فاختارت نفسها بانته منه قال لا أنّما هذا شيء كان لرسول الله صلى الله عليه و آله خاصية أمر بذلك ففعل و لو اخترن أنفسهنّ لطلّقهنّ و هو قول الله (-تعالى-) عزّ و جلّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ الى آخرها قال في الجواهر بعد ذكره و هو ظاهر في الاحتياج الى الطلاق بعد الاختيار و عن بعض النسخ لطلّقن و (-ح-) يكون وجه اختصاصه واضحا امّا على الأول الموافق لظاهر استدلاله بالآية يكون اختصاصه بوجوب الطلاق عليه لو اخترن أنفسهنّ انتهى قلت يظهر من الخبر بناء على النسخة الأولى انّ التخير يفيد تملك أمر الطلاق و على الثانية يفيد تملك أمر المرية و معلوم انّ اختصاص التخير به (-ص-) من قبيل الأحكام فيكون فرع دلالة لفظ

ص: ٣٥

على تمليك الأمر و كخبر زرارة سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول ان الله تعالى أنف لرسوله من مقالة قالتها بعض نسائه فأنزل الله تبارك و (-تع-) أية التخيير فاعتزل رسول الله صلى الله عليه و آله تسعا و عشرين ليلة في مشربته أم إبراهيم ثم دعاهن فاخترنه فلم يك شيئا و لو اخترن أنفسهن كانت واحدة بانه قال و سئلته عن مقالة المريه ما هي فقال انها قالت يرى محمد صلى الله عليه و آله انه لو طلقنا لا يأتينا الأكفاء من قومنا يتزوجونا و المراد ان الله تعالى أنف له صلى الله عليه و آله فخصه بهذا التخيير فافهم قوله طاب ثراه و عليه يحمل (-اه-)

يعنى على إسقاط الأمر خياره يحمل (-اه-)

قوله طاب ثراه ما ورد في ذيل بعض اخبار خيار المجلس (-اه-)

لم نعثر عليه فيما بأيدينا من أخبارنا الا ان يريد ما في محكي روايات العامة من ذلك

[مسألة و من مسقطات خيار المجلس افتراق المتبايعين]

إشارة

قوله طاب ثراه و لا إشكال في سقوط الخيار به (-اه-)

قد نفى العلم بالخلاف فيه في الكفاية و جزم بعدم الخلاف فيه في (-ف-) و الرياض و المستند و هداية الأنام و غيرها و ادعى الإجماع عليه في (-ف-) و (-كره-) و المصابيح و الجواهر و هداية الأنام و غيرها و الأصل في ذلك التصوص المستفيضة المحتمل تواترها في الجواهر فمن تلك الجملة النبوي صلى الله عليه و آله و صحاح محمد بن مسلم و زرارة و الفضيل و الحلبي و خبري على بن أسباط المزبورات عند الكلام في أصل ثبوت هذا الخيار الدالة على السقوط بالافتراق منطوقا في بعضها كصحيح فضيل و صحيح الحلبي و بمفهوم الغاية المذى هو حجة في غيرهما و منها الصحيح الذي رواه الصدوق (-ره-) بإسناده عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال ان ابي عليه السلام اشترى أرضا يقال لها العريض فلما استوجبتها قام فمضى فقلت له يا ابيه عجلت القيام فقال يا بني أردت أن يجب البيع و منها الصحيح الذي رواه الشيخ (-ره-) بإسناده عن احمد بن محمد بن عيسى عن محمد بن ابي عمير عن أبي أيوب الخزاز عن محمد بن مسلم قال سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول انى ابتعت أرضا فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ ثم رجعت فأردت أن يجب البيع و رواه الصدوق (-ره-) بإسناده عن أبي أيوب عمن عرف الا انه قال أردت أن يجب البيع حين افترقنا و منها الصحيح الذي رواه ثقة الإسلام (-ره-) عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابي عمير عن أبي أيوب عن محمد بن مسلم قال سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول بايعت رجلا فلما بايعته قمت فمشيت خطأ ثم رجعت الى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا و منها الصحيح الذي رواه ثقة الإسلام (-ره-) عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي في حديث قال و قال أبو عبد الله عليه السلام ان ابي اشترى أرضا يقال لها العريض فابتاعها من صاحبها بدنانير فقال أعطيتك ورقا بكل دينار عشرة دراهم فباعه بها فقام ابي فاتبعته فقلت يا ابيه لم قمت سريعا قال أردت أن يجب البيع و منها ما رواه هو (-ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن الحسن بن عمر بن سعيد عن مصدق بن صدقة عن عمارة بن موسى عن أبي عبد الله صلوات الله و سلامه عليه في رجل اشترى جارية بثمن مسمى ثم افترقا فقال وجب البيع و ليس له ان يطأها و هي عند صاحبها الحديث بيان لعل المنع من وطيه لها و هي عند صاحبها انما هو لكون إبقاء صاحبها لها عنده للاستبراء فافهم قوله طاب ثراه و لا في عدم اعتبار ظهوره (-اه-)

و ذلك لإطلاق التّوص و الفتاوى فلا- فرق بين حصوله من الجاهلين أو العالمين أو المختلفين و لا بين التّاسيين للبيع أو الخيار و غيرهما و لا بين الافتراق له أو لغرض آخر

قوله طاب ثراه و إن كان ظاهر بعض الأخبار (-اه-)

في هذا الاستظهار تأمل بل منع و أما ظاهر الرّضا الرضا بأصل البيع فكأنه قال فاذا افترقا مع رضاهما بالبيع عند إيقاعه فلا خيار لهما و على فرض الإشعار أو الظهور فيما ذكره (-قده-) فلا- ريب في لزوم رفع اليد عنه بعموم الجواب في خبر عمّار النّاشي من ترك الاستفصال و بتركة عليه السّلام استعمال رضا البائع بالبيع حين الافتراق فلا تذهل

قوله طاب ثراه فاذا حصل الافتراق الإضافي و لو بمسماه ارتفع الخيار (-اه-)

توضيح المقال في هذا المجال أنّهم اختلفوا فيما به يحصل الافتراق المسقط للخيار على أقوال أحدها أنّ المدار على الافتراق العرفي الإضافي خطوة كانت أو أقلّ و بعبارة أخرى المدار على مسمّى الافتراق عرفا فيصدق على ادنى الانتقال صرّح بذلك جماعة منهم العلّامة في محكي (-ير-) و المحقّق و الشهيد الثّانين في (-مع صد-) و (-لك-) و علّامة المصاييح و غيرهم ثانيها أنّ أقلّ ما يحصل به الافتراق خطوة صرّح بذلك جماعة قال في (-ف-) أقلّ ما ينقطع به خيار المجلس خطوة فصاعدا و قال الشّافعي يرجع الى العادة و قسّم أقساما انتهى و هو أى كفاية الافتراق بخطوة في إسقاط الخيار صريح (-ط-) و (-يب-) و (-صار-) و الغنية و الوسيلة و (-ئر-) و (-كرة-) و التنقيح و (-الروضة-) و مجمع البرهان و الدّروس و الجامع و غاية المرام و الميسية و غيرها بل ظاهر عبارة الغنية شمول إجماعه لذلك و هو الواقع فيما نفى في الرّياض الخلاف فيه و نفى في الجواهر الخلاف المعتدّ به فيه و ادّعى في خيارات الغرويّ الإجماع عليه و ربّما مال جمع من الأواخر إلى إرجاع هذا القول الى القول السّابق قال في المصاييح و يكتفى فيه بالمسمّى و يتحقّق بالخطوة قطعا و هي في كلامهم مثال و العبرة بمسمّى الانتقال بحيث يزيد ما بينهما من البعد على ما كان حال العقد كما صرّح به جماعة انتهى ثالثها عدم كفاية الخطوة و اعتبار الافتراق العرفي مع الجزم بعدم حصول الافتراق العرفي بخطوة و اثنتين و ثلث بل يحصل بخمس و ستّ اختاره في المستند و يقرب منه ما حكاه جمع من المشايخ الأواخر عن بعض المتأخّرين حجّة القول الأوّل أنّ الافتراق في الأخبار لا يراد به الّا طرؤ الافتراق بعد العقد بحيث يريد ما بينهما من البعد لأنّ الافتراق الحقيقي حاصل بينهما وقت العقد فلا يراد من الحديث الّا الافتراق الطّارى بعده بالنّسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حال العقد و إذ ليس هناك معنى شرعيّ فيصير الى الافتراق العرفي الإضافي و هو يحصل بأدنى مراتب الانتقال و حجّة الثّاني هي حجّة الأوّل بضميمة عدم صدق الافتراق عرفا بأنقص من الخطوة لأنّ الغالب عدم حفظ النسبة الّتي كانت بينهما في مجلس العقد حتّى وقت صعوده على الحائط و نزوله كما أشار إليه الصّادق عليه السّلام في صحيحة منصور بن حازم بقوله في الصّرف و ان نزي حائطا فانز معه فمجرد تقدّم البعض على البعض لا يضرّ و ان حصل به التفرّق لغه مضافا الى أنّ الخيار قد ثبت بالعقد و سقوطه بالخطوة مقطوع به و بأقلّ منها مشكوك فيستصحب و حجّة القول الثّالث تظهر بنقل عبارة القائل به قال في المستند أنّه نفى الخلاف عن الخطوة فإنّ ثبت الإجماع عليها و الّا فسقوط الخيار بالافتراق بها و بالخطوتين مشكل لعدم تبادل مثلها من الافتراق عرفا و عادة بل و كذا الخطوات الثلث و لا يفيد لفظ الخطأ في الصّحيح إذ لا- يتعين فيه أقلّ الجمع لأنّه اخبار عن فعله (-ع-) فالمناط حصول الافتراق عرفا و الظاهر حصوله بنحو من خمسة أو ستّة و ما زاد

ص: ٣٦

انتهى فاحتج على عدم كفاية الخطوة بعدم ظهور الصدق بها عرفا و عادة كعدم الصدق بالثنتين و الثلث ثم تصدى لدفع ما قد يورد عليه من ان الأخبار المزبورة قد نصت على حصول الافتراق بالمشى خطا جمع خطوة ما بين القدمين فى المشى و أقل الجمع ثلثة فيلزم سقوط الخيار بثلث خطوات و تقرير الجواب ان ما ذكرته انما كان يتمشى ان لو كان عليه السلام أخبر بسقوط الخيار بمشى خطا فإنه لو لا كفاية ثلثة لما كان يحكم بكفاية خطا الظاهرة فى ثلثة فما فوقها و ليس (- كك-) بل نقل لفعله (-ع-) و الفعل مجمل إذ كما يحتمل أنه مشى ثلث خطوات فكذا يحتمل أنه مشى أكثر من ذلك فبعد الإجمال يتعين الرجوع الى العرف و لا يصدق الافتراق عرفا بخطوة و خطوتين و ثلث و فيه أولا- منع عدم الصديق عرفا لأننا نجدهم يقولون إذا افترقا بخطوة أنه لم يفترقا فى مقام التحقيق و عدم المسامحة و عدم صحة السلب من علائم الحقيقة و جواز السلب توسعا تنزيلا للقليل منزلة المعدوم غير ضائر و ألا فإنهما لو تفارقا بخمس خطوات فى مكان واحد يقال عرفا توسعا و مسامحة أنهما لم يفترقا و أنتم لا تقولون به و ثانيا ان صدق الافتراق لغه على الافتراق بخطوة مما لا ريب فيه و الشك فى الصديق عرفا كاف فى المطلوب فإن الأصل عدم التغيير و الثقل و دعوى ان المتبادر من الافتراق المعتد به الغير الصادق على خطوة و اثنتين و ثلث ممنوعه لمنع التبادر و بالجملة فالحق ادارة ذلك مدار العرف لأنه المرجع فى الموضوعات المستنبطة بعد عدم ورود التحديد من الشرع فيكتفى فيه بالمسمى عرفا و لا شك فى صدقه على ادنى مراتب الانتقال و لا دليل على تعيين الخطوة و حكاية الإجماع محصيه و منقوله على عدم كفاية أقل من خطوة كما صدر من مولى مفتاح الكرامة لا حجة فيها و أو هن من ذلك التعلق بان العلماء اعرف بمداليل الألفاظ و بالعرف و العادة فتعيينهم للخطوة كاشف عن عدم صدق الافتراق عرفا بما دونها فإن فيه أولا منع كشف تحديدهم عن العرف و ثانيا منع انسياق كلامهم للتحديد الشرعى أو العرفى بل هى فى كلماتهم مثال فتدبر ثم ان الاعتبارين للخطوة أداروا ذلك مدار العرف قال الفقيه الغروى (- ره-) ان المراد بالخطوة الخطوة المتعارفة إذ هى التى ينصرف إليها الإطلاق انتهى و هو بناء على التحديد بالخطوة لا بأس به

قوله طاب ثراه ثم اعلم ان الافتراق على ما عرفت من معناه يحصل بحركة أحدهما (- اه-)

أقول قد أهمل الماتن (- ره-) جملة من فروع الافتراق و لا بد لنا من التعرض لها الأول أنه قال الفاضل المقداد (- ره-) فى التنقيح ان الافتراق هنا ليس باللفظ كما يقول أبو حنيفة بل بالأبدان و لو بخطوة و ذلك لأنه لما كان الاجتماع على التساوى انما هو على الأبدان كان الافتراق بالأبدان (- أيضا-) انتهى قلت ما ذكره (- ره-) من كون المدار على الافتراق بالأبدان واضح و كفاك فى ذلك الأخبار المزبورة الحاكية لفعله عليه السلام مضافا الى عدم صدق الافتراق عرفا و لغه الأعلى الافتراق بالأبدان لكن الإشكال فيما عراه الى ابى حنيفة فإنه قد خالف النبى صلى الله عليه و آله فى أصل ثبوت خيار المجلس فضلا عن بيان مسقطه ألا ان يكون قال به على فرض التنزل الثانى أنه قال فى (- كره-) و يحصل بالتفرق بالأبدان لا بالمجلس خاصة لانصراف الإطلاق إليه عرفا انتهى و ما ذكره متين ألا أنه عليه السلام جعل المدار افتراقهما الظاهر بل الصريح فى افتراقهما بالأبدان و لم يجعل المدار على مفارقتهما المجلس و تظهر الثمرة بين كون المدار على الافتراق بالأبدان و بين كونه بالمجلس أنه لو مضى أحدهما و الآخر باق فى موضعه فعلى الأول يسقط خيارهما جميعا لحصول الافتراق بينهما بمضى أحدهما و على الثانى لا يسقط خيارهما لعدم افتراقهما المجلس بل افتراق أحدهما و بهذا التقريب تزيد الأخبار و ضوحا فى المطلوب لأنه (- ع-) اثبت اللزوم بمجرد مشيه عليه السلام الثالث ان المراد بالافتراق هو الافتراق بتمام البدن لا- أبعاضه فلو تبايعا مضطجعين أو مستلقين أو إقدامهما متلاصقة ثم قبض كل رجله فحصلت فرجة عظيمة مع بقاء رأسيهما على حالهما فالخيار باق كما صرح به الفقيه الغروى (- ره-) لانصراف إطلاق الافتراق الى افتراق تمام البدن الزاب أنه لا يحصل التفرق و الافتراق المسقط للخيار ببقائهما فى المجلس و ضرب سائر بينهما كما صرح بذلك فى (- ط-) و (- ثر-) و (- كره-) و اللمعتين و (- لك-) و محكى (- ير-) و (- س-) و سائر ما تأخر عنها بل فى عبارة جمع من الأواخر منهم صاحب الجواهر (- ره-) ففى وجدان الخلاف فيه و فى مفتاح الكرامة أنه لعله مما لا خلاف فيه عندنا و انما نسب الخلاف الى بعض الشافعية انتهى و

النَّاسِبُ هُوَ الْعَلَامَةُ (- ره-) فِي (- كره-) حَيْثُ قَالَ لَا يَحْصُلُ التَّفَرُّقُ بِنَقَائِمِهِمَا فِي الْمَجْلِسِ وَ ضَرْبِ سَاتِرٍ بَيْنَهُمَا كَسْتَرٍ وَ شَبْهِهِ وَ يَكُونُ كَمَا لَوْ غَمَّضَا عَيْنَهُمَا وَ كَذَا لَوْ شَقَّ بَيْنَهُمَا نَهْرٌ لَّا- يَتَخَطَّأُ وَ كَذَا لَوْ بَنَى بَيْنَهُمَا جِدَارٌ مِنْ طِينٍ أَوْ جِصٍّ وَ فِي الْأَخِيرِ لِلشَّافِعِيَّةِ وَ جِهَانِ أَصْحَهُمَا عَدَمُ السَّقُوطِ لِأَنَّهُمَا فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ انْتَهَى وَ قَدْ صَرَّحَ بِعَدَمِ الْفَرْقِ فِي الْحَائِلِ بَيْنِ الرِّقِيقِ كَالسَّتْرِ وَ الْغَلِيظِ كَالْحَائِطِ وَ الْمَانِعِ مِنَ الْجَمْعِ كَالنَّهْرِ الْعَظِيمِ وَ غَيْرِهَا جَمْعٌ وَ الْأَصْلُ فِي الْمَسْئَلَةِ إِطْلَاقُ النَّصِّ وَ الْفَتْوَى بَعْدَ عَدَمِ صَدْقِ الْاِفْتِرَاقِ عَلَى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ مَجْرَدٌ إِذِ الْمَفْهُومُ مِنْهُ تَبَاعُدُهُمَا عَنِ الْحَدِّ الَّذِي كَانَا عَلَيْهِ وَ أَمَّا إِسْقَاطُ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ لِلْخِيَارِ بِنَاءِ جِدَارٍ بَيْنَهُمَا فَمَبْنِيٌّ عَلَى مَا يَظْهَرُ مِنْ جَمْعِ مَنْهُمُ مِنَ إِدَارَةِ الْحُكْمِ مَدَارِ الْاِفْتِرَاقِ عَنِ الْمَجْلِسِ فَلَوْ اِفْتَرَقَا بِالْأَبْدَانِ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ لَمْ يَقْدَحْ فِي الْخِيَارِ وَ لَوْ مَشَى مَصْطَحِيَّيْنِ وَ فَارَقَا الْمَجْلِسَ سَقَطَ الْخِيَارُ وَ عَلَى ذَلِكَ الْمَبْنِيِّ فَالْتَفْرِيعُ فِي مَحَلِّهِ لَصَدَقَ تَعَدُّدُ الْمَجْلِسِ بِنَاءِ حَائِطٍ لَا يَضْرِبُ سَاتِرَ سَيِّمَا إِذَا كَانَ رَقِيقًا وَ مِمَّا يَظْهَرُ مِنْهُ إِدَارَتُهُمَا الْحُكْمِ مَدَارِ مَجْلِسِ الْعَقْدِ مَا حَكَاهُ فِي (- كره-) عَنِ الشَّافِعِيِّ مِنْ أَنَّهُمَا إِنْ كَانَا فِي دَارٍ صَغِيرَةٍ لَمْ يَحْصُلِ التَّفَرُّقُ إِلَّا بِنِ الْخُرُوجِ أَحَدُهُمَا مِنَ الدَّارِ أَوْ يَصْعَدُ أَحَدُهُمَا إِلَى الْعُلُوِّ وَ الْآخَرَ فِي السَّفَلِ وَ كَذَا الْمَسْجِدِ الصَّغِيرِ وَ السَّفِينَةِ الصَّغِيرَةِ لَّا- يَحْصُلُ التَّفَرُّقُ إِلَّا بِالْخُرُوجِ مِنْهُمَا وَ إِنْ كَانَا فِي دَارٍ كَبِيرَةٍ وَ كَانَ أَحَدُهُمَا فِي الْبَيْتِ وَ الْآخَرَ فِي الصَّيْفَةِ حَصَلَ الْاِفْتِرَاقُ أَوْ يَخْرُجُ أَحَدُهُمَا مِنَ الْبَيْتِ إِلَى الصَّيْحَنِ أَوْ يَدْخُلُ مِنَ الصَّيْحَنِ الْخَامِسُ إِنْ التَّفَرُّقُ مِنْ جِهَةِ الْعُلُوِّ وَ الْهَبُوطِ كَالْتَّفَرُّقِ مِنَ الْجِهَاتِ الْأَرْبَعِ لِإِطْلَاقِ النَّصِّ وَ صَدَقَ الْاِفْتِرَاقُ عَرَفَا السَّادِسُ أَنَّهُ قَالَ الْفَقِيهُ الْغُرُوبِيُّ (- ره-) أَنَّهُ لَوْ تَكَثَّرَ الْخَطَأُ عَلَى وَجْهِ الْاِسْتِدَارَةِ فَلَا اِفْتِرَاقَ وَ أَقُولُ إِنْ ذَلِكَ أُنْمَا يَتَمُّ عَلَى الْقَوْلِ بِعَدَمِ كِفَايَةِ خَطْوَةٍ وَاحِدَةٍ فِي الْاِفْتِرَاقِ مَعَ إِنْ مَذْهَبِهِ الْكِفَايَةُ فَالْفَرْعُ لَا يَلِائِمُ مَخْتَارَهُ إِلَّا إِنْ يَرِيدُ بِذَلِكَ مَا إِذَا لَمْ يَوْجِبِ الْخَطَاءَ عَلَى وَجْهِ الْاِسْتِدَارَةِ زِيَادَةَ الْفَصْلِ بَيْنَهُمَا عَمَّا كَانَ حَالِ الْعَقْدِ كَمَا إِذَا كَانَ الْفَاصِلُ بَيْنَهُمَا خَمْسَةَ أَذْرَعٍ فَاسْتِدَارَ فِي الْخَمْسَةِ أَذْرَعِ السِّيَابِ أَنَّهُ يَعْتَبَرُ فِي الْاِفْتِرَاقِ الْمَسْقُوطِ لِلْخِيَارِ صُدُورُهُ فِي حَالِ كَوْنِ الْمَفَارِقِ عَاقِلًا فَلَوْ جَنَّ أَوْ أَعْمَى عَلَيْهِ فَتَفَرَّقَ لَا عَنْ شَعُورٍ لَمْ يَسْقُطِ خِيَارُ الْمَجْلِسِ لِلْاِسْتِصْحَابِ بَعْدَ

تَبَادُرِ اِفْتِرَاقِ الْعَاقِلِ مِنَ النَّصِّ وَ هَلْ يَنْقَطِعُ الْخِيَارُ بِنَفْسِ الْجَنُونِ وَ الْإِغْمَاءِ أَمْ لَا حَكَى الْأَوَّلُ عَنْ أَحَدٍ وَجْهِي الشَّافِعِيَّةِ تَنْزِيلًا لِذَلِكَ مَنزِلَةَ الْمَوْتِ وَ فِسَادِهِ ظَاهِرٌ لِمَنْعِ الْأَصْلِ أَوَّلًا كَمَا سَتَعْرِفُ (- إِنْ شَاءَ اللَّهُ-) (- تَعَالَى-) وَ وَجُودِ الْفَارِقِ

ص: ٣٧

ثانيا لان الجنون ممكن الزوال بخلاف الموت و (-ح-) فيكون الولي قائما مقامه قال في (-كره-) لو جن احد المتعاقدين أو أغمى عليه قبل التفريق لم ينقطع الخيار لكن يقوم وليه أو الحاكم مقامه فيفعل ما فيه المصلحة من الفسخ أو الإجازة و هو أظهر وجهي الشافعية و لهم وجه آخر مخرج من الموت أنه ينقطع و لو فارق المجنون مجلس العقد قال الجويني يجوز ان يقال ينقطع الخيار لأن التصرف انقلب الى القيم عليه و عورض بأنه لو كان (-كك-) لكان الجنون كالموت ثم قال و لو خرس أحدهما قبل التفريق فإن كان له اشارة مفهومة قامت مقام لفظه و ان لم تكن له اشارة مفهومة و لا حظ كان حكمه حكم المغمى عليه ينوب عنه الحاكم انتهى و لا يخفى عليك ان لازم قيام الولي مقامه كون المدار على تفرقه ألا ان يقال ان مقتضى ما اعترفت به سابقا من عدم اعتبار القصد الى كون الافتراق لإسقاط الخيار و لا الالتفات اليه هو عدم اعتبار العقل فيكون افتراق المجنون و المغمى عليه مسقطا للخيار و لا معنى (-ح-) لقيام وليه مقامه من هذه الجهة و ان قام مقامه من حيث الفسخ أو إسقاط الخيار بعد العقد على ما يراه صلاحا و يأتي هنا الفروع الآتية في الموت إنشاء الله تعالى الثامن أنه لو مشيا و قرب أحدهما من صاحبه بمقدار بعد الآخر و قدر المساحة بينهما باق فهل يعد تفرقا اشكال و استظهر الفقيه الغروي (-ره-) صدق الافتراق بذلك و لم افهم وجهه لأنهما و ان فارقا موقف البيع إلا أنهما لم يفترقا لبقاء المساحة التي كانت بينهما حال البيع فالأظهر عدم سقوط الخيار لعدم صدق الافتراق بالأبدان عرفا نعم لو تباعد أحدهما عن الآخر بخطوة ثم لحقه لم يمنع اللحق أخيرا من سقوط الخيار الحاصل بالتفريق كما لم ينفع عوده عليه السلام الى مجلس العقد في عود الخيار و من هنا علم أنه لا فرق في سقوط الخيار بالافتراق بين عوده اليه و عدمه و لا بين قصد العود و عدمه التاسع أنه لو تفرقا بعد الشروع في العقد و رجعا قبل إتمامه فالظاهر أنه لا يحكم بتحقق التفريق لأن ظاهر النص و الفتوى كون المدار على الافتراق بعد تمام العقد العاشر أنهما لو مشيا مصطحبين لم يصدق التفريق و لم يسقط الخيار لأن المدار على مفارقة أحدهما الآخر لا عن المجلس قال في (-كره-) قد عرفت ان الحوالة في التفريق على العادة فلو تبايعا و أقاما سنة في مجلسهما لم يفترقا بأبدانها بقي الخيار و كذا لو قاما و تماشيا مصطحبين منازل كثيرة لم ينقطع الخيار لعدم تحقق التفريق و به قال أكثر الشافعية و لباقيهم قولان غريبان أحدهما أنه لا يزيد الخيار على ثلاثة أيام لأنها نهاية الخيار المشروط شرعا و هو ممنوع و الثاني قال بعضهم لو لم يفترقا لكن شرعا في أمر آخر و عرضا عما يتعلق بالعقد و طال الفصل انقطع الخيار و ليس بشيء انتهى الحادي عشر أنه قال الفقيه الغروي (-قده-) أنه لو كان البائع جماعة و المشتري واحدا و بالعكس أو كان الطرفان و أجزا اشتراك العاقدين في العقد الواحد كان يقول احد الوكلاء بعتك يا زيد و يقول الآخر و يا عمرو و هكذا أو يقول أحدهم بعتك الدرهم و الآخر الدينار فيقول المشتري قبلت و مثله تعدد الوارث بناء على ان المدار على تفرقه فهل يحصل التفريق بالبعض أو بالكل أو كالتفريق في باب الجماعة يناط بالصدق العرفي أو يعطى كل حكمه وجوه أضعفها الأخير لعدم جواز التبعض في الالتزام و الفسخ و مدرك الأولين صدق التفريق و عدمه و لعل الأقوى الثاني استصحابا لبقاء الخيار و هو الظاهر من النص انتهى و أقول الأولى بناء ذلك على ان العقد المذكور هل هو عقد واحد أو عقود متعددة فعلى الأول يبني على تفرق الجميع و على الثاني يجري على كل حكمه لأنه إذا وقع عقود متعددة في مجلس واحد كان لزوم كل منها بافتراق طرفيه و عدم جواز التبعض في الالتزام و الفسخ أما هو في العقد الواحد فالقول بدوران الحكم مدار تفرق البعض مطلقا أو تفرق الجميع مطلقا لا وجه له كما لا وجه لإطلاق استضعاف الوجه الأخير و استصحاب الخيار الذي احتج به للوجه الثاني إنما ينفع بناء على كون العقود المشتركة عقدا واحدا و إنما لكان افتراق البعض مورثا للقطع بسقوط خياره فينتفى موضوع الاستصحاب بل لمن قصر حجية الاستصحاب على ما إذا لم يكن الشك في المقتضى المناقشة في الاستصحاب المذكور حتى بناء على كون العقود المشتركة عقدا واحدا بأول الشك هنا الى

استعداد الخيار للبقاء بعد افتراق البعض و اما استظهار الوجه الثاني من النص فلم افهم وجهه و هو ادري بمواقع كلامه الثاني عشر أنه لو باع الوكلاء شيئا واحدا عن شخص دفعة فقد صرح الفقيه الغروي (-ره-) ببقاء الخيار ببقاء واحد منهم لأن كلاً منهم مع المشتري

متبايعان فما دام واحد منهم باقيا يصدق عدم تفرق المتبايعين و التقييد بالدفعه واضح الوجه إذ لو سبق أحدهم كان المدار على تفرقه و لم يكن بالباقيين عبره ضرورة ان المال قد انتقل بالعقد الأول إلى المشتري و المنقول الى شخص لا ينقل ثانيا اليه من غير فسخ و لا نقل الى غيره فتكون العقود المتأخره لاغيه و لكن يمكن المناقشه فيما افاده (- قدّه-) بان جميعهم (-ح-) بمنزله عاقد واحد فاذا تفرق بعضهم صدق ان البائع غير باق في المجلس لتفرق البعض الا ان يقال ان المدار في بقاء الخيار ليس على بقاء المتبايعين بل المدار في سقوطه على افتراق المتبايعين و لا شك في ان المتبايعين لم يفترقا لبقاء بعض احد الطرفين لكن الإنصاف أن الفرع مشكل لخروجه عن منصرف النصوص فتأمل جيّدا و يمكن المناقشه بوجه آخر و هو اننا ان قلنا بان الخيار للموكل كان المدار على تفرقه فالفرع ساقط فتأمل نعم إن كان للوكيل كان لبقاء الخيار بقاء البعض وجه من حيث ان لازم كون مبيعهم شيئا واحدا اتحاد الخيار و اشتراكهم فيه فكل من تفرق منهم كان ذلك منه إسقاطا لحقه فلنم لم يسقط استيفاء الحق المشترك فتأمل الثالث عشر انه لو كان وكيلا- في الإيجاب و القبول و بعد إيقاع الإيجاب تولّى المشتري الموكل القبول حصل العقد بهما و لم يندرج في عنوان التولّى للطرفين الآتى ذكره و كان المدار على افتراق المشتري و الوكيل أو المشتري و الموكل في الإيجاب على اختلاف القولين المتقدمين في كون الخيار للوكيل أو الموكل فراجع الزايع عشر انه لو استطال مكان العقد بحصوله حال العدو فعاد أحدهما بعد التمام الى بعض المسافه دون الآخر حصل الافتراق المسقط للخيار كما هو واضح الخامس عشر أنهما لو جاءا مصطحبين و تنازعا في التفرق بعد البيع فادعاه أحدهما و ان البيع قد لزم و أنكر الآخر قدم قول المنكر مع يمينه لأصاله دوام الاجتماع و لصدق المنكر عليه عرفا و ربّما حكى في (- كره-) عن الشافعي في أحد قوليه البناء على الظاهر بمعنى انه ان قصرت المدّة قدم قول المنكر مع اليمين و ان طالت قدم قول المدعى لندور اجتماع المدّة الطويلة فمدعيه يدعى خلاف الظاهر فيقدم قول مدعى الفسخ بالتفرق بناء على الظاهر و ضعفه ظاهر كضعف ما عن الشهيد (- ره-) في حواشيه من جعله الأصل لزوم البيع و الظاهر الانصحاب فإن أصالة عدم الافتراق مقدمه على أصالة اللزوم و كون الظاهر الانصحاب مطلقا محلّ منع و لو اتفقا على التفرق و قال أحدهما

ص: ٣٨

فسخت قبله لجلب المنافع من حال الفسخ المدعى الى حال التفريق و أنكر الآخر قدّم قوله مع اليمين لأن الأصل عدم الفسخ و لصدق المنكر عليه عرفا و عن الشافعي في أحد قوليه تقديم قول مدعى التصرف لأنه أعرف بتصرفه و ليس بشيء لأن قول المدعى فيما يدعيه يمينه أنما هو فيما لا يعلم إلا من قبله و الفسخ ليس من ذلك القبيل و لو اتفقا على عدم التفريق و ادعى أحدهما الفسخ و أنكر الآخر قدّم قول المنكر يمينه للأصل و الصدق و يكون المنافع الى حال التداعي للمشتري و أما بعد زمان التداعي فيبني على ان دعوى الفسخ من مدعيه فسخ من حينه أم لا- فعلى الأول تكون المنافع كعين المبيع للبائع و على الثاني فالجميع للمشتري السادس عشر ان ظاهر الافتراق في النص و الفتوى أنما هو الافتراق بالأجساد و في سقوط الخيار بافتراقهما بالأرواح بموتهما أو موت أحدهما وجهان احتمال أولهما العلامة (-ر-ه-) في (-عد-) و (-كر-ه-) و مال إليه في مجمع الفائدة و استقرّ به في محكي تعليق (-شاد-) و احتمال ثانيهما في (-عد-) و (-كر-ه-) و الإيضاح و استظهره في (-مع صد-) و أفتى به في الغنية و محكي (-ير-) و (-س-) و غيرها بل هو صريح كل من أفتى بأن جميع أقسام الخيار موروث كما يأتي ذكرهم إنشاء الله تعالى حجة الأول أمران الأول ان مفارقة الدنيا أولى من مفارقة المجلس فاذا سقط بمفارقة المجلس كان سقوطه بمفارقة الدنيا أولى و فيه منع الأولوية فإن المراد من الافتراق التباعد في المكان و هو أنما يكون للجسم فلا- يصدق بمفارقة الروح جسده و زاد في (-لك-) ان الروح لا- يعلم مفارقتها للمجلس فيستصحب الحكم الثاني ان ظاهر الروايات ان البيعين بالخيار مع الحيوة لعود ضمير التفريق إليهما فمع الممات يسقط الخيار تبعا لمتعلقه ذكر ذلك الفقيه الغروي (-ر-ه-) و فيه نظر ظاهر لكونه دعوى محضة فآنا و ان سلّمنا ان البيعين بالخيار مع الحيوة لكن أخبار الإرث تفيد قيام حيوة الوارث مقام حيوة المورث في جميع الأشياء فسقوط الخيار بالممات الذي فرعه على كون خيار البيعين مع الحيوة دعوى محضة راجعة إلى الاجتهاد في مقابلة نصوص الإرث إلا ان يقرر بان الظاهر المتبادر من اخبار الخيار أنما هو الثبوت مع حيوة المتعاقدين فتبقى صورة موتهما أو أحدهما تحت أصالة لزوم لكن فيه ان الخيار قد ثبت قطعا قبل الموت و الشك أنما هو في زواله و أدلّة الإرث تقتضى انتقاله الى الوارث و عدم زواله حجة الثاني أمور الأول ما تمسك به في الغنية من الإجماع حيث قال و خيار المجلس و الشرط موروث بدليل إجماع الطائفة انتهى الثاني ان ثبوت الخيار بالعقد معلوم و سقوطه مما لا دليل عليه فيستصحب كذا قرره في (-مع صد-) ولى فيه نظر لأنه ان أراد استصحاب الخيار الى حال الموت فلا حاجة اليه و ان أراد استصحابه بعد الموت كما هو الظاهر فالموضوع متبدل الثالث أنه لا ريب في كون الخيار من الحقوق و قد قام الإجماع و دل النص على ان ما ترك المييت من حق فلوارثه فاذا مات انتقل الى الوارث و الى ذلك أشار في الغنية بقوله بعد عبارته المزبورة و لأنه إذا كان حقا للمييت و رث كسائر حقوقه لظاهر القران الرابع ما في الإيضاح من ان مناط السقوط الافتراق الاختياري و لهذا لو فرقا كرها لم يسقط و الافتراق الاختياري غير حاصل بالموت الخامس ما في الإيضاح (-أيضا-) من ان المراد الافتراق في الأين و أنما يتحقق بالأبدان و لم يحصل فالقول الثاني أظهر ثم لا فرق في قيام الوارث مقام المورث في الخيار بين كونه حاضرا في مجلس موت المورث أم لا و أنما الكلام في مقدار امتداد الخيار بينه و بين الحي أو الوارث الآخر و الكلام تارة في الحاضر و اخرى في الغائب أما الحاضر ففيه وجوه أحدها ان المدار على مجلس الوارث و الطرف الآخر من غير مدخلية لبقاء المييت في المجلس و أخذهم إياه إلى موضع آخر و عبارة أخرى إذا كان الوارث حاضرا في مجلس النزاع انتقل اليه الخيار بموت مورثه و كان المدار على افتراق الوارث مع الطرف الآخر سواء أخذ المييت أم لا نظرا الى ان مفارقة المييت للمجلس كمفارقة المخرج من المجلس كرها الممنوع من التخايير فكما انتقل هناك الى مجلس زوال الإكراه للزوم الضرر ببقاء الخيار دائما فكذا ينتقل هنا الى مجلس الوارث و قد يضعف هذا الوجه بكونه قياسا و فيه منع بل هو تنقيح للمناط ان ثبت الحكم في الأصل فإن الخيار يتبع بقاء المجلس فاذا قام الوارث مقام المورث و كان هو بموته بمنزلة الجدار و كان المدار على عدم تفريق القائم مقامه و لم يكن لتفريق المييت اثر ثانيها كون المدار على مجلس المييت و الطرف الآخر فما داما في موضع العقد فالخيار باق و إذا افترقا أو أحدهما كان أخذ المييت أو مضى الطرف الآخر سقط

الخيار افتى به جمع فى (- عد-) و محكى التحرير و (- مع صد-) و جعله فى مفتاح الكرامة أولى و قواه الفقيه الغروى (- ره-) و عليه فلو فارق الطرف الآخر أو أخذ الميت سقط الخيار و ان لم يفارق الوارث الطرف الآخر و لو فارق الوارث الطرف الآخر لم يسقط الخيار ما لم يفارق الطرف الآخر الحي الميت و ربما علل ذلك فى مفتاح الكرامة بان بقاء الخيار انما يكون لانتفاء تفرق المتعاقدين و ذلك انما هو باعتبار بقاء الميت مع العاقد الآخر و فيه ان المفروض انتقال الخيار الى الوارث و لازمه كون المدار على بقاءه (- ايضا-) فان المراد بالافتراق افتراق ذوى الخيار و الميت كالجدار فلا عبرة ببقائه و ربما علل الفقيه الغروى (- ره-) ذلك بالاستصحاب و ليت شعرى ما ذا أراد بذلك فان أراد استصحاب كون المدار على عدم افتراق المتبايعين فالموضوع متبدل لأنهما كانا حين التباعد حينين و الآن ميتان أو ميت و حي مضافا الى ما عرفت من ان أخذ الميت كأخذ الحي مكرها لا اثر له و ان أراد غير ذلك فهو اعرف ثالثها بقاء الخيار دائما من غير سقوط بالتفرق كالعاقد الواحد على احد الوجهين احتمله الفقيه الغروى (- ره-) و بعض من سبقه و هو فى غاية السقوط لكون البقاء دائما خلاف مصلحة شرع الخيار لاستلزامه الضرر و (- ايضا-) فموضوع هذا الخيار المجلس و لا معنى لبقائه بعد انقضائه و انما الكلام فيمن هو المدار من الحضار رابعها بقاء الخيار دائما بالنسبة الى الميت و اما الطرف الآخر فيدور مدار ذهابه من المجلس كأحد الوجوه فى المكره و فيه نظر من وجهين أحدهما الثبوت بالنسبة الى الميت دائما فإن فيه أنه مناف لانتقال الخيار الى وارثه فإنه لا معنى لكون الخيار لشخص و المدار شخصا آخر مع ان الثبوت دائما قد عرفت ما فيه و الآخر دورانه بالنسبة الى الطرف الآخر مدار ذهابه من المجلس فإنه و إن كان فى نفسه حقا إلا ان اختلاف زمان هذا الخيار بالنسبة الى الطرفين خلاف المعهود من الشرع خامسها كون الخيار للوارث بعد موت المورث فوريتا فان اختار الرد أو الإمضاء و إلا سقط خياره و هذا (- ايضا-) بين السقوط لأن وضع هذا الخيار على البقاء ما دام الاجتماع باقيا فان بنى على الانتقال الى الوارث كان اللأزم الدوران مدار مجلسه و إلا فهو ساقط من أصله هذا كله فيما إذا كان الوارث حاضرا فى مجلس الموت و اما إذا كان غائبا ففيه (- ايضا-) وجوه أحدها سقوط مجلس الميت

ص: ٣٩

عن الاعتبار و امتداد الخيار الى ان يصل الخبر الى الوارث و ان بعد ما بينهما و لم يعلم أحدهما بمكان الآخر ذكره في (- عد-) و (- كره-) و محكى تعليق (- شاد-) أما سقوط مجلس الميِّت عن الاعتبار فلما مرّ من كونه كالجماد و اما امتداد الخيار الى ان يصل الخبر الى الوارث فقد علّله في (- كره-) بقوله لئلا يبطل حقّ كان للمورث انتهى و أنت خبير بأنّ الحقّ إذا كان على وجه يعتبر فيه الحضور لم يكن من سقوطه و بطلانه بفقد شرطه مانع و خيار المجلس ممّا يعتبر فيه الحضور فلا ينتقل الى الوارث الغائب من أصله لأنّ كونه قابلاً للإرث مقصور على صورة حضور الوارث لئلا يفوت الوصف العنوانى و ربّما ناقش المحقّق الثّانى (- قدّه-) فى (- مع صد-) فى هذا الوجه بوجه آخر حيث قال هذا ليس بشيء لأننا إذا أسقطنا اعتبار الميِّت امتنع الحكم ببقاء الخيار لانتفاء متعلّقه و هو عدم تفرّق المتبايعين ثمّ أنا إذا أسقطنا اعتبار الميِّت فالحكم ببقاء الخيار الى وصول الخبر دعوى لا مستند لها انتهى قلت ما ذكره ثانياً فى محلّه كما أشرنا و امّا ما ذكره أوّلاً ففيه أنّه لا مانع من إسقاط اعتبار الميِّت لكونه كالجماد و يكون بقاء الخيار لقيام الوارث مقامه كما مرّ ثمّ على هذا الوجه هل يمتدّ الخيار بامتداد المجلس الّذى وصل فيه الخبر أم لا و على الثّانى هل يكون فورياً أو على المتراخى غير محدود بالمجلس و جوه اختار الفورية فى (- كره-) و الإيضاح و احتمال الأوّل بعضهم و الأخير بعض آخر قال فى (- مع صد-) بعد عبارته المزبورة ما لفظه و أبعد منه امتداده بامتداد المجلس الّذى وصل فيه الخبر لأنّ المراد من المجلس مجلس البيع لا- مطلق المجلس فتحدّده بهذا المجلس تحكّم فأمّا ان يجعل على الفور أو يجعل على التّراخى غير محدود بالمجلس و الحقّ انّ هذه احتمالات واهية انتهى و ربّما يوافق التّحديد بالمجلس الاعتبار كما أشار إليه فخر الدّين (- ره-) فى الإيضاح و هو انّ خيار المجلس منوط بمجلس البيع و قد تعدّد مجلس البيع فيبقى هذا لانتفاء غيرهما قطعاً و (- أيضاً-) مجلس وصول الخبر مجلس ثبت فيه التّخيير بين الفسخ و الإمضاء و كلّ مجلس ثبت فيه التّخيير المجلس يمتدّ بامتداده و أمّا يزول بمفارقتها أو إسقاطه ثمّ قال و أمّا قلنا التّخيير و لم نقل الخيار لأنّ الخيار ملك الفسخ و هو يحصل للوارث بالموت فهو قبل المجلس المذكور و أمّا التّخيير بين الفسخ و الإمضاء فمشروط بالعلم لاستحالة تخيير الغافل انتهى و أنت خبير بأنّه اعتبار محض لأنّ المدار فى هذا الخيار ليس على افتراق المجلس ليقاس عليه المجلس الّذى ذكره و الّا للزم كون المدار افتراقهما مجلس العقد و أمّا المدار على الافتراق بالأبدان فما ارتكبه قياس مع الفارق ثانياً سقوط الخيار عن أصله احتمله بعضهم و هو الوجه لما مرّ ثالثها بقاء الخيار دائماً على نحو ما مرّ فى الحاضر و ضعفه ظاهر كما مرّ ثمّ انّ هذا كلّ مع اتّحاد الوارث فلو تعدّد جرى هناك الاحتمالات المزبورة مع الحضور و فى ثبوت الخيار لكلّ واحد فى مجلسه إذا كان غائباً و عدم الثّبوت ثمّ لو اختلفا أو اختلفوا مع التعدّد فى الفسخ و الإجازة ففى (- لك-) أنّه يقدم الفاسخ ثمّ قال و فى انفساخ الجميع أو فى حصّيته خاصيةً ثمّ يتخير الآخر لتبعض الصّيفة و جهان أجودهما الأوّل ثمّ قال و لو اعتبرنا تفرّق الوارث أو الآخر ففارق أحد الورثة لم يؤثر لعدم صدق الافتراق بين المتبايعين نظراً الى قيام الجميع مقام المورث ثمّ قال و لنعم ما قال انّ فى هذه الفروع كلّها اشكالا انتهى و أقول مثل تلك الفروع فى عدم الخلوّ من الإشكال فروع آخر فمنها أنّه بناء على ثبوت الخيار للوكيل فى نفس الصّيغة و انتقال الخيار بالإرث فهل ينتقل إلى ورثة الوكيل أو ورثة الموكل فإنّ الفقيه الغروى (- ره-) ذكر فيه وجهين و منها ما إذا عزل الوكيل فإنّ فى بقاء الخيار له أو انتقاله الى الموكل وجهين و منها أنّه بناء على كون المدار على تفرّق الحى مع الميِّت لو ذهب ببعض الميِّت دون البعض فإنّ فيه وجهين و قد يفصل بين الجزء الّذى تبقى الحيوة معه و غيره أو ما يتحقّق الاسم بدون و ما لا يتحقّق صدق الاسم بدون الى غير ذلك من الفروع المشكّلة لفقد النّصّ و عدم الانطباق على قاعدة يركن إليها فى مقام العمل

قوله طاب ثراه المعروف أنه لا اعتبار (-اه-)

لا يخفى أن الإكراه على التفريق له صور الأولى إكراههما على التفريق وعلى عدم اختيار الفسخ والإيجاب كان سد أفواههما أو هدا على التكلم والإشارة المفهومة بما يخاف منه إيقاع ما هدد به الثانية ان يكرهها على التفريق ولا يكرها على الاختيار مطلقا لا فسحا ولا إيجابا الثالثة ان يكرها على التفريق وعلى اختيار الفسخ فقط الرابعة عكس الثالثة وهذه العبارة قد سقت لبيان حكم الصورة الأولى وقد وصف الماتن (-ره-) عدم سقوط الخيار (-ح-) بالمعروفية هنا وبالشبهة في وسط كلامه بل في عبارة جماعة منهم مولى مفتاح الكرامة الجزم بعدم الخلاف فيه وفي زبر آخرين منهم صاحب الجواهر (-ره-) نفى الخلاف فيه وفي المصايح أنه يشترط في التفريق المسقط الاختيار فلو أكرها على التفريق من غير اختيار لم يسقط الخيار للإجماع كما في الغنية و تعليق الشرائع انتهى لكن في مفتاح الكرامة أنه لم يجد فيما عنده من نسخ تعليق (-شاد-) دعوى الإجماع و انا لم أجدها في الغنية ولكن كفى بعلامة المصايح حاكيا عنهما وإن كان لا حجة في الإجماع المنقول فان تم شيء من الوجوه التي يأتي الإشارة إليها في كلام الماتن (-ره-) فهو و الأ كان للتوقف مجال وقد توقف في المسئلة المحقق الورع الأردبيلي (-ره-) في مجمع الفائدة و الفاضل السبزواري (-ره-) في الكفاية بل جزم بعض الأواخر بسقوط الخيار بالافتراق عن اكره فقال التحقيق أن الافتراق مسقط بأي وجه حصل من غير فرق بين كونه على وجه القصد أو الشعور أو على وجه النسيان أو الغفلة أو الاضطراب أو الإكراه أو نحو ذلك و ذلك لصحة استناد الافتراق إليهما في جميع هذه الصور و هو المدار إذ لا يعتبر في اسناد الفعل الى الفاعل إلا قيامه به أو صدوره منه و لا يشترط فيه كونه على وجه القصد و الشعور فضلا عن كونه على وجه الاختيار في مقابل الإكراه نعم بعض الأفعال يعتبر فيها القصد كالتعظيم و التأديب و نحو ذلك كما أن بعضها لا يمكن صدوره إلا بلا قصد كالسهو و النسيان و الغفلة أو بالاضطرار كالموت و السقوط و نحو ذلك و في الحقيقة هذا راجع الى مادة الفعل بمعنى أنه يعتبر في مادته القصد أو الغفلة و عدم الشعور و إلا فالإسناد لا شرط له فالأفعال التي لا يشترط في صدق موادها القصد و الاختيار لا يشترط في صدق إسنادها شيء و الافتراق من هذا القبيل انتهى و ما ذكره موجه لو لا دليل اعتبار الاختيار في كون الافتراق مسقطا للخيار فإن المنكرين للإسقاط لا يدعون كون الاختيار شرطا في صدق مطلق الافتراق حتى يكون مقالة هذا البعض ردا عليهم و إنما يدعون قيام الدليل على اعتبار الاختيار في الافتراق المسقط ثم ان في تمثله لما لا يمكن صدوره إلا بلا قصد بالسهو و النسيان و الغفلة نظرا ظاهرا و كذا تمثله لما لا يمكن صدوره إلا بالاضطرار بالسقوط

قوله طاب ثراه لأصالة بقاء الخيار بعد تبادل (-اه-)

لا يخفى عليك أنه لو سلم التبادر لم يبق

ص: ٤٠

شك حتى يحتاج الى الاستصحاب و إلا لكان لمناقش ان يقول ان الافتراق قد جعل مسقطا للخيار و الشك أنما هو في مانعية الإكراه من تأثيره أو شرطية الاختيار في تأثيره و من البين أن أصالتى عدم مانعية الإكراه و عدم شرطية الاختيار حاكمتان على الاستصحاب لكون الشك في بقاء الخيار ناشيا من المانعية و الشرطية و قد تقرّر في محله ان الأصل السببي مقدّم على المسببي فتأمل قوله طاب ثراه و قد تقدّم في مسألة اشتراط (-ه-)

الذى استشهد به فيما أشار إليه من الموضع هو استشهاد الإمام عليه السلام بالنبوى صلى الله عليه و آله على رفع بعض الأحكام الوضعية فإنه يشهد بعموم المؤاخذه فيه لمطلق الالتزام عليه بشيء و الرواية التي تضمنت الاستشهاد المذكور هي المصححة التي رواها الشيخ الحرّ في الوسائل عن احمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن إسماعيل الجعفي عن ابى 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 أمّتى ما أكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطئوا و الحلف بالطلاق و العتاق و ان لم يكن صحيحا عندنا من دون الإكراه أيضا إلا ان مجرد استشهاد الإمام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أكرهوا عليه يدل على ان المراد بالنبوى ليس خصوص المؤاخذه و العقاب الأخرى قوله طاب ثراه و يمكن منع التبادر (-ه-)

ربما أتيد فقيه آل يس هذا المنع بإجماعهم على صدقه حقيقة على كل واحد منهما بمجرد تباعد أحدهما عن الآخر و ان لم يشعر الثاني بفعل الأول فإنه يكشف عن كون المراد من الافتراق في النصّ و الفتوى مجرد التفريق و الانفصال بالتباعد عن مجلس العقد كما تبه عليه في الكفاية و على هذا فلا- يحتاج في إدراج الاضطرارى إلى ضميمه عدم القول بالفصل و احتمال خروج هذه الصورة بالإجماع كما ترى لمخالفته لظاهر الكلّ من البناء على اتحادهما في نسبة الافتراق ثم ان الفقيه المذكور زاد دعوى إمكان ان يقال ان مفاد النصوص اناطة الخيار مدار مجلس العقد و الحكم بأنه المقتضى و إسقاط التفريق له من حيث كونه مغيرا لموضوع ذلك المقتضى و مزيلا له و من المعلوم تحقّق الإزالة بالتفريق مطلقا و إن كان بدون اختيار ثم قال و بالجملة يكون المراد من قولهم عليهم السلام ما لم يفترقا أنه لم يحصل ما يخرجهما عن الهيئة الاجتماعية التي كانا عليه حين العقد انتهى قوله طاب ثراه فاذا دخل الاختيارى المكروه عليه دخل الاضطرارى لعدم القول بالفصل (-ه-)

فيه أنه إذا كان يسلم عدم القول بالفصل بين الاختيارى المكروه عليه و الاضطرارى و يسلم مساعدة الدليل على عدم دخول الاضطرارى فما باله يلحق الاضطرارى بالاختيارى المكروه عليه و لا يعكس مع أنه اولى و أوفق بفتوى الأصحاب البانين بزعمه على عدم الفصل فتدبر

قوله طاب ثراه مع ان المعروف بين الأصحاب ان الافتراق (-ه-)

هذا تعرّض منه (-قده-) للصورة الثانية من صور الإكراه في صدر المقال و هي ما إذا أكرها على التخايير و سقوط الخيار هنا هو مقتضى تقييد جمع كثير عدم سقوط الخيار بالافتراق مكرها بما إذا منعا من التخايير أيضا بل صرح بسقوط الخيار في الفرض جمع كثير قاطعين به بل نفى في مفتاح الكرامة وجدان الخلاف فيه و علله بانّ السيّكوت عند التفريق مع التمكن من التخايير كما هو المفروض قرينة الإمضاء و إسقاط الخيار و ناقش فيه كاشف الظلام بانّ هذا فرع علمهما بسقوط الخيار عند مطلق التفريق و الشان فيه و إطلاق توقّف السقوط على الافتراق الظاهر في الاختيار ينفيه على ان هذا لا يتم فيما لو قطع بخلوّ ذهنهما و غفلتهما و ذولهما عنه ثم قال فعمل القول بعدم السقوط (- مط-) لا (- يخلو-) من قوّة إن كان عليه موافق و لا إجماع انتهى و حاصل غرضه أنه ان كان المتبادر من الافتراق الاختيارى منه كان مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين ما لو منعا من التخايير و ما لو لم يمنعا و إن كان اللّازم الإسقاط بالافتراق عن (- كره-) مع المنع من التخايير (- أيضا-) و أنت خبير بما فيه فأنّا و ان كنّا نسلّم ظهور الافتراق في الاختيارى منه لكن

نقول ان إطلاق توقّف السقوط على الافتراق و عدم السقوط بدونه قد قيّد قطعاً بما دلّ على سقوط الخيار بالتخاير من غير افتراق فيكون مؤدّى الدليلين بعد الجمع بينهما عدم سقوط الخيار الغير المشروط سقوطه إلّا بأحد أمرين على سبيل منع الخلوّ اما الافتراق عن اختيار أو التخاير عن اختيار فاذا حصل شيء منهما عن اختيار أو جب السقوط فاذا حصل كرها لم يوجب السقوط و لازم ذلك أنّهما لو أكرها على التفرّق و لم يمنعا من التخاير سقط الخيار لتركهما الخيار لكن الإنصاف متأنه ما سمعت من كاشف الظلام لأنّهما إذا أكرها سقط الافتراق عن الاعتبار و لم يوجب السقوط فلا سبب لسقوط الخيار و مجرد ترك التخاير لا يوجب الإيجاب و لا يدلّ عليه فحالهما حال المتبايعين التاركين للتخاير ما دام في محلّهما نعم لو ظهر من القرائن الخارجيّة كون تركهما للتخاير مع تمكّنهما منه و افتراقهما كرها إرادتهما الإيجاب كان متّبعا و اين ذلك من الكليّة المدّعاء و دعوى شهادة مجرد تركهما للتخاير حين الافتراق كرها على الإيجاب مطلقا و في جميع الأوقات محلّ منع بالديهة و من هنا أطلق في المصاييح و غيره عدم سقوط الخيار بالافتراق عن (- كره-) و صرح في الجواهر بأنّ ترك اختيار الفسخ مع التمكن منه بعد الإكراه على الافتراق الذي نزله الشارع منه منزلة العدم بالنسبة إلى الإسقاط كالسكوت في المجلس لا دلالة فيه عليه و لا وضع شرعا له كما هو واضح فيرجع الى استصحاب الخيار و نحوه ممّا مرّ و لك ان تقول أنّه لمّا دلّ حديث الرّفح على كون الفعل المكروه عليه كالا- فعل كان مقتضاه عدم سقوط الخيار هنا (- أيضا-) إلّا إذا كشف عدم الفسخ عن الرضاء بالعقد كما إذا كان معتقدا اجتهادا أو تقليدا أو اختراعا السقوط بالتفرّق عن (- كره-) (- أيضا-) و اما مع عدم اعتقاد ذلك فلا و اما الصّورة الثالثة و هي ما لو أكرها على التفرّق و على الفسخ فقط فربّما صرح الفقيه الغروي (- قدّه-) فيها بعدم سقوط الخيار و علّل بعدم تمكّنه من الفسخ و لم افهم معناه لأنّهما إذا أكرها على الفسخ فلهما قصد الفسخ حقيقة فكيف حكم بعدم التمكن منه فالأولى ان يقال أنّهما ان قصدا الى الفسخ عن طيب النّفس سقط الخيار و ان فسحا كرها لم يسقط كعدم السقوط بالافتراق كرها و اما الصّورة الرّابعة و هي عكس الثالثة فقد صرح الفقيه الغروي (- قدّه-) فيها بسقوط الخيار فيها معلّلا بتمكّنه من الفسخ فتركه دليل الالتزام ثمّ قال و الحاصل أنّ المدار على التمكن من الفسخ و عدمه و فيه ما في سابقه ضرورة أنّ الإكراه على الإيجاب إن كان فلا يمكنه الفسخ و ان لم يكن خرج عن الفرض كما لا يخفى

قوله طاب ثراه مضافا الى الشهرة المحقّقة (- اه-)

هذا ينافي ما قرّره في الأصول من عدم حجّية الشهرة و لو قال مضافا الى الإجماع المحكى المنجبر بالشّهرة لكان أهون من حيث ظهوره (- ح-) في كون المستند هو الإجماع المحكى و القول بحجّيته أهون من القول بحجّية الشّهرة و ان كنّا لسنا من القائلين بذلك

ص: ٤١

قوله طاب ثراه و الى ان المتبادر من التفريق (- اه-)

ربما منع بعضهم هذا التبادر المدعى و يستشهد للمنع بان لازم هذا التبادر عدم اعتبار التفريق في حال الغفلة عن البيع أو في حال التوم أو نحو ذلك و ذلك مما لا يلتزم به احد

قوله طاب ثراه بقوله عليه السلام في صحیحہ الفضیل (- اه-)

يمكن المناقشة في هذا الاستدلال أولا بان ظاهر الخبر كما تبيننا عليه سابقا انما هو الرضا بالعقد حينه لا الرضا المتأخر فالمراد والله العالم انهما إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما بأصل العقد حين إيقاعه و بعبارة أخرى قوله عليه السلام بعد الرضا بمنزلة العلة فكأنه عليه السلام قال ان الرضا بالعقد حين وقوعه مقتضى للزوم و المجلس كان مانعا فاذا افترقا فقد زال المانع فيلزم أن يؤثر المقتضى أثره و انما قلنا ذلك ضرورة أنه لو أريد به الرضا حال الافتراق لكان لازمه تقييد إسقاط الافتراق للخيار بما إذا كان عن رضا بالعقد و لزومه فيلزمه عدم سقوط الخيار بالافتراق اختيارا مع عدم الرضا بالعقد أو عدم الالتفات الى سقوط الخيار به و لا أظنه و لا غيره يلتزم بذلك و ثانيا ان مفاد الخبر على ما ذكره يكون سقوط الخيار بالافتراق كرها مع التمكن من التنازل و ذلك مما لا نمناه و اين ذلك من عدم سقوطه بالافتراق كرها مع التمكن من التنازل كما هو المدعى فتدبر جيدا و بالجملة فلو لم يكن الا استصحاب الخيار للشك في رافعية الافتراق عن (- كره-) مع عدم التمكن من التنازل لكفانا و يكفي في إيراد الشك في الرافعية الشهرة العظيمة و الإجماعات المنقولة و (- ح-) فان تم شيء من الوجوه الأخر أولا- لكانت مؤيدات كالتأييد بان شرع الخيار للإرفاق و لا رفق مع الإجماع فما صدر من المحقق الأردبيلي (- ره-) في مجمع الفائدة و السبزواري في الكفاية من التشكيك في المسئلة لعدم النص عليها ليس على ما ينبغي كيف لا و صاحب (- ثق-) الذي عاداته الجمود على النصوص وافق الأصحاب هنا و أخذ في الطعن عليهما حيث قال و كذا لو أكرها على التفريق فإنه لا- يسقط الخيار و الوجه فيه ان الذي دللت الأخبار على كونه مسقطا انما هو التفريق الذي هو فعل اختياري لهما فالتفريق بينهما قهرا ليس (- كك-) فلا يكون داخلا تحت النصوص و بذلك يظهر ان ما ذكره في الكفاية بقوله و لا اعلم نصا في هذا الباب و كذا قول المحقق الأردبيلي (- ره-) و قيد المفارقة المسقطه بالاختيار و ما رأيت له دليلا في النص و لعل وجهه ما يتخيل من ان الفعل الجبري بمنزلة العدم فإنه ما فعله باختياره فكأنه بعد باق في محله خصوصا إذا كان عارفا بالمسئلة و أراد الجلوس لعله يظهر له وجه يدل على مصلحته في هذا العقد انتهى غير موجه و فيه ما عرفت من ان مورد النص الموجب لسقوط الخيار هو الافتراق و التفريق الظاهر ان في كونهما باختيار المكلف و ارادته انتهى المهم مما في (- ثق-) بقى هنا شيء و هو ان الفقيه الغروي (- ره-) بعد التمسك لعدم العبرة بالتفريق عن (- كره-) ببعض ما مر حاول إتقان المسئلة فقال فان قلت ان الافتراق في الروايات و كلام الأصحاب ان اعتبر فيه العلم و القصد و الاختيار فافتراق التائم و الساهي و الناسي و المدهوش و الشكران و المغمى عليه و المجنون و المجبور ليس بافتراق فالتمكن من الاختيار و عدمه سياتان فبقاؤه من غير اختيار مع تملكه حتى يرتفع لا بأس به و ان دخل الافتراق و الحكم وضعي لا- شرعي ينبغي ان يسقط الخيار بمجرد حصوله بأي كيفية كان قلت لنا ان نلتزم بالأول بدعوى أنه المتبادر و ان من ذكره عدى المجبور قد الحقه الإجماع بالمختار القاصد العالم و يبقى المجبور على وفق القاعدة و عليه منع ظاهر لعدم تحقق الإجماع في ذلك كيف و في (- مع صد-) قد تأمل في إلحاق المدهوش بالمجنون و لم ينص على حكم المسئلة احد من الأصحاب مع أنه على هذا يكون غير المجبور أسوأ حالا منه أو نلتزم بالتأني و نقول ان المجبور فقط الممنوع من التنازل أخرجه الإجماع و هو بعيد و الظاهر ان المنشأ الصدق العرفي في الفرق بين ما ذكر و بين المجبور و ان التائم و الساهي و نحوهما ينسب إليهما فعل الافتراق عرفا كالمختار القاصد بخلاف المجبور فإنه لا يقال فيه افتراق نعم يبقى الإشكال بالنسبة إلى المجبور في افتراقه الغير الممنوع من اختياره فمقتضى ذلك عدم السقوط فيه الا ان يكون الفارق الإجماع الى ان قال فان قلت بناء على ان التفريق المجبور عليه بحكم البقاء في المجلس و عدم التفريق المجبور عليه بحكم البقاء في المجلس ينبغي ان يكون البقاء في المجلس و عدم التفريق المجبور عليه بحكم التفريق و

تتصوّر فيه تلك الصّور الأربع قلت هو قياس مع الفارق لوجود الدليل في الأوّل دون الثّاني مع أنّ الأصل الاستصحاب كما يثبت الأوّل
ينفي الثّاني فتأمل انتهى كلامه علا مقامه
و للنظر فيه مجال فتدبّر جيّدا

[مسألة لو أكره أهدهما على التفرق و منع من التخيير]

قوله طاب ثراه سقوط خيارهما كما عن ظاهر المحقّق (- ره-) و العلّامة و ولده السّعيد (- اه-)
قال الشيخ الوالد العلّامة أنار الله برهانه أنّ وجه الاستظهار من المحقّق (- ره-) هو أنّه قال و لو ضرب بينهما حائل لم يبطل الخيار عند
الإكراه بما لو أكرها فيظهر منه أنّه لو أكره أحدهما بطل الخيار و لكن لا يخفى عليك ما في هذه الاستفادة من الخفاء و أمّا وجه
الاستظهار من العلّامة (- ره-) فهو أنّه قال في ذيل العبارة التي سيحكّيها الماتن (- ره-) عنه ما لفظه و أنّ فالأقرب سقوطه فيسقط خيار
الأوّل انتهى و ذلك لأنّه قال بسقوط خيار الثابت عند عدم منعه من المصاحبة و التخيير و فرع على سقوطه خيار صاحبه المكروه
فقط سقط الخياران و إن كان سقوط أحدهما بالأصالة و سقوط الآخر بالتبع و أمّا وجه الاستظهار من فخر الدّين (- ره-) فليس أنّ
تقريره في شرح العبارة المذكورة ما ذكره والده و عدم الاعتراض عليه و سيذكره (- المصنف-) (- ره-) و أمّا وجه الاستظهار من
السيد عميد الدّين فهو (- أيضا-) تقرير ما ذكره العلّامة (- ره-) في عبارته المذكورة قال في شرح (- عد-) في ذيل قول العلّامة (-
ره-) أنّ الثابت فان منع من التخيير أو المصاحبة لم يسقط و أمّا فالأقرب السّيقوط (- اه-) ما نصّه لأنّه على تقدير ان لا يمنع من
المصاحبة يكون اختياره للبقاء مفارقة فيسقط خياره و حينئذ يسقط خيار الأوّل و ان قلنا باستمرار خياره في صورة الإكراه لأنّ مفارقة
أيّهما كان اختيارا يسقط الخيارين اتّفاقا انتهى و يؤكّد الظهور المذكور دعواه الاتّفاق لأنّ الظاهر أنّه لا يذهل عن الاتّفاق الذي ادّعاه
هو بنفسه و لا يخالفه عمدا قطعا بل هذه هي العمدة في الاستظهار المذكور هذا كلام الشيخ الوالد أنار الله برهانه ثمّ إنّ حجّة هذا
القول هي تحقّق الافتراق المسقط لخيار المجلس و دعوى توقّف افتراقهما المجعول غاية لخيارهما على كونه عن اختيارهما ممنوعة
بل يكفي حصوله عن اختيار أحدهما إذ لا أقلّ من الشكّ في التوقّف فأصالة عدمه هي المحكّمة بعد فقد الدليل عليه بل الدليل على
خلافه لإطلاق ما دلّ على سقوطه الخيار بالافتراق فإنّه يشمل الفرض و بعبارة و ضحى لا ريب في سقوط خيارهما جميعا بالافتراق
الثّاني من أحدهما فقط كما لو تحرّك أحدهما و الآخر ساكن فإنّ الخيار يسقط بلا خلاف لصدق الافتراق إذ كما أنّه يصدق

ص: ٤٢

على المتحرّك أنّه فارق بحركة صاحبه فكذا يصدق على الساكن أنّه فارق المتحرّك بسكونه و (-ح-) فإذا أكره أحد الطرفين على الافتراق كان سكون الآخر مع عدم المنع من المصاحبة افتراقاً اختيارياً فيسقط به خيارهما جميعاً و بذلك يسقط الاستصحاب المستدلّ به للقول الثّاني لعدم جريانه في قبال الإطلاق و التّبادر المدعى ممنوع كما يأتي توضيحه عند منع الماتن (-ره-) إياه إنشاء الله تعالى قوله طاب ثراه و ثبوته لهما الى قوله و محتمل الإرشاد (-اه-)

عبارة (-شاد-) في مبحث الخيار خالية عمّا يحتمل ذلك و لعلّ العبارة المحتملة لذلك مذكورة في غير ذلك المبحث مناسبة ثمّ إنّ حجّة هذا القول تأتي إنشاء الله تعالى في كلام الماتن (-ره-) عند قوله و كيف كان فالأظهر في بادي النّظر ثبوت الخيارين (-اه-) قوله طاب ثراه و سقوطه في حقّ المختار خاصّة (-اه-)

هذا القول مبنيّ على مقدّمتين الأولى توقّف حصول افتراقهما المجمعول غايةً لخيارهما على كونه عن اختيارهما و الأخرى كون اختيار كلّ منهما مسقطاً لخياره خاصّة و في المقدّمتين جميعاً نظر يطهر ممّا مرّ في كلامنا و ما يأتي في كلام الماتن (-ره-) قوله طاب ثراه و فضّل في (-ير-) (-اه-)

هذا التّفصيل مبنيّ على مقدّمتين الأولى كفاية حصول افتراقهما المجمعول غايةً لخيارهما عن اختيار أحدهما و الأخرى اعتبار كون المسقط فعلاً وجودياً و حركة صادرة عن اختيار أحدهما و عدم كفاية كونه تركاً اختيارياً كالبقاء في مجلس العقد مختاراً و أنت تعلم أنّ المقدّمة الأولى و ان سلّمناها آنفاً أنّ الثّانية ممنوعة أشدّ المنع لعدم الدّليل عليها و الأصل ينفي اعتبار كون المسقط فعلاً وجودياً و ليت شعري إذا غاب أحد الطرفين عن المجلس فما وجه مدخّليّة بقاء الآخر في بقاء الخيار و لعمرى إنّ هذا القول أليقّ بمذهب العاميّة القائلين بدوران الخيار مدار بقاء المجلس لإبقاء اجتماع المتعاملين فإنّه على ذلك القول يوجّه بقاء الخيار ببقاء غير المكره في المجلس بأنّ المدار على المجلس و غيبه أحدهما عنه إذا كان عن إكراه سقط عن الأثر فصار المدار في بقاء الخيار على بقاء الآخر في المجلس لكن فساد المبنيّ ظاهر فيفسد البناء

قوله طاب ثراه في شرح قول والده لو حمل أحدهما و منع من التّخاير لم يسقط خياره على اشكال (-اه-)

هذه العبارة عبارة (-عد-) و قد جعل السيّد عميد الدّين (-ره-) منشأ الاشكال من حصول المفارقة المسقطه للخيار بقوله ما لم يفترقا و من كونه مكرهاً عليها فلا تكون صادرة منه فإنّ الخبر اقتضى ثبوت الخيار لهما ما لم يتحقّق الافتراق المستند إليهما لدلالة قوله عليه السلام ما لم يفترقا حيث أسند الافتراق المسقط إليهما انتهى

قوله طاب ثراه أنّ الله على كلّ حال صريح (-اه-)

قال الوالد الشّيخ العلّامة أنار الله برهانه أنّ وجه صراحته أنّه بنى الخلاف في الثّابت على صدور فعل اختياريّ منه و عدمه فكلّ من منع من ثبوت الخيار له التزم بالصّغرى و هو كون ثبوت الثّابت فعلاً اختيارياً و كلّ من اثبت الخيار منع الصّغرى المذكورة التي هي كون ثبوت الثّابت فعلاً اختيارياً فتوجّه الإثبات و النّفي من المثبتين و النّافين الى الصّغرى صريح في تسليمهم الكبرى الكليّة خصوصاً مع تعليقه (-ره-) السّقوط في ذيل الكلام بقوله لأنّه مختار في المفارقة إذ لو لا كون الكبرى مسلمة لم يكن للتعليل بذلك وجه و (-ح-) نقول أنّه لو فرض أنّ الباقي ذهب اختياراً لم يكن لأحد دعوى عدم كون الدّهاب اختيارياً و المفروض أنّ إسقاط الافتراق الاختياريّ من قبيل المسلمات فيكون عدم سقوط خياره ممّا لا-خلاف فيه انتهى كلامه أنار الله برهانه و أنت خير بما في دعوى صراحة عبارة الإيضاح في عدم الخلاف فبسقوط الخيار بذهاب الباقي اختياراً من النّظر بل المنع فإنّ الصّريح ما لا يحتمل الخلاف و عبارة الإيضاح غير ظاهرة فيما عزی اليه فضلاً عن الصّراحة و توجيه الصّراحة بأنّه لو لا مسلميّة الكبرى لم يكن للتعليل وجه كما صدر منه قدّس سره مدفوع بأنّ التعليل به كما يحتمل كونه لمسلميّة الكبرى عند الجميع فكذا يمكن كونه لقيام الدّليل عليها عنده و جعل المطالب الخلافية كبرى القضايا بعد تمام الدّليل عليها في كلامهم غير عزيز

قوله طاب ثراه و ظاهره كظاهر عبارة القواعد ان سقوط خياره لا ينفك عن سقوط خيار الآخر فينتفى القول المحكى عن الخلاف و الجواهر (-اه-)

قال والدى العلامة أنار الله برهانه أن هذه العبارة قد تضمنت دعويين أوليهما أن ظاهر كلام فخر المحققين (-ره-) هو أن سقوط خياره لا ينفك عن سقوط خيار الآخر و هذه الدعوى لا شاهد عليها بل الوجدان شاهد بخلافها إذ ليس فى الكلام المذكور ما يمكن دعوى ظهوره فيما ذكر فالوجه ان يقال ان ظهوره فى ذلك أنما هو بالتقرير و عدم الاعتراض على ما ذكره والده فى المتن الثانية ما افاده بتفريع قوله ينتفى القول المحكى عن (-ف-) و الجواهر و هذه بحسب الظاهر مما يتجه عليه المنع لأن ظهور كلامين من فقيهين فى حكم لا- يقضى بانتفاء خلافه من غيرهما و يمكن توجيهه بأن مراده أن ظاهر عبارة (-عد-) ان عدم انفكاك سقوط خياره عن سقوط خيار الآخر أنما هو على الواقع و عند الجميع لا بحسب نظره وحده و مثله تقرير فخر المحققين (-ره-) و (-ح-) يكون تفريع انتفاء القول المذكور على ما ذكره فى محله

قوله طاب ثراه فتأمل

وجه التأمل ما فى غاية الآمال من أنه للإشارة الى ما سيأتى من احتمال أن الشيخ (-ره-) لعله أراد سقوط خيار التمكّن من التّخاير من حيث تمكّنه مع قطع النظر عن حال الآخر فلا ينافى سقوط خيار الآخر من أجل التّلازم بين الخيارين من حيث اتّحادهما فى الغايه قوله طاب ثراه بل حكى هذا القول عن ظاهر (-كره-) أو صريحها و فيه تأمل

الحاكى هو السيد العماد السيد محمّد جواد العاملى فى مفتاح الكرامة و الموجود فى (-كره-) هكذا لو أكرها على التفريق و ترك التّخاير لم يسقط خيار المجلس و كان الخيار باقيا إلا ان يوجد منه ما يدلّ على الرضا باللزوم و هو أظهر الطّريقين عند الشّافعية و الثّانى أن فى انقطاعه وجهين كالتّولين فى صورة الموت و هذا أولى ببقاء الخيار لأنّ إبطال حقّه قهرا مع بقاءه بعيد و كذا لو حمل احد المتعاقدين و اخرج عن المجلس مكرها و منع من الفسخ بان يسدّفوه مثلا- انتهى و لعلّ وجه تأمل الماتن (-ره-) ان دلّالته على ما فهمه الحاكى مبنيّة على ان يكون المراد بقوله و كذا لو حمل احد المتعاقدين أنه لا يسقط خياره وحده فيبقى خيار الآخر و اما لو كان المراد أنه لا- يسقط الخيار أصلا من شىء من الطّرفين كما لو أكرها جميعا كما لعله الأقرب الى التشبيه فإنه لا يفيد ما فهمه الحاكى فتدبر

قوله طاب ثراه للأصل

أراد بذلك استصحاب الخيار بعد الشكّ فى ارتفاعه بمفارقة أحدهما عن (-كره-) و يردّه ما مرّ فى حجّة القول الأوّل من إطلاق النصّ

قوله طاب ثراه و تبادل تقيده بكونه عن رضا كليهما ممنوع (-اه-)

وجه المنع ظاهر و ألّا للزم عدم سقوط الخيار بافتراق أحدهما الآخر مختارا مع كراهة الآخر للزوم العقد من دون مكره كما لو بنى أحدهما على الفسخ و قبل إنشائه الفسخ مشى الآخر خطوات فإنّ لازم دعوى تبادل رضاهما بالبيع حين التفريق عدم سقوط الخيار (-ح-) و لا أظنّ أن متّفقها يلتزم بذلك فضلا عن الفقيه اللبيب

قوله طاب ثراه جعل مجرّد مشيه سببا (-اه-)

(١١) قد يناقش

ص: ٤٣

فى ذلك بانّ مورد الخبر ما إذا مشى المختار و بقى الآخر الّذى لا اثر لفعله من باب الغفلة و من البين صدق الافتراق عرفا بالمشى مختارا بخلاف البقاء فمورد الخبر عكس المفروض و جعله مجرد مشيه سببا مسلمًّ الا انّ مشيه كان مشى مختار لا مكره فتدبرّ قوله طاب ثراه الا انّ ظهور الرّواية فى عدم (-اه-)

لا يخفى عليك أنّه على ما اسبقناه من عدم تمامية دلالة ما فى صحيح الفضيل لا حاجة لنا الى جعل ما ذكر من إطلاق الأخبار الحاكية لفعله عليه السلام معارضا له كى يحتاج الى المرجح قوله طاب ثراه مثل ما إذا مات أحدهما و فارق الآخر اختيارا (-اه-)

قال والدى العلامة أنار الله تعالى برهانه انّ هذه المسئلة غير المسئلة الّتى تأمل فيها جماعة منهم العلامة (-ره-) و هى أنّه هل يسقط الخيار بموت أحدهما فى المجلس فانّ تلك المسئلة مفروضة فيما إذا كان الآخر باقيا فى المجلس مع بدن الميت و هذه فيما إذا فارق الآخر جسد الميت فكلّ منهما مقيدة بقيد مناقض لقيد الأخرى

قوله طاب ثراه مع تأيد ذلك بنقل الإجماع عن السيد عميد الدين (-اه-)

قال والدى (-قده-) انّ المشار اليه باسم الإشارة هو سقوط الخيارين بمفارقة أحدهما اختيارا و الإجماع المنقول عبارة عن الاتفاق الواقع دعواه فى ذيل العبارة الّتى حكيناها عن السيد المتقدّم ذكره فى طى ما علّقناه على قول (-المصنف-) سقوط خيارهما كما عن ظاهر المحقّق (-ره-)

قوله طاب ثراه فتأمل

لعلّ وجه التأمل هو الإشارة الى إمكان كون الغاية الّتى هى افتراقهما غاية لكون البيعين بالخيار على وجه التوزيع بان يكون افتراق كلّ منهما غاية لخياره فقط دون صاحبه و (-ح-) فلا يبقى وجه لقوله انّ الغاية إن حصلت سقط الخياران و الا بقيا لابتناؤه على كون مجموع افتراقهما غاية لمجموع خيارهما كما أفاد ذلك الشّرخ الوالد قدس سره

قوله طاب ثراه مع انّ شمول عبارته لبعض الصّور الّتى لا يختصّ (-اه-)

أراد ببعض الصّور ما إذا كان غير المتمكّن قد فوّض أمر خياره قبل حصول عدم التمكّن الى صاحبه فأكره على الافتراق على وجه يتمكّن من الفسخ و التّخاير فلم يفعل فإنّه يبطل خياره و خيار غير المتمكّن الّذى فوّض خياره اليه فلم يختصّ بطلان الخيار بالمتمكّن كما تبه على ذلك والدى العلامة أنار الله برهانه

[مسألة لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعة امتداد الخيار بامتداد المجلس]

قوله طاب ثراه فالمحكى عن الشّرخ و جماعة (-اه-)

اختار الشّرخ (-ره-) ذلك فى (-ط-) و اختاره العلامة فى محكى (-ير-) و ثانى الشّهديين فى (-الروضة-)

قوله طاب ثراه لانّ الافتراق (-اه-)

قد يتمسك بوجه آخر و هو انّ الخيار يثبت بزوال الإكراه باعتراف الخصم فيستصحب الخيار الى انقضاء مجلس زوال الإكراه و هذا الاستصحاب حاكم على أصالة اللزوم الا ان يناقش بانّ الشكّ فيه فى المقتضى من حيث الشكّ فى قابلية الخيار الثابت حين زوال الإكراه للبقاء فيبنى على القول بحجية الاستصحاب عند الشكّ فى المقتضى فتأمل

قوله طاب ثراه و لم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزلة مجلس العقد

أراد أنّه لم يرد فى الأدلّة الشرعية ما يدلّ على التنزيل المذكور حتّى يستفاد من عموم المنزلة كون الخيار فيه (-أيضا-) بالافتراق

قوله طاب ثراه كما عن (- كره-) (- اه-)

لم أجد في (- كره-) التصريح بذلك إلا أن تكون النسبة لقياسه على موت احد المتبايعين و انتقال الخيار إلى الورثة كما يظهر ذلك من سيدنا في مفتاح الكرامة حيث قال و في (- كره-) أنه على الفور في مسئلة ما إذا مات احد المتبايعين و يظهر منه أن هذه من سنخ تلك فيكون الفور (- ح-) مذهب ولده في الإيضاح و الشهد في حواشى الكتاب و المحقق الثاني في (- مع صد-) انتهى لكن في نسبة الفتوى الى شخص على وجه الجزم قياسا على تصريحه بما يزعم مماثلته إياه كما ترى

قوله طاب ثراه و لعله لأنه المقدار الثابت يقينا

و الأخذ بالمتيقن فى الخروج عن أصالة اللزوم لازم و لكن قد يجب بانّ وضع هذا الخيار ليس على الفور بل على التراخي فتأمل و ربّما استدلل لهذا القول بوجهين آخرين أحدهما أنّ شرع الخيار أنّما هو للإرفاق و دفع الضرر و لا ريب فى حصول الغرض بالخيار انا ما و فيه أولاّ أنّه حكمه لا حجة فيها و ثانيا أنّ وضع هذا الخيار على السعة فى الزمان فتأمل الثاني صدق الافتراق القاضى بالسقوط على الافتراق كرها و أنّما خرجنا عن إطلاق ما دلّ على سقوط الخيار بالافتراق بالإجماع على عدم السقوط بالافتراق عن (- كره-) و هو دليل لئى يؤخذ منه بالقدر المتيقن فيرجع فى غيره إلى إطلاق السقوط بالافتراق و فيه أولاّ منع صدق دعوى الافتراق على الافتراق عن إكراه و ثانيا أنّ الاستناد فى عدم سقوط الخيار بالافتراق عن كره إلى الإجماع لا وجه له لأنه ان أراد المحصل فلا (- يخلو-) من خفاء و ان أراد المنقول كان اللمازم عليه التعلّق بإطلاقه و ثالثا أنّ رجوعه فى غير مورد الإجماع إلى الإطلاق محلّ تأمل لأنّ إطلاق ما دلّ على السقوط بالافتراق يقتضى سقوط الخيار بمجرد ارتفاع الإكراه لا ثبوته انا ما ثمّ سقوطه فإنّه إذا اعترف بالسقوط انا ما كان المرجع استصحاب الخيار الحاكم على أصالة اللزوم و بالجملة فالوجه المذكور من الأدلة التى إذا أصلح أولها فسد آخرها و إذا أصلح آخرها فسد أولها فإنّه ان ادعى صدق الافتراق على الافتراق عن كره لزمه إسقاط الخيار به للإطلاق و لا ينفع الإجماع فى تقييده بعد استناد المجمعين الى منع صدق الافتراق المحمول عليه إيرائه سقوط الخيار على الافتراق عن كره و الذى يخطر بالبال القاصر هو التفصيل فى المسئلة بين ما لو زال الإكراه فى حال اجتماعهما و بين ما لو زال فى حال غيبة أحدهما عن الآخر يعود الخيار على الأوّل الى ان يتفرقا بعد ذلك اختيارا و عدم عوده على الثانى قلنا هنا دعاوى ثلث الاولى عود الخيار لو زال الإكراه فى حال اجتماعهما و الوجه فى ذلك ظاهر لأنّ الشارع قد أسقط الافتراق عن كره عن الاعتبار فاذا زال الإكراه و هما مصطحبان عاد كما لو ناما فى محلّهما ثمّ استيقظا و بعبارة أخرى الافتراق عن كره غير مسقط للخيار شرعا فاذا زال الإكراه استصحاب الخيار الثانية أنّ المدار بعد ذلك على افتراق أحدهما عن الآخر دون مفارقتهما مجلس زوال الإكراه و تظهر الثمرة فيما لو فارقا مجلس زوال الإكراه و مشيا مصطحبين فإنّ الخيار لا يسقط على ما قلناه و يسقط على القول الآخر و الوجه فى هذه الدعوى (- أيضا-) ظاهر أنّ المدار على افتراق أحدهما عن الآخر فلا إطلاق ما دلّ على بقاء الخيار الى ذلك الوقت و أنّ المدار ليس على مفارقتهما المجلس فلعدم الدليل عليه بل الدليل و هو الإطلاق المشار اليه على خلافه واضح السبيل فإنّ المدار فى هذا الخيار ليس على مفارقة المجلس كما زعمه بعض العاوية ليقاس مجلس زوال الإكراه على مجلس الخيار بل المدار على مفارقة أحدهما الآخر كما لا يخفى الثالثة عدم ثبوت الخيار لو زال الإكراه و هما غير مجتمعين و الوجه فى ذلك ظاهر (- أيضا-) إذ بعد فرض كون الافتراق كرها لغوا غير ذى أثر كان الافتراق الموجود بينهما حال زوال الإكراه كافيا فى إسقاط الخيار فكأنّه لا استعداد للموضوع لبقاء الخيار فيه و ما ذكر من حجة القول الثانى لا يفيد عند التأمل ثبوت الخيار عند اجتماعهما حال زوال الإكراه و أنّ الاستصحاب فلانقطاعه بإطلاق ما دلّ على

ص: ٤٤

سقوط الخيار بالافتراق كما لا يخفى

مسألة و من مسقطات هذا خيار المتصرف

قوله طاب ثراه ذكره الشيخ (- ره-) فى (- ط-) (- اه-)

قد ذكر ذلك فى (- ف-) (- أيضا-) حيث قال إذا وطأ فى مدّة الخيار لم يكن مأثوما و لحق به الولد و كان حرّا و لزم العقد من جهته الى ان قال دليلنا إجماع الفرقه على انّ المشتري متى تصرف فى المبيع بطل خياره انتهى فإنّ إطلاقه المشتري و المبيع و الخيار يقضى بشمول مقاله و إجماعه للفرض

قوله طاب ثراه و العلّامة فى (- كره-) (- اه-)

قد ذكر ذلك فى (- عد-) و (- ير-) (- أيضا-) و تبعه ولده فى الإيضاح و الفاضل المقدار فى التنقيح و ثانى الشهيدى فى (- لك-) و غيرهم

قوله طاب ثراه و لعله لدلالة التعليل (- اه-)

أراد بذلك قوله عليه السّلام فذلك رضا منه فى صحيح ابن رثاب عن أبى عبد الله عليه السّلام قال الشّروط فى الحيوان ثلثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط قيل له و ما الحدث قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشّراء دلّ بعموم التعليل على سقوط الخيار بكلّ ما دلّ على الرضا فيسرى إلى خيار المجلس (- أيضا-) كما يسرى الى البائع (- أيضا-) فيسقط خياره أيضا بإيجاد ما يدلّ على الرضا و التصرف دالّ عليه قطعاً فيوجب السّقوط بالنّسبة إليهما إن كان منهما و الى المتصرف إن كان من أحدهما بل ربّما سرى بعضهم ذلك الى تصرف البائع فى المبيع و المشتري فى الثمن فأفتى بدلالتهما على الفسخ و لا بأس به بعد الأخذ بالعلّة و ادارة الحكم مدار الكشف عن الرضا الّا ان يناقش فى الصغرى أعنى دلالة التصرف على الرضا و الفسخ بالمنع منها و من إطلاقها فتأمل

قوله طاب ثراه فتأمل

استظهر الشيخ الوالد قدس سرّه كون الأمر بالتأمل للإشارة إلى أن المنفى الذى هو الشّروط المذكور ليس قابلاً لشمول شرط المجلس إذ ليس المراد بقوله ما اشترى الّا الحيوان بدلالة ما قبله و ما بعده فلا يكون المراد بالشّروط المنفى إلّا خيار الحيوان ثمّ قال قدس سرّه الّا ان يقال انّ المراد بما اشترى و إن كان هو الحيوان الّا انّ الشّروط فى الحيوان لا يختصّ بشرطه المختصّ به الغير الجارى فى غيره فيشمل سائر الشّروط المشتركة بين غيره و بينه و منها خيار المجلس و إذا سقط خيار المجلس فى الحيوان سقط فى غيره بعدم القول بالفصل أو يقال أنّه يستفاد منه انّ المناط أنّما هو الرضا المستكشف عنه بالتصرف فيقال انّ المناط المدلول عليه بالخبر موجود فى خيار المجلس (- أيضا-)

الثانى خيار الحيوان**إشارة**

قوله طاب ثراه لا خلاف بين الإمامية (- اه-)

قد جزم بعدم الخلاف فيه جمع و استظهر عدم الخلاف فيه فى مجمع الفائدة و ادعى الإجماع عليه فى (- ف-) و (- ثر-) و الانتصار و (- كره-) و غاية المراد و التنقيح و المهذب البارع و المصاييح و الجواهر و المستند و خيارات الفقيه الغروى و هداية الأنام و

محكى كشف الرّموز و غيرها بل فى الجواهر أنّه فى الجملة ضرورى بين علماء المذهب و الأصل فى ذلك النصوص المستفيضة المدعى تواترها فى (- كره-) فمنها صحيح محمد بن مسلم و خبر على بن أسباط المزبوران فى خيار المجلس و منها الصحيح الذى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن ابى عمير عن حماد عن الحلبي عن ابى عبد الله عليه السلام قال فى الحيوان كلّ شرط ثلثة أيام للمشتري و هو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط و منها الموثق الذى رواه هو (- ره-) بإسناده عن ابن سعيد عن الحسن بن على بن فضال قال سمعت أبا الحسن موسى الرضا عليه السلام يقول صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلثة أيام و منها الصحيح الذى رواه هو (- ره-) بإسناده عنه عن صفوان عن أبى أيوب عن محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال المتبايعان بالخيار ثلثة أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا و منها الصحيح الذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن جميل عن فضيل عن أبى عبد الله عليه السلام قال قلت له ما الشرط فى الحيوان قال ثلثة أيام للمشتري الحديث و منها الصحيح الذى رواه هو (- ره-) عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن جميل و ابن بكير جميعا عن زرارة عن ابى جعفر عليه السلام قال سمعته يقول قال رسول الله صلى الله عليه و آله البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان ثلث و منها الصحيح الذى رواه عبد الله بن جعفر الحميرى فى محكى قرب الإسناد عن احمد و عبد الله ابنى محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب عن على بن رئاب قال سألت أبا عبد الله سلام الله عليه قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما فقال الخيار لمن اشترى ثلثة أيام نظره فاذا مضت ثلثة أيام فقد وجب الشراء الى غير ذلك من الأخبار الآتية فى فروع المسئلة (- إن شاء الله-) (- تعالى-)

قوله طاب ثراه و ظاهر النصّ و الفتوى العموم لكلّ ذى حيوة (- اه-)

صغير بالذات أو بالوصف كالجراد و دود القزّ و زبور العسل و العلق و نحوها أو كبيرا كالذّواب و الأنعام و غيرها ناطقا كالإماء و العبيد أو غيره إنسيّا أو وحشيّا بريّا أو بحريّا و ان خرج من الماء لما أشار إليه (- قدّه-) من إطلاق النصوص و الفتاوى بل فى الأخبار ما هو صريح فى العموم مثل صحيح الحلبي حيث أكد فيه الحيوان بلفظ كلّ الذى هو من ألفاظ العموم قوله طاب ثراه لانه لا يباع من حينه (- اه-)

مضافا الى انّ ثبوت الخيار فى الثلثة أنّما يطلق على ماله استعداد البقاء ثلثة أيام فى العادة و السمك المخرج من الماء ليس (- كك-) فيكون خارجا عن منصرف الأخبار

قوله طاب ثراه و يشكل فيما صار (- كك-) (- اه-)

لا وجه لهذا الإشكال بعد انصراف غيره من نصوص الخيار فتبقى أصالة اللزوم محكمة فى مثل ذلك

قوله طاب ثراه و فى منتهى خياره مع عدم بقائه الى الثلثة وجوه (- اه-)

احد الوجوه فورية الخيار الثانى امتداده الى الموت الثالث بقائه فيما بعد الموت الى الثلثة أو الى ان يتن فيخرج عن المائيه أو يحدث فيه نقص فى ماليتها بان يجعل المنتهى أقرب الأجلين منهما و الوجه فى ذلك أنّه ان لم يكن مندرجا فى نصوص خيار الحيوان لم يكن لأصل الخيار وجه لعدم الدليل عليه و إن كان مندرجا لزم امتداده الى الثلثة ان بقى حيا أو مات و لم يخرج من المائيه و اما إذا مات قبل الثلاثة و خرج عن المائيه بحيث عدّ تلفا فمقتضى قاعدة كون التلف فى الثلثة من البائع دون المشتري بمعنى انفساخ العقد قبل التلف انا ما كما يأتى تحقيقه فى أحكام الخيار (- إن شاء الله-) (- تعالى-) هو سقوط الخيار و انفساخ العقد فالوجه الأوّل و الثانى ساقطان جزما و لا وجه لعدهما وجهها فتدبر جيّدا

قوله طاب ثراه ثمّ انه هل يختصّ هذا الخيار بالمبيع المعين (- اه-)

قد أهمل الماتن (- ره-) التصريح بجملة من فروع خيار الحيوان و احكامه و لا بدّ لنا من الإشارة إليها الأوّل أنّه لا فرق فى ثبوت الخيار المذكور ثلثة أيام بين ان يكون بالحيوان عليه أم لا- لإطلاق النصّ و الفتوى و امّا ما يظهر منه الاختصاص بما فيه عليه مثل

الصحيح الذي رواه ثقة الإسلام (-ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن الوشاء عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله سلام الله عليه قال عهدت البيع في الرقيق ثلثة أيام إن كان بها جبل أو برص أو نحو هذا و عهدته سنة من الجنون فما بعد السنة فليس بشيء حيث دل بمفهوم الشرط على الاختصاص بصورة الجبل أو البرص أو نحوه فلا عبرة به ولا قائل

ص: ٤٥

بمضمونه بل يمكن منع أصل الدلالة نظرا إلى أنه عليه السلام لم يكن بصدد بيان الخيار بل أراد بيان كون ضمان المبيع على البائع و ذلك لا- يفيد عدم ثبوت الخيار في الثلاثة إذا لم يكن برص و لا- نحوه كما لا يخفى الثاني أن ظاهر النص و الفتوى أنما هو تمام الحيوان فلو اشترى نصفه أو ثلثه أو ربعه أو الرأس أو اليد أو الرجل كما هو المتعارف في أطراف عراق العرب فالأظهر عدم ثبوت خيار الحيوان لأصالة اللزوم بعد الشك في اندراجه تحت الأدلة و يحتمل الثبوت لإطلاق الدليل نظرا إلى صدق بيع الحيوان عليه عرفا و لو مجازا لعلاقة الجزء و الكل مضافا إلى عموم الحكمة فتأمل نعم لو اشتركا في شراء حيوان بأجمعه ثبت لهما الخيار على وجه اشتراكهما فيه فلا تذهل الثالث أنه لا فرق بين كون الحيوان مبيعا مستقلا أو منضمًا إلى غيره للصدق عرفا على وجه الحقيقة فيحكم أصالة الإطلاق على أصالة اللزوم و ما يقال من أن ثبوت هذا الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن و المركب من الداخل و الخارج خارج لا وجه له ضرورة أن قاعدة الاقتصا لا تجرى في قبالة أصالة الإطلاق و خروج المركب من الداخل و الخارج لا عبرة به بل العبرة بصدق مشتري الحيوان عليه و المفروض وجوده ثم أنه على القول بثبوت الخيار فقد قال الفقيه الغروي (-ر-ه-) أنه ليس له الفسخ في الحيوان فقط بل أما ان يفسخ في الكل أو بمضى الكل قلت هذا على إطلاقه غير مستقيم و لا واضح لأنه إذا كان عين قيمة كل من الحيوان و الضميمة في البيع فما المانع من الفسخ في الحيوان خاصة بل لا مانع من الفسخ حتى مع عدم تعيين قيمة كل منهما بل باعها صفقة بقيمة معينة من غير تعيين ما قابل كلا منهما غاية هناك أنه إذا فسخ في صورة عدم تعيين ثمن كل منهما قوم كل منهما على حدة و قسط الثمن عليهما بالنسبة و استرد بمقدار قيمة الحيوان من الثمن بالنسبة و لا مانع من الفسخ بوجه بل يمكن ان يقال أن اختصاص الخيار بالحيوان يقتضى عدم جواز الفسخ في الضميمة لكون البيع بالنسبة إليها لازما و الجواز أنما هو بالنسبة إلى الحيوان كما لا يخفى و التعلق في المانع من الفسخ في البعض بلزوم الضرر بالتبعض لا وجه له فإن ذلك في غير الخيار الذي مستنده الضرر لا (- يخلو-) من اشكال لتعليلهم فيه بأن الضرر لا يجبر بمثله و كذا لا وجه للتعلق بأن الفسخ عائد إلى العقد و العقد واحد فلا يتبعض و باب التبعض للصفحة ليس فسحا لبعض العقد بل هو انفساخ من الأصل أو شيء قضى به الدليل و وجه السقوط أن العقد و ان اتحد لكنه لتعدد المبيع ينحل إلى عقود متعددة الا ترى إلى جواز الإقالة بالنسبة إلى البعض و ليس ذلك إلا لأن العقد كصيغة الأمر يقع الامتثال ببعض أفراد الأمور به دون البعض و أن العقد له تأثيرات متعددة فيرتفع البعض و يبقى الباقي فتأمل ثم على القول بعدم جواز الفسخ إلا في الكل لو فسخ في البعض فهل يصير فسحه لغوا أو يكون فسحا في الكل وجهان من أنه فسخ على وجه غير جائز و الانفاسخ في الكل غير مقصود فيقع لاغيا و من أن ذلك فسخ صدر من كامل فلا- يلغو فتأمل الرابع أنه لا- فرق في ثبوت الخيار المذكور بين ان يشترط في ضمن العقد ثبوته أو لم يشترط لإطلاق النص و الفتوى و تصريح جماعة كثيرة به بل وقع التخصيص عليه في جملة من نصوص المسئلة و معاهد اجماعاتها كصحيح الحلبي المتقدم و إجماع (-ف-) و (-ث-) و الانتصار و غيرها مضافا إلى أن شرط الخيار لا يختص جوازه بالحيوان و لا بثلاثة أيام فاختيار بيان ثبوت الخيار في الحيوان ثلثة أيام يدل على أن موردها ما لو لم يشترط و أما مع الشرط فقد يثبت أزيد من ثلثة أيام في الحيوان و غيره ان شرط ذلك و قد لا يثبت حتى في الحيوان إذا شرط سقوطه الخامس أن الكلام في ثبوت الخيار هنا للوكيل و الموكل أو لهما هو الكلام في ذلك في خيار المجلس و كذا الكلام في سقوط الخيار فيما لو اشترى من ينعق عليه فراجع ما هناك يظهر لك ما هنا

قوله طاب ثراه كما عن (-كرة-) (-اه-)

قال في (-كرة-) بعد الاستدلال بالأخبار ما لفظه و لأن العيب في الحيوان قد يثبت خفيا غالبا و في الثلاثة يختبر و يظهر أثره فوجب ان يكون مشروعا دفعا للضرر و لأنه يثبت في الشاة المصراه فكذا في غيرها لأن المناط هو ظهور العيب الخفي و لأن الحيوان يغتذى يأكل في حالتي صحته و سقمه و يتحول طبعه قلما ينفك عن عيب خفي أو ظاهر فيحتاج إلى إثبات الخيار ليندفع عنه هذا المحذور

انتهى

قوله طاب ثراه نعم يظهر من بعض المعاصرين الأوّل ولعله الأقوى

لم افهم المراد بهذا البعض و كلام صاحبى المقاييس و الجواهر خال من ذلك ثمّ انّ فى تقوية الوجه الأوّل مع جعله الثانى هو المترائى من النصّ و الفتوى ما لا يخفى و التعلّق للاوّل بالحكمة المزبورة لا وجه له لعدم اطّرادها مع أنّها هنا غير معلومة لإمكان كون الحكمة تباصر المشتري حتّى يعلم موافقه البيع لمصلحته أم لا فتدبّر

مسألة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري

قوله طاب ثراه المشهور اختصاص (- اه-)

قد سبقه فى وصف هذا القول بالشهرة فى غاية المراد و (- س-) و التنقيح و (- مع صد-) و (- الروضة-) و (- لك-) و مجمع الفائدة و المصايح و كشف الظلام و الجواهر و خيارات الفقيه الغروى و غيرها و فى الرياض و المستند أنّه الأشهر و فى كشف الظلام انّ عليه الأكثر

قوله طاب ثراه حكى عن الشيخين (- اه-)

هذا هو خيرة (- يه-) و (- ط-) و (- ثر-) و الغنية و (- يع-) و (- فع-) و (- كرء-) و (- عد-) و (- شاد-) و الإيضاح و اللّمعنة و التنقيح و (- مع صد-) و مجمع الفائدة و الكفاية و الوسائل و الهداية و الرياض و (- ثق-) و المصايح و محكى المقنعة و المراسم و الوسيلة و (- ير-) و فقه القرآن للزّاوندى و كشف الزّموز و التّبصرة و (- لف-) و شرح (- شاد-) للفخر و تعليق (- شاد-) للكركى و إيضاح (- فع-) القطيفى و الميسية و (- س-) و غيرها و هو المحكى عن ابى يعلى القاضى (- أيضا-)

قوله طاب ثراه و الشاميين الخمسة (- اه-)

قد اصطالحوا على التعبير بالشاميين بالثنائية عن الحلبي و القاضى و بالشاميين الثلاثة عنهما مع الشهيد و بالأربعة عنهم مع الكركى و بالخمسة عنهم مع الشهيد الثانى و بالستة عنهم مع ابى الحسن صاحب المدارك و بالسبعة عنهم مع صاحب المعالم و بالثمانية عنهم مع العلائى ابن الكركى و بالتسعة عنهم مع البهائى و بالعشرة عنهم مع الشيخ حسين والد البهائى و بالأحد عشر عنهم مع الميسى و بالاثنى عشر عنهم مع الشيخ محمّد بن صاحب المعالم فاحفظ هذه الاصطلاحات تنفعك

قوله طاب ثراه و بالحليين

قد تضمّنت النسخة المصحّحة كلمة الحلبيين بالباء الموحدة و لكن يبعده عدم قيام الاصطلاح فى الحلبي بلفظ الجمع و أنّما اصطالحوا بلفظ ثنائية عن ابى الصّلاح و ابن زهرة و يبعد كون العبارة هنا بالباء الموحدة انّ أبا الصّلاح من جملة الشّاميين الخمسة المشار إليهم فإذا أريد بالحليين السّنة هو و ابن زهرة و أربعة اخرون لزم التكرار و أنّما اصطالحوا فى الحلّى بصيغة الجمع فيطلق الحلّيان على ابن إدريس و المحقّق و الحلّيون الثّلاثة عليهما مع العلامة و الأربعة عليهم مع الفخر و الخمسة عليهم مع ابن سعيد و الستة عليهم مع السيورى المقداد و السبعة عليهم مع ابى العباس بن فهد و الثمانية عليهم مع ابن القطان و التسعة عليهم مع العميدى و العشرة عليهم مع والد العلامة و الأحد عشر هم مع ابن طاوس و الاثنى

ص: ٤٦

عشر عليهم مع ابن سعيد الأكبر جد المحقق

قوله طاب ثراه و عن الغنية و ظاهر (-س-) الإجماع عليه (-اه-)

قال في الغنية و يثبت خيار التلث في الحيوان بإطلاق العقد للمشتري خاصية من غير شرط و في الأمة مدة استبرائها بدليل الإجماع المتكرر انتهى و قال في (-س-) ثالثها خيار الحيوان و هو ثلثة أيام من حين العقد أو التفزق للمشتري خاصية و قال المرتضى لهما و الرواية صحيحة إلا أن الشهرة رواه و فتوى بل الإجماع يعارضها انتهى و قد ادعى الإجماع في المصاييح و مفتاح الكرامة و كشف الظلام و المستند (-أيضا-) و لكنه كما ترى

قوله طاب ثراه لعموم قوله عليه السلام إذ افترقا و جب البيع (-اه-)

قد وقع الاستدلال في كلماتهم للقول بالاختصاص بوجوه أشار الماتن (-ره-) بهذه العبارة و ما بعدها الى وجوه ثلث منها الزابع ان الأصل في البيع اللزوم على ما مرّ خرج منه المشتري بعد مفارقتة البائع إذا كان المبيع حيوانا بالاتفاق و الإجماع فيبقى العقد بالنسبة إلى البائع فيما بعد الافتراق على أصالة اللزوم و من البين إمكان لزوم العقد من جهة و جوازه من جهة أخرى قلت التمسك بالأصل إنما يتجه بعد ابطال النص الدال على ثبوت الخيار للبائع (-أيضا-) الى الثلثة و إلا كان هو المرجع دون الأصل الخامس ما تمسك به صاحب (-ثق-) و بعض من تأخر عنه من عدة اخبار مثل الصيحيح الذي رواه ثقة الإسلام عن سهل بن زياد و احمد بن محمد جميعا عن ابن محبوب عن ابن سنان يعني عبد الله قال سألت أبا عبد الله عليه صلوات الله و سلامه عن الرجل يشتري الدابة و العبد و يشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتى ينقضى الشرط ثلثة أيام و يصير المبيع للمشتري و مثله غيره مما مضمونه و في دلالة نظر ظاهر ضرورة ان غاية ما يدل عليه الخبر و ما أدى مؤذاه إنما هو كون تلف المبيع في زمان الخيار من مال البائع و لا دلالة فيه على ثبوت الخيار للبائع (-أيضا-) بشيء من الدلالات الثلث لأن ضمان البائع كما يجامع ثبوت الخيار لهما فكذا يجامع ثبوته للمشتري خاصية كما لا يخفى السادس ما جعله في (-ثق-) مؤيدا و بعض من تأخر عنه دليلا من ان الظاهر ان الحكمة في هذا الخيار ان الحيوان مظنة العيوب و هي قد تخفى كثيرا و لا تظهر غالبا و أيضا قد تتعلق به أغراض لا يمكن الاطلاع عليها الا بالاختيار و مرور الأيام فضرر الشارع للمشتري هذه المدة لإمكان ظهور العيب حتى يفسخ فيها و هذه الحكمة لا يظهر وجهها بالنسبة إلى البائع المطلع على عيوب حيوانه فلا يكون الخيار مشروعاً في حقه لانتفاء وجه الحكمة فيه و أنت خبير بأنه اعتبار و استنباط للعلل و لا حجة فيه كما لا يخفى

قوله طاب ثراه منها صحيحة الفضيل (-اه-)

وجه الدلالة ان اللام فيه للاختصاص و تخصيص المشتري بالذكر يقضى بقصر الخيار عليه مضافا الى مقابلته الثلثة للمشتري بالمجلس للبعين جميعا

قوله طاب ثراه و نحوها صحيحة الحلبي (-اه-)

وجه الدلالة ظهور اللام في الاختصاص و الوصف في التقييد للفرق الظاهر بين قولنا المشتري بالخيار و قولنا الخيار للمشتري و مثله في السائمة زكاة و الزكاة في السائمة و يؤكد ذلك افراد الضمير في قوله عليه السلام بعد ذلك و هو بالخيار فيها قوله طاب ثراه و أظهر من الكل صحيحة ابن رثاب (-اه-)

و مثلها في الدلالة ما رواه الزاوندی في محكي فقه القرآن قال و عن فضيل قلت لا يبعده الله سلام الله عليه ما الشرط في الحيوان قال ثلاثة أيام شرط ذلك في حال العقد أو لم يشترط و يكون الخيار للمبتاع خاصة قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما إلا ان يشترطا إلى مدة معينة لكن المروى في الكافي و (-يب-) عن فضيل خلاف ذلك كما مرّ و ان قيل أنه لا ضمير في ذلك لأن الزاوندی من القدماء فيكون أخذه من الأصول القديمة

قوله طاب ثراه و عن سيدنا المرتضى (- اه-)

اختار السيد ذلك في الانتصار و ابن طاوس في محكى البشرى و فى (- لك-) أنه فى غاية القوة و مال إليه فى (- الروضة-) و الكاشانى فى المفاتيح و هو الذى يقتضيه إطلاق عبارة (- ف-) المزبورة ألا ان يناقش بما فى مفتاح الكرامة أخذنا من المصايح من استظهار ان غرضه إثبات أصل الخيار رداً على العائيه و أما احتج بالإجماع على ذلك دون العموم لتصريحه فى (- به-) و (- ط-) باختصاص المشتري به فليس الشيخ (- ره-) فى (- ف-) موافقا لهما كما قد يتوهم و لا أبو الصلاح فى الكافى لأنه صرح فيه بضمان البائع له على أنه لم يحكه احد عنه انتهى ما فى المفتاح

قوله طاب ثراه لأصالة جواز العقد (- اه-)

يعنى ان العقد كان جائزا ما دام كانا فى المجلس فيستصحب اللزوم بالنسبة إليهما جميعا الى ثلثة أيام و فيه من السقوط ما لا يخفى إذ بعد اختصاص دليل الجواز بما إذا كانا باقيين على الاجتماع و التصريح بلزوم العقد إذا افترقا لم يكن للاستصحاب مجرى قوله طاب ثراه و لصحيحه محمد بن مسلم (- اه-)

قد يستدل بصحيحه محمد بن مسلم الأخر و صحيح زرارة المتقدمين المتضمنين لقوله عليه السلام صاحب الحيوان بالخيار ثلثة أيام بعد الجمع بينهما و بين الثبوت للمشتري حيث ان الجمع يقتضى الثبوت لهما و فيه ان المراد بالصاحب فيهما هو المشتري أمّا أولاً فلكونه من المجمع المبيّن فى موثق ابن فضال المتقدم به حيث قال عليه السلام صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلثة أيام و حمل المجمع على المبيّن لازم و اما ثانياً فلدلالة سياق الخبر على حصر خيار الحيوان فى أحدهما على خلاف خيار المجلس و (- ح-) فإن أريد به البائع كانا مخالفيين للإجماع لمعلوم على عدم اختصاصه بالبائع فتعين ان يكون المراد به صاحبه بعد العقد و هو المشتري مضافا الى أنه المتبادر لأنه قد انتقل اليه عنه

قوله طاب ثراه و هى رجح بحسب السند (- اه-)

غرضه بذلك مقابلة من رجح اخبار القول بالاختصاص بالمشتري بالأكثرية عددا و الأشهرية رواية و فتوى شهرة تلحق الخبر المثبت بالشواذ المتروكة بين الأصحاب بأن صحيح ابن مسلم أرجح سندا من صحيح ابن رثاب و الأصحيه من جملة المرجحات و لكن باب المناقشة على ما ذكره مفتوحة أما أولاً فلانا لو سلمنا الأصحيه فلا ريب فى ان اعراض من عدا نادر من الأصحاب عن الأصح الموجود فى الكتب الأربعة و تعلقهم بالخبر الموجود فى كتاب مرجوح بالنسبة إلى الكتب الأربعة أقوى شاهد و أوضح دليل على ان فى الخبر الأصح سميّه ليست فى الأخر و من هنا شاع بينهم و ذاع و ملأ الدفاتر و نودى على المنابر ان الخبر كلما ازداد صحه و اعتبارا ازداد بسبب اعراض الأصحاب عنه سقوطا و وهنا و اما ثانياً فلان اخبار القول بالاختصاص عديدة غير منحصره فى صحيح ابن رثاب بل فيها ما رواه راوى روايه القول بعدم الاختصاص عنى محمد بن مسلم و المروى عنه واحد فيهما و روى الأخر غيره من الثقات (- أيضا-) فيشبه ان يكون هذا هو الأصل و الأخر مرويا بظن الموافقة لهما فى المعنى فتكون روايته هذه فى قبال تلك فيبقى صحيح ابن رثاب و غيره سليما عن المعارض و ربما يرجح اخبار القول بالاختصاص بوجهين آخرين غير شهرة الزوايه و الفتوى أحدهما أنها أوفق بعمومات الكتاب و السنه التى هى بلزوم البيع ناطقه و قد قال عليه السلام ما وافق كتاب الله تعالى فخذوه و ما خالف كتاب الله فدعوه ثانيهما ان هذه الأخبار أبعد

ص: ٤٧

من التقيّة لأَنَّ الشَّيْخَ الحَرَّ العاملي (- ره-) احتمل في الوسائل حمل اخبار القول الأول على التقيّة وإن كان فيه نظر من حيث إطباق العاميّة كما سمعت من الشيخ (- ره-) في (- ف-) و علم الهدى في الانتصار على عدم ثبوت الخيار لشيء منهما فلا يبقى (- ح-) للحمل على التقيّة وجه ألما ان يبتنى ذلك على ما يظهر من بعض الأخبار من عدم توقّف الحمل على التقيّة على وجود قول بذلك للعاميّة و أنّهم عليهم السّلام أوقعوا الاختلاف في الأخبار حقنا لدمائنا فيلزم التحزّي و الأخذ بما هو الأشهر مثلا و بذلك حزم في (-) ثق-) حيث قال و احتمل في الوسائل حملها على التقيّة و لعلّه الأقرب و إن كان لا يحضرني الآن مذهب العاميّة في هذه المسئلة لمّا عرفت في مقدّمات كتاب الطّهارة من أنّ الحمل على التقيّة لا يتوقّف على وجود القائل بذلك منهم فإنّه لمّا كان الأصحاب سلفا و خلفا سوى المرتضى (- ره-) على هذا القول المشهور و اخبارهم كما عرفت متظافرة به فإنّه يعلم بذلك كونه مذهب الأئمّة (- ع-) عليهم السّلام و ليس لما خالف ذلك ممّا ورد عنهم عليهم السّلام محمل غير التقيّة انتهى و فيه نظر ذكرناه في محله قوله طاب ثراه فالإنصاف أنّ دلالتها بالمفهوم (- اه-)

أراد بذلك إثبات أظهرية أخبار القول بالثبوت لهما و يمكن المناقشة فيما ذكره بمنع كون دلالة صحيح بن رثاب بالمفهوم و اىّ منطوق أقوى و امتن من قصر المجيب الحكم على احد الأفراد التي ردّد السائل الحكم بينها و لعمري أنّ ما ارتكبه من الحمل و التّأويل ممّا لا ينبغي صدوره من مثله و كيف يحتمل في حقّه عليه السّلام إخفاء بعض الحكم في جواب المستفسر عن حقيقة الحال المرّد بين الأطراف في السّؤال ان ذلك إلّا تأخيرا للبيان و تعميّة للمتخصّص عن الأحكام الشرعيّة فتأمّل قوله طاب ثراه من أنّ خيار الحيوان للمشتري على البائع (- اه-)

توضيحه أنّ كون الخيار للمجموع كما يحصل بثبوته لكلّ منهما فكذا يحصل بخيار للمشتري لأنّه إذا كان للمشتري الخيار على البائع صدق أنّ الخيار بينهما و وجه كونه في غاية السّقوط مخالفته لظاهر عبارة الرّواية قوله طاب ثراه نعم هنا قول ثالث (- اه-)

قلت هنا قول رابع و هو الفرق بين ما لو كان كلّ من الثمن و المثلن حيوانا و بين ما لو كان أحدهما حيوانا و الآخر غير حيوان بالثبوت لهما في الأوّل و للمشتري خاصّة في الثاني و قد حكى هذا القول في مفتاح الكرامة عن الصّيمري في غاية المرام ثمّ قال (- ره-) و قد مال اليه أو قال به جماعة كأبي العباس (- ره-) و الكركي (- ره-) في المقتصر و تعليق (- شاد-) و القطيفي (- ره-) في إيضاح (- فع-) و الفاضل الميسي (- ره-) و الشّهيد الثّاني في (- الروضة-) لأنّهم بين مستوجه له و مقرب و مقوله أو ناف عنه البعد و لم يحكم به سوى الصّيمري و قد جعله في (- مع صد-) ثالث الأقوال و نفى عنه فيه البعد انتهى و لكن لا يخفى عليك انه لم يتقن النّقل لأنّ اللّدى افتى به في (- لك-) و (- الروضة-) أنّما هو ما نسبه إليه في المتن من الثبوت لهما مع كون الطّرفين حيوانا و للبائع خاصيّة مع كون الثمن حيوانا دون المثلن و للمشتري خاصيّة في عكسه قال في (- لك-) بعد إثبات الخيار لهما مع كون الطّرفين حيوانا و للمشتري مع كون المبيع حيوانا ما لفظه و لو كان الثمن خاصيّة حيوانا ثبت الخيار للبائع خاصيّة على الأقوى انتهى و مثله ما في (- الروضة-) و يظهر اثر الفرق بين القولين فيما لو كان الثمن خاصّة فإنّ لازم القول الرّابع الذي ذكرناه عدم ثبوت الخيار لهما لعدم كون الطّرفين حيوانا و لا للمشتري لعدم كون المبيع حيوانا و اما على قول الشّهيد الثّاني (- ره-) فيثبت الخيار لصاحب الحيوان مطلقا ثمّ أنّ حجّة القول الرّابع هي صحيحة محمّد بن مسلم المزبورة حجّة للقول بالثبوت بعد حمله على كون كلّ من المبيع و الثمن حيوانا كما ارتكبه جماعة بل عزاه في الوسائل إلى أكثر الأصحاب و فيه انّ الحمل أنّما يقبل عندنا إذا كان عليه شاهد من الأخبار أو ساعده فهم العرف كما بيّنا ذلك في المطارح و لا ريب في انتفاء كليهما في المقام فلا يصار اليه قوله طاب ثراه لعموم صحيحة محمّد بن مسلم (- اه-)

هذا احد الوجوه المستدلّ بها للقول الثالث الثّاني الحكمة المتقدّم ذكرها في طيّ حجج القول بالاختصاص فإنّها مشتركة بين الجانبين

وفيه أنه ان أريد بها العلة المستنبطة فلا ريب في عدم جواز العمل بها ما لم تكن معلومة علما قطعيا من عقل أو نقل من إجماع أو نص فتكون منقحة وإن كانت منصوصة كفي فيها الظن لأن الدلالة (-ح-) لفظية وليس في المقام شيء منهما قطعا وان أريد بها الحكمة في شرع الحكم و موافقته للاعتبار ففيه ان هذه لا يناط بها الحكم لعدم انضباطها و أطراد الحكم بدونها الثالث أنه مقتضى الجمع بين اخبار الباب وفيه ان أولوية الجمع مهما أمكن حتى مع فقد الشاهد عليه منها و عدم مساعدة العرف إياه ممنوعه أشده كما لا يخفى على من راجع المطارح و الذي يقتضيه التحقيق هو قوة هذا القول اما أولا فلان إطلاق الصحيحين المزبورين صاحب الحيوان محكم و لا وجه لتقيده بالمشتري لمجرد تقيده به في موثق ابن فضال ضرورة ان النسبة بين قوله عليه السلام صاحب الحيوان بالخيار ثلثة أيام و بين قوله (-ع-) صاحب الحيوان المشتري بالخيار إنما هي الإطلاق و التقييد الغير المتنافي ظاهرهما إذ لا مانع من ثبوت الخيار لصاحب الحيوان بائعا كان أو مشتريا و لصاحب الحيوان إذا كان مشتريا و قد تقرّر في صناعة الأصول اختصاص قاعدة حمل المطلق على المقيّد بما إذا تنافى ظاهرهما و اما مع عدم التنافي فيعمل بكلّ منهما بحiale و (-ح-) فيدور الخيار مدار صاحب الحيوان فإن كان هو البائع كان الخيار له دون المشتري و إن كان هو المشتري كان الخيار له دون البائع و إن كانا كلاهما كان الخيار لهما و لا يتوهم مخالفة ذلك للأخبار المزبورة المشهورة رواية و فتوى و الإجماعات المنقولة على حد الاستفاضة الدالة على اختصاص الخيار بالمشتري ضرورة انصراف تلك الأخبار الى ما لو كان المبيع حيوانا دون العوضين جميعا و دون الثمن وحده فإنه لا يشك أحد في تبادل ذلك من تلك الأخبار و العبائر و انسياقها لذلك فلا دلالة فيها على نفى الخيار للبائع إذا كان العوضان حيوانين أو الثمن خاصية حيوانا فالقول بثبوت الخيار في الفرضين ليس مخالفة للقول المشهور و لا للمنقول من الإجماع بل هو قول بذلك مع زيادة لدليل كما لا يخفى و اما ثانيا فلما تقرّر في محله من ان تعليق الحكم على الوصف يقتضى العلية و قد علّق عليه السلام الحكم على كونه صاحب حيوان و منتقلا اليه الحيوان فيفيد عليه انتقال الحيوان الى شخص لثبوت الخيار له و يثبت بذلك المطلوب فتحصل ان الحق المؤيد المنصور هو القول المشهور فيما إذا كان المبيع حيوانا دون الثمن مع زيادة ثبوت الخيار للبائع خاصية إذا كان الثمن خاصية حيوانا و لهما إذا كان العوضان حيوانين و الله العالم

قوله طاب ثراه لأن الغلبة قد تكون (-اه-)

أراد بذلك ان الغلبة الناقصة يصح الاعتماد عليها في ذكر القيد الوارد على طبقها مع كون الحكم متعلقا بأصل الطبيعة بخلاف الإطلاق فإنه لا يصح الاعتماد في تقيده على الغلبة الناقصة بأن يكون الحكم منوطا بما هو الغالب على وجه الغلبة الناقصة فلا بد من كون الغلبة كاملة و السرّ في ذلك ان ذكر القيد في الكلام يدور مدار نكتة رافعة لصيرورة القيد لغوا بخلاف الإطلاق مرادا به المقيّد فإنه لا بد فيه من قرينة قوية تصلح صارفة عن الظهور الأصلي الذي هو الإطلاق على وجه يصير اللفظ ظاهرا في المقيّد و ليست إلّا الغلبة الكاملة الصالحة لتعين المقيّد بخصوصه كما تبّه على ذلك الشيخ الوالد العلامة أنار الله برهانه

قوله طاب ثراه

ص: ٤٨

و لا صحیحة محمد بن مسلم المثبتة (-اه-)

المراد بها هى المتقدمة عند ذكر مستند علم الهدى (-ره-)

قوله طاب ثراه لكن الإشكال فى إطلاق الصحیحة الأولى (-اه-)

أراد بها الصّیحة المتضمنة لقوله عليه السّلام و صاحب الحيوان بالخيار ثلثة أيام و وصفها بالأولى لكونها أول ما ذكره بعد القول الثالث

قوله طاب ثراه فلا محيص عن المشهور (-اه-)

قد عرفت انّ الحقّ الذى لا محيص عنه هو القول الثالث

[عدم الفرق بين الأمة و غيرها فى مدة خيار الحيوان]

قوله طاب ثراه لا فرق بين الأمة و غيرها (-اه-)

ای من العبد و الحيوانات صرح بذلك الحلّى فى (-ثر-) و الشهداء فى اللّمعين و محكى (-س-) و اخرون ممن تأخر عنهم بل نسبة فى الرياض إلى الأكثر قيل لعلّ مراده ظاهرهم قلت النسبة فى محلّها لأنّ الإطلاق فى كلمات الفقهاء كغيرها معتبر

قوله طاب ثراه بل عن الأوّل دعوى الإجماع (-اه-)

قال فى الغنية و الخيار فى الأمة مدّة استبرائها بدليل الإجماع المتكّرر انتهى

قوله طاب ثراه و ربّما ينسب هذا إلى المقنعة (-اه-)

قال فى المقنعة و (-ية-) لو ابتاع إنسان جارية و عزلها عند ثقة على استبرائها كانت النفقة عليها من مال البائع فى مدّة الاستبراء فان هلك فيها فمن ماله دون مال المبتاع انتهى و قريب من ذلك فى المؤدّى عبارتا المراسم و الوسيلة و محكى الجامع

قوله طاب ثراه و لم أقف لهم على دليل

ای عدى إجماع الغنية الذى هو كسر اب بقیعة الا ان يحمل على صورة عدم قبض المشتري الأمة فيثبت خيار التأخير لكنّه خلاف مصبّ عبارتهم و على اى حال فالأقوى عدم الفرق لإطلاق الأخبار بل عموم صحیح الحلبي المؤكّد للحيوان بالكلّ و خصوص صحیح ابن رثاب الذى مورده الجارية و صحیح ابن سنان المتقدم الصّريح فى الشمول للجارية بقريئة الجبل مؤيّدا ذلك كلّ بإطلاق الإجماعات المزبورة فى صدر المقال و نفى البعد عن القول الآخر نظرا الى ذهاب معظم الأصحاب اليه و حكاية الغنية الإجماع عليه كما صدر من سيّدنا فى مفتاح الكرامة ساقط بالبدهة إذ قول المعظم لا حجّة فيه فى قبال قول الحجّة المعصوم عليه السّلام و إجماع الغنية لا ينفع مع وجود الخلاف و دعوى الإجماع على خلافه من قوم فلا تذهل

[فى أن مبدأ خيار الحيوان من حين العقد]

قوله طاب ثراه مبدء هذا الخيار من حين العقد (-اه-)

هذا هو خيرة (-كره-) و (-شاد-) و التنقيح و اللّمعين و غاية المراد و (-لك-) و (-مع صد-) و مجمع الفائدة و الكفاية و الرياض و المستند و (-ثق-) و المصاييح و غيرها بل فى المصاييح و خيارات الفقيه الغروى أنّه ظاهر المعظم بل فى مجمع الفائدة و المقاييس و غيرهما أنّه المشهور بين الأصحاب ثمّ لا- يخفى عليك انّ لازم نزاعهم فى كون مبدء خيار المجلس من حين العقد أو من حين التفزق هو تسالمهم على ثبوت خيار المجلس فى بيع الحيوان لكلّ من المتبايعين لإطلاق دليله و يظهر اثر ذلك بالنسبة إلى البائع على القول المشهور من عدم ثبوت خيار الحيوان له فإنّه يثبت له خيار المجلس و كذا فيما إذا أسقطا خيار الحيوان فى العقد أو بعده فإنّه

يبقى لهما خيار المجلس و قد ادعى فى المقاييس الاتفاق على دخول خيار المجلس فى بيع الحيوان (- أيضا-) و مع ذلك فرما احتمل بعضهم عدم الثبوت نظرا الى ان لازم مقابلة خيار المجلس بخيار الحيوان و جعل مورد الأول غير الحيوان و مورد الثانى الحيوان هو عدم جريان خيار المجلس فى بيع الحيوان الا ترى الى قوله عليه السلام فى خبر على بن أسباط الخيار فى الحيوان ثلثة أيام للمشتري و فى غير الحيوان ان يتفرقا و مثله صحيح فضيل عن ابى عبد الله عليه السلام قال قلت له ما الشرط فى الحيوان قال ثلثة أيام للمشتري قال قلت له و ما الشرط فى غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا الحديث فتأمل كى يظهر لك إمكان ان يقال ان المراد بقوله ما الشرط فى الحيوان هو السؤال عن الحيوان من حيث كونه حيوانا فيكون المراد بقوله غير الحيوان غير الملحوظ بعنوان كونه حيوانا فيشمل الحيوان إذا لوحظ باعتبار كونه مبيعا لا باعتبار عنوان كونه حيوانا و مثله المراد فى قوله عليه السلام و فيما سوى ذلك من بيع كما نبه على ذلك الوالد العلامة أعلى الله مقره و مقامه

قوله طاب ثراه لظاهر قوله عليه السلام (- اه-)

هذا أحد أدلة هذا القول و وجه الظهور هو ان بيانه عليه السلام منتهى كل من خيار المجلس و خيار الحيوان ظاهر فى موافقتها فى المبدأ و مبدأ الأول من حين العقد فكذا الثانى الثانى ما تمسك به فى التنقيح و الإيضاح و غيرهما من ان العلة للخيار هو العقد فلو تأخر عنه لزم تأخر المعلول عن علته و هو محال و فيه أولا التقص بما لو اشترط فى ضمن العقد الغير المقتضى للخيار من بعد العقد بيوم أو ساعة إلى عشرة ساعات مثلا- فإنه يجوز بلا خلاف فما هو الجواب عن لزوم تأخر المعلول عن علته فهو الجواب هنا و ثانيا الحل بان ذلك ليس من تأخر المعلول عن علته إذ بعد ثبوت ان المبدء من حين التفريق يكون العقد علة للخيار من حين التفريق و لازمه انما هو امتناع تأخر ثبوت الخيار من حين التفريق لاستلزامه تأخر المعلول عن علته لا امتناع تأخره من حين العقد لفقد العلية بالنسبة الى ما قبل التفريق حتى يلزم تأخر المعلول عن العلة و بعبارة و جيزة الوجه المذكور قاصر عن إثبات المطلوب ضرورة عدم إثباته عليه العقد للخيار من حينه حتى يلزم من القول بكونه من حين التفريق تأخر المعلول عن علته فالتمسك به فرع إثبات عليه العقد للخيار من حينه فان أريد إثبات العلية على ذلك النحو بدليل آخر كان هو الحجية دون هذا الوجه و ان أريد إثباته بهذا الوجه فلا دلالة فيه كما لا- يخفى على المتدبر البصير الثالث انه لو لا كون مبدئه من حين العقد للزم بطلانه لانه لا يعلم مبدئه للجهد بوقت التفريق و احتمال الزيادة و التقصان و هو يوجب الغرر أشار إليه فى غاية المراد و فيه أولا التقص بما لو شرط فى ضمن العقد الواقع على غير الحيوان ثبوت الخيار له بعد التفريق الى يومين مثلا فإنه يصح بوفاق من الخصم فيلزم صحة الفرض (- أيضا-) لعدم الفارق و ثانيا ان احتمال الزيادة و النقصان ممنوع لأن مقدار المدة ثلثة أيام على كل حال و انما الجهالة فى مبدئه و هى غير قادمة لعدم الدليل عليه و دفع الأصل له و قاعدة الغرر لا- تقتضى ذلك و انما الغرر فيما لو كان أصل مقدار المدة مجهولة و ليس فليس الزابع ما فى كشف الظلام من ان الأصل للزوم فمهما أمكن رفع الخيار عن جزء من الزمان فهو اولى بل هو متعين و لا ريب فى انه إذا جعل مدة الخيار من حين العقد قلت مدة الخيار بتداخله مع خيار المجلس فالاعتصار على المتيقن فيما خالف الأصل متعين و فيه ما لا يخفى

قوله طاب ثراه خلافا للمحكي عن ابن زهرة (- اه-)

فإنه ساق الكلام على وجه الكلية و قال اعلم ان ابتداء المدة للخيار من حين التفريق بالأبدان لا من حين حصول العقد لأن الخيار انما يثبت بعد ثبوت العقد و هو لا يثبت الا بعد التفريق فوجب ان يكون الخيار ثابتا من ذلك الوقت انتهى

قوله طاب ثراه و كذا الشيخ و الحللى (- اه-)

(١١) أصل هذه الشبهة و الاستظهار من الشهيد (- ره-) فى غاية المراد و لا- تخلو من نظر سيما مع ظهور بعض عبارتهما فى كون المبدء فى هذا الخيار من حين العقد و كفاك منها قول الحللى (- ره-) فى (- ثر-) ان المذهب مستقر فى ان الخيارين للمشتري فى الحيوان بمجرد العقد خيار المجلس و خيار الثلث

ص: ٤٩

انتهى

قوله طاب ثراه نعم ربّما يستدلّ عليه بأصالة (- اه-)

تقرير هذا الأصل أنّه إذا كان مبدئه من حين العقد يكون انقضاء الثلثة فى زمان أقلّ منه فى زمان يكون مبدئه من حين التفريق فيستصحب فيه الخيار بقدر زمان ما بين العقد و التفريق و فيه أولا انّ ظاهر الأدلّة يأبى من جريان الأصل و ثانيا انّ استصحاب الخيار بعد انقضاء ثلثة أيام من حين العقد الى مضيّ مقدار زمان ما بين العقد و التفريق فرع كون المبدء من حين التفريق فلو اثبت كون المبدء من حين التفريق بالاستصحاب لزم الدور فتأمل

قوله طاب ثراه بل أصالة عدم حدوثه (- اه-)

هذا تقرير آخر للأصل و الفرق بينه و بين التقرير السّابق كون مجرى هذا أوّل المدّة و مجرى ذاك آخرها و تقرير الأصل انّ الخيار حادث و الأصل تأخر حدوثه الى انقضاء المجلس و فيه أولا ما فى سابقه من عدم جريانه فى قبال ما مرّ من الدليل و ثانيا أنّه مثبت لأنّ المقصود إثبات كون خيار الحيوان بعد انقضاء المجلس و كونه بعده من اللّوازم العاديّة لعدم كونه قبله و قد تقرّر فى محلّه انّ الأصول المثبتة لا عبرة بها فتأمل كى يظهر لك إمكان دعوى خفاء الواسطة و ثالثا أنّه معارض بأصالة عدم التأخر

قوله طاب ثراه و بلزوم اجتماع (- اه-)

الظاهر أنّه أراد بالمسبب بالفسخ و بالسببين خيارى المجلس و الحيوان و يقرب من هذا الوجه ما تمسك به فى الإيضاح لهذا القول من انّ خيار المجلس يثبت حال العقد فلو ثبت خيار الحيوان (- أيضا-) (- ح-) لاجتماع المثلان و هو محال و أوضح من ذلك ما فى التنقيح حيث استدلّ بلزوم اجتماع المثليين و اجتماع العلتين على معلول واحد شخصيّ قال و كلاهما منفيّ بيان اللزوم انّ مدّة خيار المجلس امّا ان يكون الثابت فيها خيارين أو واحدا فإن كان الأوّل لزوم اجتماع المثليين و إن كان الثانى لزم اجتماع العلتين على المعلول الواحد ثمّ انه أجاب عن ذلك بأننا نختار ثبوت خيارين و نمنع انّ كليهما مثلاين لأنّ أحدهما خيار المجلس و هو ثابت للمتبايعين و الآخر خيار الحيوان أو هو ثابت للمشتري خاصة ثمّ سلم كون الخيارين واحدا ثمّ قال و لا يلزم ما ذكرتم لأنّ علل الشّرع معرّفات لا مؤثّرات و لذا اجتمعت فى المجلس و العيب و خيار الرّؤية من غير خلاف

قوله طاب ثراه و ما دلّ على انّ تلف (- اه-)

هذا الوجه قد تمسك به فى المقاييس ثمّ أجاب بأنّ ظاهر الأخبار كون التلف فى الثلثة من البائع من حيث أنّه فى الثلثة و كذا التصرف على انّ الغالب وقوعهما بعد التفريق و لو سلّمنا فاطلاقهما معارض بإطلاق ما دلّ على ثبوت الخيار للمشتري الشّامل لزمان المصاحبة و على زواله بتصرفه مطلقا و بما يعطيه ظاهر بعض الأخبار الماضية من أنّه لا فرق بين خيار المجلس و الحيوان إلّا فى آخر المدّة بقريته المقارنة و أنّه لا يثبت فى الحيوان خيار ألّا ثلثة أيام فإنّه على هذا امّا لا- خيار فى المجلس فيه أو يتداخل الخياران و الأوّل باطل بالاتفاق فيبقى الثانى و هو المطلوب انتهى و أقول توضيح الاستدلال انّ مقتضى القاعدة هو كون التلف فى زمان الخيار المشترك من المشتري و الخيار المختصّ من البائع فلو كان مبدء خيار الحيوان من حين العقد لكان التلف قبل التفريق فى زمان الخيار المشترك فيلزم كون التلف من المشتري و الحال دلالة النصّ على كونه من البائع فعلم أنّ مبدئه من حين التفريق حتّى يكون التلف فى زمان الخيار المختصّ بالمشتري و الجواب أولا انّ ذلك أمّا يتمّ لو لا النصّ على كون خيار الحيوان (- أيضا-) من المشترك و قد عرفت وجوده فلم لا يكون الخبر المذكور مبتنيا على ثبوت الخيار لهما و ثانيا انّ الخبر ان لم يكن شاملا للتلف قبل التفريق لدعوى انصرافه الى التلف بعده فلا شبهة فى لزوم مخالفة الحكم للقاعدة مطلقا و إن كان شاملا للتلف قبل الافتراق كما هو مقتضى الإطلاق لزم على كلّ حال تخصيص القاعدة به حتّى على القول بكون المبدء من حين التفريق لأنّه إذا تلف فى المجلس فمقتضى النصّ كونه من البائع مع انّ الخيار قبل التفريق خيار مشترك مع انّ مقتضى القاعدة كونه (- ح-) على المشتري فالخبر على كل حال مخصّص للقاعدة فلا

يدل على مدعى المستدل بقى هنا وجوه آخر تمسكوا بها لهذا القول اعنى كون المبدء من حين التفريق الأول أنه لو كان المبدء من حين العقد لزم كونه مؤكدا لخيار المجلس الى ان يفترقا و لو كان من حين التفريق كان مؤسسا و التأسيس أولى من التأكيد و فيه أولا ان التأسيس هنا خلاف ما وضع عليه العقد لأنه وضع على اللزوم و ثانيا ان الأولوية ممنوعة و لو سلمت فإنما هي فى الألفاظ كما إذا وردت عبارتان و احتمال تأدية إحداهما عين ما أدته الأخرى و غير ما أدته فإنها تحمل على الثانى اما فى الأحكام فلا و ثالثا ان مخالفة الأولى غير قادحة سيما مع افادة ظاهر الدليل التأكيد فإن الظواهر هى المعتمدة فى باب الألفاظ و رابعا منع استلزام الثبوت من حين العقد التأكيد بل لازم بقاء أحدهما بعد اشتراط سقوط الأخرى فى ضمن العقد هو التعدد و التأسيس الثانى ان الشارع قد اثبت هنا خيارين و الأصل استقلال كل منهما برأسه و عدم تداخلهما و جوابه ما فى المتن من قوله و يرد التداخل ان الخيارين (-اه-) الثالث ما سمعته فى عبارة الشيخ من ان الخيار يثبت بعد ثبوت العقد و العقد لا يثبت الا بعد التفريق فوجب ان يكون الخيار ثابتا من ذلك الوقت و الجواب عن ذلك من وجهين أحدهما ما فى غاية المراد من أنا لا نسلم توقف ثبوت الخيار على ثبوت العقد ان عنى به اللزوم كما هو صريح الحلّى و ان عنى به مطلق الثبوت فهو مسلم و الإيجاب و القبول كافيان فيه ثانيهما التقض بخيار المجلس و التزام ثبوته قبل ثبوت العقد بين البطلان لأن المعلول لا يتقدم على علته و دعوى ان السبب المقتضى له هو الإيجاب و القبول و ان لم يثبت بهما العقد مشتركة الورود و لو سلمنا فيلزم على هذا توقف ثبوت الخيار على زواله إذ لا قائل بالفرق بين خيار المجلس و الشرط و الثلاثة فى توقف الانعقاد على انقضائها فإذا كان ثبوت الخيار متوقفا على الانعقاد لزم ما قلنا و هو يوجب الدور و (- أيضا-) على هذا يكون مبدء خيار الشرط بعد الثلثة أو بالعكس و لا يقولون به نعم لو قلنا بتخلل ان قليل للزوم العقد بين التفريق و ثبوت الخيارين و ان المبدء فيهما بعده لا من حين التفريق بلا فصل على ان يكون التعبير به من باب المساحة أتجه الدليل لو تمت الصيغة و لكن فى الجميع نظر لا- يخفى الزايع ان العقد مقتضى للزوم لو لا الخيار و المفروض وجود الجواز ما لم يفترقا فثبوت خيار الحيوان يتوقف على لزوم العقد الحاصل بالتفريق ذكره فى المصاييح ثم رده بان ارتفاع الخيار المخصوص لا يقتضى اللزوم مطلقا بل

اللزوم اللازم من رفعه فيصح تعلقه بالجائز هذا ما وسعنا من تحرير أدلة الطرفين و قد بان لك من ذلك كله ان الثبوت من حين التفريق هو الحق اليقين و القول المتين لظاهر اخبار المعصومين صلوات الله عليهم أجمعين

قوله طاب ثراه كما استظهره بعض المعاصرين (-اه-)

يحتمل ان يكون مراده به صاحب الجواهر (-ره-) فإنه قد قوى ذلك

قوله طاب ثراه و إن كان بائعا (-اه-)

التقييد بهذا من جهة ان متملك الحيوان أما يتملكه فى مقابل الطعام الذى باعه على صاحب الحيوان

قوله طاب

ص: ٥٠

ثراه و تمثيله بما ذكر مبنئ (-اه-)

وجه ابتناء التقييد بما ذكر على عدم اختصاص الخيار بالحيوان المعين هو أنه ذكر أنه لو أسلم حيوانا و معلوم أن اسلاف الحيوان أعم من ان يكون ذلك بجعله ثمنا بعنوان الكلية بان يسلف شاء موصوفه بأوصاف رافعه للجهاله في مقدار من طعام معلوم ثم يعوض قبل التفزق ما هو مصداق له في الخارج و من ان يكون بجعله ثمنا بعد تشخيصه في الخارج و لم يقيد الممثل الحيوان بكونه مشخصا في الخارج و معينا و لا يعتبر في تحقق حقيقة السلم كون ثمنا شيئا شخصيا و لا جعل ذلك من شرائطه و إنما اشترط فيه وقوع قبض الثمن قبل التفزق فلا يتم التمثيل بما هو أعم إلا بعد عدم اعتبار الاختصاص بالفرد منه و إلا كان اللأزم التقييد بما يفيد الاختصاص كما لا يخفى

[مسألة لا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة أيام]

قوله طاب ثراه لا لدخول الليل في مفهوم اليوم بل للاستمرار المستفاد من الخارج غرضه (-قده-) بذلك أن المستند في نفي الإشكال في دخول الليلتين المتوسطتين ليس هي دعوى دخول الليل في مفهوم اليوم متى أطلق عرفا بل لظهور قولهم (-ع-) ثلثة أيام في الأخبار في استمرار زمان الخيار من حين العقد الى انقضاء الثلثة و لازم الاستمرار دخول الليلتين المتوسطتين فقولهم (-ع-) الشرط في الحيوان ثلثة أيام يدل على دخول الليلتين المتوسطتين بالدلالة الالتزامية العقلية لأن لازم الاستمرار ذلك و من هذا ظهر الوجه في دخول الليالي الثلث عند التلفيق لأن استمرار الخيار من حين العقد الى ثلثة أيام المستلزم لثبوته في تتمه اليوم الثالث يستلزم ثبوته في ليلة اليوم المتمم كما لا يخفى قوله طاب ثراه فالظاهر بقاء الخيار (-اه-)

قلت بل الظاهر بقاء الخيار الى ان يمضى من الليلة الرابعة بمقدار ما مضى من ليلة العقد لأن الظاهر عرفا من قوله عليه السلام ثلثة أيام إنما هو ثلثة أيام و ثلث ليال حقيقة التي هي عبارة عرفا عن اثنتين و سبعين ساعة و لو شك فاستصحاب الخيار الى انقضاء اثنتين و سبعين ساعة محكم و ما ذكرناه من دخول المقدار المذكور من الليلة الرابعة هو الذي يقتضيه قول العلامة الطباطبائي (-ره-) في المصايح ان المدّة مقدار ثلثة أيام بلياليها تحقيقا لأنه الأصل في التحديد انتهى و من هنا ظهر دخول الليلة الأخيرة فيما لو باع أول طلوع الفجر مثلا و استقرب بعض مشايخ العصر (-قده-) عدم الدخول نظرا الى صدق مضي ثلثة أيام لغه و عرفا فيما لو باع أول فجر الجمعة مثلا بغروب يوم الأحد و لكنّه كما ترى بعد ما عرفت من ظهور الأيام الثلاثة في اثنتين و سبعين ساعة قوله طاب ثراه و يحتمل التقص (-اه-)

هذا وجه ثالث في المسئلة و يضعفه ما أشار إليه (-المصنف-) (-ره-)

قوله طاب ثراه قيل (-اه-)

القائل هو العلامة (-ره-) الطباطبائي في المصايح و تلميذه في مفتاح الكرامة

قوله طاب ثراه فإن أراد الليلة السابقة

قلت لازم ما ذكره إلى آخر المسئلة هو اختلاف حال الخيار باختلاف أوقات البيع فلو باع في أول فجر الجمعة انقضت الخيار بغروب يوم الأحد و لم يكن خيار في الليلة الثالثة و لو باع في ظهر الجمعة دخلت ليلة الاثنين لكون نصف يوم الاثنين متما للأيام الثلثة و كذا لو باع في غروب الجمعة و أما لو باع نصيفه ليلة الجمعة فتدخل ليلتان و نصف اعنى نصف ليلة الجمعة و ليلتا السبت و الأحد و هكذا و ربما تمسك بعضهم لعدم دخول الليلة الثالثة بأصالة عدم دخول الليل خرجت الليلتان المتوسطتان بظاهر الأدلة و بقيت الليلة الأخيرة تحت الأصل و فيه ان أصالة عدم بمعنى الاستصحاب لا مجرى لها لكون الحالة السابقة هي وجود الخيار لا عدمه و أصالة

العدم برأسها لم يثبت اعتبارها و لو سلم فاستصحاب الخيار حاكم عليها و للفقهاء الغرويّ الشيخ علي (- قدّه-) مسلك آخر حيث قال أنّ مرجع البحث في دخول الليلة الأخيرة الى أنّ اليوم هل هو مقول على ما بين طلوع الى المغرب أو عليه و على الليل بطريق الاشتراك اللفظي أو المعنويّ أو أنّ العدد من الأيام موضوع بوضع آخر أو أنّه مجاز في المفرد أو في العدد باعتبار الهيئة أو الدخول بحسب الحكم لا الاسم و القرينة أو الدليل بعد الطفرة لأنّ اليوم يقابل الليلة فهو ما بين طلوع الفجر الى غروب الحمرة المشرقية ثمّ قال و لو ادّعى أنّه أظهر فردى الحقيقة و يكون كالمشترك بين الكلّ و جزئه لم يكن بعيدا ثمّ قال و أمّا الليلة الأولى فغير بعيد ان يقال بأنّ الأيام المتعدّدة إذا تعلق بها الخطاب كأيام الاعتكاف و الإقامة و التردّد ثلثين يوما و أيام الحيض و أكثره و العدد و نحوها يجوز فيها إدخال الليلة الأولى و إخراجها فهي كالمشترك بين الكلّ و جزئه فإنّ أدخل الليلة صارت جزء و ليست بخارجة حتى تكون العشرة تسعة و الثلاثة اثنين لأنّ الطفرة لا معنى لها و بناء على التعليق يلزم ذلك فيجوز أن ينوى الاعتكاف من المغرب و يدخل الليلة و لا بدّ من الإثنين بعشرة تامة أو ينوى الصّبح و يخرجها و كذا في الإقامة و الحيض و الطهر فتكون الأيام عبارة عمّا لا يزيد عليها بياض مثلا فاذا زاد بياض جاء التلفيق بعد الطفرة و للإجماع على مقارنة الخيار للعقد و لعدم لزوم ما زاد على العدد و أنّ كانت أيام الإقامة عشرة و نصف و كذا الحيض و الطهر و العدد و هكذا فهو مجاز قرينته ما ذكرناه أو مشترك لفظي أو معنويّ بين الكلّ و جزئه أو للدخول تحت الحكم لا الاسم انتهى قلت قد أطال (- قدّه-) الكلام و لكنه لم يأت بما ترتضيه النفس و تطمئنّ به و الحقّ ما عرفت من ظهور الأيام متى أطلقت في الأيام مع لياليها فالיום و إن كان حقيقة في البياض إلا أنّ الظاهر من الأيام الأيام مع لياليها و الله العالم

[مسألة مسقطات خيار الحيوان]

الأول اشتراط سقوطه في عقد خيار الحيوان

قوله طاب ثراه أحدها اشتراط سقوطه (- اه-)

أقول سقوط خيار الحيوان باشتراط سقوطه في ضمن عقد الشراء ممّا صرح به جمع قاطعين به بل غراه في (- ثق-) إلى الأصحاب و ادّعى الإجماع عليه في (- كره-) و كشف الظلام و خيارات الفقيه الغرويّ و غيرها و الكلام هنا دليلا و اشكالا و جوابا و فروعا هو الكلام في سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه حرفا بحرف فلا نعيد قوله طاب ثراه و لا بأس به (- اه-)

و ذلك لعموم أدلّة وجوب الوفاء بالشروط بعد عدم مخالفة سقوط بعضه للعقد و لا للكتاب و السّنة و لا فرق بين ان يشترط سقوط جزء من أوّله أو وسطه أو آخره بعد القول بانحلال الخيار بحسب الآتات القابلة للفسخ الى حقوق متعدّدة نعم من قال بكون الخيار حقّا واحدا و اضافة خاصّة مستمرّة كالملكية و الرّوجية لزمه القول بسقوط ما بعد الزّمان المسقط خياره فإن كان الأوّل سقط الخيار بتمامه و إن كان الوسط سقط خياره و ما بعده لانعدام ما أوجبه العقد من الخيار في الزّمان المسقط خياره و المعدوم لا يعود إلا بوجود آخر و الفرض عدم عقد آخر موجب له و قد نبه بعضهم على ذلك و لكن سهى قلمه الشّريف في قصر سقوط اللاحق على ما إذا كان المسقط هو الوسط مع أنّ لازم التعليل المذكور هو سقوط ما بعد المسقط مطلقا سواء كان المسقط هو الأوّل أو الوسط و عبارته هذا لا بأس به إذا شرط سقوط شيء من أوّله أو آخره و أمّا سقوط شيء من وسطه بحيث لا يبقى طرفاه فلا يكاد يكون إلا إذا كان الخيار بحسب امتداده

ص: ٥١

حقوقا متعدّدة لا حقا واحدا و اضافة خاصّة مستمرّة كالملكية و الزوجية و الّا فلا بدّ من سقوطه بتمامه بسقوط وسطه (-اه-) فتراه قصر سقوط البقية على ما إذا كان ما قبلها المسقط هو الوسط مع انّ لازم التعليل هو سقوط الجميع فيما إذا كان المسقط هو الأوّل

الثاني من مسقطات خيار الحيوان إسقاطه بعد العقد

قوله طاب ثراه و الثاني إسقاطه بعد العقد (-اه-)

قد نفى الخلاف في سقوطه بذلك في الغنية و المصاييح و خيارات الفقيه الغروي و كشف الظلام و غيرها و ادعى الإجماع عليه في مفتاح الكرامة و غيره و الكلام أيضا هنا هو الكلام في سقوط خيار المجلس بالإسقاط بعد العقد حرفا بحرف مضافا الى قوله (-ع-) فذلك رضا منه في بعض الأخبار الآتية (- إن شاء الله-) (- تعالى-) و الى ما رواه الشيخ (- قدّه-) بإسناده عن محمّد بن احمد بن يحيى عن ابى إسحاق عن الحسن بن ابى الحسن الفارسي عن عبد الله بن الحسن بن زيد بن عليّ بن الحسين عن أبيه عن جعفر بن محمّد عليهما السلام قال قال رسول الله صلّى الله عليه و آله في رجل اشترى عبدا بشرط ثلثة أيام فمات العبد في الشّروط قال يستحلف بالله ما رضيه ثمّ هو برئ من الضّمان دلّ على سقوط الخيار بالرضا و الإسقاط ثمّ انّ من جملة المسقطات لهذا الخيار انقضاء المدّة اعنى الأيام الثلاثة بلا خلاف كما في الغنية و غيرها لدلالة جعل مدّة هذا الخيار ثلثة أيام على عدم الخيار بانقضائها فإنّ مفهوم الغاية حجة على الأظهر بل لا حاجة هنا الى المفهوم لأنّ الأصل لزوم البيع فيقتصر في الخروج منه على مفاد دليل الجواز هذا مضافا الى قوله (-ع-) في صحيح عليّ بن رثاب المتقدّم في أصل المسئلة الخيار لمن اشترى ثلثة أيام نظره فاذا مضت ثلثة أيام فقد وجب الشّراء و حكى عن مالك أنّه جعل مدّة هذا الخيار كمدّة الإيلاء و ضعفه ظاهر ثمّ أنّه قال في (- كره-) أنّه لا يسقط هذا الخيار بالرضا بالعيب الموجود في الحيوان و لا- بالتبرّي من العيوب قيل لعلّه استند الى عموم النصّ و أنّه لا- يجب انعكاس العله و أنّما يجب اطرادها لأنّها حكمه لا عله حقيقته لأنّ شرع الخيار في الحيوان لخفاء عيبه غالبا و لا يلزم من ارتفاعه بالرضا و الشّروط ارتفاع الخيار فتأمل

[الثالث من مسقطات خيار الحيوان التصرف]

قوله طاب ثراه و لا خلاف في إسقاطه (-اه-)

قد نفى الخلاف في ذلك في الغنية و (- لك-) و غيرها (- أيضا-) و نسبه في (- ثق-) إلى الأصحاب و ادعى الإجماع عليه في (- ف-) و (- كره-) و المصاييح و غيرها قال في (- ف-) إذا وطأ المشتري في مدّة الخيار لم يكن مأثوما و لحق به الولد و كان حزا و لزم العقد من جهته الى ان قال دليلنا إجماع الفرقة على انّ المشتري متى تصرف في المبيع بطل خياره و اخبارهم معروفة انتهى قوله طاب ثراه ففي صحيحه ابن رثاب

قلت هذه الصّحيحه رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن عدّه من أصحابه عن سهل بن زياد و احمد بن محمّد جميعا عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن أبي عبد الله سلام الله عليه قال الشّروط في الحيوان ثلثة أيام اشترط أم لم يشترط فإنّ أحدث (- اه-) قوله طاب ثراه و صحيحه الصّفار

هذه الصّحيحه رواها الشيخ بإسناده عن الصّفار

قوله طاب ثراه أو نعلها

قال في المصباح المنير انعلت الخفّ بالألف و نعلته بالثقل جعلت له نعلا و هي جلده على أسفله تكون كالتعل للقدم و نعل الدابة من ذلك و انعلتها بالألف و غيرها في لغه جعلت لها نعلا انتهى و قال الشيخ الوالد قدّس سرّه انّ الأنسب ان يكون التعل هنا بلفظ

المصدر عطفًا على الأخذ و أما ركب فهي جملة ماضوية معطوفة على قوله أحدث

قوله طاب ثراه المراد بالحدث إن كان مطلق التصرف (- اه-)

لا يخفى عليك أن كلمات الفقهاء في المقام في غاية الإجمال و الاضطراب تارة من حيث أن التصرف المسقط للخيار هل هو التصرف الدال على الرضا الفعلي خاصة أو يعمه و التصرف الغير الدال عليه بمعنى أن مطلق التصرف مسقط للخيار و اخرى من حيث أنه هل يعتبر في إسقاط التصرف للخيار قصد الإسقاط أو يعمه و ما إذا قصد الاستخبار أو الحفظ و ما إذا لم يقصد شيئًا أصلا و قد مال المحقق الأردبيلي (- ره-) الى أن التصرف (- مط-) مسقط و إن كان بقصد الاستخبار و الحفظ و تبعه صاحب الكفاية بل و صاحب (- ثق-) في التصرف بقصد الاستخبار دون التصرف بقصد الحفظ و نظرهم في التعميم إلى إطلاق النصوص بل عموم بعضها المقتضى لعدم الفرق بين أقسام التصرف و ان ذكر بعض افراد العام أو المطلق للتمثيل لا يقضى بالتخصيص و التقييد بهما سيما إذا كان في كلام السائل كالمكاتبه و المناقشة بظهور صحيحى ابن رثاب في اختصاص الحدث بما لا يشمل التصرف الناقل إذ المثال أنما هو ما ماثله ضعيفه ضرورة أن ذلك و ان لم يكن من الصنف المذكور لكنه أولى قطعًا و الذي يقتضيه النظر عاجلا هو دوران السقوط مدار التصرف الدال عرفا على الرضا بالبيع كما يكشف عن ذلك تقييد النظر في صحيح ابن رثاب بما إذا كان الى ما يحرم النظر اليه على غير المالك و تقييد ركوب ظهرها في صحيح الصفار بما إذا كان فراسخ فإنه مع ذلك لا يبقى وثوق بإطلاق الحدث في النصوص بحيث يشمل التصرفات المختصة التي تصدر من غير المالك (- أيضا-) و التصرفات المتوقف عليها حفظ الدابة و مع عدم الوثوق بالإطلاق المذكور لا يبقى ما يثبت به كون كل تصرف مسقطا تعبدا بل تكون الأخبار مسوقة لبيان إسقاط التصرف الكاشف عن الرضا للخيار فيكون إسقاطا فعليًا و لو شك في إسقاط غيره كان استصحاب الخيار محكما كما أنه المرجح فيما توقف العرف في كشفه عن الرضا و عدمه فتدبر جيدا

قوله طاب ثراه بان مثل (- اه-)

متعلق بقوله معللا و قوله بان المسقط متعلق بقوله استضعف اي استضعف التعليل المذكور بان المسقط مطلق التصرف

قوله طاب ثراه توجب زهاده المشتري (- اه-)

قال في المصباح زهد في الشيء و زهد عنه (- أيضا-) زهدا و زهاده بمعنى تركه و اعرض عنه الى ان قال و قال الخليل الزهاده في الدنيا و الزهد في الدين انتهى

قوله طاب ثراه فهو لا يناسب إطلاقهم (- اه-)

قلت عدم مناسبته لإطلاقهم متين و لكن ذلك لا يستلزم رفع اليد عن مفاد الدليل و لا مانع من الأخذ به و المناقشة عليهم بعدم صحة إطلاقهم

قوله طاب ثراه يحتمل وجوها (- اه-)

قلت الوجوه و الاحتمالات في ذلك كثيرة لكن الأظهر هو ما في المتن من الاحتمال الرابع لما مر

قوله طاب ثراه فإن الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار و الحفظ (- اه-)

(١١) فيه أن الحكم بعدم السقوط بذلك لا ينافي الاحتمالين الأولين بعد وجود القرينة على خروج هذين النوعين من التصرف من حيث أنه لو كان كل تصرف حتى هذين مسقطا لزم كون مورد الخيار في غاية الندرة لعدم انفكاك استرداد الحيوان من التصرف فيه في الثلاثة فدل على أن المراد بالتصرف هو التصرف المتوقف على الملك الغير المباح لغير المالك إلا بالاذن و الرخصة فتدبر

قوله طاب ثراه و ورود النص (- أيضا-) (- اه-)

(١٢) عطف على قوله حكم بعضهم أي يؤيده ورود النص به و وجه التأييد جعله عليه السلام العرض على البيع مسقطا مع دلالة على الرضا مع عدم كونه من التصرف عرفا و أراد بالنص ظاهرا ما رواه الكليني (- ره-) عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن التوفلي عن

السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام

ص: ٥٢

انَّ أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه قضى فى رجل اشترى ثوبا بشرط الى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه قال ليشهد أنَّه قد رضيه ثمَّ ليعه ان شاء فان اقامه فى السوق و لم يبع فقد وجب عليه و موضع الدلالة ذيله لكن لا إطلاق فيه كما توهم لأنَّه عليه السَّلام أمره أولاً- بإقامة الشَّاهد على إسقاط الخيار و إنفاذ البيع و حكمه (-ع-) بوجوب البيع عليه بالإقامة فى السوق لعلَّه ليس لاقتضاء الإقامة فى السوق اللزوم بل لإسقاطه الخيار و إنفاذه البيع قوله طاب ثراه و ممَّا يؤيد عدم إرادة الأصحاب (-اه-)

هذا تأييد للوجه الثالث و فيه انَّ التعدى انما هو لتتقيح المناط و هو الدلالة على الرضا و لو نوعا و اين ذلك من إفادة دلالة الخبر على ذلك فتأمل

قوله طاب ثراه فتعين ارادة الوجه الثالث (-اه-)

لا يخفى عليك أنَّه يبعد هذا الوجه انَّ تقدير الغلبة فى العبارة على النحو الذى ذكره خلاف الأصل و تأييده بحكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا و ان لم يعد تصرفا كتقيل الجارية للمشتري لا وجه له و لا تأييد فيه ضرورة انَّ القبلة من أعظم التصرفات و الَّا لجواز لغير المالك ارتكابه و التالى باطل بالضرورة فالمقدم مثله

قوله طاب ثراه ذيل عبارة المقنعة الَّا ان يحدث فيه المبتاع حدثا يدل على الرضا بالابتياح (-اه-)

أراد بالدلالة الدلالة بحسب نوعه و الشَّاهد على ارادته هذا المعنى دون خصوص الفعلية تمثيله فى مقام آخر للتصرف بان ينظر من الأمة على ما يحرم لغير المالك و يعلم من ذلك أنَّه يمكن المناقشة فى دلالة كلام من اقتصر على مجرد قوله يدل على الرضا من حيث ظهوره فى الدلالة الفعلية أو احتماله لها كما تبَّه على ذلك والدى العلامة قدس الله نفسه الزكية قوله طاب ثراه فى عبارة (-ط-) و إذا كان فى طريق الرد جاز له ركوبها (-اه-)

وجه الاستشهاد بهذا الكلام هو عدم دلالة هذه الأفعال بنوعها أى فى طريق الرد على الرضا

قوله طاب ثراه و اما الاستشهاد لذلك (-اه-)

المشار اليه باسم الإشارة هو اعتبار الدلالة على الالتزام و عدم كفاية مطلق التصرف

قوله طاب ثراه ففيه ما سيجىء (-اه-)

أراد بما يجىء ما يذكره فى تلك المسئلة فى الأمر الرابع عند الرد على المحقق الأردبيلي (-ره-) و صاحب الكفاية بقوله و اما بناء هذا العقد على التصرف فهو من جهة انَّ الغالب الى ان قال أو من جهة تواطى المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف (- أيضا-) الى آخر ما يذكره هناك

قوله طاب ثراه مع انَّ ترك العمل به لا يوجب ردَّ الزواية فتأمل

استظهر الشَّيخ الوالد قدس الله تربته الزكية كون الأمر بالتأمل للإشارة الى انَّ عدم إيجاب ترك العمل ببعض الزواية ترك العمل ببعضها الآخر انما هو فيما إذا كان هناك كلامان متغايران فكان قيام القرينة على ترك أحدهما و حمله على صدوره من الزاوى سهوا غير موجب لترك الآخر من حيث أنَّه خبر عادل و الأصل فيه عدم السَّيهو فيجب الأخذ به و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لأنَّ جواز ردَّ أصل الشَّاء مدلول التزامى لقوله يردُّ معها ثلثة امداد و لا مجال لترك المدلول المطابقى و الأخذ بما هو لازمه مضافا الى أنَّه لا يكون من العمل ببعض الزواية و ترك بعضها على الوجه المذكور حتَّى يجرى أدلُّه حجية خبر الواحد بالنسبة الى ما يراد الأخذ به

التَّالِثُ خِيارِ الشَّرْطِ

إشارة

قوله طاب ثراه و لا خلاف في صحه هذا الشرط (- اه-)

قد نفى الخلاف فيه بين علمائنا في (- كره-) و الكفاية (- أيضا-) و نفى وجدان الخلاف فيه في كشف الظلام و ادعى الإجماع عليه في المصاييح بل ادعى في الجواهر كونه ضروريا بين علماء المذهب قوله طاب ثراه و لا في أنه لا يتقدّر بحد عندنا (- اه-)

بل يتبع ما يشترط انه من المدة بلا خلاف و لا اشكال بل ادعى الإجماع عليه في (- ف-) و الانتصار و الغنية و (- كره-) و غيرها و الأصل في ذلك عمومات الشروط و خصوص الأخبار الآتية في جواز اشتراط ردّ مثل الثمن الناطقة بجواز جعل المدة سنة و ثلث سنين و قد أشار الماتن بالتقييد بقوله عندنا الى خلاف أبي حنيفة و الشافعي و الثوري حيث قالوا بأنه لا يجوز اشتراط مدة في العقد تزيد على ثلاثة أيام مستدلين بقول عمر ما أحلّ لكم أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه و آله لحنان بن منقذ جعل له عهده ثلاثة أيام ان رضى أخذ و ان سخط ترك و عن ابن عمر ان حنان بن منقذ اصابته امه في رأسه فكان يخذع في البيع فقال عليه السلام إذا بايعت فقل لا خلافة و جعل له الخيار ثلاثة أيام و قوله لا خلافة عبارة في الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثا إذا اطلقها عالمين بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط و لأنّ الخيار غرر ينافي مقتضى العقد و أمّا جواز لموضع الحاجة فجاز القليل منه الذي تدعو الحاجة إليه في الغالب و آخر حدّ القلّة الثلاثة لقوله تعالى فَيَأْخُذْكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ ثُمَّ قَالَ تَمَتُّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ و أجاز رسول الله صلى الله عليه و آله للمهاجر ان يقيم بمكة بعد قضاء مناسكه ثلثا و قال مالك يجوز في ذلك قدر ما يحتاج اليه فإن كان المبيع من الفواكه التي لا تبقى أكثر من يوم جاز الخيار فيها يوما واحدا و إن كان ضيعه لا يمكنه ان يصل إليها إلّا في أيام جاز الخيار أكثر من ثلث لأنّ الخيار أمّا يثبت للحاجة إليه فجاز حسب الحاجة و قد أجاب في (- كره-) بعد نقل هذه الاستدلالات عنهم بأنه لا عبرة بتحريم عمر فإنه ليس أهلا لأنّ يحلّل أو يحرم و جعل رسول الله صلى الله عليه و آله لحنان بن منقذ ثلاثة أيام لا يدلّ على المنع من الزائد و لو كان الخيار مشتملا على غرر لما ساغ التقدير بثلاثة أيام و إذا كان الضابط الحاجة و جب ان يتقدّر بقدرها كما قاله مالك و الغالب الحاجة الى الزيادة على الثلاثة و لما كانت الحاجة تختلف باختلاف الأشخاص و أحوالهم و جب الضبط بما يعرفه المتعاقدان من المدة التي يحتاجان إليها انتهى ما في (- كره-)

قوله طاب ثراه و الأصل فيه قبل ذلك أخبار العامة (- اه-)

دلالة هذه الأخبار على المطلوب واضحة بعد وضوح عدم مخالفته للكتاب و عدم تحليله حراما و لا تحريمه حلالا و الاستشكال بمخالفة ذلك لمقتضى العقد لأنّ مقتضاه هو اللزوم فاشتراط جواز مخالف لمقتضاه مدفوع أولا بأنه لو كان الخيار مخالفا لمقتضى العقد لما أثبتته الشارع بأسباب آخر و قد ثبت بالمجلس و الحيوان و غيرهما ممّا مرّ و يأتي و ثانيا بأنّ اللزوم مقتضى العقد المطلق لا المشروط جوازه فإنّ مقتضاه (- ح-) الجواز و يتضح ذلك بملاحظة ما مرّ في جواب نظير هذا الإشكال عند الكلام في سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه بقيت هنا نكتتان الأولى انّ علامة المصاييح (- ره-) قد تمسك لصحة اشتراط الخيار بالكتاب و يحتمل ان يريد به أية وجوب الوفاء بالعقود نظرا الى انّ العقد المشروط فيه الخيار عقد فيجب الوفاء به فتأمل الثانية انّ خيار الشرط هل هو على وفق القاعدة أم لا قد يقال اتا ان قلنا بثبوت صحه الخيار للمتعاقدين و لأحدهما مع رضاه الآخر و ان فكّ العقد لهما كما ان لهما ربطه من دون نظر الى الشرط و غيره و أنه لا يزيد على الإقالة كان خيار الشرط على وفق القاعدة لأنّ الشرط قد

ص: ٥٣

تعلق بفعل من أفعال المكلفين و هو مباح فيكون ملزما ما كان جائزا و ان قلنا ليس الأمر (- كك-) و ان الخيار أمر غير الإقالة و لهذا يسقط بالفعل إجماعا دونها فإنه محل خلاف و أنه لا يصح لهما من دون سبب يقتضيه فان قلنا ان الشرط يثبت الغايات كما يثبت الأسباب و يقوم مقام العقود و الإيقاعات إلّا ما أخرجه الدليل لشمول قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم لذلك و ما يظهر من استدلالهم عليهم السلام به على ثبوت الغايات و ما يظهر من الأصحاب من ان شرط تمليك العين أو المنفعة أو الإبراء أو سقوط الخيار و نحو ذلك على وفق القاعدة و قلنا أنه ليس في اشتراط مثل هذه الغاية منافات لمقتضى العقد الذي قام الإجماع على المنع منه كان خيار الشرط على وفق القاعدة (- أيضا-) و المناقشة في ذلك باستلزامه تجويز اشتراط الجواز في العقود اللّازمة مدفوعة بعدم فساد التالى و لو ثبت بإجماع و نحوه كان هو المخرج هذا و ان قلنا ان في شرط مثل هذه الغاية منافات لمقتضى العقد فان قلنا باقتضاء مخالفة الشرط لمقتضى العقد بطلان الشرط كان خيار الشرط مخالفا لمقتضى القاعدة و غير داخل تحت العمومات و الّا كان موافقا (- أيضا-) للقاعدة لكنك قد عرفت ما في دعوى مخالفة شرط الخيار لمقتضى العقد من السقوط ضرورة ان اللزوم مقتضى العقد المطلق لا المشروط بالخيار فان قلت ان اللزوم من مقتضيات ذات العقد و لو صح اشتراط جوازه لصح اشتراط ان يكون العقد اللّازم جائزا في نفسه و لا يقولون به على ان بين عمومات الشرط و بين ما دل على لزوم العقد عموما من وجه و ترجيح احد الدليلين يحتاج إلى مرجح و الترجيح بالأحاديث الخاصية الواردة في خيار الشرط و الإجماع المنقول نكوص عن القاعدة و اقتصار فيها على المحل الخاص قلت أولا ان اللزوم من مقتضيات ذات العقد المطلق فلا مانع من لحوق الجواز بالاشتراط و استلزام تجويز اشتراط الجواز في مدة خاصة لتجويز اشتراط الجواز مطلقا ممنوع و لذا تريهم يشترطون في تجويز اشتراط الخيار كون المدة مضبوطة فيعلم من ذلك ان المنافي لمقتضى العقد اللّازم أنّما هو اشتراط جوازه مطلقا لا اشتراط الجواز في وقت دون وقت فتأمل جيدا و ثانيا أنه لا تعارض بين عمومات الشروط و بين دليل لزوم العقد بعد كون اللزوم مقتضى العقد المطلق لا العقد المشروط فيه الخيار و الشرط جزء من العقد فيجب الوفاء به ثمّ أنه قد يقال أنه بناء على موافقة اشتراط الخيار للقاعدة بالتقريب الأول فإنما هو خيار المتعاقدين و اما خيار الأجنبي فإن جعلناه توكيلا أمكن دخوله تحت الضابطة و حكم بتسريته في جميع العقود لأنه كما ان للمتعاقدين الفك بأنفسهما فلهما التوكيل في ذلك و ان جعلناه تحكيما كان مخالفا للضابطة لأنه ليس للأجنبي قبل الشرط الفك الّا على سبيل التوكيل فيقتصر فيه على مورد الدليل كما في البيع لقيام الإجماع فيه و ان خلت روايات الباب منه الّا ان ظاهر الأصحاب أنه تحكيم و أنه موافق للقاعدة و لذا صرح في باب الإجارة جماعة بجريانه فيها و الظاهر ان اقتصار من اقتصر منهم فيها على ذكر اشتراط الخيار لهما أو لأحدهما و عدم ذكر الأجنبي اتكال على البيع لا إشارة إلى عدم جريانه في ذلك ثمّ لا يخفى أنه على التقريب الثاني في موافقة خيار الشرط للقاعدة كما لعلة الأظهر لا يختلف الحال في جواز جعل الخيار لأجنبي بين كونه توكيلا أو تحكيما فتدبر جيدا

[مسألة لا فرق بين اتصال زمان الخيار بالعقد أو انفصاله]

قوله طاب ثراه لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا (- اه-)

هذا مما صرح به في (- عد-) و (- س-) و (- لك-) و (- الروضة-) و (- مع صد-) و المفاتيح و الكفاية و غيرها قيل و هو مقتضى إطلاق المدة المتناولة للمتصلة و المنفصلة في المقنعة و (- يه-) و الوسيلة و الغنية و (- ثر-) و (- ير-) و (- شاد-) و التبصرة و اللّمة و الانتصار و غيرها

قوله طاب ثراه و استدلل له (- اه-)

الضمير المجرور يعود إلى الشافعي

قوله طاب ثراه مع أنه كما في (- كره-) منتقض بخيار التأخير و الزوية (- اه-)

قال الشيخ الوالد قدس سره أنه يستفاد منه أن خيار الرؤية كصاحبه أنما يحدث عند رؤية المبيع الموصوف و وجدانه مخالفا للوصف و لازمه أنه لا يجوز إسقاطه بعد العقد و قبل الرؤية لأنه إسقاط ما لم يجب بقى هنا أمر ينبغى التعرض له و هو أنه قال فى مفتاح الكرامة هل يجوز ان يجعل الخيار لنفسه مدّة فإذا انقضت فأخرى جوزه المصنف (- ره-) و الشهيد الثانى فى (- لك-) و صاحب الكفاية و احتمله الشهيد (- ره-) فى (- س-) احتمالا- و كأنه استظهر الاتحاد من إطلاق الأكثر لكن مقتضى لجواز الانفصال مدّة واحدة مقتضى لجوازه متعاقبا و قد قطع فى (- س-) بالأول و قرب فى (- ير-) الصّيحة فيما لو شرط الخيار شهرا يثبت يوما و لا يثبت يوما فيكون الخيار خمسة عشر يوما و احتمال صحته فى اليوم الأول و بطلان العقد و لعله للتدافع لأنّ قوله لى الخيار شهرا يقتضى ان يكون تمام الشهر و قوله يوما و يوما لا يقتضى نصفه فتأمل و يحتمل الصّحة شهرا فى ضمن شهرين على ان يكون شهرا مفعولا به لا مفعولا فيه و لو قال لى الخيار فى شهر يوما و يوما لا تعين الخمسة عشر انتهى و مقتضى الإطلاق الجواز فى الجميع و التدافع بين قوله لى الخيار و قوله يوما و يوما لا ممنوع لأنّ الكلام أنما ينتظر بآخره فقوله يوما و يوما لا قرينة على كون مراده بالشهر تمامه كى يدافع جعله ليوم دون يوم و لعله إلى ذلك أشار فى مفتاح الكرامة بالأمر بالتأمل قوله طاب ثراه بطل بلا خلاف (- اه-)

قد ادعى الاتفاق عليه فى (- لك-) و ادعى الإجماع عليه فى المصاييح و مفتاح الكرامة و كشف الظلام و خيارات الفقيه الغروى و المستند و غيرها قوله طاب ثراه لصيرورة المعاملة (- اه-)

هذا احد الوجوه المستدلّ بها و الثانى ما تمسك به فى المصاييح من ان العقود شرعت لقطع موارد الاختلاف و الإناطة بالمختلف مثار الاختلاف و هو كما ترى تمسك بالحكمة فلا حجة فيه و قد يجاب بأن الشرط كالصّيلح يغتفر فيه من الجهالة ما يغتفر فى الصّيلح فتأمل

قوله طاب ثراه لا يسلم إلى دياس و لا إلى حصاد (- اه-)

قال فى الوافى الدّياس دق الطعام بالغدان فيخرج من السّينبل و الحصاد قطع الزّرع بالمنجل انتهى و فى مجمع البحرين الدّائس هو الذى يدوس الطّعام و يدقّه ليخرج الحبّ من السّينبل و هو الدّياس قلبت الواو ياء لكسرة الدال و منه حديث فى السّيلم لا يسلم إلى دياس و لا إلى حصاد

قوله طاب ثراه و ربّما يستدلّ على ذلك (- اه-)

هذا هو الوجه الثالث من الوجوه المستدلّ بها و المستدلّ هو كاشف الظلام و بعده صاحب الجواهر

قوله طاب ثراه و فيه ان كون البيع بواسطة (- اه-)

أراد بذلك انّ الواقع هنا كون البيع غررّيا من جهة اشتماله على الشرط المجهول الموجب لذلك فهو الموصوف بكونه غررّيا لا الشرط فيكون البيع مخالفا للسنة لما روى من انّ النبي (- ص-) نهى عن بيع الغرر لا نفس الشرط كما هو مدعى المستدلّ و لهذا تمسك (- المص-) (- ره-) قبل هذا بصيرورة المعاملة بذلك غررّية

قوله طاب ثراه فيشملة دليل نفى الغرر (- اه-)

أراد به ما روى من انّ النبي صلى الله عليه و آله نهى عن الغرر و ليس فى هذه الرواية لفظ البيع و لكن لم يتحقق انجبارها فتأمل

قوله طاب ثراه لكن لا يخفى سراية الغرر (- اه-)

يعنى أنه يصدق على نفس البيع المشتمل على الشرط الذى هو

ص: ٥٤

مجهول و مصداق للغرر أنه غرر فيكفى في الاستدلال عليه أنه بيع الغرر و أنّ النبي صَلَّى الله عليه و آله نهى عن بيع الغرر فيكون الاستناد في فساد به إلى فساد شرطه المخالف للكتاب

امسألة لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة و بين عدم ذكر المدة أصلا

قوله طاب ثراه مسألة لا فرق في بطلان العقد (- اه-)

اضافة البطلان إلى العقد تفيد إيراث جهالة مدة الشرط بطلان العقد (- أيضا-) فضلا عن الشرط و ذلك مما صرح به جمع و حكي في مفتاح الكرامة عن ابي علي و الشيخ و القاضي و ابني زهرة و إدريس القول ببطلان الشرط دون العقد و استدلل لهم بالأصل و عموم الكتاب و السينة و إجماع الغنية و أنه (- ص-) أبطل ما شرط على عائشة من أنّ ولاء بريرة لمولاهما و أجاز العقد و بلزوم الدور ثم قال و الأصل معارض بمثله و مقطوع بغيره و الإجماع موهون و الخبر ضعيف و العموم أنّما يتناول ما لم يعلم فساد و الثمن هنا مجهول لما عرفته من تطرق الجهالة إليه فكان العقد فاسدا ثم أنّ العموم مقتيد بالتراضي و لا تراضي إلا على الشرط الفاسد و الدور معى لا تقدمى انتهى و أقول ان كانت نسبة القول باختصاص البطلان في الفرض أيضا بالشرط لوجدانه التصريح منهم به هنا و إلا كما هو الظاهر فالنسبة محل مناقشة إذ لا أظنّ تصحيح العقد هنا حتى من القائلين بعدم فساد العقد بفساد شرطه ضرورة أنّ فساد الشرط هنا أنّما هو لإيراثه فساد العقد بالغرر لا بسبب آخر كى يمنع سراية الفساد منه إلى العقد و بعبارة أخرى لا قائل منهم بصحة البيع الغررى فإذا كان إفساد الشرط للغرر لزمهم إفساد العقد و اما الأصل الذى تمسك به لهم فالظاهر أنّ المراد به أصالة عدم فساد العقد للآزم و ردها (- ح-) بالمعارض لا وجه له كما هو ظاهر بل للآزم ردها بأن العقد و الشرط يقعان فى ان واحد فلا صحة للعقد سابقة على فساد الشرط كى تستصحب و لعل المراد بالدوران فساد الشرط يتوقف على مخالفته العقد فلو توقف فساد العقد على فساد الشرط لزم الدور و (- ح-) فالجواب أنّ فساد الشرط كما ينشأ من مخالفته لمقتضى العقد فكذا ينشأ من المخالفة للكتاب و السينة و لو سلم فالتوقف عليه فساد الشرط أنّما هو المخالفة لمقتضى العقد و المتوقف فساد على فساد الشرط أنّما هو نفس العقد ثمّ أنّه لو ذكر الخيار فى مدة مجهولة ثمّ أسقطاه بعد العقد و اختار الإمضاء لم ينقلب صحيحا لأنه وقع فاسدا فلا عبرة به و الأصل بقاء المال على ملك بايعه و لم يوجد مزيل عنه فبقى على حاله كما تبّه على ذلك فى (- كره-) ثمّ أنّه لا يشترط تعيين المدة بالأيام فلو عينها بالشهر أو السنة أو إلى العيد الفلانى جاز و ان احتمل الزيادة و النقصان بحسب الأيام من جهة نقصان الشهر كما صرح بذلك فى المستند لأصالة عدم الاشتراط و للأخبار الآتية فى شرط الفسخ عند ردّ مثل الثمن حيث أنّ المدة فيها السنة و السنين المراد بها الهلالية قطعا و لو سلم فتركه عليه السلام الاستفصال بين كونها هلالية أو عددية كاف فى إثبات المطلوب

قوله طاب ثراه لاستواء الكلّ فى الغرر (- اه-)

بل الغرر فى صورة عدم ذكر المدة أصلا أو ذكر المدة المطلقة أظهر لأنّ الإطلاق أو غل فى الجهالة فىكون اولى بالمنع مضافا الى أنّه لو صحّ فاما ان يدوم الخيار و هو باطل بالإجماع أو يخصّ بمعيّن و هو تحكّم و تخصيص من غير مخصّص فتعيّن المطلوب و من هنا افتى بالبطلان فى صورة عدم ذكر المدة أصلا فى (- ط-) و المراسم و (- كره-) و (- عد-) و (- لف-) و (- لك-) و الكفاية و محكى (- ير-) و غاية المرام و غيرها بل فى الرياض أنّه الأشهر بين المتأخرين و فى الكفاية و المستند و المقاييس أنّه الأشهر و عزّاه بعضهم الى علم الهدى (- ره-) و أنكره عليه اخرون نظرا إلى أنّ صريحه فى الانتصار خلافه و أنت خير بأنّ صراحة عبارة الانتصار لا ينتفى اختياره لذلك فى محلّ آخر و ربّما استظهر بعضهم هذا القول من الوسيلة و (- ثر-) و (- يع-) (- فع-) و الجامع و لعلّ ذلك لا اعتبارهم تعيين المدة و لكن لا يخفى عليك أنّ اشتراط تعيين المدة أنّما يدلّ على قدح المدة الغير المعينة و اين ذلك من اشتراط المدة المعينة حتى يقتضى البطلان عند إهمال المدة أصلا

قوله طاب ثراه خلافاً للمحكي عن المقنعة (- اه-)

و هو خيرة المصايح و كشف الظلام و الجواهر و عن الشهيد في (- س-) الميل إليه

قوله طاب ثراه فجعلوا مدّة الخيار في الصّورة الأولى ثلاثة أيام و يحتمل حمل الثانية عليها (- اه-)

هكذا وجدنا العبارة في عدة فسخ و حقّ التعبير ابدال الأولى بالثانية و الثانية بالثالثة و لو أبقيناها على ما وجدناها لزم توجيهها بما في حاشية الشّيخ الوالد قدس سرّه من قوله أراد يعنى المصنّف (- ره-) بالصّورة الأعلى عدم ذكر المدّة أصلاً و بالثانية ذكر المدّة المطلقة كان يقول بعتك على ان يكون لي الخيار مدّة و السرّ في ذلك أنّه و ان كانت الصّور التي ذكرها هنا ثلثاً أولها ذكره المدّة المجهولة كقدوم الحاج الّا انّ حكم الأولى لما كان ممّا تقدّم في المسئلة السابقة و كان عقد هذه المسئلة لبيان الأخيرتين كما يشهد به جعله الصّورة الأولى مقيساً عليها بالتصريح على الفرق بينها و بين الأخيرتين من جهة تقدّم العلم بها سابقاً جعل الأولى عبارة عن أولى الأخيرتين المقصودتين بالبيان و الثانية عبارة عن ثانيتهما ثمّ استشهد (- قدّه-) لما ذكره بما في مفتاح الكرامة من جعل خلافهم في عدم ذكر المدّة أصلاً و احتمال إلحاق صورة ذكر المدّة المطلقة بها

قوله طاب ثراه و عن الانتصار و الغنية و الجواهر الإجماع عليه (- اه-)

قد وقع التمسك لما افتى به الجمع المتقدّم ذكرهم بوجوه أحدها الإجماع تمسك بالمحصّل منه في (- ف-) و الانتصار و الغنية و جواهر الفقه قال في (- ف-) من اتباع شيئاً بشرط الخيار و لم يسمّ وقتاً و لا أجلاً بل أطلقه كان له الخيار ثلاثة أيام و لا خيار له بعد ذلك ثمّ نقل أقوال العامّة ثمّ قال دليلنا إجماع الفرقه و اخبارهم انتهى و قال في الانتصار و ممّا انفردت به الإماميّة القول بأنّ من اتباع شيئاً و شرط الخيار و لم يسمّ وقتاً و لا أجلاً مخصوصاً بل أطلقه إطلاقاً فإنّ له الخيار ما بينه و بين ثلاثة أيام ثمّ لا خيار له بعد ذلك و باقى الفقهاء يخالفون في ذلك إلى ان قال دليلنا على صحّة ما ذهبنا إليه الإجماع المتكزّر انتهى و قال في الغنية فإنّ شرط الخيار و لم يعين مدّة اعتبر بها يعنى بالثلاثة بدليل الإجماع المتكزّر انتهى و قال في جواهر الفقه مسئلة إذا باع غيره بشرط الخيار و لم يعين أجلاً و لا وقتاً بل أطلق على ذلك إطلاقاً هل يصحّ له الخيار أم لا الجواب الخيار يصحّ ثلاثة أيام فإذا مضت الثلاثة لم يكن له خيار لأنّ إجماع الطائفة عليه انتهى و تمسك في المصايح بهذه الإجماعات المنقولة و نحن في ريب من حصول الإجماع و في شكّ من حجّية منقولة الثانی ما تمسك به في الانتصار و الغنية من انّ الثلث هي المدّة المعهودة في الشريعة لضرب الخيار و الكلام إذا أطلق حمل على المعهود و فيه نظر ظاهر لمنع معهوديّة الثلث مطلقاً بل في الحيوان خاصّة الثالث ما أرسله في (- ف-) من اخبار الفرقه تمسك به في المصايح قائلاً- أنّه لا- يقصر عن مراسيل كتب الحديث و ان خلوها عنها لا يقدح فيها فإنّها لم توضع على الاستقصاء التام و الّا لتكاذبت فيما انفردت و الحجّة فيما أورده في أىّ موضع ذكره و قد أشار (- المص-) (- ره-) الى جوابه بقوله فيما يأتي عن قريب كأنّ الظاهر بقريته عدم تعرّض الشّيخ (- ره-)

ص: ٥٥

الزابع ما أشار إليه مع جوابه المصنّف (- ره-) بقوله نعم قد روى في كتب العامة ان حنان (- اه-) الخامس الأصل تمسك به بعضهم ولم افهم المراد به الا ان يريد أصالة عدم قدح الإطلاق و فيه في قبال التهي عن بيع الغرر ما لا يخفى السادس إطلاق أو عموم اخبار لزوم الوفاء بالشّروط و فيه ان أدلة الغرر قد خصت الشّروط بما لا يوجب جهالة أحد العوضين و لا ريب في اقتضاء الإطلاق الجهالة و الغرر السّابع ما تمسك به بعضهم من ان أفعال المسلمين و أقوالهم محمولة على ما هو الصّحيح و أنت خير بانّ الحمل على الصّحيح انما يلزم إذا أمكن بأن كان له محمل صحيح و المفروض هنا عدمه الثامن قوله عليه السّلام في الصّحيح المتقدّم في محله الشّروط في الحيوان ثلثة أيام للمشتري اشترط أو لم يشترط تمسك به في المصايح بتقريب أنه يدلّ بالفحوى على ان الشّروط في غيره ثلثة مع الشّروط و المراد به اما اشترط الثلاثة أو مطلق الشّروط و الأول غير مناسب لأطراد الحكم في كلّ عدد فيراد الثاني و يكون المعنى ثبوت الثلاثة إذا أطلق الخيار و هو المطلوب كذا أفاد و أنت خير بما فيه لانه لا ينطبق على شيء من الدلالات الثلث فالتقريب المذكور أشبه شيء باستفاده الحكم من الخبر بالرّمّل و الأسطربال

قوله طاب ثراه و قواه بعض المعاصرين

المراد به هو صاحب الجواهر (- ره-)

قوله طاب ثراه و كان التحديد تعديداً نظير التحديد الوارد في بعض الوصايا المبهمة أو يكون حكماً شرعياً ثبت في موضع خاص (- اه-)

قال والدى الشيخ العلامة أنار الله برهانه ان الفرق بين الأمرين واضح فإنّ الأوّل تحديد للموضوع تعديداً كما في تفسير لفظ الجزء الموصى به بالعشر و الثاني إمهال لذى الخيار المجهول تفضلاً مدة ثلثة أيام و جعل خيار له فيها من دون نظر إلى ان المراد باللفظ المجهول ما ذا و قد علم ممّا ذكرنا انّ الضمير المرفوع في آخر الكلام المخبر عنه بإهمال مدّة الخيار عائد إلى الموضوع الخاص قوله طاب ثراه و الحاصل انّ الدّعوى في تخصيص أدلة نفي الغرر (- اه-)

هذا الحاصل الذى ذكره بمنزلة الصّغرى و قد ضمّ اليه ما بعد قوله و الانصاف ممّا هو كبرى و محصل مجموعهما انه لا بدّ في التخصيص من دليل و لا دليل هنا فينتفى التخصيص

قوله طاب ثراه إذ نعلم إجمالاً انّ المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الأخبار (- اه-)

يعنى أنّهم استنبطوها من اخبار آخر غير ما أشار إليها الشيخ (- ره-) فلا يكون إجماعهم المدعى كاشفاً عن الأخبار التى أشار إليها و لا- ناظراً إليها فيكون التّعويل على نفس الإجماع الجابران صلح للتّعويل عليه ثمّ انه أشار إلى توهين الإجماع المدعى فى المقام بأنّ إجماعات القاضى و ابن زهرة مستندة غالباً إلى إجماع السيد فى الانتصار

قوله طاب ثراه نعم قد روى فى بعض كتب العامة ان حنان (- اه-)

الوجه فى هذا الاستدراك ما تقدّم فيما حكيناه عن (- كره-) من ان عمر قال ما أحلّ لكم أوسع ممّا جعل رسول الله (- ص-) لحنان بن منقذ بملاحظة انه يستفاد منه ان حنان مع كونه كان يخدع فى البيع لم يزد له رسول الله (- ص-) فى جعل الخيار له على ثلثة أيام فغيره أولى بان لا يكون له الخيار فى أزيد من ذلك

قوله طاب ثراه و فى دلالاته فضلاً عن سنده ما لا يخفى (- اه-)

علّل فى الجواهر عدم الدلالة بأنّه ذكر فى (- كره-) ان لا- خلافة عبارة فى الشّرع عن اشترط الخيار ثلثاً فإطلاقها مع العلم بمعناها كالتصريح و (- ح-) فلا يتأتى من الحديث المذكور الدلالة على حكم من لم يصرح بتعيين المدّة لكن يبقى هنا شيء و هو انّ (- المص-) (- ره-) قال انّ الخلافة الخديعة و ذلك لا ينطبق على ما فى (- كره-) الا ان نقول انّ ما ذكره (- المص-) (- ره-) أنّما هو معنى الخلافة بحسب الأصل و ان صار فى الشّرع عبارة عمّا فى (- كره-) كما افاده الوالد العلامة قدس الله روحه الزكيّة

قوله طاب ثراه ثمَّ أنه رُبما يقال بطلان الشرط دون العقد (- اه-)

قد تقدّم نقل القول المذكور و قائله و دليله و ردّه في شرح صدر عبارة المصنف (- ره-) في هذه المسئلة فراجع

[مبدأ خيار الشرط من حين العقد]

قوله طاب ثراه مبدأ هذا الخيار من حين العقد (- اه-)

هذا ممّا افتى به في (- يع-) و (- كره-) و (- لف-) و (- شاد-) و التنقيح و (- لك-) و مجمع الفائدة و المصايح و كشف الظلام و خيارات الفقيه الغرويّ و المستند و محكي (- ير-) و غاية المرام و تعليق (- شاد-) و تلخيص الخلاف و غيرها و حجّته هي ما تقدّم من حجج القول بكون مبدأ خيار الحيوان من حين العقد حرفا بحرف فراجع

قوله طاب ثراه و عن الشيخ و الحلّي أنّ مبدئه من حين التفرّق (- اه-)

قالا بذلك في صورة الإطلاق خلافا لمن مر و عبارة (- ف-) و (- ط-) و (- ثر-) صراح فيما غراه إليهما و وافقهما في ذلك السيد ابن زهرة في الغنية و حجّتهم هي ما مرّ في المسئلة المشار إليها من حجج القول بكون مبدأ خيار الحيوان من حين التفرّق و يردها ما مرّ هناك مضافا إلى ما أشار إليه الماتن (- ره-) بقوله نعم يمكن ان يقال هنا (- اه-) و ربّما فصل سيّدنا في مفتاح الكرامة فيما لو كان المبيع حيوانا بقوله و تنقيح ذلك ان يقال إذا شرط مشتري الحيوان شرطا فاما ان يكون انقص من الثلاثة أو أزيد أو مساويا و اما ان يكونا عالمين أو جاهلين أو بالتفريق و الظاهر تأخير خيار الشرط عن خيار الحيوان حيث يكونان عالمين مع قصر الشرط و تساوى المدّتين عملا- بالعرف و لو زاد الشرط احتمال التفصيل فيتأخر في مثل الأربعة و الخمسة و يتصل في نحو الشهر و الشهرين عملا بمقتضى العرف و يحتمل الاتّصال (- مط-) و التّأخير (- مط-) و ان علم به البائع فقط و علم أنّ المشتري لا يعلم أو كان الأمر بالعكس كذلك فاحتمال البطلان فيهما قائم و اما إذا كانا معا جاهلين و شرطا ثلثة أيام أو أكثر أو أقلّ فاحتمالات و لا مجال فيها للبطلان فإنّ الصحيحة الشاهدة بصحته شاهدة باتّصاله انتهى و أشار بالصّحيحة إلى الصّحيح الذي رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن عدة من أصحابه عن سهل بن زياد و احمد بن محمد جميعا عن ابن محبوب عن ابن سنان يعنى عبد الله قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرّجل يشتري الدابة أو العبد و يشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال عليه السلام على البائع حتّى ينقضى الشرط ثلثة أيام و يصير المبيع للمشتري و التقريب أنّه قد دلّ على أنّ خيار الشرط اعنى اليوم و اليومين داخل في خيار الحيوان و الّا لجعلهما بعد خيار الحيوان و يرشد إليه أنّه عليه السلام قال فيه (- أيضا-) و إن كان بينهما شرط أيّاما معدودة فهلك في يد المشتري قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البائع إذ الظاهر من الأيام المعدودة انها أكثر من ثلثة و في المسئلة احتمالات اخرى أحدهما بطلان الشرط لأنّه إذا لم يعين مبدئه كان كما لو لم يعين منتهاه في إیراث جهالة المدّة و فيه أنّ الانصراف يزيل الجهالة و الآخر الرجوع في ذلك إلى قصد المتبايعين فان اتفق قصدهما بأن أراد كون المبدء من حين العقد و من حين التفرّق أو بعد الثلاثة في الحيوان أتبع و ان اختلفا تحالفا و فسد الشرط و تبعه العقد و فيه أنّه ليس مخالفا لما مرّ من القولين لأنّ النظر فيهما إلى ظاهر الحال و هنا إلى الواقع فتأمل

قوله طاب ثراه لكن لو تمّ هذا لاقتضى كونه في الحيوان من حين انقضاء الثلاثة (- اه-)

يعنى أنّ التعليل المذكور على تقدير تماميته تقتضى ان يكون مبدأ خيار الشرط المجعول في الحيوان من

ص: ٥٦

المتعاقدين أو من أحدهما مع قبول الآخر من حين انقضاء التلثة لان التلثة ليست زمانا يلزم فيه العقد لو لا الخيار المشترط

[مسألة صمّة جعل الخيار للأجنبي]

إشارة

قوله طاب ثراه يصحّ جعل الخيار لأجنبي (- اه-)

لا- ريب جواز اشتراط الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما أو لأجنبيّ متحداً أو متعدداً منفرداً أو مع البائع أو مع المشتري أو معهما مع التوافق في المدّة أو التخالف أو معهما في ذلك العقد أو غيره أو فيهما مع قيد الاجتماع فيه أو عدمه أو الاختلاف متّصل أو منفصل أو مختلف مع سبق الاتّصال أو الانفصال أو متّصل في البائع و منفصل في المشتري و ما عداه أو متّصل في المشتري و منفصل فيما عداه أو لهما (- كك-) أو للأجنبي مع أحدهما أو معهما (- كك-) و الأقسام كثيرة جدّاً و الوجه في جواز الجميع عموم أدلّة الشرط و قد نفى في الكفاية و الرّياض و كشف الظلام و الجواهر و غيرها الخلاف في جواز جعل الخيار لأجنبيّ

قوله طاب ثراه في عبارة (- كره-) و شرط الخيار للعبد (- اه-)

الوجه في صحّة البيع و الشرط عموم الشروط و العقود و ربّما بنى بعضهم الوجهين على أنّ العبد يملك مثل هذا الحق أم لا و يجاب بأنّه لا مانع من الصّحّة على القول بعدم ملكه (- أيضاً-) غاية ما هناك أنّه بناء على ملكه له يكون الخيار له و على عدم ملكه يكون لمولاه و لا بأس به و الأظهر صحّة جعل الخيار له للعموم و ملكه له و الله العالم

قوله طاب ثراه و حكى عنه الإجماع في الأجنبي (- اه-)

الحكاية في محلّها لأنّه قال في (- كره-) هل يجوز جعل الخيار لأجنبيّ ذهب علمائنا اجمع إلى جوازه و أنّه يصحّ البيع و الشرط و به قال أبو حنيفة و مالك و احمد و الشافعي في أصحّ القولين لأنّه خيار يثبت بالشرط للحاجة و قد تدعو الحاجة إلى شرط للأجنبيّ لكونه اعرف بحال المعقود عليه و لأنّه يصحّ ان يشترطه لأحدهما دون الآخر فلذلك صحّ ان يشترطه للأجنبيّ و للشافعي قول أنّه لا يصحّ و يبطل البيع معاً لأنّه خيار ثبت في العقد فلا يجوز شرطه لغير المتعاقدين كخيار الردّ بالعيب و الفرق أنّ خيار العيب يثبت من جهة الشرط بخلاف المتنازع انتهى و قد ادعى الإجماع في المصاييح و الجواهر (- أيضاً-) و حكى في الرّياض عن (- ف-) و الغنية (- أيضاً-) دعوة أو لم أعثر عليه فيهما

قوله طاب ثراه في عبارة الوسيلة و ان لم يجتمعا بطل (- اه-)

كان وجه عدم الاعتبار بفسخ أحدهما فهم الاجتماع من الإطلاق و فيه نظر ظاهر

قوله طاب ثراه في عبارة الوسيلة (- أيضاً-) و إن كان لغيرهما نفذ البيع و كان المبتاع بالخيار (- اه-)

لا يخفى عليك أنّ صرفه الخيار عند فسخ الأجنبيّ المشروط له إلى المشتري لا وجه له يظهر بل فيه نظر أمّا أولاً فلما في (- لف-) من أنّه إذا جعل الخيار لأجنبيّ لم يكن لأحد المتبايعين خيار فان اختار الأجنبيّ الإمضاء نفذ و ان اختار الفسخ انفسخ و لا عبرة بالمتبايعين و أمّا ثانياً فلأنّ جعل رأى الأجنبيّ نافذاً في الإمضاء و الرضا دون الفسخ تحكّم بعد جعل خيار الفسخ و الإمضاء كليهما اليه و كون الأوّل موافقاً لمقتضى القاعدة دون الثّاني و لا يصلح فارقا و أمّا ثالثاً فلأنّ تخصيص المشتري بانصراف الخيار اليه دون البائع ليس له وجه مع فرض حصول الشرط منهما و من هنا جزم جماعة بمضىّ فسخه كامضائه و قد حكاها بعضهم عن (- ف-) و (- ط-) و (- كره-) و (- ير-) و (- شاد-) و اللّمة و (- لك-) و (- الروضة-) و كثر الفوائد و مجمع الفائدة أو غيرها و التّسبة فيما وقفنا عليه منها و هو الأغلب في محلّها بل نفى في مفتاح الكرامة وجدان الخلاف فيه الّا من ابن حمزة و قد يحكى عن الشّهيد (- ره-) في (- س-)

القطع باستقلال الأجنبي إذا انفرد و احتمال تقديم ما صدر منه مع الاجتماع في الشرط مع المتبايعين أو أحدهما و الاختلاف في الفسخ و الرضا وليته قطع بتقديم فعله (-ح-) كما قطع باستقلاله في صورة الانفرد و ذلك لأنه مقتضى ذكرهما له و اشتراطهما الخيار له معهما فتأمل
قوله طاب ثراه ثم أنه ذكر غير واحد (-ه-)

أشار بهذه العبارة إلى الوجهين في كون اشتراط الخيار للأجنبي من كونه توكيلا أو تحكيما و كل من الوجهين يظهر من كلام فريق منهم فمقتضى تصريح العلامة الشريف في المصاييح و اتباعه بلزوم اعتماد المصلحة مطلقا على الأجنبي المشروط له الخيار معللين بكونه أمينا هو الأول و مقتضى تصريح آخرين بتقديم قوله إذا خالفهما هو الثاني إذ لا رأى للوكيل مع الموكل و لنا ان نرفع اثر النزاع من أصله بأن نقول ان من الممكن ذهاب أحد إلى كونه توكيلا و اختياره مع ذلك تقديم قوله نظرا إلى أنه مقتضى جعل الخيار له في ضمن عقد لازم فهو كاشتراط مضي رأى الوكيل في قبال الموكل في ضمن عقد لازم و كذا من الممكن اختيار احد كونه تحكيما و ذهابه مع ذلك إلى لزوم مراعاته المصلحة نظرا إلى تبادل ذلك من الإطلاق و ربما يشهد لما قلنا ان علامة المصاييح و من تبعه جزموا بتقديم قوله مع مخالفته لهما أو لأحدهما و مع ذلك أوجبوا اعتبار المصلحة عليه مطلقا و ربما عزى الفقيه الغروي (-قده-) القول بكونه تحكيما لا توكيلا إلى ظاهر الأصحاب و لم أجد لشيء من الوجهين وجها صالحا للركون اليه و مجرد شبهه بالوكالة لا يجعله منها كما لا يخفى فينبغي الرجوع في كل ما يتفرع على ذلك إلى مقتضى القاعدة فيه فيقدم فسخه على إمضاء المتبايعين لأن مقتضى جعل الخيار له مضي فسخه كما يقدم الفاسخ على المجيز في جميع الموارد نظرا إلى أنه بالفسخ ينتفى العقد فلا يبقى للإمضاء الذي مرجعه إلى إسقاط الممضى خيار نفسه محل و امّا لزوم اعتباره المصلحة فلا دليل عليه و كونه أمينا ممنوع و الأصل برأيه ذمته من ملاحظة المصلحة و الله العالم

[فروع لم يتعرض لها الماتن تربط بخيار الشرط]

قوله طاب ثراه ثم أنه ربما يتخيل (-ه-)

بقي هنا فروع لم يتعرض لها الماتن (-ه-) الأول أنه هل يجوز اشتراط الخيار بالنسبة إلى بعض المبيع دون بعض أم لا جزم جمع من الأواخر منهم علامة المصاييح و غيره بالأول لعموم ما دل على جواز كل شرط لم يخالف الكتاب و السنة و لا لمقتضى العقد و لزوم الوفاء به و تأمل في ذلك الفقيه الغروي (-ه-) بل قوى العدم قال لا بسبب ضرر التبويض كما في الخيار الذي مستنده الضرر أو مطلقا و ان الضرر لا يجبر بمثله للانتفاء فيه بسبب الإقدام بل لوحده العقد فيكون شرطا مخالفا لمقتضاه كما تقدم في خيار الحيوان نعم قد ادعى الإجماع على جوازه بعض المتأخرين فإن تم فهو الحجية و لكنه محل منع انتهى قلت أراد ببعض المتأخرين علامة المصاييح (-ه-) فإنه قال و يجوز اشتراط الخيار في الكل و البعض للمتبايعين و غيرهما بالانفراد و الاجتماع مع التوافق و الاختلاف بالإجماع و عموم الأدلة انتهى فتدبر الثاني أنه يشترط تعيين الموضوع و المحل للخيار فلو اشترطه لأحدهما لا على التعيين أو لأحدهما أو الأجنبي لا- على التعيين (- أيضا-) أو في المبيعين لا- على التعيين بطل الشرط و العقد للغرر فإن الأغراض تختلف و الأعراف تتفاوت بجعل الخيار لصاحب احد العوضين و قد جزم بلزوم اشتراط تعيين الموضوع و المحل جماعة منهم العلامة في (-عد-) و (-كره-) و الطباطبائي في المصاييح بل في (-ف-) نفى الخلاف فيه حيث قال إذا باع عبيد و شرط مدة من الخيار في أحدهما فإن أبهم و لم يعين من باعه منهما بشرط الخيار فالبيع باطل بلا خلاف لأنه مجهول انتهى بل قد يستظهر من عدم نقل العلامة في (-كره-) الخلاف حتى من العامة كونه مجمعا عليه و فيه ما لا يخفى الثالث أنه لو وقع الوكيلان العقد و شرطا الخيار فان شرطاه لهما صح إذا كان بإذن الموكلين و ان شرطاه للموكلين اللذين وقع العقد لهما صح (- أيضا-) لأصالة الجواز و عموم دليل

ص: ٥٧

دليل الشرط في الموضوعين بل في (- كره-) دعوى الاتفاق على الثاني حيث قال لو جعل المتعاقدان خيار الشرط للموكل الذي وقع العقد له صح قولاً واحداً لأنه المشتري والبائع في الحقيقة والوكيل نائب عنه انتهى الزايع أنه قال في (- كره-) أنه لو شرطه لفلان لم يكن للشارط خيار بل كان لمن جعله له خاصية وهو أحد قولى الشافعى تفرعاً على الجواز وفي الآخر أنه يكون له وللآخر ويكون الآخر وكيلاً وبه قال أبو حنيفة وأحمد لأنه نائب عنه في الاختيار فإذا ثبت للنائب فثبوتها للمنوب عنه أولى وليس بجديد اقتصاراً على الشرط كما لو شرطاً لأحدهما لم يكن للآخر شيء وكما لو شرطه لأجنبي دونهما انتهى ولعمري إن الأولوية التي حكاهما عن أبي حنيفة من الوجوه الاعتبارية التي بها فسد الدين إذ بعد كون مثبت هذا الخيار الاشتراط يلزم دوران الحكم مدار حصول سبب الخيار وهو الاشتراط فإذا اشترط للأجنبي فيما إذا ثبت للمشروط له الخامس أنه قال في (- كره-) لو شرط الخيار لأجنبي كان له خاصية دون العاقد فإن مات الأجنبي في زمن الخيار ثبت الآن له أي للعاقد لأن الحق والزق له في الحقيقة انتهى ولي فيه نظر فإن كون الحق والزق للعاقد لا يوجب انتقال الخيار إليه بعد كون وضع هذا الخيار على الدوران مدار الاشتراط بل اللازم أنما سقوط الخيار أصلاً ورأساً بموت الأجنبي المشروط له الخيار أو الانتقال إلى وارثه ولعل الأول أظهر لأن إرث الخيار إنما هو فيما ثبت من قبل الشارع دون ما ثبت من قبل المتعاقدين إنما ان يتمسك بعموم ما دل على أن ما ترك الميتم من حق فلوارثه بعد صدق الحق على هذا الخيار والمسئلة محل تأمل واشكال ولعله يتضح لك الحال فيها عند تعرض الماتن (- ره-) لكون الخيار موروثاً (- إن شاء الله-) (- تع-) قوله طاب ثراه أو بدخول الخيار بالأصل كخيارى المجلس والشرط أو بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين (- اه-) قال والدى العلامة أنار الله برهانه أنه أراد بخيار الشرط مثل ما لو شرط لأجنبي ان يكون له الفسخ متى شاء من زمان العقد إلى سته أشهر مثلاً فإن ذلك الخيار ثابت بالأصل يعنى بأصل العقد بخلاف الفسخ برد الثمن فإنه يحصل له الخيار عند رد الثمن بان يكون رد الثمن متى يتوقف عليه ثبوت أصل الخيار أو يكون رد الثمن وقتاً للخيار وعلى التقديرين لا يثبت الخيار للمشتري قبل رد الثمن كما سيأتى منه (- ره-) التصريح بذلك فى أول الوجوه التي يذكرها فى بيع الخيار فمراده (- ره-) بخيار الفسخ برد الثمن هو الوجه الأول من الوجوه الخمسة الآتية فى كلامه (- ره-) ويحتمل أنه (- ره-) أراد بخيار الشرط خيار الحيوان لوقوع التعبير به عنه فى بعض الأخبار لكن لا يخفى عليك بعد هذا الاحتمال

[مسألة جواز اشتراط الاستيمار للمتبايعين]

قوله طاب ثراه يجوز لهما اشتراط الاستيمار (- اه-)

هذا مما صرح به جمع كثير بل فى مجمع الفائدة ان المخالفه هنا ليست بظاهرة وفى (- كره-) انه (- كك-) عندنا وفى (- مع صد-) أنه باتفاقنا واستظهر الإجماع عليه كاشف الظلام وادعى الإجماع عليه فى المصاييح والجواهر وزاد فى الثالث نفى الخلاف فيه بيننا والعمدة فى ذلك عموم أدلة الشروط بعد كونه شرطاً سائغاً بالأصل ثم ان الفرق بين الاستيمار من آخر وبين جعل الخيار له واضح فإن الفسخ والإمضاء فى الخيار للأجنبي وفى الاستيمار إليه الأمر والرأى خاصه وليس له فسخ ولا التزام وإنما هما للمستأمر بالكسر وقد صرح بذلك جماعة بل عزاه فى (- الروضة-) الى كلام الأصحاب حيث قال ظاهر معنى المؤامرة وكلام الأصحاب ان المستأمر بفتح الميم ليس له الفسخ ولا التزام وإنما إليه الأمر والرأى خاصه ثم ناقش فى كلام الشهيد (- ره-) بقوله فقول (- المص-) (- ره-) فان قال المستأمر فسخت أو أجزت فذاك وان سكت فالأقرب للزوم ولا يلزم المستأمر الاختيار ان قرئ المستأمر بالفتح مبتئياً للمجهول أشكل بما ذكرناه وان قرئ بالكسر مبتئياً للفاعل بمعنى المشروط له المؤامرة لغيره فمعناه ان قال فسخت بعد امره له بالفسخ أو أجزت بعد امره له بالإجازة لزم وان سكت ولم يلتزم ولم يفسخ سواء فعل ذلك بغير استيمار أم بعده ولم يفعل مقتضاه لزم لما بيناه من أنه لا يجب عليه امتثال الأمر وإنما يتوقف فسخه على موافقة الأمر وهذا الاحتمال انسب بالحكم لكن دلالة ظاهر العبارة على

الأول أرجح خصوصا بقرينة قوله و لا يلزم الاختيار فإنَّ اللزوم المنفى ليس أَلَّا عَمَّن جعل له المؤامرة و قوله و كذا كَلَّ من جعل له الخيار فإنَّ المجعول له هنا الخيار هو الأجنبي المستشار لا المشروط له أَلَّا للمشروط له حَظًّا من الخيار عند أمر الأجنبي بالفسخ انتهى و اعترضه في مفتاح الكرامة بأنَّه لعلَّ غرض الشَّهيد (- ره-) بيان ما هو المشهور بين الأصحاب و فائدة أخرى و القرينة على ذلك كَلَّ الشَّهيرة فحاصله أنَّ المستشار ان قال فسخت تسلَّط المستشار على الفسخ و ان قال أجزت لزم و إليهما أشار بقوله فذاك و ان سكت لزم (- أيضا-) و بيَّن أنَّه يجوز له السَّكوت و لا يلزمه التَّكلم و اختيار أحد الأمرين أو أراد أنَّ المستشار بالكسر ان قال فسخت حيث يأمره المستشار بالفسخ أو أجزت فذاك و ان سكت لزم (- أيضا-) و لا يلزمه اى المستشار اختيار الفسخ و كذا كَلَّ ذى خيار لا يلزمه الاختيار و على الوجهين لا يتوجه على العبارة ما وجهه عليها فى (- الروضة-) فليتأمل و ان بقى كلامه على ظاهره كان مخالفا لما عليه الأصحاب و كان الفرق عنده بين المستشار و المشروط له الخيار إذا كان أجنبيًا أنَّ الأول ليس له شيء من الأمر بعد الاستشارة بخلاف الثَّانى فإنَّه له الفسخ و الإمضاء بادئ بدء من أوَّل الأمر لأنَّه حاكم ذو خيار انتهى و أنت خبير بأنَّ مرجع ما ذكره إلى الوجه الثَّانى من الوجهين اللذين احتملهما ثانى الشَّهيد فى عبارة ماتنه كما سمعت غاية ما هناك أنَّه (- ره-) استبعده لاحتياجه إلى الإضمار و سيّد مفتاح الكرامة استقر به بقرينة الشهرة و فيه منع قابليَّة الشهرة لكونها قرينة على ما ذكره فالحقَّ أنَّ عبارة اللَّمعة لا تخلو من شيء قوله طاب ثراه فإنَّ أمره بالإجازة (- اه-)

ربَّما يظهر من المحقِّق الثَّانى (- ره-) فى (- مع صد-) التَّفصيل فى صورة أمره بالإجازة بين ما لو كان ما أمر به صلاحا له فلا يجوز له الفسخ و بين ما لو خالف المصلحة فله الفسخ و ردَّ بأنَّه لا محلَّ له لأنَّه لو امره بالالتزام و جب عليه سواء كان فيه مصلحة أم لا و ان امره بالفسخ لم يجب عليه امتثال امره سواء كان فيه مصلحة أم لا و تنقيح البحث ان يقال أنَّ جواز اشتراط الاستيمار ممَّا لا ريب فيه لأنَّه من الشروط الجائزة فإنَّ أمره بالفسخ تسلَّط عليه و له الخيار بين ان يفسخ و ان لا يفسخ اشتمل على مصلحة أم لا لأنَّ المستشار لا يلزمه موافقة المستشار حيث يكون له مندوحة كما هو ظاهر لأنَّه لم يجعل له الخيار و ان امره بالالتزام الذى هو مقتضى العقد فليس له المخالفة و إن كانت أصلح لأنَّه لا تسلط له عليها أَلَّا بالشرط و هو لم يشترط لنفسه خيارا و ان سكت فالأقرب اللزوم و الحاصل أنَّ الفسخ يتوقَّف على أمره لأنَّه خلاف مقتضى العقد فيرجع إلى الشرط و أمَّا الالتزام بالعقد فلا يتوقَّف على أمره لأنَّه مقتضى العقد نعم لو اشترط احد المتبايعين على الآخر الفسخ لو أمره المستشار بالفتح بالفسخ لزمه الفسخ بمجرد امره به لأنَّ المسلمين عند شروطهم و ما ذكره (- المص-) (- ره-) أنَّما هو حكم اشتراط الاستيمار خاصية و أَلَّا فلو شرط معه أمرا آخر من التسلَّط على الفسخ حتَّى مع أمره بالإمضاء أو وجوب الفسخ عليه لو امره به أو نحو

ص: ٥٨

ذلك لزم الوفاء بمقتضاه و مما ذكرنا ظهر انّ تعليل عدم جواز فسخه إذا أمره بالإمضاء بأنّ الغرض من الشرط ليس مجرد الاستيمار بل الالتزام بامره كما صدر من الماتن (- ره-) لم يقع في محله ضرورة اقتضاء العلة لزوم الفسخ لو امره به مع أنّهم لا يقولون به فالأولى تعليله بأنّ الأصل في البيع اللزوم ولا يخرج عنه إلاّ بأسباب منها اشتراط التسلّط على الفسخ و لم يوجد هنا شيء من تلك الأسباب فتدبر

قوله طاب ثراه فان اقتضى اشتراط الاستيمار ذلك الحق على صاحبه عرفا فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ الصّميم المجرور بإضافة لفظ الصّاحب الأوّل يعود إلى المشتري و المجرور بإضافة الصّاحب الثاني يعود إلى الصّاحب الأوّل يعني انّ اشتراط الاستيمار ان اقتضى ثبوت الحقّ على صاحب المشتري بان يكون عليه ان يستأمر فيفسخ إذا أمره الثالث فمعناه سلطنة صاحب الصّاحب يعني المشتري على الفسخ و لو بالواسطة و التسيب بان يحكم عليه باستيمار الثالث و الفسخ إذا أمره و ليس المراد ثبوت السلطنة للمشتري بنفسه ابتداء حتّى يمنع فيقال أنّه ليس معنى اشتراط الاستيمار سلطنة المشتري على الفسخ بنفسه كما تبه على ذلك الشيخ الوالد (- قده-) في غاية الآمال

قوله طاب ثراه ثمّ في اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحة و عدمه وجهان العدم

هكذا وجدنا النسخة لكن لا بدّ من سقوط كلمة أظهرهما و أقربهما أو أجودهما أو نحو ذلك ثمّ لا يخفى عليك انّ هنا فروعا آخر لم يتعرّض لها الماتن (- ره-) و لا بأس بالتعرض لها الأوّل أنّهم اختلفوا في لزوم تعيين مدّة المؤامرة و ضبطها على قولين أحدهما اللزوم و هو للقواعد و (- كره-) و اللّمعنين و (- لك-) و المصاييح و محكى (- ير-) و (- شاد-) و (- لف-) و تعليق (- شاد-) و الميسية و مجمع الفائدة و الكفاية و غيرها بل في المصاييح أنّه ظاهر الأكثر ثانيهما عدم اللزوم و هو صريح الشيخ (- ره-) في (- ف-) حيث قال إذا صحّ الاستيمار فليس له حدّ إلا ان يشترط مدّة معيّنة قلت أم كثرت و للشافعي فيه وجهان أحدهما لا يصحّ حتّى يشترط و الثاني ما قلناه من أنّه يمتدّ ذلك ابدا انتهى و حكى نحوه عن (- ط-) حجة الأوّل أنّ في الإطلاق غرر أو جهالة لأنّ الأعواض تختلف باختلاف زمان الخيار و المؤامرة و قد نهى النبي صلّى الله عليه و آله عن بيع الغرر و حجة الثاني ما ذكره في (- ف-) بقوله عقيب عبارته المزبورة دليلنا أنّه قد ثبت هذا الاشتراط مع الإطلاق فتقيده بزمان مخصوص يحتاج إلى دليل انتهى و الجواب انّ النهى عن بيع الغرر دليل مقيد كما قيد به إطلاق اشتراط الخيار الأمر الثاني أنّه يجري في الاستيمار ما يجري في الخيار من أنّه قد يكون للبائع أو المشتري أو لهما أو لأجنبيّ عنهما أو عن أحدهما مفردا أو مع البائع أو المشتري أو معهما متصلا أو منفصلا أو منفصلا إلى غير ذلك من أقسام اشتراط الخيار الثالث انّ جماعة من أواخر الأصحاب صرحوا بعدم اشتراط تعيين المؤامر باسمه بل بما يشخصه و يميّزه بل في خيارات الفقيه الغرويّ (- ره-) أنّه لو قيل بجواز استيمار من كان خلف الجدار و ان لم يعلم ما هو أو واحد من الناس أو من جماعة محصورين و نحو ذلك بناء على انّ الشرط كالصّليح في الجهالة لكان له وجه نعم يستثنى المبهم الذي لا وجود له انتهى قلت لو كان علل جواز استيمار من ذكره بأصالة عدم اشتراط التّعيين بما يميّزه و انتفاء الغرر لكان أولى ممّا علّله به من كون الشرط كالصّليح ضرورة انّ العلة (- ح-) أخفى من مطلوبه إذ لا دليل على كون الشرط كالصّليح و إلاّ للزم جواز إهمال المدّة و لا يلتزم به الرّابع أنّه هل لمن اشترط استيمار غيره فسخ العقد قبل الاستيمار أم لا وجهان جزم في (- كره-) بالعدم حيث قال ليس للشارط ان يفسخ حتى يستأمر فلانا و يأمره بالردّ لأنّه جعل الخيار له دون العاقد و هو أحد قولي الشافعي و الثاني أنّه يجوز له الردّ من غير ان يستأمر و ذكر الاستيمار احتياطا و المعتمد الأوّل انتهى و وافقه على ذلك في (- مع صد-) و (- لك-) و (- الروضة-) و محكى تعليق (- شاد-) و الميسية و الكفاية و (- ط-) و في (- ف-) أنّه إذا باعه بشرط ان يستأمر فلانا فليس له الردّ حتى يستأمره انتهى و ربّما حكى في مفتاح الكرامة أنّه غرى هذا القول إلى ظاهر المذاهب و لا يخفى ما فيه فإنّه أراد ظاهر مذهب الشافعي لا ظاهر مذهب الأصحاب لأنّه قال و للشافعي فيه وجهان أحدهما و هو ظاهر المذهب مثل ما قلناه (- اه-) و الوجه فيما اختاره الجماعة انّ الأصل في

البيع اللزوم كما مرّ و غاية ما ثبت باشتراط الاستيمار استحقاقه الفسخ بعد الاستيمار ففسخه قبل الاستيمار فسخ من غير حقّ فلا عبرة به فما عن العلامة (- ره-) في (- ير-) من أنّ له الفسخ قبل الاستيمار لا وجه له كما لا وجه له بعد ما سمعت لتعليقه بأنّ الشرط لمصلحة المستأمر فله ان لا يلاحظها و يفسخ قبله لثبوت الخيار له كما أنّ له الإمضاء لو لم يأمره به فإنّ فيه ما عرفت من دوران الأمر مدار الاشتراط و أمّا أنّ له الإمضاء لو لم يأمره به فليس إلّا لأنّ المشروط أنّما هو توقّف الفسخ على امره لا الإمضاء و الّا فلو شرط توقّف الإمضاء (- أيضا-) على امره لزم الأتباع الّا ان يتّفقا على إسقاط الشرط الخامس انه لو امره المشروط الاستيمار منه بالفسخ قبل ان يستأمره فعن ظاهر (- ط-) و (- ف-) و (- كره-) و كثر الفوائد و تعليق (- شاد-) و (- لك-) انتفاء الخيار لانتفاء الشرط و لكن قرب في المصايح الجواز نظرا إلى حصول الغرض بالأطّلاع على رأى المستأمر و تنزيلا- لعبارات الأصحاب على الغالب من ترتّب الأمر على الاستيمار ثمّ قال و عليه يحمل قول العلامة (- ره-) في (- ير-) بجواز الفسخ قبل الاستيمار لتصريحه بعده بالمنع من الرد قبله و لظهور توقّف الرد على الأمر به بمقتضى الشرط فيبعد ارادته الجواز قبل الأمر ثمّ قال و لو شرطنا الاستيمار فاتّفق الأمر قبله قوى اللزوم مطلقا لامتناع الاستيمار بعد الأمر فيقوى سقوط اعتباره من أصله انتهى و ما استقر به غير بعيد ظاهرا إذ لا وجه لسقوط الفسخ بعد وضوح عدم كون الاستيمار معتبرا من باب الموضوعيّة بل من باب الطريقيّة إلى الاطّلاع على رأى المستأمر بالفتح السادس أنّه لو تعدّد المستأمر بالفتح و اختلفا فأمر أحدهما بالفسخ و الآخر بالإمضاء احتمل تقديم الأمر بالفسخ (- مط-) نظرا إلى أنّ الأمر بالإمضاء لم يزد على ما كان أوّلا من جواز الإمضاء و احتمل تقديم الأمر بالإمضاء مطلقا نظرا إلى أنّ الفسخ أنّما يجوز مع اتّفاقهما عليه فاذا اختلفا كان اللازم الأخذ بما يوافق حال أصل العقد و يحتمل تقديم الأسبق منهما و الوجوه تجرى فيما لو اتّحد المستأمر و اختلف رايه هذا إذا أطلق اشتراط الاستيمار و لو شرط تقديم أحدهما أو أحد الزّائين عند الاختلاف أو سقوطهما معا عن الاعتبار كان المتبع ما اشترط

[مسألة من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه]

إشارة

قوله طاب ثراه و عن غيرها الإجماع عليه قلت ممّن ادّعى الإجماع على ذلك الشيخ (- ره-) في (- ف-) و القاضى فى جواهر الفقه و الثانين فى (- مع صد-) و (- لك-) و شيخ الأواخر فى الجواهر قال فى (- ف-) يجوز عندنا البيع بشرط مثل ان يقول بعثك إلى شهر فان رددت على الثمن و الّا كان البيع لى فإن ردّ عليه و جب عليه ردّ الملك و ان جازت المدّة ملك بالعقد الأوّل و قال جميع الفقهاء أنّ ذلك باطل يبطل به العقد دليلنا إجماع الفرقه و (- أيضا-) قوله صلّى الله عليه و آله الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب و لا سنّة و على من ادّعى المنع منه الدّلالة انتهى و فى جواهر القاضى مسئلة إذا باع شيئا بشرط مثل ان بعثك إلى سنه أو شهر فان رددت على الثمن فالمبيع لى هل يصح ذلك أم لا الجواب هذا

ص: ٥٩

صحيح فاذا ردّ عليه المال وجب عليه ردّ الملك فان جازت المدّة ملك بالعقد الأول و أنّما كان (- كك-) لقوله عليه السلام الشّروط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنّة و من ادّعى المنع من ذلك فعليه الدّليل و لا دليل عليه و لأنّ إجماع الطّائفة عليه (- أيضا-) انتهى و قد حكى نقل الإجماع عليه عن الغنيّة و كنز الفوائد و ظاهر (- كره-) و محكى شرح الإرشاد لفخر الإسلام و غيرها و نفى الخلاف في ذلك في المستند و غيره

قوله طاب ثراه و هو ان بيع شيئا و يشترط الخيار لنفسه (- اه-)

قال الشيخ الوالد قدّس الله نفسه الزكية في غاية الآمال الطّاهر أنّ هذا من باب الاقتصار على ذكر أظهر أقسام بيع الخيار و الّا فمن جملة أقسامه أن يشترط الخيار في آخر المدّة و منها ان يشترط له أوقاتا متعدّدة لخياره مثل ان يكون له الخيار في رأس كل سنّة أشهر إلى انقضاء سنتين و منها ما هو مملّق من قسمين مثل ان يشترط ان يكون له الخيار إلى سنّة أشهر متى ما دفع الثمن ثمّ لا يكون له الخيار إلى انقضاء سنّة أشهر و يكون له الخيار في رأس سنّة أشهر أو عكس ذلك

قوله طاب ثراه منها موثقة إسحاق بن عمّار (- اه-)

رواها الشّيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن إسحاق بن عمّار قال حدّثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام و سئله رجل و انا عنده (- إلخ-) هكذا في نسخة الوسائل المصحّحة على خطّ مؤلّفها و كذا التّهذيب و عليه فلا إرسال في الزّواية لأنّها رواية عن من سمع من الإمام عليه السلام و سماع من نفس الإمام عليه السلام نعم هي مرسلّة بناء على ما أورده في مجمع الفائدة من إبدال العبارة بقوله أخبرني من سمع أبا عبد الله يقول و قد سئله رجل و انا عنده فقال (- اه-) حيث أنّ ظاهره ان إسحاق لم يسمع من ابي عبد الله عليه السلام و أنّما سمع ممن سمع منه و لذا اعترف في مجمع الفائدة بإرساله و قال أنّه لا يضرّ إرسال إسحاق لأنّه مؤيد و مقبول و قد نقل الشيخ الوالد قدس سرّه عن نسخة مصحّحة من الكافي عنده مقروّة على الفاضل المجلسي (- قدّه-) و عن الوافي الزّواية على التّحوّل الذي في مجمع الفائدة و الأمر سهل بعد التّأييد بالعمل

قوله طاب ثراه و تكون لك أحبّ إليّ من ان تكون لغيرك

هذا الكلام من قبيل قولهم و تسمع بالمعيدي خير من ان تراه فجعل لفظه تكون مبتدأ باعتبار تقدير لفظ المنسبك معه بالمصدر اي كونها لك أحبّ و قوله على ان تشترط لي بعد هذه الفقرة متعلّق بقوله أبيعك قبلها كما تبه على ذلك الشيخ الوالد قدس سرّه في غاية الآمال

قوله طاب ثراه أ رأيت لو كان للدّار غلّة لمن تكون الغلّة فقال الغلّة للمشتري

أبدل هذه الفقرة في الكافي بقوله قلت فإنّها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة لمن تكون الغلّة فقال الغلّة للمشتري و كتب الفاضل المجلسي (- ره-) عليه ما نصّه أنّه يدلّ على ان التّماء في زمن الخيار للمشتري فهو يؤيد المشهور من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار و أنّما كان التلف من المشتري لأنّ الخيار للبائع فلا ينافي المشهور انتهى

قوله طاب ثراه و رواية معاوية بن ميسرة

قد رواها الشّيخ (- ره-) بإسناده عن الحسن بن محمّد بن سماعة عن احمد بن ابي بشير عن معاوية بن ميسرة

قوله طاب ثراه و كان بينه و بين الرّجل الذي اشترى الدّار خلطة

هكذا وجدناه في المتن و بعض آخر من كتب الاستدلال لكنّ أبدال في الوسائل و محكى الوافي كلمة خلطة بلفظة حاصر و على الأوّل فالمراد أنّ بينهما تعارف و مخالطة و على الثّاني فالمراد أنّه كان جارا له لكون الحاصر بمعنى الجدار

قوله طاب ثراه فإنّ الرّجل قد أصاب في هذا المال (- اه-)

اي أدرك منافعه و ربح فيه فتكون كلمة ربحا مفعول أصاب محذوفة

قوله طاب ثراه و عن سعيد بن يسار (-اه-)

قد رواه ثقة الإسلام (-ره-) عن ابي علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن علي بن النعمان عن سعيد بن يسار و وجه صحه السند ظاهر

قوله طاب ثراه فنعه (-اه-)

هذا هو أصح النسخ و هو صيغته المتكلم مع الغير من الوعد و في بعض النسخ فبعده و في ثالث فعندها و لا معنى لهما

قوله طاب ثراه و عن ابي الجارود (-اه-)

قد روى ذلك الشيخ (-ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن ابان بن عثمان عن ابي الجارود و قد قال في (-ثق-) بعد ذكر هذا الحديث ان البيع في الخبر بمعنى الشراء فإنه من الأضداد كما ذكره أهل اللغة انتهى و استظهر الشيخ الوالد قدس الله تربته المطهرة كون مراد صاحب (-ثق-) ان مادة البيع الموجودة في ضمن الكلمتين الموجودتين في الحديث بمعنى الشراء فيصير المعنى ان اشترت من رجل شيئا على شرط الفسخ فإن أتاك بالثمن الذي أعطيته صح له استرداد ما اشترته منه و الأ لزم الشراء و كان الشيء المشتري لك ثم قال قدس سره و هذا الاستعمال موافق لما ذكره في شرح القاموس مثالا لتفسيره بالشراء من قوله يقال باعه إذا بادل ثمنه بسلعته انتهى كلامه علا مقامه و لا يخفى عليك ان قوله (-ع-) بمالك يناه في تفسير البيع بالشراء لعدم تعارف التعبير عن الثمن بالمال و (-أيضا-) فاستعمال البيع في خلاف الشراء أشيع و أظهر و لا داعي إلى حمل البيع في الخبر على الشراء لوضوح المراد بدونه غاية ما هناك ان الخبر يدل على جواز اشتراط فسخ العقد عند رد المشتري المبيع أو مثله إلى وقت كذا عكس المفروض

[ذكر ثمانية أمور متعلقة بهذه المسألة]

[الأمر الأول وجوه متصورة في اعتبار رد الثمن الثمن في بيع الخيار]

قوله طاب ثراه يتصور على وجوه (-اه-)

(١١) أقول ذكر بعضهم وجها سادسا و هو اشتراط بيعه عليه إذا جاء بمقدار الثمن و سابعا و هو ان يجعل له الخيار طول المدّة و لكن يشترط عليه ان لا يفسخ إلا بعد الرد فلو خالف و فسخ قبل الرد ففي التأثير وجهان و ثامنا و هو ان يجعل الخيار في رأس المدّة بشرط ردّ مثل الثمن و أقول ان صحه هذه الصور الثلاث ممّا لا ينبغي التأمل فيه بعد عموم قاعدة الشروط و عدم مخالفة هذه الشروط للكتاب و لا السنّة و لا لمقتضى مطلق عقد البيع و لكن لا إيراد على الماتن (-ره-) بإهمال الصورة الأولى ضرورة خروجها عن فرض المسئلة موضوعا لأن مفروضها اشتراط الفسخ عند ردّ مثل الثمن و اين ذلك من اشتراط إنشاء بيع جديد و الثمرة بين الفرضين ظاهرة في موارد مثل عدم ثبوت خيار المجلس بالفسخ و ثبوته بالبيع الجديد و مثل ان الفسخ يحصل بكلّ لفظ يدلّ عليه بخلاف البيع فإنه يحتاج إلى صيغة خاصّة و اما الصورة السابعة فهي عين الصورة الثانية فلا وجه لعدّها صورة مغايرة لها فان قلت الفرق بينهما ان السلطنة على الفسخ في الصورة الثانية غير حاصله قبل ردّ الثمن بخلاف هذه الصورة فإن السلطنة حاصله لكن اشتراط عدم اعمالها قلت ان عبارة الماتن (-ره-) و إن كانت توهم ما ذكرت من عدم حصول السلطنة على الفسخ قبل الردّ في الصورة الأولى ألما ان مراده بالسلطنة الفعلية لا الشائية و ألما لم يبق معنى للخيار له في تمام المدّة فإن الخيار هو السلطنة على الفسخ فاذا فرض حصوله لزم كون مراده من السلطنة التي نفى حصولها قبل الرد هي السلطنة الفعلية فيكون المعنى ان يكون له الخيار و لا يكون له اعماله قبل ردّ الثمن و (-ح-) فتتحد الصورة الثانية و السابعة و اما الثامنة فلا بأس بعدها مغايرة للخمسة

قوله طاب ثراه الثاني ان يؤخذ قيذا للفسخ (-اه-)

(١٢) قد عرفت أننا إن مراده بالتسلط على الفسخ إنما هو فعلية الفسخ و بالخيار التسلط الثاني على الفسخ ثم إن الفرق بين هذا الوجه و سابقه ظاهر تبه عليه الشيخ الوالد قدس سره (- أيضا-) و هو أن أصل ثبوت الخيار في

ص: ٦٠

الأول كان موقوفا على ردّ الثمن بخلاف الثاني فإنّ الخيار فيه ثابت قبل ردّ الثمن ولكن فعليّة الفسخ و صحّة إنشائه موقوف على ردّ الثمن و بعبارة أخرى على هذا الوجه له في تمام المدّة الخيار و التسلّط على الفسخ المقارن لردّ الثمن أو المتأخّر عنه بخلاف الأول و يظهر اثر الفرق بينهما في أنّ البائع له إسقاط الخيار قبل ردّ الثمن بناء على هذا الوجه من جهة تحقّق الخيار فعلا فلا يكون من قبيل إسقاط ما لم يجب بخلاف الأول فإنّ إسقاط الخيار فيه لا يخلو عن تأمل و افتقار إلى التوجيه كما سيجيء ذكره في كلام (-) المص - (-) (ر-ه) في الأمر الرابع إنشاء الله تعالى

قوله طاب ثراه الرابع (-) (ه-)

الفرق بينه و بين الثالث أنّ نفس الردّ في الثالث كان سببا للفسخ كسببته قول فسخت لذلك بخلاف الرابع فإنّ المشروط أنّما هو انفساخ المعاملة بنفسها عند حصول الرد من دون ان يكون الردّ سببا له كما لا يخفى قوله طاب ثراه و عليه حمل في الرياض (-) (ه-)

لا يخفى عليك أنّ هذا الحمل ممّا لا شاهد عليه و إنّ الأخبار من هذه الجهة مهملة و أنّما سيقّت لبيان صحّة اشتراط استرداد المبيع عند ردّ مثل الثمن و أنّما أنّ الاسترداد هل هو بالفسخ الفعلي أو القولي فلا تعرّض في الأخبار لذلك قوله طاب ثراه و هذا هو الظاهر من رواية معاوية بن ميسرة

هذا الاستظهار كغيره ممّا يأتي في كلامه من الاستظهارات ممّا لا وجه له و الحقّ أنّه لا ظهور في الأخبار و لا في عبارة فقهاءنا الأبرار في شيء من الصّور ظهورا معتدا به بل إن كان فإشعار لا يبلغ حدّ الظهور و (-) (ح-ه) فلقائل أن يقول أنّا نتمسك بعموم تلك الأخبار النّاشي من ترك الاستفصال على مشروعيتها كلّ من تلك الصّور فلو تمّ العموم كان هو المعتمد في الصّحة في الصّور الخمس و أنّا لكفانا العموم التّوعى أعنى عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالشّروط في تصحيحها و إيجاب الالتزام بها و الجرى على مقتضاها بعد الوقوع في ضمن عقد لازم كما لا يخفى قوله طاب ثراه و هو ظاهر الوسيلة (-) (ه-)

ربّما احتمل بعضهم كون مراد صاحب الوسيلة أنّ الإقالة من جانب البائع و أنّ ضمير لزمته يعود إلى المشتري المفهوم بقريته الحال قال و لعلّ ارتكاب صاحب الوسيلة التّعبير عن الفسخ بالردّ بالإقالة لأنّ العقد قبل تحقّق الرّد في المدّة لازم في حقّ المتعاقدين و عند الرّد فيها يقع الفسخ النّافذ في حقّهما فكان بذلك أشبه بالإقالة من حيث أنّه لم يمض زمان قد تنجّز فيه الخيار و أنّما الثابت منه سابقا خيار معلّق على شرط غير حاصل فتأمل

قوله طاب ثراه فان ابى أجبره الحاكم أو أقال عنه و أنّا استقلّ (-) (ه-)

اي ان لم ياب المشتري استقلّ هو بالفسخ من دون حاجة إلى إجبار الحاكم إياه أو إقالته عنه نبه على ذلك الوالد العلّامة قدّس الله نفسه المطهّرة ثمّ قال و يمكن ان يكون المعنى أنّه ان لم يكن حاكم استقلّ البائع بالفسخ من جهة التخلّص عن الضّرر ثمّ قال و يوهن المعنى الأول أنّه من قبيل توضيح الواضحات و يوهن الثاني أنّ مدخول كلمة إلّا المركّبة من حرفي الشّروط و التّفى لا بدّ من ان يكون فعلا من جنس الفعل المثبت المتقدّم عليها و هنا لم يتقدّمها فعل بمعنى الكون و الوجود و في جملة من النّسخ استقليل بالفسخ و معناه أنّه ان لم ياب المشتري استقليل هو بالفسخ اي طلب البائع منه الإقالة بطريق الفسخ انتهى قلت الظاهر كون المراد هو المعنى الأول و كونه من توضيح الواضحات لا يضّر لأنّ شأن الفقيه بيان الحكم جليّا كان أو خفيا

قوله طاب ثراه و مرجعه إلى احد الأولين

يعنى أنّ مرجع ما فهمه الأصحاب إلى أحدهما

قوله طاب ثراه لكنّ الظاهر صحّة الاشتراط بكلّ من الوجوه الخمسة (-) (ه-)

ربما استشكل بعضهم في صحّة الوجه الأول بجهالة زمانه إذ هو من قبيل ما لو قيل بشرط ان يكون لك الخيار ان قدم الحاج أو ان جاء زيد و أقول لم أتصوّر لهذا الاشكال وجهاً إلا ان يكون قد زعم هذا البعض ان الصّورة الأولى أنّما هي ما إذا لم يجعل مدّة لردّ الثمن و أطلق حصول الخيار بعد ردّ الثمن اى وقت كان حتّى يكون مثل قدوم الحاج و مجيء زيد و الحال ان الأمر ليس (- كك-) و ان مفروض الصّورة الأولى ما إذا اشترط حصول الخيار عند ردّ الثمن فى المدّة الفلانيّة كما يشهد به قول الماتن (- ره-) و يكون مدّة الخيار منفصلة دائماً عن العقد و مثل ذلك ليس من المجهول فى شىء حتّى أنّه لو قال بعثك بشرط الخيار لى عند مجيء الحاج ان جاؤا إلى آخر الشهر مثلاً صحّ بلا شبهة و لا يضّر جهالة زمان الردّ و المجيء من بين المدّة المضروبة و ان توقّف حصول الخيار عليه و إلا للزم بطلان سائر الفروض المتوقّف فعليّة الفسخ فيها على الردّ و المجيء إذ لا اثر للخيار من غير التمكن من الفسخ و ظنّى انّ هذا البعض زعم عدم تعيين مدّة ظرفاً للردّ و ذلك عجيب لانّ البحث أنّما هو على فرض ضرب المدّة لذلك و لذا طوى الماتن (- ره-) اعاده ذلك فى كلّ صورة فلا تذهل و يحتمل ان يكون قد تأمّل فى صحّة الشرط من جهة جهالة زمان الردّ و إن كانت المدّة مضروبة و قد عرفت ما فيه من عدم القدح و عدم صدق الجهالة عليه ثمّ أنّه اعتذر عن الإشكال باستظهار عدم المانع من مثل هذا التعليق فى الشّروط معللاً- بأنّ العمدة فى دليل منعه الإجماع المفقود فى أمثال المقام و هو كما ترى إذ المانع ليس هو الإجماع حتّى يعتذر بعدمه هنا و أنّما هو حديث النّهى عن الغرر فاما ان يمنع الجهالة هنا أو يلتزم بالإشكال فتأمّل جيّداً ثمّ انّ هذا البعض استشكل فى الصّورة الثالثة بأنّه لا- معنى لكون الردّ من حيث هو سبباً إلا ان يكون المراد جعله سبباً بقصد إنشاء الفسخ به و هو خلاف ظاهر الشّروط فإنّ ظاهره كون مجرد الردّ سبباً و معه يكون أشكل من الوجه الرابع إذ يصير كما لو جعل النّظر فى المراءة سبباً للفسخ و ان لم يقصد به إنشائه و من المعلوم بطلانه و الطّاهر انّ نظر المصنّف (- ره-) الى جعله سبباً بان يقصد إنشاء الفسخ به كما يظهر منه فى الأمر الثالث المذمى سيجىء و (- ح-) فلو ردّ لا بهذا القصد بل بان يفسخ بعده يلزم عدم كفايته انتهى و أنت خبير بانّ قول الماتن (- ره-) ان يكون ردّ الثمن فسحاً فعليّاً صريح فى اعتبار قصد إنشاء الفسخ فلا- مجال لاحتمال عدم اعتبار قصد الإنشاء حتّى يكون للاستشكال محلّ ليجتاج الى التوجيه بما ذكره قوله طاب ثراه فإنّ فيه اشكالا من جهة (- اه-)

دفع هذا الإشكال ما أشار إليه غير واحد من ان توقّف المسببات على الأسباب الشرعيّة مسلم لكن لا مانع من كون نفس الاشتراط من الأسباب على نحو الملكيّة حيث أنّها تحتاج إلى سبب و قد يكون نفس الاشتراط سبباً لها بناء على صحّة شرط النتيجة كليّة كما هو الحقّ و احتمال كون الانفساخ ممّا لا بدّ فيه من سبب خاصّ كالزّوجيّة و الفرقه بين الزّوجين مدفوع بعموم دليله و توهم كون احتمال مخالفة اشتراط سببى الردّ للفسخ للسنة مانعاً من الرجوع إلى العموم المذكور بعد تخصيصه بما إذا لم يخالف السنة من حيث كون الرجوع إلى العموم المذكور فى دفع المخالفة فى المقام من باب الرجوع إلى العموم فى الشبهات المصادقيّة و قد منعوا من ذلك فى الأصول مدفوع بانّ عدم المخالفة لا يتوقّف إحرازه على التمسك بالعموم حتّى يمنع منه و أنّما يدفع المخالفة بأصالة عدم ورود السنة على خلاف هذا الشّروط و عدم المنع منه فى السنة ثمّ يتمسك بالعموم لإثبات الحكم و هو لزوم الوفاء فتدبر

[الأمر الثاني الثمن المشروط رده إما في الذمة أو معينا]

قوله طاب ثراه و يحتمل العدم (-اه-)

اي عدم ثبوت الخيار للبائع نظرا إلى ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله فاذا لم يقبض لم يكن الرد المتفرع عليه المتسبب للخيار حاصلًا لكن يمكن المناقشة في ذلك بان من بين عدم كون القرض ممًا له موضوعية و أنما الغرض من اشتراط الرد اشتراط حصول الثمن في يد المشتري فإذا كان البائع لم يقبضه كان حاصلًا في يد المشتري و هو مطلوبه و مرامه فيلزمه رد المبيع إلى البائع و لا مجال للتعلق بأصالة اللزوم بعد حصول مسبب الخيار و هو حصول الثمن في يد المشتري

قوله طاب ثراه على اشكال في الأخير من حيث (-اه-)

فيه ان الفسخ أنما يقتضى شرعا أو لغه رد العين مع الإمكان إذا أطلق الفسخ و اما إذا اشترط ردّ البديل مع إمكان ردّ العين فالأقتضاء ممنوع بل عموم دليل الاشتراط يقضى بعدم الاقتضاء و ما في كلام بعضهم من نفي الإشكال في الفساد نظرا إلى عدم تعقل الفسخ مع كون العين باقية ألّا بردّ نفس العين ألّا مع معاملة جديدة و المفروض عدمها مدفوع بمنع عدم التعقل و اى مانع من كون الاشتراط بمنزلة معاملة جديدة و كونه ناقلا للبديل إلى البائع مع وجود نفس العين (- أيضا-)

قوله طاب ثراه و في جواز اشتراط ردّ القيمة في المثلي و بالعكس وجهان

منشأ الوجهين من عموم أدلة الشروط و من ان الثابت بالفسخ أنما هو البديل و بدل المثلي المثل و القيمي القيمة و الأظهر الجواز لقيام البديل الجعلي بحكم عموم أدلة الشروط مقام البديل الأصلي

قوله طاب ثراه فالظاهر عدم الخيار

كان حقّ التعبير ان يحكم بعدم الخيار جازما من دون ان يعتبر بالظاهر ضرورة أنه بعد اشتراط الفسخ بردّ نفس العين لا يعقل بقاء الخيار مع تلفها سواء كان التلف بفعل البائع أو المشتري أو الأجنبي أو بافة سماوية

قوله طاب ثراه و فيه نظر

وجه النظر هو منع افادة إطلاق اشتراط ردّ العين خصوص سقوطه بإتلاف البائع حتى يبقى الخيار في إتلاف غيره على حاله نعم لو خصّا سقوط الخيار بما إذا كان التلف بفعل البائع لزم أتباع الشرط

قوله طاب ثراه و اما الثالث (-اه-)

أراد به صورة الإطلاق و بالثاني صورة اشتراط ما يعمّ بدله و بالأول صورة اشتراط ردّ العين

قوله طاب ثراه ان الإطلاق لا يحمل على العين

فيه نظر ظاهر لما شاع و ذاع من ان الإطلاق ينصرف إلى الشائع المتعارف استعمال اللفظ فيه و لا ريب في أنهم متى أطلقوا الردّ أرادوا به ردّ العين

قوله طاب ثراه و يدلّ عليه صريحا بعض الأخبار (-اه-)

لا يخفى عليك ما في دعوى الصّراحة من النظر ضرورة انّ من الأخبار ما هو نصّ في كون الثمن ما في الذمة مثل صحيح سعيد بن يسار و ذلك لا- ربط له بردّ العين و لا البديل و منها ما ليس ظاهرا في شيء من ردّ العين و البديل بل هو مهمل من هذه الجهة نعم يمكن استفادة دفع العين من دلالة خبر إسحاق على ان بيع الدار كان لحاجة إلى الثمن و لازمه العادي إتلافه و التصرف فيه و ذلك لا

يسمى ظهورا

[الأمر الثالث رد الثمن في هذا البيع مقدمة لفسخ البائع أم لا]

قوله طاب ثراه قيل ظاهر الأصحاب (- اه-)

قلت قد أطلق اعتبار الفسخ بعد رد الثمن جمع من الأصحاب وممن نص على ذلك وأطلق المحقق الكركي في (- مع صد-) و محكى تعليق (- شاد-) و الشهيدان في (- لك-) و محكى (- س-) و التطفيفى فى محكى إيضاح (- فع-) و المقداد فى التنقيح و الصيبرى فى محكى غايه المرام و الورع فى مجمع الفائده و علامه الأواخر فى المصاييح و اتباعه فى مفتاح الكرامه و كشف الظلام و الجواهر بل قد يستظهر ذلك من نحو (- يع-) و (- فع-) و (- ير-) و (- شاد-) و التبصره و غيرها مما بنى على ما قبله من اشتراط الخيار للبائع مدّة مضبوطة مع قيد زائد و هو رد الثمن فيكون قد أشاروا إلى أنّ خيار الشرط على قسمين أحدهما ما يكون الخيار فى فسخ العقد خاصه سواء احضر الثمن أم لا و الثانى ما يكون الخيار مع شرط إحضار الثمن و هو ما نحن فيه فيتعبه الخيار بعد الردّ و لا يفسخ البيع معه الا بالفسخ كما تقدّم حكاية التصريح بذلك من الفاضل المقداد فى التنقيح فى ذيل العبارة لكنّ فيه أنّه كما يمكن ان يكون الفارق بين الفرض و بين اشتراط الخيار هو توقّف الخيار على إحضار الثمن دون مطلق خيار الشرط ليكون التصريح بما هنا من باب التصريح بالخاصّ اهتماما بشأنه بعد التصريح بالعام فكذا يمكن ان يكون الفارق الحاجه فى خيار الشرط إلى الفسخ دون المقام و يكون ذكر الفرض من باب المناسبه لخيار الشرط و الشباهه له إياه و على اى حال فرّما يغرى القول باعتبار الفسخ فى الفرض أيضا إلى ظاهر الباقيين من الأصحاب و لكن ظاهر عبارتى (- ف-) و جواهر الفقه المزبورين بل صريحهما من حيث التعبير بوجوب ردّ المبيع بعد ردّ الثمن و ظاهر عدّه اخرى هو عدم اعتبار الفسخ و الحمل على الغالب من تعقيب الردّ بالفسخ كان يقول خذ دراهمك فقد فسخت كما صدر من علامه المصاييح لا شاهد عليه فلا يصار إليه حجّه القول الأوّل وجوه ذكرها فى المصاييح و قد أشار إلى اثنين مع جوابهما فى المتن الأوّل أنّ الرد لا يدلّ على الفسخ أصلا و جوابه قوله (- ره-) و هو حسن (- اه-) و حاصله أنّ إنكار الدلالة كليه مما يقضى الوجدان بخلافه و السالبه الكليه تزول بالإيجاب الجزئى و من بين ثبوت الدلالة فى بعض المقامات الثانى ان الردّ يدلّ على ارادة الفسخ و الإرادة غير المراد و جوابه ان الردّ قد يدلّ على نفس الفسخ لا على إرادته كى يتأتى تغاير الإرادة و المراد و قد أشار الماتن إلى ذلك بقوله و ما قيل (- اه-) الثالث أنّ وجوب ردّ المبيع إلى البائع موقوف على عوده اليه بانفساخ الموقوف على الفسخ و القدرة أنّما تتعلّق به دون الانفساخ فلا يصحّ اشتراطه إلا بواسطة الفسخ فيتوقّف وجوب الردّ عليه و لا يكون ردّ الثمن بمجرد قاطعا للبيع و فيه أنّ عدم تعلّق القدرة بالانفساخ الموجب لعدم صحه اشتراطه مسلّم مقبول و لذا لا نقول بأنّ المشروط هو الانفساخ بل نقول انّ المشروط ردّ الثمن فاذا حصل الانفساخ فكما انّ الفسخ مقدّمه مقدوره للانفساخ فكذا ردّ الثمن بعد اشتراط افادته الانفساخ فى ضمن العقد اللازم فردّ الثمن من حيث هو و ان لم يكن قاطعا للبيع لكن إذا اشترط قطعاً للبيع فى ضمن العقد لازم كان مقتضى عموم أدلّة الشّروط افادته لذلك كما لا يخفى الزّابع أنّ قضيه كلام الأصحاب اشتراط الخيار بعد الردّ و هو خلاف الفسخ بنفس الردّ و أنت خبير بما فيه من منع الاقتضاء و لو سلّم فلا حجّه فى قولهم ما لم يقم عليه دليل مضافا إلى ان اشتراط الخيار بعد الردّ أحد أقسام اشتراط الردّ و ذلك مسلّم لكننا ندعى جواز اشتراط انقطاع البيع بنفس الردّ فمن أنكر جواز ذلك و صحّته فعليه الدلالة و ليس كما عرفت فتبقى عموم أدلّة الشّروط محكما مؤيدا بأصالة الجواز و من هنا ظهر حجّه القول الثانى كما ظهر كونه الأقرب و إن كان الأقوى منه مدار ما أوقعاه من الشرط قاصدين من الصّور الخمس المزبوره و غيرها ثمّ انّ علامه المصاييح قال انّ الفسخ كما يحتاج اليه على المشهور من انتقال المبيع بنفس العقد فكذا على القول بانتقاله بمضى الخيار أو

ص: ٦٢

العقد على هذا القول و ان لم يكن ناقلا من حينه غير أنه يفيد الملك إذا انقضى الخيار و لا يفسخ البائع فلا يستقر ملكه إلا بالفسخ
فالفسخ لا بد منه على القولين و ان اختلفا في وجه الاحتياج لكونه على الأول لعود الملك و على الثاني لاستقراره انتهى و على منواله
نسخ؟؟؟ جمع ممن عادتهم الجرى على مجريه كسيد مفتاح الكرامة و غيره
قوله طاب ثراه مع ان ظاهر الأخبار (-اه-)

هذا الاستظهار فيه ما مر من كون الأخبار من هذه الجهة مهملة غير متعرضة لبيانها

[الأمر الرابع من مسقطات البيع الخيارى سقوط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد]

قوله طاب ثراه على الوجه الثاني (-اه-)

لا يخفى عليك جواز الإسقاط على الوجه الخامس (- أيضا-) لأن الشرط قد أحدث له حق إلزام البائع بالإقالة عند رد الثمن فله ان
يسقط ذلك الحق فلا وجه لقصر (- المصنف-) (- ره-) جواز الإسقاط بالوجهين الأولين بل ربما أورد عليه بعضهم بجواز الإسقاط
على الوجه الثالث و الرابع (- أيضا-) و يمكن الجواب بأن المشروط في العقد إنما هو كون الرد فسخا فعليا على الثالث و سببا
للافساخ على الرابع و مؤدى الاشتراط إنما هو جعل اثر للرد أمضاه الشارع بعموم المؤمنون عند شروطهم و لا دليل على ان عدولهما
عن ذلك المجمعول يثمر في انحلال الجعل لأن الحكم بجواز الإسقاط إنما هو من باب سلطنة الناس على أموالهم و حقوقهم و
المجمعول هنا كما ان له جهة حق فكذا له جهة انجعال ليس بيد احد (- فت-)
قوله طاب ثراه بناء على ان تحقق السبب و هو العقد كاف في صحة إسقاط الحق

أراد بذلك دفع اشكال لزوم إسقاط ما لم يجب الذي يورد في أمثال المقام و حاصل الدفع أنه إنما يلزم الإشكال ان لو كان الإسقاط
قبل تحقق سبب الخيار و مقتضيه و هو العقد و اما بعد حصول المقتضى فلا مانع من إسقاط ذلك الذي يقتضيه هذا المقتضى و لو
كان تحقق الأثر بعد حين ففعلية الاقتضاء كافية في الإسقاط و إن كان المقتضى بالفتح لا يتجزأ إلا بعد حين فغرض (- المصنف-) (-
ره-) ان نفس الاقتضاء حيث ان ثبوته للعقد حق للشخص يجوز للشخص إسقاطه فلا- وجه لمناقشة بعضهم فيه بان الثابت إنما هو
سلطنة الشخص على إسقاط نفس الحق لا سببه و كون سببه بيده لا يقتضى أزيد من كونه مختارا في إيجاد و عدمه لا مختارا في
تأثيره كي لا يؤثر إذا أسقطه انتهى فان فيه ان غرض (- المصنف-) (- ره-) ليس هو تجويز إسقاط نفس السبب بل إسقاط ما ثبت له
من القابلية لأن يؤثر الأثر الفلاني و هذا لا مانع منه و عليه فيجوز الإسقاط حتى في مورد كلام التذكرة (- أيضا-) و ربما علل بعضهم
جواز الإسقاط في أمثال المقام بان المانع من إسقاط ما لم يجب و القدر المسلم من بطلانه ما إذا أنشأ الإسقاط في غير محل الثبوت و
اما إذا أنشأ سقوطه في محل ثبوته فلا مانع منه إلا الإجماع و القدر المسلم منه ما لم يوجد المقتضى و اما إذا وجد فلا إجماع و لا مانع
عقليا (- أيضا-) بالفرض و فيه ان المانع من عدم صحة إسقاط ما لم يجب ليس هو الإجماع كما زعمه بل المانع ان مفهوم الإسقاط
قد أخذ فيه ازاله الثابت فيما لم يثبت هناك شيء لم يتحقق إسقاط و هذا المعنى هو مستند المجمعين لا غير فالحق في الجواب ما
أشار إليه الماتن (- ره-) من ان المسقط إنما هو الأثر الثابت للعقد فان ذلك الأثر لما كان عائدا إلى نفع المشروط له كان له إسقاطه
قوله طاب ثراه إلا ان يفرق هنا بان المشروط له (-اه-)

محصيل الفرق ان الرد ميا يعد حقا له بخلاف التفريق و لهذا عبر بأنه مالك و بالتملك و إلا فلا فرق بين الرد و التفريق في كون كل
منهما فعلا اختياريا لصاحب الخيار و كونه سببا لحدوث الخيار و إن كان سبب التفريق من حيث كونه جزءا أخيرا للعلمة التامة لا علة
تامة بحسب الذات لكن الإنصاف عدم تمامية الفرق و ان الحق هو جواز الإسقاط حتى في مفروض كلام التذكرة لأنه و ان لم يملك

الفسخ بالعقد لكن ملك ان يملكه فله إسقاط ملك ان يملك كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و يسقط (- أيضا-) بانقضاء المدّة (- اه-)

سقوطه بذلك ممّا لا خلاف فيه بل ادعى جمع الإجماع عليه و الوجه في ذلك اقتضاء تعيين المدّة ارتفاعه بانقضائها فيرجع فيما بعد المدّة إلى أصالة اللزوم من غير فرق بين ان يكون انقضاء المدّة بتركة الردّ و الفسخ في المدّة اختيارا و اضطرارا التفاتا أو غفلة أو زعما بقاء المدّة أو مكرها على ترك الردّ حتّى انه لو أخر الفسخ لتعزير البائع إيّاه بالأخبار ببقاء الوقت الى أيام فترك بالفسخ ثمّ بان انقضاء المدّة بعد اخبار البائع بيوم مثلا سقط خياره

قوله طاب ثراه و لو ظهر معينا كفى في الردّ و له الاستبدال

الجمع بين الحكم بكفاية ذلك في تحقّق الردّ و الحكم بان له الاستبدال ممّا لا وجه له لأنّ الحكم بانّ له الاستبدال أمّا هو لدعوى انصراف الردّ الى ردّ الثمن أو البديل صحيحا فاذا ردّ المعيب كان خارجا من المنصرف فيلزم الإبدال و (- ح-) فلقائل أن يقول إذا سلّم الانصراف الى الصّحيح كان لازمه عدم كفاية ردّ المعيب في جواز الفسخ (- أيضا-) لأنّه غير ما علّق عليه التسلّط على الفسخ و بعبارة أخرى فكما أنّه إذا قال بشرط الخيار لى إذا رددت البديل الصّحيح للثمن لا يثبت له الخيار إذا ردّ المعيب فكذا إذا انصرف البديل الى الصّحيح فتأمّل

قوله طاب ثراه و يسقط (- أيضا-) بالتصرّف (- اه-)

ينبغي تقييد التصرّف بالتصرّف المزيل للعين المانع من الردّ ضرورة أنّ السقوط (- ح-) أمّا هو لعدم إمكان الردّ المتوقّف عليه سلطنته على الفسخ و من البين فقد هذا المعنى فيما إذا تصرّف تصرفا غير مانع من الردّ ثمّ أنّه قال والدى الشّيخ العلّامة أعلى الله تعالى مقرّه و مقامه أنّ مراده تصرّف البائع في الثمن المعين الذي أخذه من المشتري و لم يتعرّض يعنى الماتن (- ره-) لتصرّف البائع في المبيع لأنّه لا مجال لاحتمال كونه مسقطا للخيار لان تصرّف الرّجل فيما انتقل عنه مما لا مساس له بالإسقاط نعم لو كان التصرّف فيما انتقل عنه ممّن له خيار كان تصرّفه فيه فسحا و المفروض انّ البائع ليس له الخيار في هذا المقام و أمّا الخيار للمشتري و على هذا فلا وقع لمّا كتبه العلّامة المجلسي (- ره-) على صحيح سعيد بن يسار المتقدم ذكره في كلام (- المصنف-) (- ره-) في طيّ اخبار المسئلة من أنّه لعلّه يدلّ على عدم سقوط هذا الخيار بتصرّف البائع كما لا يخفى انتهى كلامه علا مقامه ثمّ انّ سقوط خيار المشتري بتصرّفه في المبيع و خيار البائع بتصرّفه في الثمن هو خيرة المقنعة و (- يه-) و (- ف-) و (- ط-) و المراسم و جواهر الفقه و الغنية و (- ثر-) و الشّرائع و (- فع-) و (- عد-) و (- كرّه-) و (- شاد-) و التّنقيح و (- مع صد-) و اللّمعين و (- لك-) و محكى الكافي للحلبى و (- ير-) و شرح (- شاد-) للفخر و تعليق (- شاد-) للكركى و (- س-) و حواشى القواعد للشّهيد و غاية المرام و إيضاح (- فع-) و الميسية و غيرها بل في مفتاح الكرامة و الجواهر نفى وجدان الخلاف فيه و ربّما حكى في الرّياض و مفتاح الكرامة و غيرها عن الغنية نفى الخلاف فيه و استظهر في المفتاح منه عدم الخلاف فيه بين المسلمين و من لاحظ عبارة الغنية ظهر له فساد النسبة لأنّه قال و ينقطع هذا الضّرب من الخيار بأحد ثلثة أشياء انقضاء المدّة المضروبة له بلا خلاف و التّخاير في أثنائها بدليل الإجماع من الطائفة و التصرّف في المبيع انتهى و هو كما ترى قد نفى الخلاف عن السّقوط بانقضاء المدّة و ادعى الإجماع على السّقوط بالتّخاير و أهمل الاستدلال على السّقوط بالتصرّف و ربّما حكى في الجواهر و غيره عن (- ف-) دعوى الإجماع عليه و ليس فيه إلّا إطلاق قوله بعد بيان سقوط خيار المشتري بوطى الأمانة

ص: ٦٣

دليلنا إجماع الفرقه على ان المشتري متى تصرف في المبيع بطل خياره انتهى و هو إن كان بإطلاقه الخيار يشمل خيار الشرط ألا ان مورد كلامه خيار الحيوان و ان لم يصرح به و يشهد بذلك أنه قال بعد ذلك و اخبارهم معروفة ذكرناها في الكتاب المقدم ذكره انتهى حيث ان المذى ورد به النص أنما هو سقوط خيار الحيوان بالتصرف كما لا يخفى نعم ما عزي الى (- مع صد-) من دعوى الإجماع عليه لا ينكر لأنه قال عقيب قول العلامة (- ره-) عند بيان حكم خيار الشرط و يسقط بالتصرف ما نصه إجماعا هذا و ادعى تحصيل الإجماع عليه الفقيه الغروي (- ره-) (- أيضا-)

قوله طاب ثراه لإطلاق ما دل على ان تصرف ذى الخيار (- اه-)

قد تمسكوا للقول المشهور من سقوط خيار الشرط بالتصرف بوجوه هذا أحدها و لعل نظره في التمسك بالإطلاق عدم مخصصيه المورد و حينئذ فإليه يرجع ما تمسك به في مفتاح الكرامة من العلة المنصوصه في الحيوان الدالته على ان تصرفه فيها اماره الالتزام بالرضا المشعرة بأنه المعيار في سقوط الخيار على الإطلاق و لو في هذا المضمار و أشار بالعله المنصوصه في الحيوان الى قوله عليه السلام في صحيح ابن رثاب المتقدم عند الكلام في سقوط خيار الحيوان بالتصرف فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلثة الأتيام فذلك رضا منه فلا- شرط و لكن ناقش في ذلك في الجواهر بان الفاء فيه رابطة لا تعليلية و يمكن الجواب بان المستدل لا يدعى كون الفاء تعليلية بل أراد ان سوق الكلام يقتضى كون الجملة علة فتأمل ثم ان صاحب الجواهر (- ره-) بعد المناقشه المذكورة قال نعم بعد تعذر إرادة الحقيقة من الحمل فيه و جب حمله على ارادة دلالة على الرضا و (- ح-) لا تفاوت بين الحيوان و غيره ضرورة اعتبار ما دل عليه من الأفعال و الأقوال و المناقشه فيما لم يصل الى حد العلم فى الأول يدفعها (- ح-) هذا الصحيح و غيره و احتمال قصره على خصوص الحيوان كما ترى انتهى و لا بأس به و ربما تمسك بعضهم بالخبر المذكور بضميمة تنقيح المناط للقطع بعدم خصوصيه للحيوان و تمسك فى مفتاح الكرامة به بضميمة الأولويه قال لأنه متى سقط به الخيار الأصلي فالمشترى أولى بأن يسقط به انتهى و يمكن منع الأولويه الثانى ما تمسك به فى الجواهر من الإجماع المنقول بعد شهادة التبع له و هو كما ترى الثالث ان الشيخ و القاضى (- رهما-) نقلا ورود الأخبار من طريق الأصحاب بذلك محتجين بها عليه و كفى بهما ناقلين تمسكك بذلك فى مفتاح الكرامة و غيره بعد جبره بالشهرة و تأييده بالإجماع و أنت خبير بان المذى ينجر بالشهرة أنما هو إرسال المتن لا إرسال المضمون المذى مرجعه الى اجتهاد المرسل الرابع القوي المذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن على بن إبراهيم عن أبيه عن التوفلى عن السيد كوني عن أبي عبد الله عليه السلام ان أمير المؤمنين (- ع-) قضى فى رجل اشترى ثوبا بشرط الى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه قال فليشهد أنه قد رضيه فاستوجه ثم لبيعه ان شاء فان اقامه فى السوق و لم يبع فقد وجب عليه تمسكك به فى (- ثق-) قائلا بعد إيراده أنه حمل بعض الأصحاب الأمر بالإشهار على الإرشاد لو وقع النزاع أو الاستحباب ثم قال و الخبر صريح فى أنه مع الالتزام بالعقد يسقط الخيار و ظاهره (- أيضا-) أنه يسقط بالتصرف و ان اقامه فى السوق و جعله فى معرض البيع و ان لم يبعه تصرف مسقطا للخيار انتهى و فيه ان ظاهر الخبر أنما هو السقوط بالاستيجاب و الالتزام بالبيع و إسقاط الخيار و ذلك مسلم لا ربط له بما نحن فيه و قوله عليه السلام فان اقامه فى السوق (- اه-) ليس مسوقا لبيان سقوط الخيار بمجرد التصرف الذى هو اقامته فى السوق و جعله فى معرض البيع و أنما هو مسوق لبيان ان الاستيجاب مسقط للخيار و ان كان الداعى اليه و هو ارادة البيع غير متفرع على استيجابه فالمراد بذلك و الله العالم أنه ان اقامه فى السوق بعد استيجاب البيع و الالتزام به و إسقاط الخيار ثم لم يبعه لم يكن عدم بيعه إياه سببا لعود الخيار الزائل بالإسقاط فالخبر أجنبى عما نحن

قوله طاب ثراه و المحكى عن المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية إلى آخره

قال فى مجمع الفائدة اعلم أنى ما رأيت دليلا على كون التصرف (- مط-) مسقطا و لا بيان للتصرف إلا ما تقدم من الزوايه الدالته على بطلان الخيار بالتصرف فى الدايه بالحدث و فى الجارية باللمس و التقييل و النظر الى ما لا يجوز قبل الشراء و (- أيضا-) ليس كل

تصرّف في كلّ خيار مسقطا لما تقدّم من أنّ التصرّف في خيار الغبن و خيار المجلس ليس بمسقط و لعلّ عندهم دليلا ما نعرفه من إجماع و نحوه فيما يقولون بسقوطه بالتصرّف انتهى و قال في الكفاية الطاهر أنّ الخيار لا يسقط بالتصرّف كما قاله بعض الأصحاب لظاهر الروايات انتهى

قوله طاب ثراه لأنّ المدار في هذا الخيار (-ه-)

فيه أنّه أخصّ من المدعى لاختصاصه بتصرّف البائع و المدعى أعمّ من ذلك

قوله طاب ثراه و للموثق المتقدّم المفروض في مورده تصرّف البائع (-ه-)

أراد بالموثّق موثق إسحاق بن عمّار المزبور أنّا حيث إنّ المفروض فيه تصرّف البائع في الثمن و بيع الدّار لأجل ذلك مع التصريح في ذيل الخبر بكون الغلّة للمشتري و (- أيضا-) فيه دلالة على تصرّف المشتري في المبيع لكن مال والدى العلامة أعلى الله تعالى في الرّوضات مقامه معترضا على (- المصنف-) (-ه-) ما لفظه لا- يخفى أنّه لم يفرض في مورد الموثق وقوع التصرّف من البائع في الثمن و أنّا المفروض احتياجه الى بيع الدّار المساوي لما ذكره من بيع الدّار لأجل الحاجة و التصرّف الّا ان يقال أنّ تصرّف البائع لازم فرض احتياجه الى بيع الدّار لكن كان من اللّازم عليه (-ه-) لو كان مراده هذا ان يذكر التصرّف بعد بيع الدّار لأجل الحاجة كما لا يخفى كما أنّه ليس في كلام المحقّق الأردبيلي (-ه-) تصريح بتضمّن الرواية وقوع التصرّف من البائع في الثمن لأنّه (-ه-) قال في شرح الإرشاد ما نصّه انّ الظاهر عدم سقوط خيار الشرط بالتصرّف (- مط-) لأنّ غالبه الاحتياج الى الثمن و التصرّف فيه فلو كان تصرّف البائع فيه مسقطا لخياره فلا يترتب عليه الفائدة و يؤيده ما تقدّم من مرسله إسحاق بن عمّار أنّه باع رجل داره إلى سنة للاحتياج الى ثمنه قال لا بأس بهذا ان جاء بثمنها إلى سنة ردّها اليه و دلّت على أنّه لو تصرّف المشتري (- أيضا-) فيه بأخذ الغلّة لم يفسخ و هو ظاهر و يؤيده (- أيضا-) عمل النّاس فإنّ مدار شرط استرجاع الثمن على التصرّف فيه و ليس الغرض من بيعه بذلك الشرط الّا التصرّف في الثمن و بقاء الخيار إلى المدّة المشترطه فالظاهر عدم السقوط (- ح-) بل عدم سقوط خيار المشتري (- أيضا-) بالتصرّف في المبيع للأصل و الأدلّة المتقدّمة مع عدم دليل في السقوط بالتصرّف (- مط-) و لأنّ الغالب أنّه أنّا يشتري للانتفاع في الجملة في هذه المدّة بالمبيع في مقابلة ثمنه و الّا كان يقرضه و يترك هذا البيع ليفوز بثواب القرض نعم يمكن ذلك في خيار الشرط الّذي ما اشترط فيه استرجاع البيع و لا استرجاع الثمن فإنّه كما يجوز اشتراط استرجاع المبيع يجوز اشتراط استرجاع الثمن (- أيضا-) و هو ظاهر و الدليل مشترك الّا أنّ مرسله إسحاق في المبيع فقط تمّ على تقدير تسليم ذلك (- مط-) يمكن إخراج ما شرط فيه عدم سقوطه بالتصرّف سواء تلمّظ ذلك أو يكون ذلك من تيّهما و قصدهما و يكون علمهما بأنّه أنّا يفعلان ذلك للتصرّف كافيا و يمكن حمل كلام الأصحاب أنّ التصرّف في خيار الشرط مسقط على غير

ص: ٦٤

الصُّور التي ذكرناها أو حمل تصرّف المشتري في الثمن و البائع في المبيع تصرّفا و أا على الملك و الفسخ مثل البيع و العتق و قد
عرفت صحّة إطلاق الخيار عليه مع الفسخ هذا كلام المحقّق الأردبيلي (- ره-) نقلناه بطوله لتسهيل الأمر على من أراد الوقوف على
مجامع مطلوبه

قوله طاب ثراه بما محصّله (- اه-)

عين عبارته في المصايح هكذا التصرّف المسقط للخيار ما كان في زمن الخيار و الخيار هنا بعد الردّ لكونه مشروطا به فيكون متأخرا
عنه و مقتضى النصّ و التعليلين المذكورين عدم السقوط بالتصرّف الواقع قبله و هو (- كك-) لأنه تصرّف في وقت اللزوم و لا يسقط
به الخيار كما لا يسقط بالفسخ الصريح على ما صرحوا به و الخيار و إن كان مقدورا في المدّة المشترطة للقدره على سببه الذي هو
الردّ أا أن التمكّن منه لا يقتضى تحقّقه بالفعل و الحكم منوط بالفعليّة دون القوّة مع أن القوّة غير مطرّده فيما اشترط فيه الردّ في وقت
منفصل عن العقد كيوم بعد سنه فالسنه لا خيار فيها بالفعل و لا بالقوّة انتهى

قوله طاب ثراه و ناقش بعض من تأخّر (- اه-)

هذا البعض هو صاحب الجواهر (- ره-)

قوله طاب ثراه و تضعيف كثير من الأصحاب (- اه-)

عطف على إطلاق العرف يعني أنّ الظاهر من تضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ هو كون مجموع المدّة زمان الخيار و توضيح ما
ذكره على ما؟؟؟ افاده الوالد العلامة أنار الله برهانه أنّ الشيخ (- ره-) قال بأنّ المبيع لا يملك بالعقد وحده بل يملك به و بانقضاء
زمان الخيار جميعا خلافا للأكثر حيث ذهبوا الى أنّه يملك بمجرد العقد فأوردوا على الشيخ (- ره-) ببعض اخبار المسئلة الدالّ على
ان غلّة المبيع للمشتري كموثقة إسحاق بن عمار المتقدمه في كلام (- المصنف-) (- ره-) و وجه الإيراد أنّه لو كان تحقق ملك
المبيع موقوفا على انقضاء زمان الخيار لم يكن وجه لتملّك المشتري نماء المبيع الذي اشترط رده الى البائع عند ردّ الثمن ضرورة أنّه
لو لم يصر المبيع ملكا للمشتري كان اللازم بقائه على ملك البائع و مع بقائه على ملكه لا معنى لصيرورة التّماء ملكا للمشتري لأنّ من
المقرّر عندهم أنّ التّماء يتبع الأصل في الملك و إذ قد عرفت ذلك نقول أنّ وجه الاستشهاد بتضعيفهم قول الشيخ (- ره-) بمثل
الموثقة المذكورة هو ان جميع ما يحصل من غلّة المبيع من حين قبض المشتري إياه الى ان يتحقّق الفسخ من البائع بردّ الثمن أنّما هي
للمشتري و لو لا كون ثبوت الخيار من حين العقد الى ان يقع الفسخ من البائع مسلّما عندهم لم يكن لتضعيفهم ذلك وجه

قوله طاب ثراه اما الأوّل فلأنّه لا مخصّص (- اه-)

قلت الحق هو التفصيل بين ما إذا كانا قد اشترطا ردّ عين الثمن و بين غيره بكون التصرّف مسقطا على الأوّل لكون التصرّف في العين
مع اشتراط ردّها تفويتا لمحلّ الخيار فيدلّ على الرضا بسقوطه بخلاف الثاني فإنّ التصرّف لا يدلّ على الرضا و لا يقتضى السقوط من
غير فرق بين ما إذا كان الثمن كليا و ما إذا كان معينا اشترطا ردّ الأعمّ من العين و البدل و المخصّص لدليل سقوط الخيار بالتصرّف
أنّما هو ملاحظه حكمه شرع هذا الخيار و هي انتفاع البائع بالثمن في تلك المدّة فلو كان التصرّف مسقطا للخيار لكان نقضا للغرض و
لازم ما ذكره (- المصنف-) (- ره-) في ردّ هذا الوجه هو تفصيله بما فضّلناه لا قصر عدم السقوط على ما إذا كان الثمن كليا لأنّ
الكلي يتشخص بقبض الفرد و لذا لو شرط ردّ عين ما يقبضه مصداقا للكلي لصحّ الشرط و لزّم الوفاء به

قوله طاب ثراه و اما الثاني فلأنّ المستفاد (- اه-)

قلت مضافا الى النقض بما إذا شرطا الخيار في كلّ ان الى شهر فإنّ الخيار (- ح-) متقدّم على التصرّف و لا يتأتّى فيه ما ذكره

قوله طاب ثراه و الظاهر عدم الاشكال (- اه-)

نفيه للإشكال هنا مناف لما أسبقه من الإشكال في جواز الإسقاط على الأوّل و كذا يأتي منه (- ره-) الاستشكال في ذلك عن قريب

بقوله و جاء فيه الإشكال في صحّة الإسقاط هنا و لو قولاً (- اه-)

قوله طاب ثراه ففيه أنّها لا تقدر مع تحديد زمان التسلّط (- اه-)

أراد بذلك بيان ما سبقناه في أوّل هذا الأمر من أنّ الجهالة إنّما تضرّ بالشرط المذكور إذا كان مجهولاً صرفاً و أمّا إذا كان زمان التسلّط على الردّ و الفسخ معلوماً كشهر و سنة فلا جهالة و لا قدح فيها و إن كان مبدء الخيار مجهولاً فراجع و تدبّر قوله طاب ثراه لكنّ الفرق يظهر بالتأمّل (- اه-)

وجه الفرق على ما افاده الشيخ الوالد قدّس الله روحه الزكيّة أنّ الجهالة إنّما تضرّ في الشّروط و غيرها من الأمور التي يبني عليها المتعاقدان لا في جعل الشّارع قانوناً كلياً ينطبق في كلّ مورد على شيء من الأمور الشخصية و ما ذكره العلّامة (- ره-) من قبيل الأوّل فيضّر فيه الجهالة من حيث كونه اشتراطاً من العاقد لأمر مجهول و ما ذكر في المناقشة من قبيل الثّاني لا يبنائه على أنّ الشّارع إنّما جعل مبدء الخيار حين الردّ ثمّ أنّه أنار الله برهانه احتمال الفرق بوجه آخر و هو أنّ مبدء الاستحقاق و التسلّط فيما ذكره العلّامة (- ره-) في (- كره-) غير معلوم بخلاف ما نحن فيه فإنّ مبدء الاستحقاق و التسلّط معلوم و المجهول إنّما هو زمان تحقّق الفسخ فعلاً ثمّ قال (- قدّه-) و هذا الوجه إنّما يتمّ بناء على جعل ما في (- كره-) من قبيل الوجه الأوّل من الوجوه الخمسة المتقدّمة في كلام (- المصنّف-) (- ره-) و جعل ما ذكره من قبيل الوجه الثّاني من تلك الوجوه

[الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري سواء كان قبل الرد أو بعده]

قوله طاب ثراه و يحتمل عدم الخيار بناء على (- اه-)

لقد أجاد من قال أنّ اختلاف الحكم بثبوت الخيار و عدمه يدور في مثله مدار الشّروط المأخوذ في العقد فإنّ كانا اشتراطاً بقاء المبيع لم يكن إشكالاً في سقوط الخيار مع تلفه و إن لم يشترطاً ذلك لم يكن إشكالاً في بقاء الخيار حتّى مع تلف المبيع و إنّ المرجع في تعيين الاشتراط هو الظهور لو كان و مع عدمه فالمتّبع هو أصالة الإطلاق و عدم الاشتراط و (- ح-) فلا وجه لما في المتن من احتمال الخيار مع استظهار الاشتراط بل كان عليه ان يجزم بعدم الخيار إلّا ان يكون نظره الى الواقع مع عدم اصابة الظهور إياه و عدم موافقته له

قوله طاب ثراه ثمّ أنّه لا تنافي بين شرطية (- اه-)

غرضه بذلك بيان أنّ حرمة إتلاف المشتري للمبيع و وجوب إبقائه له ليس من باب شرطية بقاء العين في السّليطنة على الفسخ حتّى يناقش بأنّ الشّروطية لا تدلّ على الحكم التّكليفي بل وجوب الإبقاء إنّما هو للالتزام به في ضمن العقد بالدّلالة الالتزامية و مخالفة الالتزام و تفويت حق الغير محرّم

قوله طاب ثراه كما ذكره بعض المعاصرين

(١١) هذا البعض هو صاحب الجواهر (- ره-) فإنّه قال عند الكلام في أحكام الخيار بعد نقل إلحاق الثمن بالمبيع عن بعضهم ما لفظه و هو من غرائب الكلام ضرورة كون النصّ و الفتوى في خصوص المبيع دون الثمن بل ظاهر خبر معاوية بن ميسرة من اخبار اشتراط الخيار بردّ الثمن أنّ تلف الثمن من البائع و أنّه ملكه و إن كان الخيار له (- إلخ-)

قوله طاب ثراه و إنّما المخالف لها هي قاعدة (- اه-)

(١٢) الضّمير المجرور عائداً إلى القاعدة يعني أنّ المخالف لقاعدة كون التّلف في زمان الخيار ممن لا خيار له إنّما هي قاعدة كون الخراج بالضّمان حيث أنّ مفاد القاعدة الأولى كون التّلف هنا من المشتري و مفاد القاعدة الثّانية كون التّلف من البائع لأنّه اللّذي يستحقّ نماء الثمن فيكون تلفه عليه و ربّما أورد بعضهم على (- المصنّف-) (- ره-) أوّلاً بأنّ حال قاعدة كون الخراج بالضّمان هي

حال الزواية بعينها في عدم المخالفة لقاعدة كون التلف ممن لا خيار له من حيث

ص: ٦٥

هما (- كك-) و المخالفة في كل منهما إذا ضمّ الإجماع على كون نماء الثمن للبائع و ثانياً بأن قاعدة التلف حاكمة على قاعدة كون الخراج بالضمان لأنّ معنى كون التلف ممّن لا خيار له هو انفساخ البيع و رجوع التالف انا ما الى ملك من لا خيار له و تلفه في ملكه و معه فلا يبقى مجرى لقاعدة الخراج لأنها انما تقتضى كون الضمان على مالك العين نعم من قال بإثبات القاعدة الضمان لتلف العين و ان لم يكن مالكا لها كالمستأجر و المستعير و أمثالهما أنكر الحكومة لكن الشأن في شمول القاعدة لمثل ذلك و ثالثاً بأن قاعدة التلف أخصّ من قاعدة الضمان لاختصاص الأولى بتلف مال ذى الخيار في زمان الخيار المختصّ به بخلاف الثانية فإنها تجرى في تلف مال غير ذى الخيار (- أيضاً-) و أنت خبير بسقوط الإيرادات بأجمعها اما الأول فلأنه لا معنى لضمّ الإجماع إلى الرواية لأنهما متّحذان في المؤدى لأنّ الرواية نطقت بكون نماء الثمن للبائع و الإجماع نطق بذلك (- أيضاً-) و ان أراد المورد كون مورد الإجماع شاملاً- لنماء الثمن و المبيع جميعاً و ضمّ الإجماع على كون نماء المبيع للمشتري ان تمّ الى ما نطق به الخبر من كون تلف المبيع من المشتري أتجه عليه انّ الرواية على هذا توافق القاعدة (- أيضاً-) لجعلها التلف ممّن لا خيار له و هو المشتري فالإيراد غير وارد و اما الثانى فلأن مفاد القاعدة انما هو كون الضمان لتلف العين و ان لم يكن مالكا لها و لذا ترى اجراء أبى حنيفه إياها في كراية البغل الذى اکتراه فتجاوز به عن المكان المشروط فيما بينهما و ورود النصّ بخلاف ذلك ممّا لا يضرّ لأنه يكون مخصّصاً للقاعدة و ان شئت العثور على تفصيل الكلام في القاعدة فراجع مسئلة ضمان المنفعة المستوفاه من العين المقبوضة بالبيع الفاسد من غاية الآمال و اما الثالث فلأن قاعدة التلف و إن كانت أخصّ من قاعدة الضمان من الجهة المذكورة إلّا أنّها أعمّ منها من جهة أخرى و هى شمولها لما إذا كان ذو الخيار مالكا للنماء أم لا كما إذا اشترط عدم كون النماء له كما أنّها تشمل ما إذا كان ذو الخيار مالكا للعين أم لا كما إذا اشترط الخيار لأجنبيّ و هذا بخلاف قاعدة الضمان فإنها لا تجرى بالنسبة الى غير مالك العين على ما زعمه المورد و اعترف به قوله طاب ثراه نعم الإشكال في عموم تلك القاعدة (- اه-)

يأتى تحقيق ذلك عند تعرّض (- المصنف-) (- ره-) للقاعدة في أحكام الخيار إنشاء الله تعالى

قوله طاب ثراه و فيه مع ما عرفت (- اه-)

أشار بذلك الى ما أسبقه من منع عدم ثبوت الخيار قبل الردّ (- مط-) و انّ ذلك يتبع الشرط فان شرط تحقق الخيار عند ردّ الثمن لم يكن قبله خيار و ان اشترط الخيار في تمام المدّة و علّق اعماله على ردّ مثل الثمن ثبت الخيار من حين العقد فغرضه (- قدّه-) من منع المبنى منع كلیه لا منعه (- مط-) ضرورة انّ عدم الخيار له قبل الردّ في الفرض الأول ممّا لا شبهه فيه قوله طاب ثراه فانّ دليل ضمان (- اه-)

غرضه انّ البناء فاسد و انّ مقتضى قاعدة التلف كون تلف الثمن قبل الردّ في صورة تعليق الخيار على الردّ (- أيضاً-) من المشتري الذى لا خيار له لشمول القاعدة للخيار المنفصل (- أيضاً-) فالبائع له الخيار بعد الردّ و هو الخيار المنفصل فيلزم كون التلف من مقابله و هو المشتري و ربّما أورد بعضهم على الماتن (- ره-) بعدم جريان القاعدة في الخيار المنفصل لقوله عليه السّلام في بعضها حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع للمشتري قال إذ في الخيار المنفصل قد حصل المبيع للمشتري أى صار ملكاً مستقرّاً له في زمان اللزوم و هو قبل مجيء زمان الخيار انتهى و فيه انّ المراد بالصيرورة فى الخبر انما هى الصيرورة المستقرّة اللّازمة و حصول الملك المستقرّ فى الخيار المنفصل ممنوع لأنّ العلقه المعلق تنجزها على الردّ كافية فى إثبات التزلزل للعقد و لذا لا يجوز للمشتري فى الخيار المنفصل أيضاً إتلاف المبيع كما لا يخفى ثمّ لا يخفى عليك أنّه ربّما يتّجه على (- المصنف-) (- ره-) اشكال و هو أنّه إذا كان أصل مورد قاعدة كون التلف فى زمان الخيار ممّن لا- خيار له هو المبيع و كون جريان حكمه فى الثمن من باب الإلحاق فما معنى جعله تلف المبيع من المشتري (- مط-) من غير فرق بين كون التلف قبل الردّ أو بعده و تفرقة فى تلف الثمن فيما قبل الردّ و بعده و لقد كان ينبغى ان يذكر هذا الإشكال الذى بناه على عدم الخيار قبل الردّ فى الثمن فى المبيع (- أيضاً-) و لم أجد لهذا الإشكال دافعا فتدبّر

جيدا

[الأمر السادس في تسلط البائع على الفسخ برد الثمن]

قوله طاب ثراه مع ان ما ذكره من اخبار المسئلة (-اه-)

الأخبار التي ذكرها في (-ثق-) هي الأخبار المتقدم نقلها من المصنّف (-ره-) في أوّل المسئلة من دون زيادة ولا نقيصه فمن حاول صدق مقالة الماتن (-ره-) فليلاحظ الأخبار المزبورة حتى يتبين له عدم دلالة شيء منها على اعتبار حضور الخصم في الفسخ قوله طاب ثراه فيما لم يصرح باشتراط الرد (-اه-)

احترز بذلك عمّا لو اشترط الرد الى خصوص المشتري على وجه القيدية فإنه لا ينبغي الإشكال في عدم صحه الفسخ (-ح-) ما لم يرد اليه نفسه امّا بإقباضه أو بإحضاره عنده عند امتناعه من القبض الا ان يشترط الإقباض منه نفسه بحيث لا يكون خيار إذا امتنع من القبض فإنه يتبع الشرط قوله طاب ثراه لأنّ الظاهر من الرد (-اه-)

حاصله ان ظاهر الدفع إلى المشتري مع عدم التقييد بالخصوصية هو ارادة تملكك المشتري له و تحوله من ذمّة البائع إلى ملك المشتري فإذا ضمّ الى ذلك كون الحاكم وليّ الغائب والمجنون وغيرهما من القاصرين (-مط-) و قيامه مقامهم في جميع الأمور أفاد حصول شرط الفسخ وقد استدلل بهذا الوجه من أطلق مثل الفاضل القمي (-قده-) حصول الشرط برده الى الحاكم وذلك يكشف عن كون مراد من أطلق صورة عدم أخذ الرد إلى المشتري بالخصوص قيدا و الا لم يجز هذا الوجه وقد تقرّر في الأصول ان من جملة ما يستخرج به محلّ النزاع دليل المسئلة فمن هذا الدليل يستكشف مراد المستدلّ به و ان صورة اشتراط الرد الى خصوص المشتري خارجة من فرضه و أنّه (-أيضا-) يسلم عدم حصول الشرط عليها بالرد الى وكيله و وليه و هو ظاهر قوله طاب ثراه و دعوى ان الحاكم (-اه-)

هذه الدّعوى احد الوجوه المستدلّ بها للقول الثاني الذي مرّت من الماتن (-ره-) حكايته عن المولى المجاهد في مناهله و الثاني انّ الشرط انما هو الفسخ إذا دفعه اليه فيبقى التسلّط على الفسخ بدفعه الى الحاكم مشكوكا و الأصل لزوم البيع و فيه انّ عموم دليل قيام الحاكم مقام القاصر مانع من التمسك بأصالة اللزوم التي مبناها اما الاستصحاب الغير الجارى مع الدليل أو عمومات لزوم الوفاء بالبيع و العقد التي هي عمومات نوعيّة يقدم عليها العموم الشخصي الذي هو هنا قيام الحاكم مقام القاصر الثالث ما تمسك به بعضهم من انّ لازم السكوت عن الرد الى غيره هو الاقتصار على الرد اليه و انّ عموم دليل النيابة و الولاية لا يجعل الرد إلى الولي و الوكيل رداً اليه بمعنى أنّه لا- يثبت تحقّق هذا الموضوع و المفروض ان الحكم معلى عليه و فيه أنّه انما يتّجه لو لا- ظهور كون المراد من الرد إلى المشتري حصوله عنده و اما بعد الظهور المذكور فلا وجه لما ذكره لأنّ وضوح الغرض يكون قرينة على إلقاء خصوصية المشتري و قد تبه على هذا الجواب المستدلّ (-أيضا-)

قوله طاب ثراه فهل يصحّ له الفسخ الى قوله وجوه (-اه-)

منشأ الوجه الأول اما على أصل الرد فهو انّ الولي

ص: ٦٦

قائم مقام القاصر فيكون الدّفع اليه بمنزلة الدفع إلى المشتري الكامل و اما على جواز الدفع إلى الوليّ الآخر (- مط-) حتى مع إمكان الدّفع الى من اشترى ولاية فهو أنّ الوليّين إذا كانا في درجة واحدة كانا بمنزلة شخص واحد في جواز الشراء من أحدهما و دفع العوض إلى الآخر فتأمل و منشأ الوجه الثاني أما على جواز الردّ فما مرّ و اما على جواز الردّ إلى الوليّ الآخر مع عدم إمكان الدّفع إلى الوليّ المشتري فعموم دليل الولاية و امّا على عدم جواز الدّفع إلى الوليّ الآخر مع إمكان الدفع إلى الوليّ المشتري فهو ان مورد الدّليل أنّما هو الدّفع إلى المشتري فالدّفع الى غيره مع إمكان الدّفع اليه لا وجه له للشكّ الموجب لاستصحاب اللّزوم فتأمل و منشأ الوجه الثالث أصالة اللّزوم خرج من ذلك الدّفع إلى الوليّ المشتري فيبقى غيره تحت الأصل

قوله طاب ثراه و لا يجرى ولايته (- اه-)

عطف على لا يجوز اي حتّى لا يجرى ولايته (- اه-)

[الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن فاللزام رد جميع الثمن]

قوله طاب ثراه و لو شرط البائع الفسخ في كلّ جزء (- اه-)

قد تنظر في صحّة اشتراط الخيار في كلّ بعض بردّ ما يقابله من الثمن جمع منهم الشّهيديان و صاحب المستند قال في (- س-) و لو شرط ارتجاع بعضه ببعض الثمن و الخيار في بعضه ففي الجواز نظر انتهى و قال في (- لك-) و لو اشترط ارتجاع بعض ببعض الثمن أو الخيار في البعض ففي صحته نظر من مخالفة التّصوص و عموم المسلمون عند شروطهم و هو أوجه انتهى و قال في المستند بعد نقل عبارة (- لك-) ما لفظه و التحقيق أنّه إن كان الشرط ردّ البعض دون ثبوت الخيار فالأوجه الصحّة لعموم الوفاء بالشرط و إن كان ثبوت الخيار في البعض ففيه نظر لما عرفت من أنّ دليله الإجماع و تحقّقه في البعض غير ثابت و الرّوايتان و شمولهما له غير ظاهر بل عدم الشمول أظهر أمّا الأولى فلحكمه عليه السّلام بأنّ جميع المبيع لو تلف أنّما هو من البائع و أمّا الثانية فلائها قضية في واقعة و منه يظهر فساد الشرط لو شرط خيار فسخ البعض الآخر في مدّة أخرى أو خيار فسخ الجميع بعضه في مدّة و بعضه في الأخرى انتهى و فيه نظر ظاهر ضرورة أنّ اشتراط الخيار بردّ الثمن لم يكن مخالفا للقاعدة حتّى ينحصر مستنده في الإجماع و الرّوايتين و يكون لصاحب المستند الردّ بفقد الإجماع هنا و ظهور الرّوايتين في ردّ الجميع بل الحكم أنّما هو على طبق القاعدة و لو لا الإجماع و الرّوايتان لقلنا بصحّة الشرط من باب عموم المؤمنون عند شروطهم و المناقشة بمخالفة شرط الخيار للسنة ممّا لم أفهم إذ لا سنّة تقضى بفساد الشرط المذكور فما صدر من الشّهيدين (- رهما-) من التّنظر في صحّة اشتراط الفسخ في كلّ جزء بردّ ما يقابله ليس له وجه و العجب من صاحب المستند (- ره-) حيث فصّل بين اشتراط ردّ البعض من دون ثبوت الخيار و بين اشتراط الخيار في البعض مع أنّهما من واد واحد و لا فرق بينهما إلّا في اللفظ و الصّورة فتدبّر

قوله طاب ثراه كان للمشتري خيار التبعض (- اه-)

فيه نظر لأنّ مورد أدلّة خيار تبعض الصّيفة ما لو لم يعلم المشتري بالتبعض قبل البيع و ما لو لم يكن الدّاعي إلى التبعض المشتري و هنا ليس (- كك-) لعلم المشتري بالتبعض لو لم يدفع جميع الثمن و (- أيضا-) فالمشتري هو السّيب في التبعض بترك دفع بعض الثمن

[الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن]

قوله طاب ثراه الأمر الثامن

أقول قد أهمل الماتن (-قده-) ذكر أمور أحدها أنه لا فرق في جواز اشتراط الفسخ عند ردّ الثمن بين إطلاق الردّ في المدّة و توزيعه عليها نجوماً متساويةً أو مختلفه مع اشتراط الخيار بنسبة الردّ و بدونه فإن أطلق توقف على ردّ الجميع و بالجملة فالمتبع في ذلك هو لفظ الشرط الثاني أنه كما يجوز اشتراط الخيار عند ردّ الثمن فكذا يجوز اشتراط الخيار بفعل من أحدهما أو ترك من أحدهما كان يشترط الخيار ان أعطاه الشيء الفلاني أو يشترط الخيار ان ترك الفعل الفلاني الثالث أنه يجوز ان يشترط أحدهما على الآخر الفسخ عند ردّ الآخر ما انتقل اليه بحيث يكون الخيار للمردود اليه لا للزاد كلّ ذلك لعموم أدلّة الشّروط قوله طاب ثراه كذا يجوز للمشتري (-اه-)

هذا ممّا صرح به جمع كثير منهم الشّهادان في (-س-) و (-لـك-) و المحقّق الأردبيلي (-ره-) في مجمع الفائدة و فاضل الكفاية و صاحب كنز الفوائد و غيرهم للأصل و عموم أدلّة الشّروط و ظهور تساوى المتبايعين في هذا الحكم فيجوز لهما معا اشتراط الرجوع فيما انتقل منهما برّد ما صار إليهما سواء اتحد الوقت أو اختلف

قوله طاب ثراه و في جواز اشتراط ردّ بدله و لو مع التمكن من العين اشكال من أنه خلاف مقتضى الفسخ (-اه-)

هذا أحد شقّي الإشكال و الشقّ الآخر عموم المؤمنون عند شروطهم و فيما ذكره نظر لأنّ اقتضاء الفسخ رجوع كلّ من العوضين الي صاحبه أنّما هو مع عدم الاشتراط و أمّا مع اشتراط ردّ البدل مع إمكان ردّ العين فالأقتضاء ممنوع بل عموم دليل الاشتراط يقتضى بعدم الاقتضاء

قوله طاب ثراه بل ليس فسحا في الحقيقة (-اه-)

فيه أنه إذا كان ردّ البدل خارجاً عن الفسخ في الحقيقة فكيف أجاز ذلك مع تلف العين و دعوى تأثير العجز عن العين في صدق الفسخ على ردّ البدل تحكّم واضح كما لا يخفى هذا كلّ مع ان لفظ الفسخ لم يقع موضوعاً للحكم في التّصوُّص حتى ينفع فهم حقيقته في إثبات المراد و هب ان حقيقة الفسخ لا تتحقّق إلّا مع ردّ العين مع الإمكان لكنّ مقصدنا أنه لو شارطت ردّ البدل مع بقاء العين كان مقتضى عموم دليل الشّروط صحّة الشرط المذكور و لزوم الوفاء به

قوله طاب ثراه فتأمل

استظهر الشيخ العلامة الوالد أنار الله برهانه كون الأمر بالتأمل إشارة الى ان اشتراط إبقاء ما في الذمّة بغير جنسه أنّما يتحقّق إذا كان ذلك بعد استقرار ما في الذمّة كما في تحويل الدرهم التي في ذمّة المديون دنانير و أمّا اشتراط ما ذكره من ردّ التالف المثلي بالقيمة و عكسه فليس وقوعه بعد الاستقرار فيكون من اشتراط ضمان المثلي بالقيمة الذي هو غير مشروع فيكون حكمه عدم صحّة الاشتراط

عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و خروج الإقاعات عن عموم المذكور و البحث في ثبوته و عدمه في العقود

قوله طاب ثراه لا اشكال و لا خلاف (-اه-)

لا يخفى عليك ان غرضه نفى الخلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع لا في جريانه في كلّ معاوضة لازمة ضرورة أنه سينقل الخلاف في جريانه في جملة من المعاوضات اللازمة و منها الصلح الذي جعله من الأمثلة هنا فنفي الخلاف مخصوص بالشقّ الأوّل من العبارة و على هذا فالعبارة لا تخلو من ركائز من حيث عدم صحّة عطف الجريان على عدم الاختصاص و عدم إمكان جعل جملة و جريان (-اه-) مستأنفة لبقائها مبتدأ بلا خبر

قوله طاب ثراه فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه (-اه-)

وجه كونه بلا معنى ظاهر لكون اشتراط الخيار مع جواز العقد في نفسه تحصيلاً للحاصل و لازم التعليل جواز اشتراط الخيار في العقود الجائزة إذا وقعت بسبب شرط و نحوه ثمّ قد يناقش في ما ذكره بالتّقصّ باشتراط الخيار في العقد اللازم الذي هو جائز لعارض

كاشتراط الخيار في البيع الّذى هو ما داماً في المجلس جائزاً و الى ثلثة أيام إذا كان المبيع حيواناً جائزاً و يجب بالفرق بين اللّازم بالذّات الجائز بالعرض و بين الجائز بالذّات فإنّ الجواز في الأوّل حقّ يمكن إسقاطه فلا يكون اشتراط الخيار تحصيلاً للحصول لظهور ثمرته فيما إذا أسقطا خيار المجلس و الحيوان بخلاف الثّاني فإنّ الجواز فيه حكم غير قابل للإسقاط فيكون اشتراط الخيار تحصيلاً للحصول و فيه انّ تحصيل الحصول أنّما يقبح حيث يخلو التّحصيل عن فائدة و تصوّر الفائدة للخيار المشروط في العقد الجائز فيما لو لم يتمكّن

ص: ٦٧

من الفسخ بالجواز بالذّات لعارض من نذر و شبهه و آلا فلو كان مطلق تحصيل الحاصل ممنوعا لكان اشتراط الجائز بالعرض اولى بالجريان فان لم يكن اشتراط الجواز في الجائز بالعرض اولى تحصيلاً للحاصل مع كون الجوازين من سنخ واحد لكونهما جميعا جواز بالعرض فاشتراط الجواز في الجائز بالذّات اولى بعدم كونه تحصيلاً للحاصل لأنّ الجوازين فيه من سنخين و ربّما ذكر بعضهم أنّ اشكال تحصيل الحاصل أنّما يلزم إذا كان الجواز في العقود الجائزة بمعنى جواز فسخها و أمّا إذا كان الجواز فيها بمعنى رفع الأثر الحاصل بها فلا مجرى للإشكال المذكور لأنّ جواز الفسخ و الحلّ غير رفع الأثر ثمّ استظهر كون الجواز في الهبة و الوكالة و نحوهما بالمعنى الثّاني لأنّ غاية ما يكون فيها أنّما هو عزل الوكيل و استرجاع العين في الهبة و الوديعة و العارية لا جواز فسخ عقدها الحاصل بالخيار ثمّ أورد على نفسه سؤال الوجه في خروجه بذلك عن اللغوئية ثمّ أجاب بأنّه يكفى في الخروج عن اللغوئية تمكّنه بهذا الاشتراط من الفسخ بالخيار المشروط حيث لا يتمكّن لنذر و شبهه من الفسخ بالجواز الثّابت للعقد بالأصالة و أنت خير بما في ذلك كلّه فإنّ الفسخ ليس إلّا حلّ العقد و رفع الأثر (- أيضا-) لا يكون إلّا بحلّ العقد فرفع الأثر و الفسخ بمعنى واحد و الأولى الجواب عن أصل اشكال تحصيل الحاصل بأنّ الجواز بالذّات لا ينافي الجواز بالعرض فاشتراط الخيار لإيجابه الجواز بالعرض لا ضير فيه و يكون تأثيره فيما إذا نذر ان لا- يفسخ بالجواز الثّابت لأصل العقد فالحقّ أنّ اشتراط الخيار في ضمن العقود الجائزة لا بأس به لكن يبقى الإشكال من حيث أنّه لا- يلزم الشّروط من حيث أنّ العقد جائز و لزوم الشّروط تابع للزوم العقد فلا يعقل لزوم الشّروط مع جواز العقد لاستلزامه مزية الفرع على الأصل و هو باطل و يندفع الإشكال من هذه الجهة بذكر الشّروط المذكور في ضمن عقد لازم كما إذا قال بعثك هذه الدار بمائة دينار بشرط ان تكون و كيلا في بيع بستاني و كالة لازمة بشرط الخيار لى إلى شهر في عزلك عن الوكالة

قوله طاب ثراه سوى التّكاح و الوقف و الإبراء و الطّلاق و العتق

لا يخفى أنّ استثناء الإبراء و الطّلاق و العتق من العقود موقوف على تصرّف و تعميم في العقود أو جعل الاستثناء منقطعاً كما تبّه على ذلك في غاية الآمال

قوله طاب ثراه و ظاهرها (- اه-)

هذا الظهور ممنوع إلّا ان يريد الظهور بالقريئة و هي عبارة (- ير-)

قوله طاب ثراه كما يرشد اليه استدلال الحلّي (- اه-)

وجه الإرشاد إرساله عدم الجريان في العقود إرسال المسلمات

قوله طاب ثراه قيل لأنّ المفهوم (- اه-)

القائل هو العلامة الطّباطبائي (- قدّه-) في المصايح حيث استدللّ على عدم جريان الخيار في الإيقاعات بابتناء الإيقاع على التّفوذ بمجرد الصّيغة فلا يدخله الخيار و بأنّ المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما يتبّه عليه الصّحيح من اشتراط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عزّ و جلّ فلا- يجوز و لا- يجوز على الّذى اشترط عليه فلا- يتأتّى في الإيقاع المتقوم بالواحد و يمكن المناقشة فيما ذكره من منافاة الخيار للتّفوذ بمجرد الصّيغة بأنّ الشّروط لا يمنع من التّفوذ بمجرد الصّيغة و أنّما يحدث الخيار و السّيطرة على الفسخ في ضمن المدّة متى ما اراده المشروط له

قوله طاب ثراه و فيه انّ الاستفادة من الأخبار (- اه-)

في هذا الجواب نظر ظاهر ضرورة انّ العلامة الطّباطبائي (- ره-) لم يرد انّ المفهوم من الشّروط توقّفه على الإيجاب و القبول حتّى يتّجه عليه اعتراض (- المصنف-) (- ره-) و أنّما أراد انّ الشّروط لا- يقوم إلّا بشخصين ملتزم و ملتزم عليه و الإيقاع من طرف واحد فإنّ المطلق إذا اشترط الخيار لم يصدق الشّروط على ذلك لأنّ المطلقة ان أبت من الشرط لم يمض ابائها فلا يعقل منها الالتزام بالشّروط و قد أخذ الإلزام في مفهوم الشرط فاذا انتفى الالتزام انتفى صدق الشّروط و أمّا استشهاد (- المصنف-) (- ره-) باشتراط الخدمة على

العبد فلا وجه له لأنَّ الخدمة ممَّا يلتزم به العبد و له ان لا يلتزم فلا يقع العتق فيصدق الالتزام بخلاف اشتراط الخيار في الطلاق فإنَّه لا اثر لرضا المريء و لا ابائها في ذلك

قوله طاب ثراه مضافا الى إمكان منع صدق الشرط و انصرافه

أشار بذلك الى ما أسبقه في أوّل المبحث من أنّ الشرط هو الإلزام التابع و استدللّ عليه بجملة من فقرات أدعية الصّحيفة و بقول أهل اللّغة فراجع

قوله طاب ثراه بعدم مشروعية (- اه-)

متعلّق بالاستدلال و حاصله أنّ اشتراط الخيار أنّما هو عبارة عن اشتراط السلطنة على الفسخ فاذا كان الإيقاع ممَّا لم يشرع فيه الفسخ لم يكن للاشتراط معنى قلت ان أراد بعدم المشروعية ثبوت عدم الشرعية فيه أنّه عين الدّعوى و ان أراد عدم ثبوت المشروعية فيه ما أشار إليه بعضهم من إمكان دعوى أنّه لا يعتبر في نفوذ الشرط و صحته مشروعية ما شرط بل يكفي كونه ممَّا صحّ اعتباره عقلا و نفذ اشتراطه عرفا ضرورة شمول المؤمنون عند شروطهم له فيكون عمومه دليلا على إمضاء الشارع لما يكون عرفا ماضيا و ان لم يعهد منه إمضائه بالخصوص الّا ان يقال أنّ الإيقاعات لم يعهد من العرف انحلالها و نقض آثارها بعد وقوعها حتّى يصحّ اشتراط ذلك فيها و يندرج تحت عموم الشرط قلت يمكن ان يكون غرض الماتن (- ره-) شيئا آخر و هو أنّ اعتبار ورود الشروع بالشرط في الإيقاع أنّما هو لإحراز عدم منافاة الاشتراط لمقتضى الإيقاع فتأمل و يمكن الاستدلال على عدم صحّة اشتراط الخيار في الإيقاعات بأنّ الفسخ عبارة عن حلّ العلقه الحادثة بالعقد و الإيقاع لا يحدث علقه حتى تكون قابله للحلّ و أنّما هو نفسه ازاله العلقه غالبا كما في الطلاق و الإبراء و العتق و نحو ذلك نعم يشكل ذلك في المكاتبه و نحوها (- فت-) و لقد قوى بعضهم صحّة اشتراط الخيار في الإيقاعات و أطال في ذلك الكلام لكنّه لم يأت بما يخلو عن النقص و الإبرام فإنّ غاية ما استدللّ به لذلك هو اخبار اشتراط الخدمة على العبد مدّة و أنت خير بما فيه من النّظر الظاهر لاولى البصائر فإنّ اشتراط الخدمة لا- مانع منه الّا كون المشروط فيه إيقاعا فإذا منع من اختصاص الشرط بما كان في ضمن العقد كان عموم المؤمنون عند شروطهم سليما بخلاف اشتراط الفسخ فإنّ عمده ما يمنع منه هو ما أشرنا إليه من أنّ الفسخ عبارة عن حلّ ما وقع و الإيقاع ليس ربطا حتى يكون قابلا للحلّ بل هو بنفسه حلّ ثمّ انه استدللّ على مطلوبه بالموتق التّاطق بجواز اشتراط ردّ العبد المذمى أعتقه و زوجته بنته في الرّق إن أغار بنته و الحال أنّ الخبر ممّا اعرض عنه الأصحاب الّا من شدّد و مثله لا يثبت الأمر الغير المعقول اعنى حلّ ما هو بنفسه حلّ و العجب من التزام هذا البعض بجواز الرجوع في الإبراء مع التفاته إلى أنّه إسقاط للحقّ و أنّ الساقط لا يعود الّا بسبب جديد كما أنّ الخيار المسقط لا يمكن استعادته الّا بسبب جديد و غاية ما ذكره في ردّ ذلك أنّه لا مانع عقلا من استعادة السّاقط إذ له ان يرفع اليد عن معاهدته فيكون كما كان أوّلا و أنت خير بأنّ الصّادر منه أنّما هو حلّ لا معاهدة فتدبر جيّدا

قوله طاب ثراه و الرجوع في العده (- اه-)

توضيح ذلك أنّ الطلاق حلّ العلقه الزوجية فإذا وقع لم يكن معنى لفسخه و حلّه إذ المحلول لا- ينحلّ حلّه فالرجوع ليس فسحا للطلاق بل هو حكم شرعيّ قد اذن الشارع في استعادة العلقه بالرجوع قولاً أو فعلا فتأمل

ص: ٦٨

قوله طاب ثراه و مما ذكرنا في الإيقاع يمكن ان يمنع دخول الخيار فيما تضمن الإيقاع (- اه-)

قال الشيخ الوالد العلامة عطر الله مرقدته ان مقتضى كون الصلح عقداً انه يتوقف على الإيجاب و القبول حتى في مورد الإبراء و ان قلنا بان نفس الإبراء لا يتوقف تحققه على القبول و ذلك بان يقول الدائن للمدينون مثلاً صالحتكم عن ديني الذي استحقه عليكم فقال قبلت فهو عقد مفيد فائدة الإبراء و لا يلزم من إفادته فائدته أن يقع من دون قبول على القول بعدم توقف الإبراء على القبول و يشير الى ما ذكرنا ان (- المصنف-) (- ره-) قال فالصلح المفيد فائدة الإبراء و لم يقل كالإبراء الواقع بلفظ الصلح و منه يعلم ان مراده (- ره-) بتضمن العقد الإيقاع هو هذا المعنى

قوله طاب ثراه و لا أقل من الشك (- اه-)

فيه ان المرجع عند الشك هو عموم المؤمنون عند شروطهم المزيل للشك في سبب الفسخ لرفع الإيقاع
قوله طاب ثراه و لعله لتوقف (- اه-)

قد استدلل لعدم جريان خيار الشرط في النكاح بوجوه أشار الماتن (- ره-) الى اثنين منها أحدها ان ارتفاع النكاح موقوف شرعا على رافع مخصوص و هو الطلاق فلا يجرى فيه خيار الفسخ و فيه ان أدلة توقف رفع النكاح على الطلاق تنقيد بما إذا لم يشترط في ضمن العقد الخيار بحكم أدلته الشروط كما تنقيدت بما دل على فسخ النكاح بالعيوب من الجنون و الجذام و نحوهما فكما ان الفسخ بالعيوب جائز فكذا الفسخ بالاشتراط لو لا المانع ثانيها ان التقايل غير مشروع في النكاح فلا يشترط الفسخ و فيه انه لا ملازمة بينهما بوجه و لذا ترى جريان اشتراط خيار الفسخ في بعض ما لا يجرى فيه الإقالة ثالثها ما في (- كه-) من ان النكاح ليس عقد معاوضة و لا يقصد به العوض و لذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليها برؤية و لا وصف رافع للجهاالة و يصح من غير تسمية العوض و مع عوض فاسد و (- ح-) فلا يصح اشتراط الفسخ فيه و فيه وضوح منع اختصاص مشروعية اشتراط الخيار بالعقد المقصود به المعاوضة لعموم ما دل على ان المؤمنين عند شروطهم كيف و لو بنى على الاختصاص للزوم عدم صحة شيء من الشروط في عقد النكاح لاتحاد أدلته الشروط و كونها من واد واحد و التالي باطل بالضرورة و الإجماعات و المتواتر من حيث المجموع من الأخبار فالمقدم مثله رابعها انه مشاكل للعبادة في أثر ابتناؤه على الاحتياط التام و فيه ان مجرد المشاكلة للعبادة لا تقتضى ذلك و الاشتراط المذكور غير مناف للاحتياط بعد كونه في ضمن عقد لازم و اندراجه في أدلة الشروط مضافا الى التقصص بسائر الشروط فان العبادة كما لا يدخلها الخيار فكذا لا تقرن بسائر الشروط خامسها انه مسبوق بالتروى و التأمل و السؤال عن حال الزوجين فلا حاجة الى الفسخ حتى يصح اشتراطه و فيه ان التروى قبل العقد موجود في البيع المتفق على جواز اشتراط الخيار فيه (- أيضا-) و كما ان النكاح يتزلزل بظهور العيب و التدليس فكذا البيع و (- ح-) فكما يجوز اشتراط الفسخ في البيع فيلزم جواز اشتراطه في النكاح (- أيضا-) سادسها ما في (- كه-) (- أيضا-) من ان القصد في البيع المغابنة و الأسواق تختلف في الأسعار فجوز له الخيار بعد العقد ليتبين سعره في حال العقد و النكاح يقصد منه أعيان الزوجين و ذلك لا يختلف و فيه ما في السابقة سابعها ما في (- كه-) (- أيضا-) من ان اشتراط الخيار فيه يقضى الى فسخه بعد ابتدال المرية و هو ضرر عظيم عليها و لهذا وجب بالطلاق قبل الدخول نصف المهر جبرا له و فيه ان الضرر الذي أقدمت هي عليه بقبول اشتراط الخيار غير ضائر ثامنها قاعدة توقيفية العقود و فيه ان قاعدة المؤمنون عند شروطهم حاكمة على تلك القاعدة لأنها بيان الى غير ذلك من الوجوه القاصرة عن إثبات المطلوب فالعمدة في المسئلة هو الإجماع ان تحقق

قوله طاب ثراه و يظهر من محكي (- ثر-) و (- س-) وجود الخلاف فيه (- اه-)

النسبة في محلها لأنه قال في (- ثر-) اما عقد الوقف فلا يدخله الخياران معا على الصحيح من المذهب انتهى فان التقيد بالصحيح من المذهب دال على وجود الخلاف فيه لكن لم يظهر ان الخلاف متبا أو من العمارة و عبارة (- س-) أدل على الخلاف قال (- ره-) و

يصحّ يعني اشتراط الخيار في جميع العقود ألبا النكاح و لا- يصحّ في الإبراء و العتق و الوقف على خلاف فيهما انتهى فما في مفتاح الكرامة من نفي الخلاف و ما في (- لك-) من دعوى الاتفاق محلّ تأمل إذ كفى بالشهيد ناقلا للخلاف قوله طاب ثراه و الكبرى في الصغريين ممنوعه (- اه-)

لما اقتصر على نقل الصغريين الاولى انّ الوقف يشترط فيه القرية الثانية انّ الوقف فكّ الملك بعوض و كانت كبرى الاولى انّ كلّ ما يشترط فيه القرية فلا يجوز اشتراط الخيار فيه و كبرى الثانية انّ كلّ ما كان فكّ الملك بغير عوض لا يجوز اشتراط الخيار فيه أجاب عن الدليلين بمنع الكبرى فيهما و وجه المنع عدم تحقّق الملازمة لا من جانب الشارع و لا من جانب العقل لكن ينافي منعه الكبرى في الاولى ما سيأتي منه من تقوية عدم دخول الخيار في الهبة استنادا الى عموم ما دلّ على أنّه لا يرجع فيما كان لله تعالى بناء على انّ المستفاد منه كون اللزوم حكما شرعيا لمهية الصدقة و (- ح-) فكان الاولى عليه منع الكبرى في الثانية و منع الصغرى في الاولى بمنع اشتراط القرية في صحّة الوقف و أنّما هو شرط في ترتّب الثواب عليه و أالفو وقف من غير قصد القرية صحّ و لم يثبت عليه و الذي لا يجوز اشتراط الخيار فيه أنّما هو ما يتوقّف صحّته على القرية لا كماله كما هنا

قوله طاب ثراه و يمكن الاستدلال له بالموثقة المذكورة في مسئلة شرط الواقف كونه أحقّ بالوقف عند الحاجة (- اه-)

لم يسبق منه (- قده-) في تلك المسئلة ذكر عين من هذه الرواية و لا اثر نعم هي موجودة في كتب الأخبار فقد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن يونس بن عبد الرحمن و محمّد بن سنان جميعا عن إسماعيل بن الفضل قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدّق ببعض ماله في حياته في كلّ وجه من وجوه الخير قال ان احتجت إلى شيء من المال فأنا أحقّ به ترى ذلك له و قد جعله لله يكون له في حياته فاذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقة قال يرجع ميراثا على اهله و تقريب الاستدلال على ما افاده الشيخ الوالد العلامة عطر الله مرقدته المبارك انّ رجوعه في الميراث كناية عن بطلان الوقف من جهة اشتراط كونه أحقّ به فيكون الشرط فاسدا و مفسدا كما هو المحكى عن الشيخ (- ره-) في أحد قوليّه و ابن إدريس و المحقّق في (- فع-) ثمّ أنّه قدس الله روحه الزكية احتمل كون وجه الاستدلال هو انّ المراد بها هو أنّه لو شرط عوده اليه عند حاجته صحّ الشرط و بطل الوقف و صار حيسا يعود اليه مع الحاجة كما هو صريح فتوى المحقّق في (- يع-) و وجه عدم دخول شرط الخيار في الوقف هو كونه موجبا لبطلانه و صيرورته حيسا فلم يدخل الوقف بعنوان كونه وفقا خيار قوله طاب ثراه و قريب منها غيرها (- اه-)

قد أشار بذلك إلى الذي رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن يونس بن عبد الرحمن و محمّد بن سنان عن إسماعيل بن الفضل قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدّق ببعض ماله في حياته في كلّ وجه من وجوه الخير قال ان احتجت إلى شيء

ص: ٦٩

من المال فأنا أحقّ به ترى ذلك له و قد جعله لله يكون له في حياته فاذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقته قال يرجع ميراثا على اهله

قوله طاب ثراه و في دلالتها على المدعى تأمل (- اه-)

وجه التأمل على ما تبه عليه الشيخ الوالد العلامة أنار الله برهانه هو إمكان كون المراد برجوعه ميراثا أنه بعد فرض حصول الحاجة من الواقف و بعد عود الوقف اليه ان رجع اليه بمقتضى اشتراط الخيار فاذا هلك بعد ان كان (- كك-) رجع المال الى ورثته ضرورة بطلان الوقف بحصول الحاجة و عوده اليه بمقتضى اشتراط الخيار ثمّ انه قدس الله تربته المنورة استشهد لذلك بخبر إسماعيل بن الفضل المزبور نظرا الى انّ السائل سنل عن صحّة الشرط و عدمها فإنه على تقدير صحته يكون أحقّ به ما دام حيا فاذا هلك يبقى على الصدقة لعدم حاجته اليه أو يرجع ميراثا فأجاب الإمام عليه السلام عن ذلك كلّ بالرجوع ميراثا بمعنى انّ الشرط صحيح و إذا حصلت الحاجة رجع المال اليه و بعد رجوعه اليه لا يعود الى الوقف بل هو ميراث ثمّ قال (- قدّه-) و منه يعلم وجه المراد في الموثقة لظهور اتحاد المراد فيهما ثمّ قال و ما ذكرناه في وجه التأمل ينطبق على ظاهر ما ذهب اليه السيد المرتضى (- ره-) من ان يصحّ وقفا فان احتاج كان منقطعاً و الّا كان مؤيّدا كما عبر عنه في الجواهر لأنه (- ره-) قال في الانتصار و مما انفردت به الإمامية القول بأنّ من وقف وقفا جاز له ان يشترط أنه ان احتاج اليه في حال حياته كان له بيعه و الانتفاع بتمنه الى ان قال و خالف باقي الفقهاء في ذلك و لم يجيزوا اشتراط الواقف لنفسه ما أجزناه و لا بيع الوقف على حال من الأحوال إلّا ما رواه بشر عن ابى يوسف سنة تسع و سبعين أنه جعل للواقف الخيار في بيع الوقف و ان يجعل ذلك في وقف أفضل منه فهو جائز و ان مات قبل ان يختار إبطاله مضى الوقت على سبيله و قال أبو يوسف بعد ذلك لا يجوز الاستثناء في إبطال الوقف و الوقف جائز نافذ دليلنا اتفاق الطائفة و لأنّ كون الشيء وقفا تابع لاختيار الواقف و ما يشترط فيه فاذا شرط لنفسه ما ذكرناه كان كسائر ما يشترطه و ليس لهم ان يقولوا هذا شرط ينقض كونه وقفا و حسبا و خارجا من ملكه و ليس (- كك-) باقي الشروط لأنه لا تنافى بينها و بين كون ذلك وقفا قلنا ليس ذلك يناقض كونه وقفا لأنه متى لم يختار الرجوع فهو ماض على سبيله و متى مات قبل العود نفذ (- أيضا-) نفوذا تاما و هذا حكم ما كان مستفادا قبل عقد الوقف فكيف يكون ذلك نقضا لحكمه انتهى ما في الانتصار ثمّ انّ الوالد (- قدّه-) احتمل كون وجه تأمل الماتن (- ره-) هو أنه بعد فرض كون المراد من الموثقة ما ذكر أولا في وجه التأمل لا وجه لتقييد رجوع الوقف الى الواقف بكون الرجوع منوطا باختياره رجوعه اليه لعدم دلالتها على ذلك التقييد فنقول ليس في الموثقة دلالة على شيء من ثبوت الخيار له و عدمه إذ لا تفيد الّا انّ الواقف أحقّ بالوقف ان احتاج اليه و ظاهره أنه يرجع الوقف اليه بمجرد الحاجة لأنه يكون له الخيار في إعادته الى ملكه و هذا حكم آخر للوقف لا مدخل له بثبوت الخيار فيه و عدمه هذا كلامه أعلى الله مقامه و أقول انّ وجهي التأمل محلّ تأمل لأنّ إطلاقه عليه السلام كونه ميراثا من غير تقييد بما إذا احتاج و رجع يؤذن ببطلان الشرط و العقد جميعا من أصله و الاعتذار عن ذلك بأنّ المتبادر من رجوعه ميراثا أنه صحيح حسبا لأنّ البطلان ليس فيه رجوع أصلا بل الشيء الموقوف حينئذ باق على الملك رقبه و منفعة و لا (- كك-) الحبس فإنّ المنفعة تخرج عن ملكه مدّة الحبس فيصحّ الرجوع بالنسبة إليها حقيقة مدفوع بمنع التبادر بعد ظهور كون غرض الرّاوى بالسؤال عن رجوعه ميراثا أو المضى الاستكشاف بالرجوع ميراثا عن فساد الشرط و العقد و بالمضى صدقة عن صحتهما و الّا فكيف يعقل المضى صدقة بعد موت الحابس مع كون منتهى زمان الحبس حياته و الحبس ينقض بانقضاء زمانه و (- أيضا-) كما يصدق الرجوع حقيقة بالنسبة إلى خروج المنفعة عن ملكه بالحبس فكذا يصدق حقيقة بخروج العين و المنفعة عن ملك الميت و الدخول في ملك وارثه مع انّ رجوع يأتي بمعنى صار كما في إنّنا إليه راجعون

قوله طاب ثراه في تلك المسئلة (- اه-)

أراد بالمسئلة مسئلة اشتراط الرجوع في الوقف عند الحاجة و قد استوفينا المقال في ذلك في كتاب الوقف من منتهى المقاصد فراجع

و تدبر

قوله طاب ثراه لعموم ما دلّ على أنّه لا يرجع فيما كان لله (- اه-)

الدالّ على ذلك جملة من الأخبار فمنها ما رواه الصّيدوق (- ره-) بإسناده عن موسى بن بكر عن الحكم قال قلت لابي عبد الله عليه السلام انّ والدي تصدّق على بدار ثمّ بدا له ان يرجع فيها و ان قضاتنا يقضون لي بها فقال نعم ما قضت به قضاتكم و بنس ما صنع والدك إنّما الصدقة لله عزّ و جلّ فما جعل لله عزّ و جلّ فلا رجعة له فيه الحديث و منها ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن احمد بن محمّد بن يحيى عن طلحة بن زيد عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليهما السلام قال من تصدّق بصدقة ثمّ ردّت عليه فلا يأكله لأنّه لا شريك لله عزّ و جلّ في شيء ممّا جعل له إنّما هو بمنزلة العتاقة لا يصلح ردّها بعد ما يعتق و منها ما رواه هو (- ره-) بإسناده عن احمد بن محمد بن محمد بن علي بن الحكم عن العلاء بن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال لا يرجع في الصدقة إذا ابتغى بها وجه الله عزّ و جلّ الى غير ذلك من الأخبار

قوله طاب ثراه بناء على انّ المستفاد منه (- اه-)

وجه ابتناء الاستدلال على ذلك ظاهر ضرورة أنّه لو كان المراد به مجرد التّهي عن الرجوع تحريماً لا تنزيهاً لم يتأتّ منه الدلالة على حكمه الوضعي الّذي هو عدم تأثير الرجوع و عدم افادته انفساخها لكن لا يخفى عليك انّ المبنى محلّ مناقشة إذ قد يكون المراد مجرد التّهي مع انّ الرجوع في هذه الأخبار ظاهر في الرجوع ابتداءً فمفادها مفاد ما دلّ على لزوم عقد البيع فلا دلالة فيها على عدم جواز الفسخ بالخيار المَجْعُول في العقد المأخوذ قيدا فيه و ان شئت قلت انّ المنع أنّما هو من الرجوع في الصدقة ما دامت العين باقية على عنوان كونها صدقة فاذا فسخنا بالخيار المشروط لم يكن الرجوع في العين رجوعاً في الصدقة بل رجوعاً في العين الّتي كانت قبل صدقة لكنّ الإنصاف ظهور الأخبار في مقصد (- المصنف-) (- ره-) بناء على إفادتها الحكم الشرعي للصدقة

قوله طاب ثراه و لو شكّ في ذلك كفى (- اه-)

قد تداول الماتن (- ره-) هذا المطلب في هذه المسائل و هو كما ترى لأنّ الشكّ في السببيّة أنّما كان كافياً لو لم يكن عموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالشروط موجوداً فإنّه يزيل الشكّ و يثبت صحة الشرط

قوله طاب ثراه كالمحكى عن ظاهر الخلاف (- اه-)

قال في (- ف-) الصّيلح إذا كان معاوضةً مثل ان يقرّ له بعين أو دين ثمّ صالحه على ذلك لم يكن له بعد ذلك الرجوع فيه و قال الشافعي هو مثل البيع يدخله خيار الشرط و خيار المجلس و إن كان صرفاً يدخله خيار المجلس وحده دليلنا ما روى عنهم عليهم السلام و اتفقنا عليه من جواز الشرط في ذلك و من ادعى دخول الخيار فيه فعليه الدليل و جعل ذلك بيعاً يصحّ وجود الشرط فيه يحتاج الى دليل انتهى و فيه انّ اى دليل على دخول

ص: ٧٠

الخيار فيه فعليه الدليل و جعل ذلك بيعا يصح وجود الشرط فيه يحتاج الى دليل انتهى و فيه انّ اى دليل على دخول الخيار فيه أقوى من عموم أدلّة الشّروط و الحاجة الى جعل ذلك بيعا ممنوع بعد عدم اختصاص أدلّة الشّروط بالبيع و بالجمله فالدّال على دخول الخيار في البيع هو الدالّ على دخوله في الصّح قوله طاب ثراه و قد تقدّم عن (- ير-) (- اه-)

الغرض من التفصيل هو الفرق بينما إذا وقع الصّح معاوضة فيدخله خيار الشرط و بينما إذا وقع عمّا في الذّمة مع جهالته أو على إسقاط الدّعوى بعد ثبوتها فلا يدخله التفصيل و لعلّ الدخول في الأوّل لعموم أدلّة الشّروط و عدم الدّخول في الثّاني لما أشار إليه الماتن (- ره-) بقوله لما تقدّم من الشكّ في سببته الفسخ لرفع الإبراء أو ما يفيد فائدته و إن كان فيه ما مرّ من منع كفاية الشكّ في السببته في البناء على عدم السببته لأنّ عموم أدلّة الشّروط يزيل الشكّ و الذي لا يرفع الإبراء أنّما هو الفسخ الحادث بعد وقوع الإبراء و أمّا إذا اشترط الخيار في عقد الإبراء فلا مانع من رفع الفسخ لأثر الإبراء لوقوعه (- ح-) معلقًا من أوّل الأمر كما لا يخفى قوله طاب ثراه و فيه انّ غاية الأمر كون وضعه على اللزوم (- اه-)

هذا جواب متين ضرورة أنّ وضع البيع المتفق على دخول خيار الشرط فيه (- أيضا-) شرعا و فرعا على اللزوم فلو كان اقتضاء العقد للزوم مانعا من جعل الخيار فيه لكان البيع اولى بذلك لأنّه أشدّ العقود لزوما قوله طاب ثراه مدّعين على ذلك الإجماع (- اه-)

نسبة دعوى الإجماع إلى الثلاثة مع أنّ الموجود في الغنية أنّما هو نفى الخلاف لا دعوى الإجماع لا يتمّ الّا بناء على دعوى كون نفى الخلاف دعوى للإجماع نعم عبارة (- ط-) و (- ثر-) صريحة في دعوى الإجماع حيث قالوا فأمّا خيار الشرط فلا يدخل الصّرف أصلا إجماعا لأنّ شرط صحّة العقد القبض انتهى و لكن ظاهر التعليل هو أنّ الإجماع مستنبط من الإجماع على اشتراط القبض في الصّرف المنافي لثبوت الخيار و كيف كان فالإجماع في المقام ممنوع لظهور الخلاف في ذلك من جمع كثير فقد صرح بثبوت الخيار فيه من الأواخر العلّامة في (- لف-) و ولده في الإيضاح و الثّانين في (- مع صد-) و (- لك-) و في مفتاح الكرامة أنّه ظاهر الأكثر كالمفيد و المرتضى و الدّيلمى و الطّوسى و القاضى و الحلبي و (- يع-) و (- شاد-) و تعليقه و (- س-) و مجمع البرهان و الكفاية و غيرهم ممّن أثبتة في كلّ عقد سوى النّكاح و الوقف و الإيلاء و الطّلاق و العتق انتهى و في (- س-) أنا لا نعلم وجه المنع مع صحيح ابن سنان المؤمنون عند شروطهم انتهى و في المصاييح أنّ الصّحيح من أدلّة الثبوت مشهور بين الفقهاء و المحدّثين قد رواه أئمة الحديث و الأقدمون من فقهاء أصحاب الأئمة عليهم السّلام و لا رادّ له و لا معارض يخصّصه انتهى بل في (- لك-) أنّه أطبق المتأخرون على ثبوتها و منع الإجماع انتهى و ان اعترض عليه علّامة المصاييح بأنّ من أعظمهم المحقّق (- ره-) و لم يصرح بشيء منهما و العلّامة و اختلف قوله في ذلك فثبت الخيار في ظاهر (- لف-) و منع الإجماع و نفاه في (- كه-) تارة و أثبتة أخرى على اشكال و استشكله في (- ير-) و (- عد-) و الشهيد و قد حكى في (- س-) الإجماع عن الشّيخ (- ره-) و منعه عن العلّامة مقتصرًا على ذلك و ظاهره التوقّف فلم يثبت الإطباق المدّعى الّا ان يحمل على اطباق غير المتوقّف منهم و ان اختلف قوله أو علم من ظاهر كلامه أو يجعل التوقّف منعا فيصحّ الدّعوى الأولى دون الثّانية انتهى ما في المصاييح و أنت خبير بتماميّة الثّانية (- أيضا-) إذ نفس توقّفهم و إشكالهم دليل على عدم ثبوت الإجماع

قوله طاب ثراه من أنّ المقصود من اعتبار التّقابض (- اه-)

قال والدى الشّيخ العلّامة أثار الله برهانه في شرح العبارة أنّ الواو في قوله و لم يبق للحال يعنى أنّ المقصود من اعتبار التّقابض هو ان يحصل الافتراق في حال انتفاء العلقه بينهما و لو قلنا ثبوت الخيار لبقيت العلقه بينهما بعد التفرّق بثبوت سلطنته ذى الخيار على من عليه الخيار بفسخ العقد الواقع بينهما و أنّما كان انتفاء العلقه في حال افتراقهما مقصودا لأنّهما لو تفرّقا في الصّيرف بإقباض من احد

الطرفين دون الآخر لزم الرّبا من جهة تساوى التّقدين في المقدار مع كون أحدهما مقبوضا و الآخر غير مقبوض الموجب لزيادة المقبوض على غيره بكون الأول حالاً و الثاني مؤجّلاً أو مؤخّراً مطلقاً و هي مستلزمة للرّبا و لو تفرّقا في السّلم بدون اقباض الثّمن لزم بيع الكالى بالكالى و قد أشار (- المصنف-) (- ره-) إلى عبارة (- كره-) و لم يذكرها بتمامها و ينبغي نقلها بعينها قال (- ره-) الأقرب عندي دخول خيار الشّروط في كلّ معاوضة خلافاً للجمهور على تفصيل فالسلم يدخله خيار الشّروط و كذا الصّرف على اشكال فيه للعموم و قال الشافعي لا يدخلهما خيار الشّروط و ان دخلهما خيار المجلس لأنّ عقدهما يفتقر الى التقابض في المجلس فلا يحتمل التأجيل و المقصود من اشتراط القبض ان يتفرّقا و لا- علقه بينهما تحرّزا من الرّبا أو بيع الكالى بالكالى و لو أثبتنا الخيار لبقيت العلقه بينهما بعد التفرّق و نمنع الملازمة انتهى و وجه منع الملازمة هو أنّ العلقه المرغوب عنها أنّما هي العلقه الموجبه للرّبا أو بيع الكالى بالكالى من حيث أنّه علّل مقصوديّة انتفائها في حال الافتراق بالتحرّز عن شيء منهما و من المقرّر الثابت أنّ العلقه كما تفيد التعميم كذلك تفيد التخصيص على حسب الموارد و (- ح-) نقول أنّه لا يلزم من ثبوت الخيار التّأديّة إلى الرّبا أو بيع الكالى بالكالى و هو ظاهر ضروره أنّه يجوز ان يقبضه في المجلس و يشترط الخيار فتأمل مع انه منقوض بالسّلم

قوله طاب ثراه و مطلق الإجاره (- اه-)

عطف على أقسام البيع لا على الصّرف

قوله طاب ثراه و السرّ في ذلك أنّ الشّروط القولي (- اه-)

قال الشيخ الوالد عطر الله مرقدته في شرح العبارة أنّه ان أراد من عدم الارتباط عدم كونهما من جنس واحد بان يكونا جميعا من مقولة الأفعال فهو مسلّم لكن يبقى الكلام في وجوب مراعاته و اعتباره و ان أراد منه أنّ الشّروط القولي لا يرتبط بالإنشاء الفعلي من حيث الانضمام في الإفاده فهو ممنوع ضروره تأتي ذلك بذكر الشّروط لفظا في حال اشتغالها بتعاطي الثّمن و المثمن و من المعلوم حصول المطلوب بهما و ممّا يرفع البعد عن هذه المقالة ما نجده في عكس هذا الفرض من الاعتماد في دلالات الألفاظ على القرائن العقليّة و الحاليّة قلت ما ذكره أنار الله برهانه لا غبار عليه إلّا ان يدعى انصراف أدلّة الشّروط الى العقود اللفظيّة و ليست بذلك البعيد

قوله طاب ثراه و ذكر فيهما (- أيضا-) دخول الخيار في الصّداق (- اه-)

قد صرح بجواز اشتراط الخيار في الصّداق في (- ف-) و جواهر القاضى و (- كره-) و (- عد-) و (- ير-) و اللّمعين و (- لك-) و (- مع صد-) و (- الروضة-) و كشف اللّثام و غيرها بل في (- مع صد-) القطع به و في الكفاية أنّه المشهور و في (- ثق-) نسبة الى الأصحاب تارة و استظهار عدم الخلاف فيه اخرى و ربّما استدللّ لذلك في (- ف-) بوجهين حيث قال إذا أصدقها دارا فشرط في الصّداق ثلثه أيام شرط الخيار صحّ الصّداق و الشرط معا و النّكاح صحيح و للشّافعي في صحّة النّكاح قولان أحدهما يبطل و الثّاني يصحّ فاذا قال يصحّ فله في الصّداق ثلثه أوجه أحدها يصحّ المهر و الشرط معا كما قلناه و الثّاني يبطلان معا و الثالث يبطل الشرط دون الصّداق دليلنا قوله صلى الله عليه و آله المؤمنون عند شروطهم و لأنّ هذا شرط لا- يخلف الكتاب و السنّة فيجب ان يكون صحيحا انتهى و أنت خير بانّ مرجع التعليلين الى واحد و ربّما استدللّ

ص: ٧١

على ذلك بأن ذكر المهر ليس شرطاً في صحّة العقد الدائم و لذلك يجوز اخلائه عنه و اشتراط عدمه فلا يضّر اشتراط الخيار فيه مدّة مضبوطة لأنّ غايته فسخه و إبقاء العقد بغير مهر فتصير كالمفوضه بضعها و هو جائز و (-ح-) فاذا اشترط أحدهما أو هما خياراً لم يكن الشرط منافياً لمقتضى العقد فيندرج في عموم المؤمنون عند شروطهم قوله طاب ثراه و فيه نظر (-اه-)

وجه النظر أنّ تزويج الولي بدون مهر المثل تفريط و خيانه و تسلط المولى عليه على رفع ما أوقعه الولي على وجه التفريط و فسخه لا يستلزم دخول خيار الشرط فيه إذا أوقعه هو بنفسه و اشترط فيه الخيار فذلك أشبه شيء بما لو باع الولي أو الوكيل بدون ثمن المثل فإنّ جواز فسخ المولى عليه أو الموكّل لا يستلزم في حدّ ذاته جواز اشتراط الخيار في البيع إذا أوقعه هو بنفسه و ان اتفق في الشرع جوازه لدليل آخر

قوله طاب ثراه و الأظهر بحسب القواعد الشرعيّة اناطه دخول خيار الشرط بصحّة التّقابل (-اه-)

فيه أولاً أنّ عموم أدلّة الشروط يقتضى اعتبار الشرط (- مط-) و لا مخصّص له بما إذا صحّ التّقابل في العقد فمن ادّعى الاختصاص فعليه الدّلالة و أنّي بذلك له و ثانياً ما أشار إليه بعضهم من منع الملازمة بين جواز الفسخ بالإقالة و بين اشتراط الخيار ضرورة أنّه قد أخذ في صحّة الشرط عدم منافاته لمقتضى العقد فقد يكون اللزوم حكماً ذاتياً غير مفارق لعقد و يلزمه عدم صحّة اشتراط الخيار و مع ذلك تجرى فيه الإقالة فكونها حكماً شرعياً غير منافٍ للزوم بل هو مؤكّد له إذ لو لا اللزوم لم يكن إلى الإقالة حاجه و ربّما ذكر بعضهم ان بين مورد الإقالة و مورد اشتراط الخيار عموماً من وجه فقد لا يجوز اشتراط الخيار و تجوز الإقالة كما في الرهن و الوقف بناء على كون شرط الخيار فيه منافياً لمقتضاه من الدوام فإنّه (-ح-) لا يجوز اشتراط الخيار مع أنّه لا مانع من الإقالة بعد تماميته إذا كان الموقوف عليه معيّناً أو مع وليّ الوقف العامّ و قد يجوز اشتراط الخيار و لا- يجوز الإقالة كما في بعض الإيقاعات التي يمكن القول بجواز اشتراط الخيار فيها فإنّ الإقالة لا تجرى فيها لتوقّفها على طرفين و الإيقاع ذو طرف واحد

الرابع خيار الغبن

إشارة

قوله طاب ثراه و أصله الخديعة (-اه-)

قال في تاج العروس مازجا بالقاموس و غبنه في البيع يغبنه غبنا بالفتح و يحركّ أو الغبن و بالتسكين في البيع و هو الأكثر و بالتحريك في الرأى إذا خدعه و وكسه و قيل غبن في البيع غبنا إذا غفل عنه بيعا كان أو شراء انتهى و في المهذب البارع أنّ الغبن هو نقص قيمة أحد العوضين عن العوض المسمّى في العقد نقصاً لا يتسامح بمثله عادة مع جهل من صار إليه الناقص انتهى و ما ذكره بيان لمصطلح الفقهاء ظاهراً كما يشهد به قول الماتن (- ره-) و في اصطلاح الفقهاء (-اه-)

قوله طاب ثراه قال في الصّحاح هو بالتسكين في البيع و بالتحريك في الرأى (-اه-)

قال الوالد العلّامة أنار الله برهانه أنّه ربّما أوهم عبارة (- المصنف-) (- ره-) في بادي النظر أنّ مراد صاحب الصّحاح هو أنّ الغبن بمعنى الخديعة يستعمل بالتسكين في البيع و بالتحريك في الرأى فيصير الحاصل أنّ الغبن في الرأى عبارة عن ان يخدع الرّجل غيره في رأيه بأن يصرفه عن الحقّ إلى الباطل و ليس (- كك-) لأنّه قال في الصّحاح ما لفظه الغبن بالتسكين في البيع و الغبن بالتحريك في الرأى يقال غبنته في البيع بالفتح اي خدعته و قد غبن فهو مغبون و غبن رايه بالكسر إذا نقص فهو غبين اي ضعيف الرأى و فيه غبانة انتهى فقد علم من كلامه أنّ الغبن في الرأى لا- يستعمل متعدّياً حتى يكون عبارة عن صرف الرّجل راي غيره عن الحقّ إلى

الباطل و إنما يستعمل لازما و يؤيده ما فى المصباح من قوله غبنته فى البيع و الشراء غبنا من باب ضرب مثل غلب فانغبن و غبته اى نقصه و غبن بالبناء للمفعول فهو مغبون اى منقوص فى الثمن أو غيره و الغبتيه اسم منه و غبن رايه غبنا من باب تعب قلت فطنته و ذكاؤه انتهى

قوله طاب ثراه و هو فى اصطلاح الفقهاء (-ه-)

قال الوالد عطر الله مرقده (- أيضا-) ان هذا التعريف شامل لما إذا كان المشتري غابنا و البائع مغبونا و بالعكس لأن الضمير المجرور بإضافة لفظ المال اليه يعود الى الشخص المدلول عليه بالمقام كما فى قوله تعالى لأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشُّدُسُ و معادله هو الآخر المضاف اليه لفظ الجهل و معلوم ان زيادة أحد العوضين يستلزم نقص الآخر فمن ملك ماله بما يزيد على قيمته سواء كان هو المشتري أم البائع كان غابنا و كان الآخر مغبونا مشتريا كان أو بائعا و (-ح-) فلا يبقى حاجة الى عطف النقيصة على الزيادة بأن يقال بان يزيد على قيمته أو ينقص بل يصير لغوا لما عرفت من ان زيادة أحد العوضين يستلزم نقيصة الآخر و المفروض انه لم يعتبر فى المملك تشخيص كونه هو خصوص البائع أو المشتري هذا كلامه علا مقامه و أقول تعريفهم هذا غير واف بالقيود التى يأخذونها فى الحكم فالأظهر أنه كسائر تعاريف الفقهاء بيان إجمالى كما فى قولك سعدان نبت

قوله طاب ثراه و المراد بما يزيد أو ينقص العوض مع ملاحظة ما انضم اليه من الشرط (-ه-)

قال الوالد العلامة (- قدّه-) (- أيضا-) ما لفظه لا يقال انه لم يسبق للنقيصة ذكر حتى يحتاج الى تفسير و يعطف على الزيادة و انه لو فرض ان المراد بها النقيصة اللازمة للزيادة فى الطرف الآخر لم يكن وجه لعطفه بلفظه أو بل كان اللزم عطفه بالواو لأننا نقول هذا الذى وقع فى كلامه (-ه-) من عطف النقيصة على الزيادة بلفظه أو إشارة الى ما وقع تعريفه من الاختلاف فى اللفظ إذ قد عرفت انه عرفه هو (-ه-) بما يتضمن لفظه يزيد و قد عرّفه جماعة بما يتضمن لفظ ينقص قال فى مفتاح الكرامة قد صرح جماعة منهم أبو العباس و الصيبرى بأن حقيقة الغبن نقص احد العوضين عن العوض المسمى فى العقد نقصا لا يتسامح بمثله عادة مع جهل من صار اليه النقص انتهى فتكون لفظه أو فى كلام (- المصنف-) (-ه-) إشارة إلى قسمين

قوله طاب ثراه و الظاهر ان كون الزيادة مما لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه

الضمير للغبن اى عن مفهوم الغبن و ربما أنكر بعضهم على الماتن (-ه-) ذلك و ادعى عدم صدق الغبن إذا كانت الزيادة بما يتسامح به فيكون اشتراط الزيادة مما لا يتسامح به داخلا فى مفهومه و فيه نظر ظاهر قوله طاب ثراه بخلاف الجهل بقيمته

أراد ان الجهل بالقيمة داخل فى مفهومه فلو كان عالما به لم يطلق عليه المغبون و قد يقال ان الجهل بالقيمة غير داخل فى مفهومه الاصطلاحى لاطلاقهما المغبون على من اشترى بأزيد من القيمة عالما و قولهم انه مغبون و لكن لا خيار لأنه قد أقدم عليه بنفسه و اما مفهومه لغة فالجهل معتبر فى مفهومه لأنه لازم كون الغبن بمعنى الخديعة فان الخديعة لا تكون الا مع جهل المخدوع بالقيمة و أقول ان ثبوت اصطلاح جديد للفقهاء محل تأمير و انما اللفظ باق على معناه اللغوى و الفقهاء أخذوا قيودا فى إثبات الخيار و إطلاقهم المغبون على العالم بالقيمة من باب المسامحة فى التعبير بل مقتضى لفظه الخدعة اعتبار علم الغابن بالحال فلا يصدق مع جهله فتدبر قوله طاب ثراه ثم ان ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الأصحاب (-ه-)

ص: ٧٢

قد صرح بثبوته في (- ف-) و (- ط-) و الوسيلة و الغنية و (- ثر-) و (- يع-) و (- فع-) و (- كرء-) و (- شاد-) و للمعتين و التنقيح و (- مع صد-) و (- لك-) و مجمع الفائدة و الرياض و مفتاح الكرامة و المصاييح و كشف الظلام و خيارات الفقيه الغروي و الجواهر و غيرها و هو المحكى عن (- ير-) و التبصرة و (- س-) و الحواشي المنسوبة إلى الشهيد (- ره-) و غاية المرام للصيمري و تعليق (- شاد-) للكركي و إيضاح (- فع-) للقطيفي و الميسية و جامع الشرائع ليحيى بن سعيد و ظاهر باقي المتأخرين من شارحين و محشدين على ما في مفتاح الكرامة و زاد على ذلك أنه إن كانت مسألة التلقى من سنخ هذه المسئلة كان جميع المتأخرين مصرحين به إلا من شد و قال (- أيضا-) أنه ينبغي ان يكون مذهب القاضي لأنه من أعظم اتباع الشيخ (- ره-) و قد نسبه الشهيد (- ره-) إلى الأتباع انتهى بل في المهذب البارع و (- الروضة-) و (- لك-) و الكفاية و المستند و الرياض و محكى غاية المرام أنه المشهور و زاد في (- لك-) و الكفاية قوله خصوصا المتأخرين و عن إيضاح (- فع-) أنه كاد يكون إجماعا و في التنقيح ان عليه المتأخرون و عن (- س-) ان عليه الشيخ (- ره-) و اتباعه و في (- ثق-) أنه المشهور بين المتأخرين بل ظاهر (- كرء-) في موضع اتفاق أصحابنا عليه و في موضع آخر كصريح الغنية و محكى (- لف-) الإجماع عليه قال في (- كرء-) الغبن سبب ثبوت الخيار عند علمائنا و قال بعد ذلك بمسائل ثلث انما يثبت الخيار للمغبون دون الغابن بالإجماع انتهى بناء على رجوع الإجماع الى كل من الثبوت للمغبون و عدم الثبوت للغابن و قال في الغنية السبب الخامس للخيار ظهور غبن لم تجر العادة بمثله بدليل الإجماع انتهى و ربما يتخيل دلالة عبارة كشف الحق (- أيضا-) على دعوى الإجماع عليه لانه قال ذهب الإمامية الى ان الغبن بما لم تجر التغابن بمثله يثبت الخيار للمغبون انتهى و احتمال انسياقه لبيان ما اختصت به الإمامية مدفوع بان المخالفين بين قولين في ذلك و قد جزم بتحقيق الإجماع عليه الشيخ على (- ره-) نجل الشيخ الأكبر كاشف الغطاء (- ره-) و تأمل في ثبوته في الكفاية و تصدى لردّه في مفتاح الكرامة بقوله و كم من حكم معروف مشهور خلت عنه المقنعة و الانتصار و المراسم فعدم ذكر هؤلاء الثلاثة له مع تركهم لكثير من الأحكام لا يورث ريبه فيه و اما الهداية و المقنع فقد خلى عنهما أكثر الأحكام و أبو على لم يزل موافقا للعامّة الى ان قال فقد ظهر ان قول الشهيدين (- رهما-) و من تأخر عنهما ان أكثر القدماء لم يذكروه كأنه لم يصادف مخرة كما عرفت و لا وجه أصلا لاستظهار صاحب الكفاية عدم ثبوت الإجماع و قوله للتأمل فيه مجال انتهى تذييل الثابت بالغبن انما هو التسلط على الفسخ فقط لا التفاوت بين الثمن و القيمة الموجب للغبن كما في خيار العيب و ذلك اعنى عدم ثبوت الأرش به هو المعروف من مذهب الأصحاب بل نفى وجدان الخلاف فيه في مفتاح الكرامة قال بل هم بين مصرح بذلك أو ساكت انتهى و جزم في هداية الأنام بعدم الخلاف فيه بل في كشف الظلام استظهار الإجماع عليه و في (- كرء-) و الجواهر و خيارات الغروي الإجماع عليه و كفانا في ذلك أصالة برأيه ذمّة الغابن من دفع الأرش بعد عدم الدليل على وجوبه مضافا الى ان الأرش عوض عن جزء فائت في العين أو صفاتها و ليس هنا شىء منهما لان المدفوع هو الذى وقع عليه العقد بعينه من دون نقص في جزئه أو وصفه و انما الغبن في القيمة و (- أيضا-) فدليل خيار الغبن عندهم انما هو قاعدة الضرر و لا ريب في زواله بمجرد الخيار كما تبّه على ذلك في التنقيح حيث قال لا يثبت به أرش بل اما الردّ و الإلزام بمقتضى العقد لزوال الضرر بذلك و لأصالة لزوم مقتضى العقد و عدم الإلزام بشىء و لأنه ليس بعيب و لا أرش إلا في مقابلة العيب انتهى

قوله طاب ثراه نعم المحكى عن المحقق في درسه إنكاره و لا يعد ذلك خلافا في المسئلة (- اه-)

قال الشيخ الوالد أنار الله برهانه ان مقتضى ما ذكره من ان ذلك لا يعد خلافا في المسئلة مع تشبيهه بسكوت جماعة عن التعرض له و استدراكه حكاية المنع عن الإسكافي و الحكم بشذوذه هو ان يكون مراده (- ره-) بالإنكار المحكى عن المحقق (- ره-) هو نفى العلم بثبوته في الشرع و لعل قوله (- ره-) لا يعد ذلك خلافا في المسئلة تعريض بصاحب الجواهر (- ره-) حيث قال بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له عدا ما يحكى عن (- المصنف-) (- ره-) من إنكاره في حلقة درسه و الموجود في كتابه خلاف هذه الحكاية و استظهره في (- س-) من كلام الإسكافي انتهى و لكن الذى صرح به في (- لك-) يقتضى ان المنقول عن المحقق (- ره-)

(ليس هو عدم العلم بثبوت هذا الخيار بل الحكم بعدم قال فيها المشهور بين الأصحاب خصوصا المتأخرين منهم ثبوت خيار الغبن و كثير من المتقدمين لم يذكره و نقل عن (- المصنف-) (- ره-) القول بعدمه انتهى و قال في (- ثق-) ما نصّه و نقل في الدروس و كذا في (- لك-) عن المحقق في الدرس القول بعدمه و على هذا فما افاده (- المصنف-) (- ره-) ليس في محلّه و لعلّه اغترّ بتعبير صاحب الجواهر (- ره-) بلفظ الإنكار حيث فهم منه عدم العلم و لكن لا يخفى عليك أنّ عبارة الجواهر لا تساعد على ذلك لأنّه حكى فيها استظهار الشهيد (- ره-) في الدروس الإنكار من الإسكافي و قد اعترف (- المصنف-) (- ره-) بأنّ المحكى عنه هو المنع انتهى كلامه علا مقامه و هو موجه متين

قوله طاب ثراه و استدللّ في (- كره-) على هذا الخيار (- اه-)

ربّما استدللّ بعضهم على ذلك بالسيره المستمره و في تماميتها نظر و تمسك بالمحصّل من الإجماع من مرّ ذكره و بالمنقول منه في الرياض و كشف الظلام و به بعد التتبع في الجواهر و من لاحظ مطارح الأفهام ظهر أنّه لا حظّ لنا هنا في التمسك به لعدم حصوله و عدم حجّيته منقوله

قوله طاب ثراه و يضعّف بمنع كون الوصف (- اه-)

قد ضعف الاستدلال بالآيه أولا بمنع عدم حصول التراضي و الّا كان العقد باطلا من أصله لا أنّ فيه الخيار و ثانيا بأنّ عدم الرضاء على تقدير العلم لو سلّم لا ينافي الرضاء الفعلي الذي عليه المدار و إن كان الداعي له الجهل الا ترى الى عدم ثبوت الخيار فيما إذا اشترى شيئا و قد سبقه غلامه الى شراء مثله أو ولده أو زعم خلّو بيته ثمّ على بعدمه مع أنّه لو علم بالحال عند الشراء لم يكن ليشتري ذلك و ثالثا بما في المتن من منع كون الوصف المذكور عنوانا و رابعا بما أشار إليه في المتن (- أيضا-) بقوله (- ص-) مع أنّ أخذه على وجه التقييد (- اه-) و خامسا بأنّ غاية ما تدلّ عليه الآيه أنّها هو جواز الأكل فيما كان تجاره عن تراض و عدم جوازه بالبطل و اين هذا من الخيار و من اين يثبت كون هذا بدون التراضي باطلا ذكر ذلك في المستند ثمّ قال مع أنّ ظاهر قوله تجاره عن تراض كما صرح به الأردبيلي (- ره-) في آيات الأحكام و نقله عن الكشاف و مجمع البيان اشتراط التراضي حين العقد فالآيه على عدم الخيار أدلّ انتهى و ربّما وجه بعضهم الاستدلال بالآيه بأنّ المغبون إنّما أقدم على المعامله بانّا على كون المبيع مساويا لماله؟؟؟ بحسب القيمة و المائيه فكأنّه اشتراط المساواه و إذا كان أقلّ يكون من باب تخلف الشرط فاعتبار المساواه ليس على وجه التقييد ليتوجه عليه المنع أولا و استلزامه البطلان

ص: ٧٣

ثانيا و لا على وجه الدّاعى ليرد عليه ان تخلفه لا يوجب شيئا بل هو من باب الشرط الضمنى نظير وصف الصحّة فيكون معتبرا على وجه تعدّد المطلوب و لازلّم تخلفه الخيار كما فى سائر الشروط الصّيرريحة و الضمّية و أنت خير بانّ ما ذكره (- أيضا-) غير تامّ لأنّ الآية أنّما سيقّت لبيان اعتبار طيب النّفس فى التّجارة و لازمه البطلان مع عدم الرّضاء لا الخيار و لقد اعترف هو (- أيضا-) بذلك و زاد؟؟؟ على ذلك ما لا بأس بمراجعه

قوله طاب ثراه و لو أبدل الآية بقوله تعالى وَ لَّا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ كَانَ اولى (- اه-)

وجه الأولوية تامية دلالة هذه على زعمه دون تلك لكن فى التّماتية نظر ظاهر ضرورة أنّ مفاد الآية أنّما هو حرمة أكل ما يكون أكلا للمال بالباطل عرفا و المعاملة المخدوع فيها إن كانت من الباطل عرفا دلّت الآية على حرمة أكل المال معه و لا يدلّ على الخيار بوجه و دعوى أنّها قبل اطلاع المغبون و ردّه لا يكون من الأكل بالباطل بالإجماع و أنّما يكون من الباطل بعده كما صدرت من الماتن (- ره-) لا وجه لها لأنّ مقتضى إخراجها ما قبل صورة تبين الخدع بالإجماع يكشف عن أنّ غرضه الإخراج الحكى مع الاعتراف بكون المعاملة من الباطل موضوعا و لازمه بطلان المعاملة المغبون فيها من حين وقوعها و جواز التصرف قبل التّبين و الردّ للإجماع و أنّ المغبون إذا علم و امضى و رضى زال البطلان و هذا ممّا لا يمكن الالتزام به و بعبارة أخرى المعاملة المغبون فيها من حين وقوعها أمّا ان تكون من الباطل عرفا أو من الصّحيح فعلى الأول فلا دلالة فى الآية على عروض الصحّة لها بالرّضاء بعد التّبين و على الثانى فلا دلالة فيها على عروض البطلان عليها بالفسخ بعد التّبين و ان شئت قلت انّ الآية أنّما سيقّت لبيان الحكم التّكليفى و هو جواز الأكل إذا كانت المعاملة صحيحة و حرمة إذا كانت فاسدة و أمّا انّ الصّحيحة أيّة معاملة و الفاسدة أيّتها فلا تعرض فى الآية لذلك أصلا قوله طاب ثراه لكن يعارض الآية (- اه-)

فيه أنّه لا- معارضة بين الآيتين و أنّما الثانية مبيّنة للمراد بالباطل فى الأولى و انّ الباطل ما لا يكون تجارة عن تراض فاذا صدق فى المقام التجارة عن تراض بعد ما مرّ منه عدم خروج الفرض عن موضوع التّراضى لزم الحكم بجواز الأكل لعدم كونه من الأكل بالباطل

قوله طاب ثراه و يمكن ان يقال (- اه-)

الفرق بين هذا التقرير و سابقه أنّه فى السابق كان يثبت التعارض بين الآيتين ابتداء من دون ضمّ شىء و فى هذا التقرير يسلم عدم التعارض بدوا و أنّما يثبت التعارض بينهما بعد ضمّ عدم القول بالفصل الى الآية الثانية لكن قد عرفت أنّه لا تعارض بين الآيتين و انّ الثانية مبيّنة للمراد بالأولى

قوله طاب ثراه و استدللّ (- أيضا-) فى (- كره-) بأنّ النّبيّ صلّى الله عليه و آله (- اه-)

قد استدللّ به فى (- ف-) أيضا و لكن ردّه جمع بأنّه نبوىّ عامّى لم نقف عليه فى كتب الأصول بل فى (- تق-) و لا كتب الفروع فلا حجّة فيه و لم يبلغ اشتهاره بيننا درجة الخبر و مجرّد اشتهار مضمونها لا ينفع فى الجبر ما لم يعلم استنادهم الى الخبر المذكور فضلا عمّا لو علم عدم الاستناد منهم اليه و لو تنزّلنا عن ذلك نقول أنّه لا- دلالة فى الخبر على كون الخيار لأجل الغبن بل هو مطلق كما صرّح به العلامة (- ره-) فى محكى المنتهى و قال لأجل إطلاقه افتى بعض العائمة بخيار المتلقّى و ان لم يغبن و أنّما خصّه فيه و فى غيره بصورة الغبن من جهة استنباط العلة و المناسبة و هو عندنا غير صالح للاستناد نعم ربّما يظهر من (- لك-) التصريح بالعلّة فى الرواية حيث قال روى فى تلاقى الرّكبان تخييرهم إذا غنونا انتهى لكن لم نجد لما حكاه عينا و لا أثرا و لعلّ تقييده بالغبن بالنظر الى تقييد الخيار فى الفتاوى بذلك و اين ذلك من اشمال الرواية على التقييد المقتضى لكون العلة للخيار هو الغبن

قوله طاب ثراه و يمكن ان يمنع صحّة حكاية (- اه-)

قال والدى العلامة أعلى الله فى الرّوضات مقرّه و مقامه انّ محصل هذا الكلام و مبناه بعد وضوح أنّه لو لم يكن فى الخبر ضعف لم

يكن في الخبر مجال للجبر والانجبار هو ان ليس كل ضعيف قابلا للانجبار حتى لو لم يكن موجودا في كتب الأصحاب و السر في ذلك انه إذا كان المجبور معمولا- به من جهة افادته بنوعه للظن بان يكون من شأنه ذلك ان لم يمنع منه مانع لم يكن مثل الخبر المفروض بنوعه مظنون الصّيدور حتى بعد ملاحظة كون مضمونه موافقا لما عليه أكثر الأصحاب حتى يفيد الظن لأنه إذا لم يكن موجودا في الكتب المعروفة بينهم كشف ذلك عن عدم استنادهم إليه في العمل و مثل هذا النوع لا يكون مظنون الصّيدور بنوعه عند عدم المانع

قوله طاب ثراه و أقوى ما استدللّ به في (- كره-) و غيرها (- اه-)

سبق الشيخ (- ره-) في (- ف-) العلامة (- ره-) في الاستدلال بهذه الأخبار المدعى تواترها في رهن الإيضاح قال و تقريب الدلالة ان هذا ضرر لأنه إذا اشترى ما يساوى عشرة بمائة فان ذلك غاية الضرر و قول النبي (- ص-) يبطله انتهى ما في (- ف-) قوله طاب ثراه و كان وجه الاستدلال (- اه-)

قلت ان شئت قلت في التقريب انه قد دلّ الخبر على ما يتناه في موضعه مستوفى على من ان كل حكم مستلزم للضرر فهو ليس من احكام الشرع و لا شك في ان لزوم البيع هنا مستلزم للضرر فهو ليس حكما للشرع بخلاف صحة البيع فإنها حكم آخر غير اللزوم و لا يستلزم ضررا فهي ثابتة قطعا و هذا معنى الخيار قوله طاب ثراه و لكن يمكن الخدشة في ذلك (- اه-)

أقول قد صدرت منهم المناقشة في ذلك بوجه آخر أحدها ان الدلالة مبنيّة على انسياق الخبر لنفي الحكم الضرري في شرع الإسلام و هو محلّ خدشة لإمكان انسياقه لبيان الحكم التكليفي اما بكون الجملة خبرية بمنزلة الإنشاء و النفي بمنزلة النهي و المعنى يحرم الضرر و الضرر أو بقاء النفي على حقيقة و تقدير لفظ بان يكون المراد لا ضرر و لا ضرار مشروعا أو مجوزا أو مأذونا فيه في دين الإسلام و كذا يحتمل انسياقه لبيان نفي الضرر في الأحكام الواقعية الأولية يعني ان الأحكام الواقعية كلها منافع بالنسبة إلى المكلفين لا ضرر فيها و كذا يحتمل انسياقه لبيان أنه لا ضرر خاليا عن التدارك و الجبران في الإسلام فيكون مفاده دعوى ان الضرر المتدارك ليس بضرر و الجواب ان الاحتمال الأول متعين و الاحتمالات الأخر ساقطة فتمت الدلالة اما احتمال كون الخبر مسوقا لبيان الحكم التكليفي على تقديرية فوجه سقوطه ان حمل النفي على النهي و الجملة خبرية على الإنشائية في التقدير الأول و الإضمار في التقدير الثاني مع حمل اللاء النافية للحقيقة على نفي الوصف مجازاة لا يصار إلى شيء منها الا بقريته واضحة هي في المقام مفقودة و لو شك فأصالة عدمها المقتضى لتحكيم أصالة الحقيقة محكمه و اما احتمال انسياقه لبيان نفي الضرر في الأحكام الواقعية فبعده و عدم اشتغال الخبر على ذلك على فائدة كاف في سقوطه و امّا الاحتمال الأخير فيدفعه انه مجاز لا يصار اليه الا بقريته هي في المقام مفقودة و بالجملة فالمدار في باب الألفاظ على الظهورات الشخصية مع الإمكان و لا ريب في ظهور لفظ الحديث في نفي الحكم الضرري في شرع الإسلام و الله العالم ثانيها ان هذه الرواية غير معمول بها على عمومها في إثبات الخيار عند الأصحاب و الا لأثبتت خيارات غير متناهية فهي مرمية بالإجمال لأن الخارج منه أكثر من الداخل و فيه نظر ظاهر لمنع كون الخارج أكثر ان أريد الأنواع و عدم

ص: ٧٤

قدح خروج أكثر الأشخاص بعد دخول الأنواع ثالثها ان الزوايه معارضه بأدلة لزوم البيع أشار الى ذلك في المستند ثم أجاب برجحان الزوايه بالأكثرية و الأشهرية في المورد و معارضتها للاعتبار و الإجماعات المنقولة و سائر الوجوه المتقدمه و على فرض تكافؤ الطائفتين فالمرجع أصالة عدم اللزوم و فيه ان أصالة العدم ليست أصلا برأسها مع حكومه استصحاب اللزوم عليها و لا تثبت اللزوم على العقد بالآيه و الزوايه كى يجاب بمعارضتها بأخبار نفى الضرر بل بنفس اخبار الخيارات الداله على ان الأصل في البيع اللزوم على ما مر بيانه في صدر المبحث رابعها انه أخص من المدعى ضرورة انتفاء الضرر فيما لو بذل الغابن التفاوت مع ان إطلاقهم يقتضى ثبوت الخيار هناك (- أيضا-) و من هنا التزم جمع باختصاص الخيار بما إذا لم يبذل الغابن التفاوت و ستسمع توضيح ذلك إنشاء الله تعالى

قوله طاب ثراه بان انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل (- اه-)

قد التفت الى ذلك في المستند و أجاب عنه بتسليم اندفاع الضرر بالتسلط على أخذ التفاوت كاندفاعه بالخيار و دعوى الإجماع على بطلان الأول فتعين الثاني و فيه منع الإجماع عليه

قوله طاب ثراه بما حاصله ان استرداد بعض (- اه-)

يريد بذلك ان مقتضى المعاوضه هو صيروره كل من العوضين في قبال الأخر فاسترداد شيء من عين احد العوضين مع عدم رد شيء من الأخر و عدم فسخ المعامله غير معقول و النقض بالأرش لا وجه له لعدم وجود هذا المعنى هناك فان المدفوع هناك شيء خارج عن عين العوض بعنوان الجبر لما فات من المعوض بخلاف المقام

قوله طاب ثراه و يحتمل (- أيضا-) ان يكون نفى اللزوم (- اه-)

عطف على قوله إذ يحتمل ان يتخير بين إمضاء (- اه-) و الفرق بين هذا الاحتمال و سابقه ظاهر ضروره ان التخير هناك للمغبون بين إمضاء العقد بكل الثمن و بين رده في المقدار الزائد و هنا للغابن بين الفسخ في الكل و بين تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد أو بدله و ربما ذكر بعضهم احتمالا رابعا و هو تعيين استرداد الزائد على وجه الغرامه و خامسا و هو تخيره بين الفسخ و الأرش و سادسا و هو تخير المغبون بين الفسخ و عدمه الا مع بذل الغابن للتفاوت فله الفسخ قبل بذل الغابن التفاوت و سابعا و هو بطلان البيع و ثامنا و هو تخير المغبون الا مع بذل التفاوت و لو من أجنبى لكن أجاد هذا البعض حيث اعترف بعد ذلك باقتضاء القاعده نفى الحكم الذى يأتي الضرر من قبله لا جبران الضرر بأى وجه حصل و بأى نحو كان و من بين ان الموجب للضرر انما هو اللزوم فيلزم بحكم القاعده نفى اللزوم بإثبات الخيار بين الفسخ في الكل و الإمضاء في الكل و إثبات الأرش و نحوه خلاف الأصل فلا تثبت القاعده (- فت-)

جيدا

قوله طاب ثراه إذ المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون البازل (- اه-)

تعبيره بالاحتمال و جعله علمه لما جزم به من كون الشك في ارتفاع الخيار بالبذل لا في اندفاعه به مما لا يخلو من بروده إذ المحتمل لا- يكون علمه للمجزم به و الجزم بان الثابت انما هو الخيار على الممتنع دون البازل لا- يكاد يمكن لاحتمال ثبوت الخيار مطلقا و ارتفاعه بالبذل

قوله طاب ثراه فتأمل

استظهر الشيخ الوالد قدس الله روحه الزكيه كون الأمر بالتأمل للإشارة إلى توهين مبنى المعارضه و أصل الأولويه من كون الضرر عبارة عن مطلق ما خالف الغرض و من المعلوم ان الضرر في العرف و اللغه أخص من ذلك فلا يصدق الضرر على أمثال ما ذكره هنا في طرفي الغابن و المغبون

قوله طاب ثراه و قد يستدل على الخيار بأخبار وارده

المستدلّ هو الشيخ الحرّ في الوسائل حيث قال باب ثبوت خيار الغبن للمغبون غبنا فاحشا مع جهالته محمّد بن يعقوب عن عدّه من أصحابنا عن احمد بن محمد بن خالد عن محمد بن علي عن أبي جميلة عن إسحاق بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السّلام قال غبن المسترسل سحت و عنهم عن احمد بن عثمان بن عيسى عن ميسر عن أبي عبد الله عليه السّلام قال غبن المؤمن حرام انتهى المهمّ ممّا في الوسائل و تبعه في التمسك بالخبرين صاحب الحدائق (- ره-) و زاد قوله عليه السّلام في رواية أخرى لا يغبن المسترسل فإنّ غبنه لا- يحلّ و قال في تقريب الدلالة أنّ هذه الأخبار و إن كانت مطلقةً إلّا أنّها دالّةٌ بإطلاقها على ما نحن فيه من تحريم الغبن في البيع و المنع منه فيثبت لصاحبه الخيار انتهى و أنت خبير بما في تفرّيعه ثبوت الخيار على حرمة الغبن من النّظر الظاهر إذ لا ملازمة بين حرمة الغبن و بين ثبوت الخيار به و توضيح الجواب ان يقال أوّلا أنّ الغبن في كلامهم الضّرر من جهة القيمة و هو في الأخبار المبيّنة للشرع الخدع باقيا على معناه اللّغوي و لم يثبت النّقل و الأصل عدمه فالدليل أخصّ من المدعى لأنّ المدعى حرمة الإضرار من جهة القيمة و النّص لم يفد إلّا حرمة الخديعة فتأمل و ثانيا انه قد خصّ الغبن في خبر إسحاق بالمسترسل و هو الذي يعتمد عليك مع أنّ حكمهم عامّ و ثالثا أنّ التحريم متعلّق بالخدع و هو خارج عن المعاملة و على تقدير دخوله فهو قاض بالفساد لا الخيار قوله طاب ثراه فإنّ ما عدى الزّواية الأولى ظاهرة (- اه-)

قال الشيخ الوالد أنار الله برهانه أنّ مقتضى ما ذكره (- المصنف-) (- ره-) كون الغبن بهذا المعنى متعدّيا و الظاهر ممّا تقدّم من كلام الصّحاح كونه بهذا المعنى لازما إلّا ان يقال ان إثبات الشئ لا يقتضى نفى غيره فيجوز ان يكون قد استعمل متعدّيا (- أيضا-) لكنّه ليس في الصّحاح و المصباح و القاموس و المجمع من ذلك عين و لا اثر و العلم عند الله قوله طاب ثراه و أمّا الزّواية الأولى (- اه-)

وجه الظهور هو اشتغالها على لفظ السحت المختصّ بالأموال قوله طاب ثراه فالعمدة في المسألة الإجماع المحكي (- اه-)

قد عرفت أنّه لا حظّ لنا في التمسك به و ربّما يخطر بالبال القاصر في إثبات الخيار للمغبون وجه آخر كان هو الدافع للأصل إن تمّ و هو أنّ من شروط صحّة المعاملة كونها عقلانيّة ضرورة عدم شمول دليل الإمضاء الشرعي للمعاملات السّفهائيّة منها؟؟؟ فاذا وقعت المعاملة المشتملة على الغبن الغير المتسامح به عند العقلاء و التفت المشتري الى ذلك فإن أمضى البيع و رضى به اندرج برضاه التّاشي عن غرض عقلائي له في الرضا بذلك في المعاملات العقلانيّة و لحقه الإمضاء الشرعي و ان لم يرض بذلك لعدم غرض عقلائي جابر لنقص الغبن اندرج البيع في البيوع السّفهائيّة و فسدوا هذا هو الخيار المدعى و لازم ما قلناه فوريّة الخيار لأنّه إذا لم يرض به بعد الالتفات اندرج في المعاملات السّفهائيّة ففسد لكن الفرق بين ما قرّرناه من الوجه و بين ما قرّره سائر الأصحاب أنّنا نحكم بفساد العقد بمجرد عدم الرضا بالعقد من غير حاجة الى الفسخ بخلاف الأصحاب فإنّهم يحكمون بلزوم العقد بمجرد ترك الفسخ بل التأمّل الصّادق في أدلّة الأصحاب يقضى بلزوم اختيارهم (- أيضا-) ما اخترناه من فساد العقد بمجرد عدم الرضا و توقّف صحّته على الرضا لا فساده على الفسخ لأنّ الإجماع دليل لبي لا يؤخذ منه إلّا بالمتيقّن و هو ثبوت الخيار في الجملة و أمّا أنّ الصحّة متوقّفة على الرضا أو الفساد على الفسخ فلا صراحة في كلمات المجمعين في أحدهما بحيث ينعقد الإجماع على ذلك (- أيضا-) لو يشمل إجماعه على ثبوت الخيار و أمّا حديث نفى الضّرر فمقتضاه فساد العقد بعدم الرضا و صحّته بالرّضاء الجابر للضّرر و كذا غير ذلك من أدلّتهم فتأمل

[مسألة اشتراط أمران في خيار الغبن]

[الأمر الأول جهل المغبون بالقيمة]

قوله طاب ثراه يشترط في هذا الخيار أمران (- اه-)

أقول هناك أمر ثالث لم يعتبره الماتن (- ره-) وقد اعتبره جمع وهو عدم دفع الغابن التفاوت و إلا لم يثبت الخيار وقد وقع الخلاف في اشتراط ذلك فيظهر اعتباره من العلامه (- ره-) في (- كره-) و (- عد-) و (- عد-) على اشكال منه و ظاهر السيد السند في الرياض وجود قائل به صريحا و خالف في ذلك الشهيد (- ره-) في محكي (- س-) و المحقق الثاني في (- مع صد-) و محكي تعليق (- شاد-) و أبو العباس في المهذب البارع و ثاني الشهيدين في (- لك-) و (- الروضة-) و الصيغرى في محكي غاية المرام و المحقق الورع الأردبيلي (- ره-) في مجمع الفائدة و غيرهم فلم يشترطوا ذلك حجة الأول أصالة اللزوم مع دفع الغابن التفاوت بعد عدم جريان دليل الخيار هنا لأن الإجماع دليل لبي لا يؤخذ إلا بالمتيقن منه و قاعدة الضرر لا تجرى بعد ارتفاع الضرر بأخذ التفاوت و البيع لا يكون سفهائيا بعد رجوع الزائد اليه و حجة الثاني استصحاب الخيار الثابت قبل البذل بناء على ان ثبوته غير مراعى بعدم البذل و بناء على عدم العموم الزماني في دليل لزوم العقد من غير فرق بين ان يكون المثلث لهذا الخيار الإجماع أو حديث الضرر أو غيرهما و ربما تصدى بعض الأواخر (- قده-) لاتقان هذا القول فقال و لا ينافي ثبوته بالإجماع وقوع الخلاف فيه في محلّ الفرض فإنه ينسحب الى محلّ الخلاف بالاستصحاب ثم أجاب عن قاعدة الضرر بناء على كونها مستند المسئلة أولا بأن البذل لا يخرج المعاوضة المشتملة على الغبن عن اشتمالها عليه لأنه هبة مستقلة خارجية فهو من قبيل هبة الغابن الخارجية لا يسقط بها الخيار و فيه بحث و ثانيا بأن غرض المغبون ربما يكون عينا عزيزة ذات قيمة فلا يندفع ضرره و ثالثا بأن انتفاء الضرر لا ينحصر في بذل التفاوت بل يمكن الرد (- أيضا-) قلت أما استصحاب حال الإجماع ففيه كلام مذكور في الأصول و أما الجواب الأول عن قاعدة الضرر ففيه ان قاعدة الضرر و لم تدل على ثبوت الخيار للغبن كى يدور مدار حصوله بل مفادها ثبوت الخيار للضرر و لا ريب في ارتفاع الضرر ببذل التفاوت فقوله ان البذل لا يخرج المعاوضة المشتملة على الغبن عن اشتمالها عليه لا وقع له إذ البذل و ان كان لا يخرجها عن اشتمالها على الغبن لكن يخرجها عن اشتمالها على الضرر كما لا يخفى و أما الجواب الثاني ففيه منع صدق الضرر عرفا على تملكك غير مطلوبه بقيمته السوقية و امّا الثالث فان تمّ كان مانعا من التمسك بالقاعدة على ثبوت الخيار و نحن نتكلم هنا بعد الفراغ عن صحة التمسك بها و ما قلناه امتن ممّا ننظر به المجيب المذكور بنفسه في الجواب الثاني و الثالث بقوله و فيهما نظر فان الغرض دفع الضرر الخاص الذى قضى بالخيار و هو نقص القيمة لا كل ضرر فتعلق غرضه بخصوص العين لا مدخلية له فلا وجه للثاني و الضرر قد اندفع بالبذل و قد وقع فلا حاجة الى فسخ العقد الذى لم يقع بعد منافاته للأصل فلا وجه للثالث انتهى فتأمل جيدا ثم ان هذا كله هو بناء على ما تمسك به الأصحاب من الإجماع و قاعدة الضرر و اما على ما بنينا عليه فى الحكم بالخيار من كون المعاملة سفهية فاللازم هو صحة العقد ببذل التفاوت و قد يخلج بالبال الإشكال فيما بنينا عليه من وجه آخر و هو ان البيع إذا كان حال العقد سفهائيا كان اللازم فساده من أول الأمر و عدم افادة الرضا بها بعد ذلك لغرض عقلائي الصحة لأن ما وقع فاسدا لا تعرضه الصيحة إلا ان يقال ان المشتري لما لم يكن ملتفتا الى كون البيع سفهائيا بقى معلقا لفحوى عدم فساد عقد الفضولى فإذا رضى به بعد أخذ التفاوت أما لغرض عقلائي أو لبذل الغابن التفاوت لحقه وصف الصحة كالحوقه فى الفضولى فتأمل فإن المسئلة غير صافية عن ثوب الإشكال

قوله طاب ثراه فلو علم بالقيمة فلا خيار (- اه-)

هذا ممّا صرح به فى (- ط-) و (- عد-) و (- كره-) و (- شاد-) و (- يع-) و اللمعتين و مجمع الفائدة و سائر ما تأخر عنها قال فى (-

(ط-) إذا اشترى شيئاً فبان له الغبن فيه فإن كان من أهل الخبرة لم يكن له ردّه و ان لم يكن من أهل الخبرة فإن كان مثله لم تجر العادة بمثله فسخ العقد ان شاء و إن كان جرت لم يكن له الخيار انتهى بل في الجواهر و المتن نفى الخلاف فيه و في (- كره-) و (- لك-) الإجماع عليه و الوجه في ذلك بعد عدم جريان أدلّة الخيار هنا أنّه هو المذى أقدم على الضرر و ادخله على نفسه و الناس مسلّطون على أموالهم فإنّ لكلّ أحد هبة ماله و صلحه و يبعه بأقلّ من ثمن المثل و بذلك يخرج عن أدلّة خيار الغبن بناء على تماميتها هذا إذا قلنا بكونه ضرراً ايّاً لو لم نقل به كما هو الأظهر نظراً الى أنّ السّيفيه لا يفعل مثل ذلك الّا لغرض كانت صورة العلم بالقيمة خارجة موضوعاً من غير حاجة الى الإخراج الحكمي و الى ذلك أو الى كون الغبن الخديعة و لا خديعة مع العلم أشار الماتن (- ره-) بقوله بل لا غبن ثمّ انّ عدم ثبوت الخيار عند العلم هل هو لكونه علامة الرّضاء أو تعبداً للأدلة أو لعدم تحقّق اسم الغبن معه استظهر الفقيه الغروي (- ره-) الثاني مستنداً في استبعاد الأوّل الى أنّ لزمه اختصاص عدم الثبوت بما إذا دلّ على الرّضاء و جعل الدليل المتعيّد به إجماع (- كره-) و (- لك-) و أقول الأظهر هو الأوّل و بطلان التالى و هو اختصاص عدم الثبوت بصورة دلالة العلم على الرّضاء ممنوع لكننا نقول ان تخلف السّيكوت مع العلم عن الدلالة على الرّضاء غير معقول لأنّ العاقل لا يرتكب المعاملة المشتملة على الغبن الا عن رضا به لغرض عقلائيّ دعاه اليه اما الوجه الثاني و هو التعيّد فيكفى في بعده عدم الدليل عليه بعد عدم حجّية الإجماع المنقول و اما الثالث فيبيّده انّ الحكم لم يعلّق في نصّ على الغبن كى يدور الأمر مدار صدقه

قوله طاب ثراه و لو أقدم على غبن يتسامح به (- اه-)

قد جزم بذلك الفقيه الغرويّ (- ره-) و الوجه فيه انّ اعتقاده بكونه ممّا يتسامح به لا يخرج المعاملة عن كونها سفهائية في الواقع فاذا تبين كونها (- كك-) واقعا توقّف صحّة البيع على رضاه به لغرض عقلائيّ و لكن الأظهر في الفرض عدم الخيار لأنّ كون المجموع ممّا لا يتسامح به لا يثبت الخيار بعد كون المقدار الذى أقدم عليه مرفوع الأثر فاذا اشترى ما يساوى خمسة دراهم بعشرة باعتقاد أنّه يساوى سبع دراهم فقد تسامح بثلاث دراهم و (- ح-) فإن كان الدرهمان ممّا يتسامح به لم يثبت له الخيار إن كانا ممّا لا يتسامح به ثبت له الخيار فالمقدار فى ثبوت الخيار على كون ما جهل به من الزيادة ممّا لا يتسامح به لا المجموع منه و ممّا علم به و تسامح لأنّ ما تسامح به زال أثره بعلمه و تسامحه كما لا يخفى

قوله طاب ثراه ففى الخيار وجه (- اه-)

الوجه فى ذلك عموم قاعدة نفى الضرر و انّ الأقدام على ما لا يتسامح به فى نفسه لغرض عقلائيّ يتسامح به لأجله لا يوجب صحّة المعاملة فيما إذا ظهر زيادة العوض عن أصل المبيع و عنه مع الغرض العقلائيّ المنضمّ به فاذا كان يشترى صاع من تمر فى الصّحراء بدينار و لا- يشترى بدينار و نصف و اشترى هو ذلك بدينار و نصف زعماً منه كون قيمته فى ذلك المكان ذلك ثمّ تبين انّ القيمة دينار فإنّ خروج شراء الصّاع من تمر بذلك عن البيوع السّيفهائية لا يستلزم خروج شرائه بدينار و نصف عنها فاذا تبين اشتباهه و عدم وقوع غرض عقلائيّ فى قبالة نصف الدينار توقّف صحّة البيع على رضاه المشتري بذلك لغرض عقلائيّ

ص: ٧٦

و الّا بطل العقد ثمّ أنّه قد ظهر ممّا ذكرناه في الحاشية السابقة أنّ وجاهة ثبوت الخيار أنّما هو فيما كان الزائد ممّا لا يتسامح به منفردا و
 أمّا إذا كان ممّا يتسامح به منفردا فالوجه فيه عدم ثبوت الخيار لما مرّ
 قوله طاب ثراه لم ينفع (-اه-)

قد صرّح بذلك جمع بل ادعى في (- كره-) و (- لك-) الإجماع على عدم العبرة بالزيادة و التقيصه بعد العقد قال في الأوّل و أنّما
 تؤثر الزيادة الفاحشة في تزلزل العقد و ثبوت الخيار فيه لو تبيّنتا وقت العقد و لو كانتا بعده لم يعتد بهما إجماعا انتهى و قال في الثاني
 و المراد بها يعنى القيمة وقت العقد فلو عرف القيمة ثمّ زاد أو نقص مع علمه أو تجددت الزيادة أو التقيصه بعده فلا غبن و لا خيار له
 إجماعا انتهى

قوله طاب ثراه و يحتمل عدم الخيار (-اه-)

ما ذكره ممّا لا بأس به سيّما بناء على كون المستند في ثبوت هذا الخيار نفى الضرر الّا ان يقال أنّه بوقوع العقد على الغبن و الضرر قد
 ثبت الخيار و لا مانع من استصحابه فتأمل

قوله طاب ثراه و لو ثبت الزيادة أو التقيصه بعد العقد (-اه-)

قد سمعت عبارة (- كره-) و قال الشيخ الوالد قدس الله تربته الزكية أنّ قول (- المصنف-) (- ره-) بعد العقد إن كان متعلّقا بالزيادة
 أو التقيصه صار التعرّض لحكم هذه المسئلة تكرارا بل تناقضا لأنّه احتمل فيها قبيل هذا عدم الخيار بعد ان ذكر أنّ الحكم هو أنّ
 الزيادة و التقيصه بعد العقد لا- تنفعان و إن كان متعلّقا بقوله و لو ثبت فمع بعد الحكم في نفسه مخالف لظاهر عبارة (- كره-) فإنّ
 قوله فيها و لو كانتا بعده لم يعتد بهما ظاهره أنّ نفس الزيادة و التقيصه بعد العقد

قوله طاب ثراه و قد مرّ ذلك مشروحا في خيار المجلس

لا يخفى عليك ما في إلحاق المقام بما هناك و قياسه عليه من النّظر ضرورة أنّ الخيار هناك ثبت تعبدا للبعين و صدقه على الوكيل
 المستقلّ في التصرّف ظاهر بخلاف المقام فإنّ الخيار أنّما هو من باب قاعدة الضرر و لا يصدق المتضرر على الوكيل و أنّما المتضرر
 المالك فلا بدّ من ثبوت الخيار له خاصّه دون الوكيل الّا ان يقال أنّ المتضرر و إن كان هو المالك الّا أنّ الوكيل (- المط-) نائب عنه
 في الأخذ بالخيار و الفسخ

قوله طاب ثراه و بقول مدّعيه مع اليمين (-اه-)

هذا احد الوجوه و قد استظهره في (- لك-) و قوّاه في (- الروضة-) و نفى عنه البعد في (- مع صد-) و مال إليه في محكى تعليق (-
 شاد-)

قوله طاب ثراه لأصالة عدم العلم (-اه-)

قد أخذ ذلك من شيخ (- لك-) و الغرض بذلك أنّ المنكر من وافق قوله الأصل و مدّعي الجهل هنا منكر لموافقه قوله لأصالة عدم
 العلم فيقبل قوله بيمينه لأنّ كلّ منكر فالقول قوله مع يمينه و لكن يمكن المناقشة في ذلك بأنّ دوران تميز المدّعي من المنكر مدار
 مخالفة قول الأوّل للأصل و موافقه الثاني ممنوع لعدم مساعدة الدليل عليه و أنّما المدار على صدق المدّعي و المنكر عرفا الحاكي له
 كون المدّعي من يترك لو ترك هو الدّعوى و المنكر خلافه و هنا لو ترك المشتري دعوى الجهل بالقيمة المتوقّف عليه ثبوت الخيار
 لتركه البائع و دعوى كون المشتري منكرا نظرا إلى إنكار العلم بالقيمة لا- وجه لها بعد معارضة ذلك بإنكار البائع الجهل و كون
 المشتري هو الذي يترك لو ترك الدّعوى و لكن لا يخفى عليك أنّ ذلك أنّما يتمّ بناء على كون الجهل بالغبن شرطا و أمّا إذا كان
 الغبن مقتضيا للخيار و العلم بالغبن مانعا فلا يتمّ ذلك لأنّه بعد تسالهما على الغبن فمقتضى الخيار موجود و المدّعي لوجود المانع و
 هو العلم هو البائع فهو الذي يترك لو ترك دعوى علم المشتري بالغبن المانع من ثبوت الخيار

قوله طاب ثراه الحاكمة على أصالة اللزوم (- اه-)

أشار بذلك الى مستند الوجه الثاني في المسئلة و الى ردّه فالوجه؟؟؟ هو عدم الثبوت مطلقا و المستند أصالة لزوم العقد فيستصحب الى ان يثبت المزيل و لم يثبت كون الغبن من دون ثبوت الجهل مزيلا- و الردّ أنّ الشكّ في اللزوم ناش من الشكّ في تحقّق العلم المانع من ثبوت الخيار فاذا نفى المانع بالأصل زال الشكّ المأخوذ في موضوع أصالة اللزوم قوله طاب ثراه مع أنّه قد يتعسر (- اه-)

هذا وجه ثان للثبوت (- مط-) و يقرب منه ما قرره بعضهم من أنّ العلم و الجهل من الأمور التي تخفى غالبا فلا يطّلع عليها إلا من قبل من هي به و من المقرّر المتفق عليه تقديم قول المدعى بيمينه فيما لا يعلم إلا من قبله و سيظهر الجواب عن ذلك قوله طاب ثراه فتأمل

قد أشار بذلك الى ردّ الوجه المذكور و ذلك من وجوه أشار إليها الشيخ الوالد العلامة قدس الله سرّه في غاية الآمال محتملا في كلّ منها ان يكون وجها للتأمل أحدها أنّ مجرد اتفاق أهل؟؟؟ عسر على إقامة البينة لا يكفي في جريان حكم قبول قول المدعى بيمينه و العلم و الجهل لهما أسباب و مسببات محسوسة موجودة من أهل الخبرة فإنّه سبب لكونه عالما و كإظهار الفرح بالمعاملة فإنّه مسبب منه و كلّ ماله آثار ظاهرة أو أسباب محسوسة مقتضية له فإنّه ليس ممّا لا يعلم إلا من قبله و إن كان هو بنفسه امرا غير محسوس فيجوز عليه احكام المحسوس كيف لا- و مجرد الاتفاق لو كفى كان اللازم كفايته في المحسوسات (- أيضا-) إذ قد يتعسر بل قد يتعدّر إقامة البينة على شيء محسوس مدعى مع أنّه لا يقبل قول المدعى فيه بيمينه ثانيها أنّ اتفاق تعسر إقامة البينة على الجهل و ان أثر قبول قول المدعى في مورده إلا أنّ ذلك لا يصير قضية كئيبة حتى يصحّ ان يقال أنّ قول مدعى الجهل يقبل (- مط-) و المقصود أنّما هو الحكم على وجه القضية الكليّة ثالثها أنّ قبول قوله من باب تعسّر إقامة البينة أو تعدّرها أنّما يتمّ على تقدير كون من يقبل قوله مدعيا و مدعى الجهل في هذا المقام لا يصدق عليه تعريف المدعى بعد جريان أصالة عدم العلم الحاكمة على أصالة اللزوم لأنّ من وافق قوله الأصل يكون منكرا قلت في هذا الوجه الثالث نظر من حيث ان المرجع في مصداق لفظ المدعى و المنكر في التّصووص هو العرف و هو غير مساعد على موافقة الأصل و مخالفته بل الّذى يساعد على ذلك كون المدعى من يترك لو ترك هو الدّعوى كما أوضحنا ذلك في قضاء منتهى المقاصد و هنا لو ترك المشتري دعوى الجهل المتفرّع عليه ثبوت الخيار لتركه البائع فالمنكر هو البائع و المدعى هو المشتري فلا تذهل

قوله طاب ثراه هذا كلّه إذا لم يكن المغبون (- اه-)

ظاهر العبارة أنّ القائل بالثبوت أنّما يقول به فيما إذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة و ليس (- كك-) بل في المسئلة وجوه ثلث الثبوت (- مط-) و هو لمن عرفت و عدم الثبوت (- مط-) و التفصيل بين إمكان الجهل في حقّه فيثبت لما مرّ في منشأ الوجه الأوّل و بين عدم إمكان الجهل في حقّه فلا يثبت لاستصحاب اللزوم على التقرير المزبور بعد عدم جريان منشأ الوجه الأوّل فيه من حيث أنّ أصالة عدم العلم معارضة بظهور العلم و كون الجهل ممّا لا يعلم إلا من قبله مدفوع بظهور علمه من القرائن قوله طاب ثراه مع أنّ عموم تلك القاعدة ثمّ اندراج المسئلة فيها محلّ تأمل (- اه-)

(١١) قال الشيخ الوالد العلامة أعلى الله تعالى مقامه و مقرّه في وجه التأمل ما لفظه أمّا كون عمومها محلّ تأمل فلانّ المعلوم من جريان حكمها هو ما لو كان المورد ممّا ليس له آثار ظاهرة و لا مسببات محسوسة بحيث يكون الأصل و الغالب فيه عدم الاطلاع عليه إلا من قبله فلا تعمّ مثل ما نحن فيه من دعوى أهل الخبرة الجهل بقيمة ما اشتراه أو باعه ممّا له أسباب و مسببات ظاهرة بحيث يمكن دعوى ندره خفاء الأمر و قد بينا في الحاشية السابقة أنّ ما له أسباب أو مسببات محسوسة فهو في حكم المحسوس و أمّا عدم اندراج

ص: ٧٧

المسئلة فيها على تقدير تسليم عموم القاعدة من الحيثية المذكورة فإمكان منع تعسير إقامة البيئنة على جهله في المفروض هذا كلامه
علا مقامه و لا غبار عليه

قوله طاب ثراه لأصالة عدم التغيير (- اه-)

لا- يخفى عليك أنه لا- كليله لهذا الأصل بل أنما تنفع فيما إذا اتفقا على كون القيمة قبل العقد ما وقع عليه العقد و اختلفا فادعى
المشترى نقصها حال العقد بما لا يتسامح به و أنكر البائع ذلك و ادعى بقائها على ما كانت عليه حال العقد فإن أصالة عدم التغيير
عمّا كانت عليه حال العقد تقتضى تقديم قول منكر التفاوت

قوله طاب ثراه ألا أنه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت الغبن (- اه-)

الظاهر أن الوجه في عدم ثبوت وقوع العقد على الزائد به هو كون أصالة تأخر العقد على الزائد عن القيمة بالنسبة إلى وقوع العقد على
الزائد من الأصول المثبتة و هي ليست بحجة و يمكن المناقشة في ذلك بخفاء الواسطة و نحو ذلك فتأمل جيّدا

[الأمر الثاني كون التفاوت فاحشا]

إشارة

قوله طاب ثراه الأمر الثاني كون التفاوت فاحشا (- اه-)

قد صرح باعتبار الشرط المذكور جمع كثير قاطعين به بل نفى في المستند العثور على خلاف فيه و استظهر الفقيه الغروي الإجماع عليه
و الوجه في ذلك ظاهر لأن المسامحة العادية تكون شاهد حال على الرضاء بذلك التفاوت و قد عرفت خروج الضرر مع الرضاء عن
عمومات نفيه بل قد يقال ان ما يتسامح به عادة لا يوجب الزيادة أو النقصان في القيمة لأن القيمة ليست شيئا معينا بل هي ما يقابل به
الشيء عند أهل خبرته فاذا تسامحوا بشيء فيه لا يكون هذا تفاوتا في القيمة بل القيمة تكون هي الواقع بين طرفي عدم التسامح و لا
يجب كونها امرا معينا عرفا بل الزيادة و النقصان هذا كله مضافا الى أصالة اللزوم بعد عدم جريان دليل الخيار في صورة التفاوت
المتسامح به لأنه اما الإجماع و فقده هنا ممنوع حتى استظهر من ذكر الإجماع على اللزوم أو قاعدة الضرر و جريانه هنا ممنوع لمنع
صدق الضرر لمثل ذلك عرفا أو ما قلناه من اندراج البيع في البيوع السفهائية و عدم الاندراج في الفرض معلوم

قوله طاب ثراه كما في (- كره-) (- اه-)

قال في (- كره-) لما لم يقدر الشارع للغبن حدا عرف أنه قد أحال الناس على العادة جريا على القاعدة المعروفة المعهودة عند الشارع
من رد الناس الى العرف بينهم في ما لم ينص فيه على شيء إذا تقرّر هذا فلا تقدير للغبن عندنا بل الضابط ما قلناه من ان ما لا يتغابن
الناس بمثله يثبت معه الخيار و ما يتغابن الناس بمثله لا يثبت فيه خيار و قال مالك إن كان الثلث إلى آخر ما نقله الماتن (- ره-)

قوله طاب ثراه و لا يبعد دعوى عدم مسامحة الناس فيه كما سيجيء التصريح به عن المحقق القمي (- ره-) (- اه-)

ربما يتوهم الإيراد على الماتن (- ره-) بأن الخمس هنا عبارة عن خمس الثمن أو القيمة و الخمس المذكور في كلام المحقق القمي
(- ره-) كما سيأتى عبارة عن خمس تومان فيما لو بيع بخمس توأمين فلا مساس له بما نحن فيه و قد دفع الشيخ الوالد أنار الله برهانه
هذا التوهم بأن مراد (- المصنف-) (- ره-) بالخمس الذي حكى عن المحقق المذكور التصريح بعدم مسامحة الناس فيه هو ما ذكره
في طرف غبن المشتري من زيادة الدنانير على اربع توأمين فإنها قد زادت عليها بتومان الأ خمس تومان فالزائد (- ح-) ثمانية قرانات
بحساب زماننا و أربعة توأمين عبارة عن أربعين قرانا و الثمانية خمس الأربعين

قوله طاب ثراه ثم ان الظاهر ان المرجع عند الشك في ذلك هو أصالة ثبوت الخيار (-اه-)
أقول إن كان المستند في إثبات الخيار بالغبن الفاحش هو الإجماع رجع الشك الى حصول الغبن الموجب لعروض الجواز للعقد
فيرجع الى أصالة اللزوم قطعاً وأصالة الخيار (-ح-) لا معنى له وإن كان المستند هو قاعدة الضرر جرى ما ذكره (-المصنف-) (-
ره-) من الوجهين الزاجع ثانيهما إلى الأول وإن كان المستند كون المعاملة سفهية كان المرجع عند الشك في كونها سفهية أصالة
عدمها وأصالة اللزوم

[بقي هنا شيء وهو أن المناط في الضرر الموجب للخيار كون المعاملة ضرية وكيفية تصوير الغبن من الطرفين]

قوله طاب ثراه والأظهر اعتبار الضرر المالي (-اه-)
هذا كلام متين لأن المدار على صدق الضرر واقعا ولازمه دوران الأمر مدار الضرر المالي ومجرد كون المتضرر ملياً لا يضرب به ذلك
لا يوجب عدم كون أصل المعاملة ضرية وعلى ما ذكرناه من كون المستند في خيار الغبن اندراج المعاملة في البيوع السفهائية فالأمر
أوضح لأن الضرر ممياً يمكن دعوى دورانه مدار حال الشخص بخلاف كون المعاملة سفهية فإنه لا يختلف الحال في ذلك بين
الأشخاص بل المدار على نفس المعاملة مع الاقتران بزمان أو مكان أو غرض صحيح فلا تذهل

قوله طاب ثراه ويمكن (-أيضاً-) ان يلتزم الضرر المالي (-اه-)

فيه ان المدار في جريان قاعدة الضرر على الضرر الدنيوي فلا يفيد الجبر الأخرى في إزالة الضرر المحقق فتدبر

قوله طاب ثراه كما يشير اليه قوله عليه السلام بعد شرائه ماء وضوئه (-اه-)

أشار بذلك الى ما رواه ثقة الإسلام (-ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد البرقي عن سعد بن سعد عن صفوان قال سألت
أبا الحسن عليه السلام عن رجل احتاج الى الوضوء للصلوة وهو لا يقدر على الماء فوجد تقدر ما يتوضأ به بمائة درهم أو بألف درهم
وهو واجد لها يشتري ويتوضأ أو يتيمم قال لا بل يشتري قد أصابني مثل ذلك واشتريت وتوضأت وما يشتري بذلك مال كثير
قوله طاب ثراه والمحكى عن بعض الفضلاء في تعليقه على (-الروضة-) (-اه-)

عبارة الفقيه المحقق الشيخ على الغروي (-ره-) في تعليقه على خيارات اللمعة صريحة فيما حكى عن البعض و عبارته نظير عبارته
فيمكن ان يكون هو المراد البعض

قوله طاب ثراه الظاهر ان مثل هذا البيع (-اه-)

(١١) يؤيد ما ذكره ويشهد به ان عمدة دليل خيار الغبن عندهم هي قاعدة الضرر ومن المقطوع به عدم صدق الضرر على مثل تلك
المعاملة وكذا ليست المعاملة المذكورة سفهية فلا خيار فيها للبائع ولا للمشتري
قوله طاب ثراه ومنها ما ذكره بعض المعاصرين (-اه-)

(١٢) أراد به صاحب الجواهر (-ره-) فإنه قال بعد إثباته الخيار لكل من المشتري والبائع ما لفظه بل لو فرض تصور الغبن فيهما كما
إذا وقع البيع على شيء في عقد واحد وكان كل منهما بثمن معين في أحدهما الغبن على البائع وفي الآخر الغبن على المشتري ثبت
الخيار لهما معا انتهى ويرد ما أشار إليه الماتن (-ره-) بل الأظهر عدم ثبوت الخيار للبائع ولا للمشتري في الفرض إذا كانت الزيادة
مساوية للنقيصة واما مع عدم التساوي فالخيار للمغبون

قوله طاب ثراه لكن ظاهر عبارة الشهيد (-ره-) والمحقق الثانيين ارادة ما عنون به هذا الخيار هو الغبن بالمعنى الأخص (-اه-)

(١٣) قد عرفت في صدر الإشكال أنه قد نشأ منهما والوجوه المذكورة إنما سيقى لتصوير مرادهما ودفع الإشكال عن مقالتهما فلا بد
من مساعدة كلاميهما على ما يذكر توجيهها لهما

قوله طاب ثراه و يتصوّر غبئهما فى أحد العوضين (-اه-)

(١٤) الوجه بين هذا التصوير و بين ما حكاه عن مفتاح الكرامة أّولا هو أنّ هذا تصوير للغبن من الطرفين فى أحد العوضين و الأّول

كان تصوير الغبن كلّ منهما فيما وصل اليه من العوض اعنى تصوير غبئهما فى كلا العوضين

قوله طاب ثراه و الأّولى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث

(١٥) قد عرفت ما فى الوجه الثّالث من عدم ملائمته لكلام من يراد دفع الإشكال عن مقالته مضافا الى أنّه التزام بالإشكال و ليس دفعا

له و ربّما أّجاب بعضهم فى تعليقه على المتن عن الإشكال بوجه آخر و هو أنّ الغبن أّعمّ من ان يكون من جهة الثّفاوت فى المائيّة

عرفا فى حدّ نفسه بان يكون

ص: ٧٨

قيمته فى حد نفسه أزيد من الثمن و ان يكون من جهة لزوم ضرر على المغبون من أجل المعاملة و إن كانت بثمان المثل كما لو فرض أن له امه تسوى عشرة توأمين و لها ولد يسوى ستين فباع الأمه بدون الولد بعشرين و فرض أن الولد يموت بالتفريق بينه و بين امه فهذا البيع يوجب الضرر على البائع و إن كان بيعه بأزيد من ثمن المثل فكأنه باع ما يساوى ستين بعشرين و المشتري مغبون من جهة أنه اشترى ما يسوى عشرة بعشرين فكل منهما مغبون ثم قال بل يمكن ان يقال ان قيمة المال قد تختلف باختلاف الأشخاص فالأمه المفروضة قيمتها للبائع ستون و للمشتري عشرة و الحاصل أنه يمكن دعوى ان مائتة المال الواحد فى المكان الواحد تختلف باختلاف الأشخاص و معه يمكن فرض مقبولية كل منهما فى المعاملة الواحدة انتهى و أنت خير بان ما ذكره من الغرابة بمكان ضرورة ان الغبن الموجب للخيار انما هو التقص فى المائتة و اما صورة لزوم ضرر على المغبون من أجل المعاملة و إن كانت بثمان المثل فليست من الغبن موضوعا قطعاً بل و لا حكماً إذ لم يفت بثبوت الخيار فيه احد فيما عثرنا عليه و لم ينقل عن احد ذلك و مجرد تضرره لا يوجب ثبوت الخيار لأن قاعدة الضرر لا تثبت الخيار مع أنها لا يتمسك بها إلا فى مورد عمل بها الأصحاب و لا عمل به هنا و قوله ان قيمة المال تختلف باختلاف الأشخاص كما ترى فإن قيمة الشيء ما يسوى به و يواذيه فى المائتة من دون نظر الى الأشخاص و اختلاف المائتة باختلاف الأشخاص مما لا يعقل له معنى كما هو واضح فالحق ان الإشكال فى محله و ان الغبن بالنسبة إليهما جميعاً غير معقول و الالتزام بالإشكال أهون من ارتكاب ما يستبشع منه

[مسألة ظهور الغبن شرط شرعى أو كاشف عقلى]

قوله طاب ثراه و قولهم لا يسقط (- اه-)

هذه العبارة لا تخلو من قصور إذ غرضه (- قده-) بذلك الاستشهاد به للاحتمال الثانى و هو كون ظهور الغبن كاشفا عقلياً عن ثبوته حال العقد و لم يسبق ما يصح عطفها عليه و قد كان حق التعبير ان يقول و ظاهر كلمات اخرين الثانى و يشهد له قولهم لا يسقط (- اه-) ثم ان هذا الشاهد لا شهادة فيه على الثانى لأن عدم السقوط فى كلماتهم أعم من عدم الثبوت من أول الأمر و من السقوط بعد الثبوت الا ترى الى قولهم يسقط خيار المجلس و الحيوان و غيرهما باشرط سقوطه فى ضمن العقد مع ان الخيار لا يثبت قبل العقد حتى يسقط باشرط سقوطه فى ضمن العقد كما لا يخفى الا ان يقال ان السقوط حقيقة فى زوال الثابت و استعمالهم له فى عدم الثبوت فى موضع لقرينه لا يقتضى رفع اليد عن ظاهر كلامهم فيما لا قرينه فيه على ارادة خلاف الظاهر لكن الإنصاف خلاف ذلك مع أنه لا حجة فى كلامهم هذا و قد يستشهد للثانى (- أيضاً-) بتمسكهم بقاعدة الضرر فإنه يقتضى الثبوت من حين العقد لأن السبب و هو الضرر قد ثبت بالعقد و كذا مقتضى ما تمسكنا به هو ثبوت التزلزل من حين العقد و توقف اللزوم على الرضاء بعد الاطلاع على حقيقة الحال لغرض عقلايى فتأمل

قوله طاب ثراه و مما يؤيد الأول أنهم اختلفوا (- اه-)

لى فى هذا التأييد نظر ضرورة ان الخيار مختص بالمغبون قطعاً فتصرف الغابن فى الثمن حال جهل المغبون بالغبن جائز (- مط-) سواء قلنا بثبوت الخيار بظهور الغبن أو من حين العقد امراً على الثانى فظاهر و اما على الأول فلوضوح ان خيار احد المتبايعين لا يمنع من تصرف الآخر فيه ما لم يفسخ العقد ضرورة انتقال ما فى يد كل منهما إليه غاية ما هناك عدم كونه على وجه اللزوم و ذلك غير مانع من التصرف و الا لاقتضى المنع من التصرف فى سائر العقود الجائزة (- أيضاً-) و التالى باطل بالضرورة فالمقدم مثله

قوله طاب ثراه و يؤيده أيضاً الاستدلال فى (- كره-) و الغنية (- اه-)

فى هذا التأييد (- أيضاً-) نظر لأن تعليق الخيار فى تلقى الركبان على دخول السوق انما هو لاختلاف الموارد بحصول الغبن و عدمه فعلق على دخول السوق و ظهور الغبن لذلك و مورد الاستدلال من الخبر فى المقام انما هو سببية الغبن للخيار الموجب لثبوته بمجرد

حصول السبب غاية ما هناك توقّف ظهور المسبب على ظهور السبب هذا نعم يمكن تأييد الأول بأن الأصل لزوم البيع خرج من ذلك الجواز بعد ظهور الغبن بالإجماع وبقى ما قبل ظهور الغبن تحت الأصل فتدبر قوله طاب ثراه و توضيح ذلك أنّه ان أريد بالخيار (-اه-)

فيه أنّه لا- وجه لهذا الترديد إذ لا- شبهة ولا- ريب في كون الخيار عبارة عن الشقّ الثاني من الترديد واما الأول فإنّما هو من اثاره و توابعه و أنّما الإشكال في انّ ثبوت نفس الخيار من حين العقد أو من حين ظهور الغبن و لا- وجه للإشكال في ذلك (- أيضا-) لارتفاع الإشكال بملاحظة كلّ مبناه في أصل المسئلة فإن كان الإجماع كان اللازم القصر على المتيقن و الحكم بالثبوت من حين الظهور و إن كان قاعدة الضرر كان اللازم الإثبات من حين العقد لحصول السبب من ذلك الوقت كما هو واضح لا ستره عليه قوله طاب ثراه ثمّ ان الآثار المجعولة للخيار (-اه-)

يظهر من كلامه هذا الى قوله و يظهر ثمرة الوجهين (- أيضا-) فيما لو فسخ (-اه-) كون القسم الثاني و الثالث من الآثار في كلامه ثمرة للتزاع في كون المبدء من حين العقد أو من حين الظهور و توضيحه أنّه قد زعم ظهور الثمرة في مواضع فمنها إسقاط الخيار بعد العقد قبل ظهوره فإنّه يجوز على القول بكونه من حين العقد دون القول بكونه من حين الظهور لكونه إسقاطا لما لم يجب و أنت خبير بما فيه لأنّ إسقاط الحقوق المحتمل حصولها ممّا ثبت جوازه شرعا الا ترى الى جواز إسقاط خيار المجلس و الحيوان و نحوهما في العقد مع أنّه لا- يحصل ألّا بعد تمام العقد بفضل في الحيوان على رأى أى رأى من جعل مبدء خيار الحيوان من حين الافتراق في المجلس و منها إسقاطه حال العقد مع عدم العلم به و فيه ما في سابقة و منها نفوذ التصرفات الناقلة قبل الظهور بناء على ثبوت الخيار من حين الظهور و عدم التّفوذ بناء على ثبوته من حين العقد و فيه أنّه لا- ملازمة بين النفوذ و بين الثبوت من حين الظهور لجواز التصرف و نفوذه من كلّ منهما فيما انتقل اليه قبل ظهور الغبن و بعده و دعوى عدم نفوذ التصرف في زمن الخيار لا شاهد عليها و ألّا لكان اللّازم في خيار الحيوان و المجلس المنع من التصرف في المجلس و الثلاثة ألّا بعد الإمضاء و التالى فاسد بالضرورة فكذا المقدم كيف لا- و قد حكموا بسقوط خيار الحيوان و المجلس بالتصرف قبل العلم بالخيار و بعده و لو لا نفوذ التصرف لكان اللّازم عدم الإسقاط كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و يظهر ثمرة الوجهين (- أيضا-) في ما لو فسخ (-اه-)

يعنى أنّا ان قلنا بأنّ ظهور الغبن شرط شرعىّ لحدوث الخيار كان فسخه المذكور لغوا لوقوعه من غير سبب واقعى و ان قلنا بأنّ الظهور كاشف عن ثبوته حال العقد كان الفسخ مؤثرا من جهة تحقّق سبب الخيار في الواقع

[امسقطات خيار الغبن]

[الأول إسقاطه بعد العقد]

قوله طاب ثراه مع العلم بمرتبة الغبن و لا مع الجهل بها (-اه-)

كلمة لا في قوله و لا مع الجهل زائدة ينبغى إسقاطها لعدم صحّة المعنى و ليس ذلك معطوفا على كلمة الإشكال حتّى يعاد عليه كلمة لا و كيف كان فالمراد واضح و الأصل في صحّة هذا الإسقاط هو

ص: ٧٩

عموم ما دلّ على تسلّط النَّاس على حقوقهم كاموالهم من غير معارض غاية الأمر أنّه مع الجهل بمرتبة الغبن يدور الأمر مدار مقدار الإسقاط و كفيّته فإن أسقط الغبن المسبّب عن أى مرتبة كانت فاحشا أو أفحش سقط مطلقا و ان أسقط الفاحش دون الأفحش لم يسقط أا الفاحش

قوله طاب ثراه وجهان (- اه-)

قلت الأظهر هو الوجه الأوّل لأنّ النَّاس كما أنّهم مسلّطون على أموالهم بحكم النّص فكذا هم مسلّطون على حقوقهم كما يظهر من اخبار الحقوق و (- أيضا-) كما لا يحلّ مال امرء مسلم أا عن طيب نفسه فكذا لا يسقط حقّه أا عن طيب خاطره

قوله طاب ثراه و من انّ الخيار أمر واحد (- اه-)

هذا إنكار لما هو بمنزلة البديهي ضرورة تجزى أغلب الحقوق بل جميع الحقوق المائيّة كتجزى الأموال فإنّ حقّ الشّفعة فى دار يتجزى بالنسبة الى كلّ جزء منها و لذا لو باع نصف الدّار أو بيتا منها ثبت حقّ الشّفعة بالنسبة الى ذلك و لو لا التجزى للزم عدم الثبوت أا فى بيع الجميع و (- أيضا-) يسقط بإسقاط بعضه دون بعض و بالنسبة إلى حصّة شريك مشاعا دون آخر كما هو واضح و التفرقة بين حقّ الخيار و بين الشّتم و القذف لا وجه له لعدم الفرق بينهما أا فى كون الأوّل من قبيل الأقلّ و الأكثر الارتباطيين و الثّانى من قبيل الاستقلالين بل ربّما يمكن فرض الخيار (- أيضا-) من الاستقلالين بتكلف ثمّ على ما اخترناه من عدم سقوط الجميع فى الفرض فهل يسقط بمقدار ما أسقطه فلو زعم انّ التّفاوت عشرة و أسقط ثمّ ظهر أنّه مائة فهل يسقط العشرة و يبقى التسعون أم لا وجهان أظهرهما السّقوط لعدم المانع و لسقوط الحقّ بإسقاطه و يظهر اثر النزاع فيما إذا أسقط بعد ذلك تسعين و لم يمكن لغيبة أو موت استعلاء أنّه أراد التسعين المتضمّن للعشرة السّابقة ليقى عشرة أو التسعين غيرها ليسقط الجميع فإنّه على القول بسقوط مقدار ما أسقطه أولا- يسقط الجميع بإسقاط تسعين و على القول الآخر يبقى عشرة فتأمل و يظهر (- أيضا-) فيما إذا تباينا على إعطاء الغابن التّفاوت و قلنا بسقوط الخيار به فإنّه على الأوّل ليس له أخذ العشرة فى المثال بل التسعين فقط لأنّ الحقّ المسقط لا يعود حقّا بخلافه على الثّانى فإنّ له أخذ المائة فافهم

قوله طاب ثراه لما ذكرنا من انّ الخيار حقّ واحد (- اه-)

قد عرفت أنّها منع كون الخيار فى أمثال المقام حقّا واحدا

قوله طاب ثراه و هذا هو الأقوى فتأمل (- اه-)

قلت الأقوى هو الوجه الأوّل و هو البطلان لأنّه إذا انصرف الإطلاق على المتعارف كان الصّح من غير المتعارف غير مقصود و العقود تتبّع القصود و حيث لا قصد فلا عقد فيبطل و لعلّه الى ذلك أشار الماتن (- ره-) بالأمر بالتأمّل و استظهر الشّيخ الوالد (- قدّه-) كون الأمر بالتأمّل هنا امرا بالتعمّق و التدبّر فى وجه المقصود

قوله طاب ثراه كإبراء المالك الودعيّ المفرط من الضّمان (- اه-)

يعنى قبل تلف الوديعة التى فرط فيها الودعيّ فإنّ الإبراء هناك صحيح باعتبار وجود السّبب الّذى هو التفریط و ان لم يتحقّق شرط فعليّة الضّمان و هو التّلف

[الثانى من مسقطات خيار الغبن اشتراط سقوطه فى متن العقد]

قوله طاب ثراه قال فى (- س-) فى هذا المقام (- اه-)

قد حكى عن الصّيمرى فى غاية المرام الجزم ببطلان العقد و الشرط كليهما هنا

قوله طاب ثراه ثمّ احتمل الفرق (- اه-)

أراد (- ره-) أنّ الغرر بعد حصوله في كلّ من موردى خيار الغبن و خيار الرّؤية بسبب اشتراط سقوط الخيار يسهل رفعه و إزالته في مورد الغبن من جهة أنّ الغبن يحصل بزيادة المال في معرض البيع عن قيمته اللّائقة به و إذا حصل الغرر بإسقاط الخيار أمكن جبره بالأرش فيقابل المال بما يليق به و ذلك على خلاف مورد خيار الرّؤية فإنّه إنّما يتحقّق بسبب تخلف شيء من الأوصاف و معلوم أنّ الرّغبات تختلف باختلافها و ليست ممّا تجبر بالأرش فلا يتحقّق فيه سهولة إزالة الغرر الحاصلة في الغبن كما تبّه على ذلك الشّيخ الوالد العلّامة أعلى الله تعالى مقامه ثمّ قال و لكنّك خير بأنّه قد يحصل من هذا البيان أنّ هذا الوجه الّذى جعله الشّهيد (- ره-) مستندا للاحتمال ليس ممّا يصحّ الاستناد إليه في الحكم لأنّ سهولة إزالة الغرر بعد حصوله في ضمن البيع لا يخرج البيع المذكور عن عنوان بيع الغرر الّذى نهى النّبى (- ص-) عنه فتدبر هذا كلامه رفع مقامه و هو كلام موجّه

قوله طاب ثراه و لعلّ توجيه كلام الشّهيد (- ره-) هو ان (- اه-)

ربّما استدلل بعضهم لمختار الشّهيد (- ره-) بوجه آخر هو أنّ هذا الخيار لا يسقط بالتصرّف كما تسمع إنشاء الله تعالى فلا يسقط بالشرط و فيه نظر ظاهر لمنع الملازمة بل ثبوت الفرق لكون التصرّف أضعف من الاشتراط كما هو واضح و بالجملة فلا وجه لرفع اليد عن عموم أدلّة الشروط بأمثال هذه التكلّفات

قوله طاب ثراه لكن الأقوى الصّحة (- اه-)

الوجه في ذلك هو عدم أدلّة الشّروط بعد عدم كون اشتراط سقوطه مخالفا للكتاب و لا السنّة و لا لمقتضى العقد فيشملة عموم ما دلّ على أنّ المؤمنين عند شروطهم

قوله طاب ثراه و ثبوت الخيار (- اه-)

عطف على التزلزل و مفسر له

قوله طاب ثراه و أمّا خيار الرّؤية (- اه-)

(١١) لما بين توجيه كلام الشّهيد (- ره-) بالنسبة إلى خيار الغبن و بقى توجيهه بالنسبة إلى خيار الرّؤية تعرّض له بهذا الكلام

قوله طاب ثراه و لا تنافى بين ان يقدم على اشتراء العين (- اه-)

(١٢) الوجه في عدم التّنافى ما تبّه عليه الشّيخ الوالد العلّامة أنار الله برهانه من ان التزامه بعدم الفسخ (- ح-) إسقاط لما استحقه و لا يتحقّق الإسقاط إلّا بعد الاستحقاق فالذى ينافى الاستحقاق أنّما هو نفي الاستحقاق لا إسقاط الحقّ ثمّ أنّه (- قدّه-) قال و ممّا يرفع البعد عن هذا المقال ملاحظة العفو من الله تعالى في بعض ما حرّمته على عباده كالظّهار مثلا فإنّه مبعوض لله تعالى لكنّه بعد ما فعله العبد قد عفى تعالى عنه و رفع ما يستحقّه العبد من العقاب فالمنافى للتّحريم أنّما هي إباحة المنهى عنه لا إسقاط عقابه و العفو عنه

قوله طاب ثراه فتأمل

(١٣) جعله الشّيخ الوالد (- قدّه-) إشارة إلى دقّة المقصود و التدبّر في وجهه و الّذى يظهر لى أنّه أشار بذلك الى ما وعده بقوله و سيّجىء (- اه-) فإنّه أثبت عند الكلام في خيار الرّؤية التّنافى بينهما و رجوعه الى التّناقض و إبطاله للاشتراط الرّافع للغرر و عود الغرر بذلك ذكر ذلك عند الكلام في مسقطات خيار الرّؤية فراجع

[الثالث من مسقطات خيار الغبن تصرف المغبون]

قوله طاب ثراه و أمّا الإجماع فهو غير ثابت (- اه-)

(١٤) توضيح ذلك على ما افاده الشّيخ الوالد (- قدّه-) أنّ التصرّف بعد العلم بالغبن دليل على الرّضاء و الإجماع على ثبوت الخيار مع الغبن دليل لئبى و القدر المتيقّن منه أنّما هي صورة عدم الرّضاء فلا يتحقّق مع وجوده إلّا ان يقال أنّه قد قام الإجماع على ثبوت الخيار

للمغبون بعد العلم بالغبن و قبل التصرف لأنّ اللازم على تقديرى القول تكون ظهور الغبن شرطا شرعيا للخيار و القول بكونه كاشفا هو الحكم بثبوت الخيار (-ح-) و أنّما الشكّ فى انّ التصرف هل هو رافع للخيار أم لا فيكون المقام من قبيل الشكّ فى الرفع فيجرى الاستصحاب على مذهب (-المصنف-) (-ره-) لا- من قبيل الشكّ فى مقدار استعداد المقتضى كما فى صورة الشكّ فى كون الخيار على الفور أو على التراخى و تعبيره (-ره-) بالدفع إشارة إلى كون الشكّ فى المقتضى لأنّ لازم كون التصرف دافعا للخيار هو حدوث مقتضى الخيار فى حال حدوثه أو بعده فيرجع الشكّ فى الخيار على هذا الى الشكّ فى مقتضىه قوله طاب ثراه فتأمل

(١٥) يحتمل ان يكون الأمر بالتأمل إشارة إلى كون الشكّ هنا فى المقتضى كما سمعت فلا يجرى الاستصحاب

ص: ٨٠

واحتمل الشيخ الوالد العلامة أعلى الله مقامه ان يكون إشارة إلى دفع ما قد يتوهم من ان المجمع عليه هو ثبوت الخيار بشرط عدم التصرف و مع وجود التصرف يتبدل الموضوع فاذا فرض وقوع الشك في كون التصرف رافعا لم يجر الاستصحاب من حيث ارتفاع الموضوع و وجه الدفع هو منع كون المجمع عليه ثبوت الخيار بشرط عدم التصرف و أما المجمع عليه هو ثبوته في حال عدم التصرف و تبدل الأحوال غير موجب لتبدل الموضوع و الا لم يجر الاستصحاب في شيء من موارد الشك في رافعية الشيء الموجود هذا و لكننا نقول ان التمسك بالاستصحاب مملا لا- وجه له حتى بناء على كون الشك هنا في الرفع لانتفاء الإجماع بالخلاف فان الخلاف يكشف عن اختصاص الحكم المجمع عليه بما إذا لم يرض فتأمل

الزابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون

إشارة

قوله طاب ثراه و من تأخر عنه (- اه-) كالعامة في (- كره-) و محكى (- ير-) و الشهيد في غاية المراد و ابن فهد في المهذب البارع و الفاضل المقداد في التنقيح و المحقق و الشهيد الثانيين في (- مع صد-) و تعليق (- شاد-) و (- لك-) و (- الروضة-) و شمس الدين في محكى كلامه و غيرهم قوله طاب ثراه و قيل انه المشهور (- اه-) الناقل للشهرة هو ثاني الشهيدين في (- الروضة-) و الكاشاني في المفاتيح و الفقيه الغروي في خياراته قوله طاب ثراه و هو (- كك-) بين المتأخرين هذا يدل على تأمله في الشهرة المطلقة و هو (- كك-) إذا لم يعنون المتقدمون المسئلة في كلماتهم قوله طاب ثراه نعم ذكره الشيخ في خيار المشتري (- اه-) لما قيد الشهرة بكونها بين المتأخرين أشار بهذه العبارة إلى وجود التصريح به في نظير المقام من الشيخ (- ره-) من بين القدماء قوله طاب ثراه و الظاهر اتحاد هذا الخيار مع خيار الغبن كما يظهر من (- مع صد-) (- إلخ-) قال العلامة (- ره-) في الفرع الأول من فروع احكام الخيار ما لفظه لا يبطل الخيار بتلف العين فان كان مثليا طالب صاحبه بمثله و الا القيمة انتهى و قال المحقق الثاني (- ره-) في شرحه بعد كلام له ما لفظه و في بقاء خيار الغبن بعد التلف تردّد سواء كان التلف من البائع أم من أجنبي أم بافه الا ان يكون التلف بالآفة قبل القبض فإنه من ضمان البائع و على إطلاق كلامهم ينبغي ان يكون بعد القبض (- كك-) لاختصاص الخيار بالمشتري فيفسخ العقد في الموضوعين الا ان التردد في كلامه السابق في فروع المرابحة في ثبوت الخيار للمشتري المكذوب في الأخبار برأس المال ينافي الحكم بانفساخ العقد انتهى المهم مما في (- مع صد-) وجه الاستشهاد انه لو لا اتحاد الخيار المذكور مع خيار الغبن لم يكن للتنافي وجه من جهة تغاير موضوعي الحكمين قوله طاب ثراه لان الخيار غير مشروط (- اه-) و بعبارة أخرى مجرد عدم الاسترداد لا يسقط الحق و الا لم يبق لاسترداد المثل أو القيمة وجه قوله طاب ثراه بل المتيقن منه جواز رد العين (- اه-)

فيه ان حديث نفى الضرر ليس دليلا لبيبا كى يؤخذ منه بالقدر المتيقن بل لازم التمسك به لإثبات الخيار ثبوته حيث كان الضرر موجودا و الفرض هنا عدم ارتفاعه و ما توهمه (- قدّه-) من التعارض بين ضرر المغبون و ضرر الغابن مدفوع بمنع كون قبول البدل

ضررا كما ستسمع من الشهيد (- ره-)

قوله طاب ثراه و لكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد (- قدّه-) (- اه-)

أشار بذلك إلى قول آخر في المسئلة فأن في المسئلة قولين آخرين أحدهما عدم السيقوط لكن لا مع استرداد العين بل مع استرداد المثل إن كان مثليا والقيمة إن كان قيميا وهو الذي مال اليه الشهيد (- ره-) في اللمعة حيث قال بعد الحكم بما هو المشهور من سقوط الخيار بخروج المغبون فيه عن ملك من انتقل اليه ما لفظه وفيه نظر للضرر مع الجهل فيمكن الفسخ وإلزامه بالقيمة أو المثل و كذا لو تلفت العين أو استولدت الأمتة انتهى و حجّة ما حكاه الماتن (- ره-) بهذه العبارة ثانيهما عدم السيقوط مع استرداد العين حتى مع وجود المانع من الردّ احتمله المحقق الأردبيلي (- ره-) في مجمع الفائدة و غيره في غيره و حجّته أنّ الخيار كان ثابتا قبل النقل فيستصحب و حقّ المغبون سابق على حقّ من انتقل اليه بعد ذلك و السابق رتبة يقدم فيكون له بعد الفسخ استرداد العين و أقول أما على القول بتوقف انتقال الملك على انقضاء الخيار فقد يترأى تمامية هذا الوجه نظرا إلى أنّ البيع و العتق و الوقف و الاستيلاء و أمثال ذلك فروع الملك و ما لم يرتفع الخيار لم يملك المتصرّف فتصرّفاته بالبيع و العتق و نحو ذلك لغو فاذا فسخ عاد المال إلى مالكة الأول و أمّا على القول بالانتقال بمجرد الصيغة فلا وجه للاحتمال المذكور لأنه قد باع ما يملكه و أعتق ما يملكه و وقف ما يملكه و استولد مملوكته فلا معنى لعود مال المشتري إلى البائع و الحررقا و الوقف طلقا و أمّ الولد مملوكة بل قد يقال ان لازم القول بتوقف الانتقال على انقضاء الخيار بطلان البيع و العتق و الوقف و حرمة الوطى من أول الأمر لا عروض الفساد باختيار المغبون الردّ مضافا إلى أنّ القول بتوقف الانتقال على انقضاء الخيار ساقط و من قال به أنّما يقول بتوقفه على انقضاء المجلس و الأيام في الحيوان لا- أظنه يلتزم بالتوقف على ارتفاع خيار الغبن (- أيضا-) فتأمل كى يظهر لك صراحة أقوال أرباب هذا القول في إرادتهم بالخيار المتوقف عليه حصول الملك خيار المجلس

قوله طاب ثراه و الإنصاف ان هذا حسن (- اه-)

المشار اليه هو مختار الشهيد (- ره-) و حسنه قد ظهر ممّا مرّ بناء على الاستناد في أصل ثبوت الخيار إلى قاعدة الضرر و أمّا من استند في إثبات أصل خيار الغبن إلى الإجماع فيسوغ له نفي الخيار بالتصرّف المذكور نظرا إلى فقد الإجماع الّا ان يكون ممّن يقول بحجية استصحاب حكم الإجماع فإنّ عليه (- أيضا-) الحكم ببقاء الخيار بعد التصرف المذكور و أمّا على ما ذكرناه من المبنى إن تمّ اعنى كون المعاملة سفهية فالوجه ان يقال أنّه بعد العلم بالحال ان ظهر صلاح جابر للغبن موجب لاندراج المعاملة في المعاملات العقلية صحّ العقد الأول و التصرف اللاحق و لم يكن له خيار و الّا فسد البيع الأول من أصله و فسد التصرف اللاحق بيعا كان أو عتقا أو وقفا أو استيلا لوقوعها على ما لا يملك و لم ينتقل اليه كما لو ظهر المبيع أو المعتق بالفتح أو الموقوف أو المستولدة ملكا لغيره فتدبر

قوله طاب ثراه فيقتصر على مورد الإجماع

فيه أنّه لا وجه لدعوى الإجماع في المقام بعد عدم سبق عنوان المسئلة في كلمات الأوائل فلا وجه لقوله يقتصر على مورد الإجماع و لو كان أبدا لفظ الإجماع بالمتيقّن لسلم عن الإيراد

قوله طاب ثراه ففي جواز الردّ وجهان

(١١) قلت الأوجه الأول ضرورة أنّ دليلهم على المنع لم يكن الّا عدم إمكان الاستدراك و الفرض إمكانه هنا فيلزم الرد لعموم نفي الضرر مضافا الى أنّه أولى من التصرف الجائر الذي حكموا بالرد معه

قوله طاب ثراه و عدم الخيار هنا أولى

(١٢) قلت بل الأولى ثبوت الخيار لإمكان الرد و مجرد كون الإمكان هنا بسبب جديد و الفسخ برفع السبب السابق لا يصلح فارقا لعدم ابتناء الأحكام على الاعتبارات سيما في قبال عموم حديث نفي الضرر كما لا يخفى

قوله طاب ثراه من أنّ مورد الاستثناء (- اه-)

(١٣) لا يخفى عليك انّ اللّازم هو الجرى على مقتضى الدّليل فاذا كان دليلهم عدم إمكان الاستدراك لزمهم الحكم

ص: ٨١

بعدم سقوط الخيار بالتصرّف الغير الموجب لتعدّد الردّ والاستدراك كما أنّ لازمه عدم سقوط الخيار لو لم يعلم بالغبن الّا بعد انقضاء الإجارة

قوله طاب ثراه و في لحوق الامتراج (- مط-) أو في الجملة بالخروج عن الملك وجوه

ثالثها عدم اللّحوق (- مط-) و حجّة اللّحوق ما أشار اليه و الوجه في عدم اللّحوق استصحاب الخيار و أراد باللّحوق في الجملة اللّحوق عند الامتراج المانع من الرد كالغير القابل للقسمه و عدم اللّحوق إذا كان الامتراج على وجه لا يمنع من الردّ كالقابل للقسمه و هذا الوجه أقرب لدوران الأمر مدار إمكان الردّ و عدمه و ما هو قابل للقسمه يمكن ردّه بعد القسمه

قوله طاب ثراه و لو تغيّرت بالزيادة العييّة أو الحكميّة أو من الجهتين فالأقوى الردّ في الوسطى بناء على حصول الشركة في غيرها المانع عن ردّ العين فتأمل

قال والدى العلامة أعلى الله تعالى مقامه أنّه هكذا نقلت العبارة عن أصل النسخ و من المعلوم أنّ الزيادة الحكميّة هي الوسطى و مثالها قساره الثوب و نحوها ممّا كان وصفا عارضا موجب للمرجعيّة و زيادة القيمة و أمّا الأمر بالتأمل فهو إشارة إلى توهين الردّ في الوسطى و ضعف بنائه على استثنائها من حصول الشركة لما سيجيء في كلامه من حكمه بالاشتراك فيها قوله طاب ثراه فالظاهر أنّه لا وجه لسقوط خيار المغبون به (- اه-)

لأصالة بقاء الخيار بعد عدم الدليل على سقوطه فإنّ ضرر المغبون لا يسقط بتصرّف من لا ضرر له عليه

قوله طاب ثراه من وقوع العقد (- اه-)

فيه التناقض ما لا يخفى لأنّ العقد ان وقع في ملك الغابن فاللزام لزومه و عدم تسلّط احد على فسخه و ان وقع في ملك غيره فاللزام هو البطلان من رأس فسخ المغبون أم لا

قوله طاب ثراه و مقتضى فسخ البيع الأوّل تلقى الملك من الغابن

قال والدى (- قدّه-) أنّ ظاهر هذا الكلام هو أنّ مجرد فسخ البيع يوجب انفساخ البيع الثّاني من أصله فيتلقي المغبون المبيع من الغابن لا أنّ للمغبون فسخ البيع الثّاني بعد فسخ البيع الأوّل لكنّ هذا غير ملائم للفظ التسلّط الّذى أخذه في عنوان الوجوه المذكورة في كلامه الّا ان يقال أنّه لمّا كان مقتضى فسخ البيع تلقى الملك من الغابن كان للمغبون التسلّط على فسخ البيع الثّاني من باب المقدّمه لتلقّيه الملك من الغابن لكن لا يخفى ما فيه من البعد

قوله طاب ثراه أمّا لأنّ التصرف في زمان خيار الغير المتصرّف صحيح لازم (- اه-)

اللّام في كلمة الغير زائدة و اللّام اضافة كلمة غير إلى المتصرّف ثمّ أنّ ما في العبارة صغرى و الكبرى مطوّيّة لوضوحها و هي أنّ المتصرّف هنا هو المغبون الّذى له الخيار و التصرف الواقع أنّما هو من المغبون كما هو المفروض في المقام قوله طاب ثراه لأنّ معنى جوازه تسلّط احد المتعاقدين على فسخه

ظاهر كلامه اجراء الوجوه الثّلاثة المتقدّمه هنا (- أيضا-) و جريان الوجهين الأوّلين ظاهر و إن كان أظهرهما الثّاني و أمّا الثّالث فقد استند في إجرائه الى ما في العبارة من العلّة و يمكن المناقشة في ذلك بأنّ تسلّط الغابن على الفسخ كاف في المطلوب لأنّه إذا فسخ المغبون استحقّ مطالبة الغابن بماله فاذا طالبه لزم الغابن الفسخ و ليس العقد لازما كي يتسبّب لعجز الغابن عن الفسخ و ردّ العين و الانتقال إلى البدل

قوله طاب ثراه و يمكن النظر فيه بأنّ فسخ المغبون (- اه-)

قال والدى (- قدّه-) في توضيح العبارة أنّه أراد أنّه إن كان مراده أنّه إذا فسخ المغبون البيع الواقع بينه و بين الغابن دخل العين التي بذلها المغبون للغابن و انتقل من الغابن إلى غيره ببيع الخيار مثلا في ملك الغابن فعلى هذا يتّجه عليه أنّه لا يبقى حاجة إلى فسخ البيع

الَّذِي وَقَعَ مِنَ الْغَابِنِ عَلَى الْعَيْنِ الَّتِي أَخَذَهَا مِنَ الْمَغْبُونِ حَتَّى يَتَكَلَّمَ فِي الْفَاسِخِ وَيُقَالُ أَنَّهُ يَلْزَمُ الْغَابِنَ بِفَسْخِ ذَلِكَ ذَلِكَ الْبَيْعِ فَإِنْ أَمْتَنَعَ فَسَخَهُ الْحَاكِمُ وَإِنْ أَمْتَنَعَ فَسَخَهُ الْمَغْبُونُ وَإِنْ كَانَ مَرَادُهُ أَنَّهُ إِذَا فَسَخَ الْمَغْبُونُ الْبَيْعَ الْمَذْكُورَ دَخَلَ بِدَلِّ الْعَيْنِ الْمَوْصُوفَةَ فِي مَلِكِهِ فَعَلَى هَذَا يَرُدُّ عَلَيْهِ أَنَّهُ إِذَا كَانَ مَا اسْتَحَقَّهُ بِالْفَسْخِ هُوَ بِدَلِّ الْعَيْنِ الَّتِي بَدَّلَهَا فَكَيْفَ يَعْدِلُ عَنْهُ إِلَى غَيْرِهِ وَهُوَ نَفْسُ الْعَيْنِ هَذَا كَلَامُهُ عِلْمًا بِمَقَامِهِ وَأَقُولُ يُمْكِنُ الْجَوَابُ عَنْ تَنْظُرِ الْمَاتِنِ (-رِه-) بِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ بِفَسْخِ الْمَغْبُونِ فِي مَلِكِهِ الْعَيْنِ وَلَا بِدَلِّهَا بَلِ الثَّابِتُ لَهُ بِالْفَسْخِ اسْتِحْقَاقُ مَطَالِبَةِ الْغَابِنِ بِالْعَيْنِ فَلَا مَحْذُورَ وَانْتِقَالَ مَا بِيَدِ الْغَابِنِ إِلَى مَلِكِهِ انْتِقَالًا مَتَزَلِّلاً لَا يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ وَإِنَّمَا الْمَانِعُ الْانْتِقَالَ وَالذَّخُولَ اللَّازِمَ وَلَمْ يَحْصُلْ كَمَا هُوَ الْفَرْضُ

قَوْلُهُ طَابَ ثَرَاهُ لَوْ اتَّفَقَ عَوْدُ الْمَلِكِ إِلَيْهِ لِفَسْخِ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ فَسْخِ الْمَغْبُونِ (-اِه-)

لِي فِي هَذَا التَّفْصِيلِ نَظَرٌ لِأَنَّ تَمَلُّكَ الْبَدَلِ أَمَّا كَانَ لِمَانِعٍ عَنْ رَدِّ الْعَيْنِ فَإِذَا عَادَ الْأَصْلُ ارْتَفَعَ الْمَانِعُ وَلَمْ يَكُنْ لِلْإِزَامِ ذِي الْمَالِ بِقَبُولِ بَدَلِهِ وَجِهَةٌ وَلَمْ يَقَعْ تَمَلُّكَ الْبَدَلِ مِنْهُ قَبْلَ الْعَوْدِ عَلَى وَجْهِ لَازِمٍ حَتَّى لَا يَسُوغَ لَهُ بَعْدَ إِمْكَانِ رَدِّ الْعَيْنِ الْمَطَالِبَةَ بِهَا وَهَلْ تَرَى مِنْ نَفْسِكَ الْحُكْمَ بِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِ ذِي الْمَالِ أَخْذَ بَدَلِ مَالِهِ لَطْفًا تَلْفَ الْأَصْلَ إِنْ يَطَالِبُ بِالْأَصْلِ بَعْدَ ظُهُورِ بَقَائِهِ حَاشَا وَكَلَّا

قَوْلُهُ طَابَ ثَرَاهُ وَلَوْ كَانَ الْعَوْدُ بِعَقْدٍ جَدِيدٍ فَالْأَقْوَى عَدَمُ وَجُوبِ الرَّدِّ (-مط-) (-اِه-)

فِيهِ مَا فِي سَابِقِهِ مِنْ أَنَّ الْانْتِقَالَ إِلَى الْبَدَلِ أَمَّا هُوَ لِعَدَمِ إِمْكَانِ الْأَصْلِ فَإِذَا عَادَ الْإِمْكَانُ عَادَ الْاسْتِحْقَاقُ وَكَوْنُ الْعَوْدِ بِعَقْدٍ جَدِيدٍ أَوْ بغيرِهِ غَيْرُ فَارِقٍ (-فت-)

قَوْلُهُ طَابَ ثَرَاهُ وَفِيهِ نَظَرٌ لِمَنْعِ تَزَلُّلِ مَلِكِ الْمَنْفَعَةِ

(١١) يُمْكِنُ الْمُنَاقَشَةُ فِيهِ بِدَعْوَى أَنَّ مَلِكَ الْمَنْفَعَةِ الْمَتَزَلِّلُ لَا يَدُّ وَإِنْ يَكُونُ مَتَزَلِّلاً وَآلًا لِلزَّمِّ مَزِيَّةُ الْفَرْعِ عَلَى الْأَصْلِ فَتَأْمَلْ

قَوْلُهُ طَابَ ثَرَاهُ وَسَيَجِيءُ مَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ فَارِقًا بَيْنَ الْمَقَامَيْنِ

(١٢) قَالَ وَالسُّدَى الْعَلَامَةُ أَعْلَى اللَّهِ مَقَامَهُ الظَّاهِرُ أَنْ هَذَا دَفْعٌ لِمَا اسْتَدْرَكَهُ تَأْيِيدًا لِلْفَاضِلِ الْقَمِي (-رِه-) وَإِنْ مَرَادُهُ بِمَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ فَارِقًا هُوَ مَا يَحْكِيهِ عَنْ (-لف-) مِنْ أَنَّ الْفَائِتَ لِمَا حَدَثَ فِي مَحَلٍّ مَعْرُوضٍ لِلزَّوَالِ لَمْ يَجِبْ تَدَارُكُهُ وَغَرَضُهُ بَيَانُ أَنَّ مَلِكَ الْمَنْفَعَةِ الْمَلِكِ الْمَتَزَلِّلِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَتَزَلِّلاً- وَلِذَا لَمْ يَحْكَمْ الْعَلَامَةُ (-رِه-) بِانْفِصَاحِ الْإِجَارَةِ بَعْدَ التَّفَاسِخِ فِي الْبَيْعِ إِلَّا أَنَّ جِهَةَ الْفَرْقِ بَيْنَ التَّفَاسِخِ وَبَيْنَ الْفَسْخِ بِالْخِيَارِ مِنْ حَيْثُ أَنَّهُ ثَبِتَ فِي الْأَوَّلِ أَجْرَةُ الْمَثَلِ وَلَمْ يَثْبُتْ فِي الثَّانِي شَيْءٌ هُوَ أَنَّ الْإِجَارَةَ الْمَسْتَبَعَةَ لِلْمَنْفَعَةِ الْفَائِتَةِ مِنَ الْمَالِكِ عِنْدَ الْمَسْتَأْجِرِ بَعْدَ الْفَسْخِ حَدَثَ فِي مَحَلٍّ مَعْرُوضٍ لِلزَّوَالِ لثُبُوتِ الْخِيَارِ وَلِذَلِكَ لَمْ يَجِبْ تَدَارُكُ تِلْكَ الْمَنْفَعَةِ الْفَائِتَةِ وَهَذَا بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ الْمَسْتَبَعَةَ لِلْمَنْفَعَةِ الْفَائِتَةِ مِنَ الْمَالِكِ عِنْدَ الْمَسْتَأْجِرِ بَعْدَ التَّفَاسِخِ فَإِنَّهَا لَمْ تَحْدَثْ فِي مَحَلٍّ مَعْرُوضٍ لِلزَّوَالِ لِأَنَّ التَّفَاسِخَ أَمْرٌ طَارِقٌ قَدْ اتَّفَقَ عَلَيْهِ مِنْ دُونِ سَبَبِ الْخِيَارِ وَلِهَذَا وَجِبَ تَدَارُكُهَا بِأَجْرَةِ الْمَثَلِ

قَوْلُهُ طَابَ ثَرَاهُ فَالظَّاهِرُ ثُبُوتُ الشَّرْكَهَةِ فِيهِ (-اِه-)

(١٣) وَذَلِكَ لِأَنَّ عَمَلَ الْمُسْلِمِ مُحْتَرَمٌ لَا يُضَيِّعُ إِلَّا إِذَا وَقَعَ عَدْوَانًا وَظُلْمًا وَالفَرْضُ هُنَا صُدُورُهُ مِنْهُ فِي حَالِ سُلْطَنَةِ عَلَى مَا فِي يَدِهِ شَرَعًا قَوْلُهُ

طَابَ ثَرَاهُ فَالظَّاهِرُ عَدَمُ شَيْءٍ لِمَحْدَثِهَا

(١٤) خَالَفَ فِي ذَلِكَ ثَانِي الشَّهِيدِينَ فِي (-الروضة-) حَيْثُ حَكَمَ فِي الْفَرْقِ بِأَنَّ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَجْرَةَ عَمَلِهِ وَفِيهِ نَظَرٌ ظَاهِرٌ ضَرُورَةُ أَنَّ الْعَمَلَ أَمَّا يُوجِرُ عَلَيْهِ إِذَا اسْتَوْجَرَ الشَّخْصَ لِذَلِكَ إِذَا كَانَ لَهُ أَثَرٌ فِي زِيَادَةِ قِيَمَةِ الْمَالِ وَلَا شَيْءٌ مِنْهُمَا مَوْجُودًا هُنَا وَالْأَصْلُ الْبَرَاءَةُ مِنَ الْأَجْرَةِ

قَوْلُهُ طَابَ ثَرَاهُ كَمَا عَلَيْهِ الْمَشْهُورُ فِيمَا إِذَا رَجَعَ بَائِعُ الْأَرْضِ الْمَغْرُوسَةَ بَعْدَ تَقْلِيْسِ الْمُسْتَأْجِرِ

(١٥) أَشَارَ بِذَلِكَ إِلَى مَا ذَكَرَهُ الْمَشْهُورُ فِيمَا إِذَا بَاعَ أَرْضًا فَعَرَسَهَا الْمُسْتَأْجِرُ ثُمَّ حَكَمَ الْحَاكِمُ بِتَقْلِيْسِهِ فَإِنَّهُمْ ذَكَرُوا أَنَّ لِبَائِعِ الْأَرْضِ

الزَّجْوَعِ

ص: ٨٢

بعد تفليسه إلى رقبه أرضه كما هو الشأن في كل من وجد عين ماله في أموال المفلس وقد حكم الأكثر بأن البائع بعد رجوعه إلى أرضه لا يستحق قلع الغرس مطلقاً لا بالأرش ولا بدونه فيصير الحال فيما غبن فيه مثله هناك قوله طاب ثراه و من ان الغرس المنسوب الذي هو مال (-اه-)

لا يخفى عليك أنه ان تم هذا فإنما يصح وجها لعدم جواز القلع بلا أرش ولا يدفع القلع مع الأرش الذي هو جزء المدعى قوله طاب ثراه مضافاً إلى مفهوم قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق (-اه-)

قيل معناه ان يجيء الزجل إلى الأرض قد أحيها رجل قبله فيغرس فيها غرساً غصبا ليستوجب به الأرض والزوايه لعرق بالتوين و هو على حذف مضاف أي لدى عرق ظالم فجعل العرق نفسه ظالماً و الحق لصاحبه أو يكون الظالم من صفة صاحب العرق و روى عرق بالإضافة فيكون الظالم صاحب العرق و الحق العرق و هو احد عروق الشجر انتهى و قال الشيخ الوالد (-قده-) بعد نقله ان إثبات الحق للعرق على الزوايتين اسلس و أبلغ من الإضمار الذي هو مع ردائه غير محتاج اليه و أقول ان التمسك بالزوايه محل تأمل إذ فيه بعد الغض عن السند أنها من مفهوم اللقب الضعيف فلا يثبت المطلوب مع أنه على فرض الحجية إنما يفيد ثبوت حق في الجملة لعرق غير ظالم و هو كما يتم باستحقاق الإبقاء فكذا يتم بالقلع بأرش فلا ينفي (-ح-) الوجه الآتي مع انه على فرض الغض عن جميع ذلك فعموم تسلط الناس على أموالهم يقتضى تسلط صاحب الأرض على مطابفة صاحب الغرس بتخليه أرضه غاية ما هناك ان ثبوت الحق تقتضى دفعه الأرش

قوله طاب ثراه فعليه أرش طم الحفر (-اه-)

الظاهر ان المراد بأرش طم الحفر الأجرة التي يأخذها الطام على عمله لا التقص الحاصل في الأرض بواسطة الحفر و طمها لو فرض وقوعه و إن كان حكمه على فرض وقوعه هو ضمان مالك الغرس إياه نبه على ذلك والدى العلامة قدس الله تربته الزكية و استشهد لذلك بأنه لو كان المراد هو التقص الحاصل في الأرض بواسطة الحفر كان اللزام إضافة الأرش إلى الحفر دون الطم قوله طاب ثراه ثم إذا جاز القلع فهل يجوز للمغبون مباشرة القلع أم لا (-اه-)

الأظهر عدم جواز مباشرة المغبون للقلع لأنه تصرف في ملك الغير بغير رضاه مع عدم كونه غاصبا كي يجوز مباشرة دفعه بل غاية ما ثبت ان له مطالبة المالك بالقلع فان امتنع كان غاصبا و جاز للمغبون الفاسخ دفعه بمباشرة القلع و الأولى مع ذلك أيضا مراجعته الحاكم ليجبره على القلع

قوله طاب ثراه فتأمل

وجهه على ما افاده الشيخ الوالد العلامة أعلى الله مقامه ان طول مدة البقاء لا مدخل له فان كلاً من اجرة بقاء الزرع و اجرة بقاء الشجر ان كان على وجه يرفع الضرر عن مالك الأرض ارتفع المانع عن تعيين بقائه بالأجرة فيها و إن كان على وجه لا يرفع الضرر لم يكن فرق بينهما في عدم جواز إبقائه على الأرض بالأجرة نعم قد يتفق في بعض الموارد ان بقاء الشجر تلك المدة المديدة يمنع من بعض التصرفات المقصودة كما لو كانت تلك الأرض قابلة لبناء الدار أو الخان مثلاً فيها لو لم تكن مشغولة بتلك الأشجار و كان بقاؤها فيها مانعا و مفوتا لذلك الغرض فإنه يصير طول مدة البقاء (-ح-) مورثاً للضرر خصوصاً إذا كانت الأجرة قليلة و منفعة بناء الدار و الخان عظيمة إلا ان طول مدة البقاء لم يصير هو السبب و إنما أورث ما هو سبب و الأمر سهل لكن يبقى ان مجرد الاتفاق في بعض الأحيان لا يصح إطلاق القول بالفرق بين الزرع و الشجر لتعيين الإبقاء بالأجرة في الأول دون الثاني لأنه مع عدم اطراد كون طول البقاء في الشجر موجبا للضرر يتجه عليه أنه قد يتفق مثل ما ذكر من الضرر بالنسبة إلى زرع الأرض بأن كان مقصوده بناء دار أو خان في زمان لو فات لم يتيسر له مثل ذلك فتحصل من ذلك أنه كان اللزام (-ح-) التفصيل بين ما لو كان بقاء كل من الزرع و الشجر مورثاً للضرر و بين ما لو لم يكن بقاؤه مورثاً للضرر بتعيين البقاء بالأجرة في الثاني دون الأول إلى هنا كلامه رفع في الخلد اعلامه و ما

ذكره وجها للتأمل و ان كان سديد الّا انّ ما مال اليه و جزم به أخيرا من تعين البقاء بالأجرة إذا لم يكن مورثا للضرر ينافي أدلّة تسلّط النّاس على أموالهم و قاعدة الضرر إنّما تجرى إذا كان فعل الشخص للإضرار بالغير بحيث لا يكون غاية فعله الّا الإضرار بالغير لا ما إذا تصرّف في ملكه لداع عقلائيّ و تضرّر به الغير مع انّ الغابن بزّعه و غرسه في الأرض التي يعلم بتزلزل ملكه لها مقدّم على الضرر فالأظهر في النظر القاصر تخير مالك الأرض في كلّ من الغرس و الزّرع بين الرّضا بالبقاء بأجرة أو لا بها و بين المطالبة بتخليّة الأرض من غير فرق في الحالين بين إيراث البقاء ضررا على صاحب الأرض و بين عدمه و لا بين إيراث القلع ضررا على صاحب الغرس و الزرع و عدمه و الله العالم

قوله طاب ثراه و لا يجوز تصرّفه في مال غيره الّا بإذنه (-اه-)

هنا مقدّمه طوى ذكرها لوضوحها و هي انّ القلع تصرّف من الغارس في أرض المغبون الفاسخ لاستلزامه نقصها
قوله طاب ثراه اقويهما الثاني

الوجه في قوته ما أشار اليه و أوضحناه في الحاشية السابقة من انّ قاعدة السلطنة محكمة ما لم يكن غاية فعل المتصرّف الإضرار بالغير و لا إضرار هنا فتدبّر

قوله طاب ثراه فهو في حكم التالف يرجع إلى قيمته (-اه-)

المراد بالقيمة إن كان قيمة ماء الورد أتجه عليه ان إثبات القيمة مطلقا ممّا لا وجه له بل اللّازم إثبات المثل إن كان مثليا و القيمة إن كان قيما كما هو مقتضى كونه بحكم التالف ثمّ انّ جعل الامتزاج مطلقا بحكم التالف محلّ تأمل و أنّما هو فيما إذا لم يكن للممتزج قيمة و أمّا إذا كان الماء الورد الممتزج بالزيت قيمة فلا وجه للرجوع الى البدل بل يكون شريكا مع الغابن في القيمة فيباع الممتزج و يقسم عليهما بالنسبة و ذلك لوجود عين مال المغبون فلا- وجه للعدول إلى البدل غاية ما هناك أنّه قد فات وصف متاعه بسبب الامتزاج فيثبت على الغابن التّفاوت إن كان المزج المذكور منقضا لقيمة العين فالحقّ أنّ التّفرقه بين امتزاج ماء الورد بالزيت و بين امتزاج الخلّ بالانجيين ممّا لا وجه له الا النظر إلى الغالب

قوله طاب ثراه ففي كونه شريكا (-اه-)

الظاهر انّ المراد بالشركة هي الشركة في القيمة بمعنى صيرورة المقدار الذي يخصّه على حسب نصيبه من الممتزج له فلو كان ماء ورده منّا يسوى درهما و زيت صاحبه؟؟؟ يسوى درهمين بيع الممتزج و صار لصاحب ماء الورد ثلث الثمن و لصاحب الزيت ثلثاه و هل له الشركة في العين بان يطالب في الفرض ثلث الممتزج عينا أم لا وجهان من أنّ موضوع الشركة القهريّة أنّما هو امتزاج المتماثلين و لا- دليل على انتقال زيت شخص إلى آخر و ماء ورد الآخر إلى الأول و من انّ الشركة في المتماثلين ليست من باب التعيّد بل من باب حكم العقل بعد عدم إمكان التفريق بالشركة قهرا و هذا العنوان موجود في الفرض لكن الإنصاف عدم صحّة الشركة لأنّ العقل أنّما يحكم بالشركة في العين مع التماثل و أمّا مع التخالف فلا يحكم بالشركة في العين لعدم المقتضى لانتقال زيت أحدهما إلى الآخر و ماء ورد الآخر إليه في قبالة غاية ما هناك أنّه لعدم إمكان التميّز و التشخيص يحكم العقل بالشركة في القيمة لانحصار طريق إيصال حقّ كلّ أحد إليه في البيع و قسمة الثمن بالنسبة نعم الامتزاج لا يزيل ملك صاحب الخلّ عن الخلّ و صاحب

ص: ٨٣

الأنجبين عن الأنجبين بل كل منهما مالك للأجزاء التي له في الممتزج لكن ذلك ليس من الشَّرْكَه في العين لأن معناها ملك كل منهما لمقدار من المال المشترك بحيث يكون له سلطان على أخذ العين و ذلك هنا غير معقول و ان شئت توضيح المقال نقول ان الشَّرْكَه تتصوّر على وجوه أحدها صيرورة مقدار ما يوافق وزن الممتزج للمغبون فلو كان خله منا ملك منا من الخلّ الممتزج بالأنجبين وهذا هو الّمدى قلنا أنّه لا وجه له لعدم الدليل على انتقال الخلّ إلى صاحب الأنجبين و انتقال الأنجبين إلى صاحب الخلّ ثانيها كون الأجزاء الخلّيّة لصاحب الخلّ و الأجزاء الأنجبيّة لصاحب الأنجبين فيبيعان السِّكَنجيين و يلحظ ما لكلّ من الخلّ و الأنجبين من القيمة بالنسبة ثالثها صيرورة ما يقابل قيمة الخلّ من الممتزج للمغبون فاذا كان خله منّا يسوى درهما و السِّكَنجيين كلّ من منّه بدرهمين كان له نصف منّ يفعل به ما يشاء من بيع و هبة و نحو ذلك و هذا (- أيضا-) بعيد لأنّ انتقال جزء من خله إلى صاحبه و انتقال جزء من انجبين صاحبه اليه بلا- سبب ممّا لا- وجه له فتبين أنّ الشَّرْكَه بالمعنى الوسط هو الأوجه بقى هنا شىء ينبغي التنبيه عليه و هو أنّه لو أوجب المزج المذكور نقصا في قيمة الممتزجين أو في قيمة مال المغبون خاصيّة فعلى المختار من كون مبدء خيار الغبن من حين العقد يمكن القول بضمان الغابن للنقص الحاصل في مال المغبون لأنّ تصرّفه و ان وقع في ملكه ألا أنّ الملك مترلزل فيلزم ضمانه لما لزم منه من نقص القيمة (- فت-)

قوله طاب ثراه و من تغير حقيقته (- اه-)

هذا تعليل لكونه كالمعدوم لكن لا يخفى عليك عدم تماميته أمّا أولا فلمنع تغير الحقيقة بل هو من تغير الصّفه و أمّا ثانيا فلمنع إيجاب تغير الحقيقة (- مط-) ارتفاع الخيار بل إذا لم يكن الممتزج حقيقة ثالثة ذات قيمة مؤدّية إلى الاشتراك و أمّا إذا كان (- كك-) فالحق هو الاشتراك مع ان تغير الحقيقة لو كان مخرجا للعين عن ملك مالكة للزم خروج الأنجبين (- أيضا-) عن ملك صاحبه ألا ان يفرّق بأنّ إخراج العين عن حقيقته أنّما يوجب الخروج عن الملك إذا كان المغيّر هو الأجنبيّ ليثبت عليه البدل و أمّا إذا غيّر مال نفسه فلا يعقل ثبوت البدل عليه في مال نفسه فلا يتمّ النقص ثمّ أنّ الشيخ الوالد أنار الله برهانه قال ان مقتضى ما ذكره (- المصنف-) (- ره-) هنا مناف لما ذكره في المستهلك عرفا كماء الورد الممتزج بالزيت لانه حكم هناك بأنّه يرجع الى قيمته و معلوم ان الرجوع إلى القيمة أنّما يتمّ مع الفسخ فيكون لازمه ان للمغبون ان يفسخ البيع في تلك الصّورة و قد حكم هاهنا بأنّ التّلف رافع للخيار ثمّ قال (- قدّه-) ألما ان يوجّه هذا الكلام بأنّ التّلف رافع للخيار من العين فلا ينافى الرجوع إلى القيمة انتهى كلامه رفع في الخلد اعلامه و لعمرى انّ حمل كلام الماتن (- ره-) على ما وجّهه (- قدّه-) به لازم ضرورة عدم تعقل سقوط الخيار من رأس و ألا للزم سقوطه في جميع موارد الانتقال إلى القيمة و ذلك ممّا لا دليل عليه و لا يلتزم به احد و لا يتوهم انّ الفسخ عبارة عن حلّ العقد و ردّ كل من العوضين إلى صاحبه الأوّل فإذا كان الثمن تالفا فلا موضوع للحلّ لأنّنا نقول انّ المحلول أنّما هو العقد و هو لم يزل و تلف الثمن لا يقدر للانتقال إلى بدله من المثل أو القيمة

قوله طاب ثراه و في استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه (- اه-)

الفرق بين أرش النقص و تفاوت الرداءة أنّ النقص هنا عبارة عن نقصان مقدار حصّة المغبون من العين المركّبة من الجيّد و الردى فيلاحظ قيمة تلك الحصّة المركّبة من الجيّد و الردى مقيسة إلى الجيّد الخالص المساوى لها في المقدار و تفاوت الرداءة عبارة عن التّفاوت الحاصل بين نفس الردى و الجيّد كما تبه على ذلك والدى الشيخ العلّامة أعلى الله في الروضات مقامه ثمّ قال أو الظاهر انّ أرش النقص أقل من تفاوت الرداءة دائما أو غالبا ثمّ قال و الوجوه الحاصلة من عبارة (- المص-) (- ره-) هنا أربعة حاصلة من ملاحظة كلّ من الاثنين الأخيرين مع الاثنين الأولين انتهى كلامه رفع في الخلد اعلامه و أقول منشأ استحقاقه شيئا انّ عين ماله موجودة لكنّها نقصت بالمزج فعلى المازج ان يدفع ضرر النقص و أمّا الوجوه الأربعة في كفيته الجبران فمنشأ الأوّل منها انّ النقص لمّا حصل بالمزج بالمجانس الردى كان اللّازم بعد كون الحنطة مثليّة الجبر بالمثل و ذلك يكون بإعطاء أرش النقص من عين الجنس الممتزج

فلو كان الجيّد منّا يسوى درهمين و الردىّ منّا يسوى درهما و مزجا و كان الممزوج يسوى كلّ من منّه بدرهم و نصف كان لصاحب الجيّد منّ و ثلث منّ من الممتزج و منشأ الثّانى أنّه حيث امتزج الجنسان اشترك صاحباهما و لا يعلم مقدار النّقص فى الجيّد بسبب الخلط ألبان يباع الجميع و يقسم و يدفع مقدار أرش النّقص من الثمن لأنّ انتقال عين الممتزج اليه ممّا لا وجه له و منشأ الوجه الثالث أنّ مقداراً من الجيّد موجود فى حصّة المغبون من الممزوج فليس على الغابن ألبان دفع مقدار رداؤه الردىّ فإذا قبض المغبون فى المثال المزبور منا كان نصف منّ منه جيّد أو نصف منّ ردّيّاً فعلى الغابن جبران رداؤه النّصف فيعطى من الحنطة بمقدار جبر الرّداءة و منشأ الوجه الرابع هو منشأ الثالث بزيادة أنّه لا وجه للجبر من العين بل يلزم البيع حتّى يتبيّن مقدار الرّداءة و يجبر ذلك المقدار و هنا وجه خامس و هو استحقاؤه أرش النّقصان من مال الغابن لا- من خصوص الجنس الممتزج و لا- من خصوص ثمنه لأنّه فعلاً ناقص بفعل الغابن و لا خصوصيّة للجنس الممتزج و لا ثمنه و الأصل برأيه ذميّة الغابن من دفع الأرش من خصوص الجنس الممتزج أو خصوص ثمنه فتأمّل هذا كلّه إذا كان المراد بثمن الجنس الممتزج هو الثمن فى بيع متأخّر عن الفسخ و أمّا حمل الثمن على الثمن فى المعاملة كما صدر من بعضهم فاشتباه فإنّ الثمن ليس ألبان ما تصرّف فيه الغابن و قد فرض أنّه عروض ممزوج بمثله و قد رده إلى المغبون و أمّا الكلام فيما يجبر به نقصه فلا تذهل

قوله طاب ثراه احتمل الشركة (-اه-)

هناك احتمالان آخران أحدهما سقوط الخيار لكون ذلك كالتلف و التلّف مسقط للخيار و فيه منع كونه كالتلف أولاً و منع كون التلّف (- مط-) مسقطاً للخيار ثانياً ثانيهما الرجوع إلى الصّالح نفى فى (- لك-) خلوه عن قوّة لبقاء ماله و أصالة بقاء خياره و هناك وجه خامس أجدد ممّا سبق و هو ان يعطى نصف الممتزج و يؤخذ منه بمقدار ما عرضه من الجودة أمّا إعطاء النّصف فلأنّه وزن متاعه و أمّا أخذ التفاوت منه فلعدم الدليل على استحقاؤه التفاوت من غير عوض و لعلّ الوجوه المزبورة فى الممزوج بالأردى نية هنا حرفاً بحرف فتزداد وجوه المسئلة فتأمّل

قوله طاب ثراه و رده الشيخ (- ره-) فى مسئلة رجوع البائع على المفلس بعين ماله بأنّه يستلزم الربا

وجه استلزامه الربا هو أنّ الحصّتين إذا كانتا متساويتين لزم فى مفروض (- المص-) (- ره-) مثلاً معاوضة ما يساوى نصف المجموع بما يساوى ثلثه

[بقي الكلام فى حكم تلف العوضين و تصرف الغابن فيما وصل إليه]

قوله طاب ثراه فمقتضى ما تقدّم من (- كره-) فى الإخراج (- اه-)

قد مرّ ذلك فى صدر البحث الرّابع من المسقطات اعنى تصرّف المشتري المغبون يبيع و نحوه و قوله من تعليل بيان لقوله ما تقدّم و التعليل هو ما أشار إليه من عدم إمكان استدراك العين بعد الخروج عن الملك

قوله طاب ثراه لكنك قد عرفت الكلام فى مورد التعليل (- اه-)

أشار بذلك إلى قوله بعد نقل

تعليل (- كره-) هناك و هو بظاهره مشكل لأن الخيار غير مشروط عندهم بإمكان رد العين (- اه-)

قوله طاب ثراه فاذا فسخ عزم قيمة يوم التلف أو يوم الفسخ

أقول منشأ القول الأول أنه لما كان الفسخ حلاً للعقد كان اللازم فى البيع المترزلاً بقاء العوضين و لو ببدلهما و لازم ذلك ثبوت البديل من حين التلف فاذا فسخ أخذ قيمة يوم التلف لأنه يوم الانتقال إلى القيمة و منشأ الثانى منع اعتبار بقاء العوضين أو ببدلهما إلى زمان الفسخ لعدم الدليل عليه و لا معنى لثبوت البديل على التلف فى حال كون الأصل و إنما ثبوت البديل حال الفسخ و إنما الثابت قيمة يوم الفسخ و هناك وجه ثالث و هو ثبوت قيمة يوم الدفع نظراً إلى منع ثبوت البديل حال الفسخ و إنما الثابت حال الفسخ هى العين و إنما ينتقل إلى البديل حال الدفع فيلزم ان تثبت قيمة يوم الدفع و لو سلمنا كون الانتقال إلى البديل حال الفسخ نقول ان الأصل فى البديل هو المثل و الانتقال إلى القيمة انما هو للعجز عن العين و لذا لو تمكّن من المثل فى الأثناء كلف به لأنه أقرب إلى العين فحيث لم يزل عاجزاً من العين و المثل إلى حين الدفع كان الانتقال إلى القيمة فى ذلك الزمان فالأظهر ثبوت قيمة يوم الدفع و حيث ان بعض حضار مجلس البحث أشكل عليه المطلب رأيت ان أوضح المقال فى ما يثبت فى الذمة و ذلك أنه ادعى استحالة ثبوت العين التالفة فى الذمة زعماً منه كون المراد من ثبوت العين ثبوت نفس العين المعدومة و هو خطأ لأن المراد بالثبوت فى الذمة ليس هو صيرورة الشيء كالحلقة فى عنق الإنسان بل المراد به ان الخطاب بالخروج عن عهده العين بأداء بدله يتوجه إلى المكلف من حين التلف لكن لما كان للبديل مصاديق فى المثلى هو مثل حال إمكانه و القيمة حال تعذر المثل و المراد كلى المثل و القيمة بحيث لا يكون شخصياً إلا بالأداء و لذا أنه لو كان المثل واحداً كان هو المصدق و لو تعددت بعد ذلك كان كل منهما يتخير بينهما الدافع و لو كان المثل هو العين لم يكن لعروض التخير وجه و لو تعذر بعد ذلك المثل كان مصداق البديل هو القيمة و لو دعا إمكان المثل دعا المثل مصداقاً و مصداقاً هكذا و لو كان المثل حين تلف المثلى متعذراً كان المصدق للبديل هى القيمة و لو أمكن المثل بعد ذلك عاد المثل مصداقاً و هكذا و كل ذلك يكشف عن ان الثابت هو الخروج عن كلى العهده و على هذا فالثابت فى القيمي كلى القيمة و لازم ذلك كون المدار فى المتلفات على قيمة يوم الأداء دون يوم التلف على ان اعتبار يوم التلف هنا غلط لأنه لا استحقاق يوم التلف حتى يكون المدار على قيمته و إنما يحدث الاستحقاق حين الفسخ فتدبر جيداً لتفهم لب المطلب

قوله طاب ثراه و رجع الغابن إلى المتلف (- اه-)

قد يناقش فى ذلك بان المتلف إنما أتلف المال فى حال كونه للمغبون فلم يتلف مال الغابن حتى يكون له الرجوع اليه و ليس الانتقال إلى البديل و أنت خبير بان هذه المناقشة إنما تتم بناء على ثبوت البديل فى ذمة المتلف حين الإتلاف و اما على ما هو الأظهر من ثبوت العين فى ذمته و عدم انتقاله إلى البديل إنما حين الاستيفاء فلا وجه لها لأن الثابت فى ذمة المغبون هى العين كما أنها هى الثابت فى ذمة المتلف فللمغبون احالة الغابن بالعين على المتلف لأنه أيضاً يضمن العين بالفرض بل للغابن الرجوع إلى المتلف من دون احالة المغبون و ذلك لأنه بعد الفسخ قد وجد الغابن ما ملكه بالفسخ فى ذمة المتلف كما لا يخفى

قوله طاب ثراه رد على الغابن القيمة يوم التلف (- اه-)

الحق هنا (- أيضاً-) رد قيمة يوم الدفع لما مر فى صورة التلف بافه سماويّه

قوله طاب ثراه و ان فسخ أخذ الثمن (- اه-)

الوجه فى ذلك ان الغابن حيث أتلف ما انتقل منه إلى المغبون فى حال كون ذلك مال المغبون ثبت للمغبون فى ذمة الغابن على التحقيق عين المتلف بالفتح فاذا فسخ المغبون ثبت للغابن فى ذمته (- أيضاً-) عين المنتقل اليه المتلف فتهاتر عين بعين و يأخذ المغبون من الغابن الثمن و ربما أورد بعضهم على الماتن (- ره-) بأنه لا وجه لما ذكره و ان التحقيق ان الغابن يغرم للمغبون القيمة يوم التلف و يغرم المغبون له قيمة يوم الفسخ قال و يظهر الثمر فى تفاوت القيمتين انتهى و أنت خبير بما فيه ضرورة ان الانتقال إلى

القيمة أنّما هو إذا لم يمكن الوفاء بالعين و الفرض هنا إمكان الوفاء بتهاتر عين بعين فلا معنى لإثبات القيمة حتى يثبت على الغابن قيمة يوم التلف و على المغبون قيمة يوم الفسخ هذا مضافا إلى أنّ رمى إثبات أنّ له أخذ الثمن بأنّه لا وجه له ممّا لا معنى له ضرورة أنّ أخذ الثمن ممّا لا بدّ منه على كل تقدير لأنّه عوض المبيع و لازم الفسخ استرداده على كلّ حال و أنّما الكلام فى أنّه هل يتهاثر عين بعين أو يلزم كلا منهما دفع قيمة العين إلى الآخر و ليس فى عبارة الماتن (- ره-) تعرّض لذلك و أنّما تعرّض لأخذ الثمن الذى لا اشكال فيه على كلّ حال فلا معنى لرمى عبارته بعدم الوجهة قوله طاب ثراه لأنّه لو اشترى عينا بعين فقبض إحدیهما (- اه-)

لفظة قبض بصيغة المجهول و الحكم ممّا صرّحوا به فى فروع القبض و نفى بعضهم معرفة الخلاف فيه و احتجّوا أنّما على الشق الأوّل و هو بطلان البيع الأوّل فبأنّ تلف المبيع قبل القبض من مال بايعه بمعنى أنّ المبيع ينتقل قبل التلف أنّا ما إلى ملك البائع فيتلف منه فالتلف مستلزم للانفساخ قبل التلف بان و هو المطلوب و أنّما يتمّ هذا الوجه ان لو قلنا أنّ حكم الثمن فى كون تلفه ممّن انتقل منه حكم المبيع و أنّما لم يفسد الوجه المذكور أنّا بطلان البيع الأوّل فى خصوص ما إذا كان التالف هو المبيع كما لا يخفى و أنّما على الشق الثانى و هو عدم بطلان البيع الثانى ببطلان الأوّل فبان لازم ما ذكر من مبنى الوجه الأوّل أنّما هو انفساخ البيع من حين التلف اى قبله بان ما فى كون البيع الثانى مصادفا للملك ضرورة أنّ العين المبيعة كانت ملكا خالصا للبائع و أنّما طرء البطلان على العقد بعد انتقال العين فلا- يؤثر فيما سبق من التصرفات بل يلزم البائع الثانى دفع المثل إن كانت العين مثليّة و القيمة إن كانت قيمية كما لو تلفت و بالجملة فلا سبيل إلى المعاوضة اللازمة لمجرّد حدوث مبدل المعاوضة الأولى بالنسبة إلى الآن الواقع بعد المعاوضة الثانية فان الحقّ متعلّق بثالث فيجعل بمنزلة التلف لأنّ المانع الشرعى كالمانع العقلى و كما يقدر رجوعه إلى ملك ناقله هناك فكذا هنا هذا ما ذكرناه فى شرح المسئلة فى مبحث القبض و ما نسبه (- المص-) (- ره-) إلى الجماعة فى تعيين قيمة يوم القبض ممّا لم نقف عليه و أنّما وقع الخلاف بينهم هناك فى أنّ المدار على قيمة يوم البيع أو يوم التلف ثمّ أنّ قولهم هناك بانّ المدار على قيمة يوم التلف أنّما كان ينفع بعد ضمّ عدم الفرق بين المسئلتين ان لو كان الحكم هناك لنصّ أو إجماع و ليس (- كك-) لفقد الدليل المعتبر و أنّما ذكروا ذلك هناك استنادا إلى ان القيمة حين البيع لم تكن لازمة على البائع و أنّما لزمت بتلف العين الأخرى الموجب لبطلان البيع و هذه العلة عندى محلّ نظر من حيث أنّ تلف العين لا توجب ثبوت القيمة و أنّما الثابت بالتلف عهدة العين و بدله غاية ما هناك أنّ البذل حين التلف هو

ص: ٨٥

قيمة ذلك اليوم فاذا لم يقبض البدل كان الثابت في ذمته (- أيضا-) كلى البدل فالمدار على يوم الدفع من المثل إن كان مثليا و وجد المثل و قيمة ذلك اليوم ان فقد المثل كما مر

قوله طاب ثراه و هذا ظاهر بل صريح في ان العبرة بقيمة يوم الانفساخ دون التلف

الوجه في ذلك هو ان التالف انما هو غير المقبوض المبيع ثانيا و الذى يغرم قيمته انما هو المقبوض المذكور فيغرم قيمته يوم الانفساخ الناشى من تلف العين الأخرى و لو كان المناط هو قيمة يوم التلف كان اللازم غرامة يوم بيعه لانه يوم تلفه شرعا و ان لم يتفق له تلف حقيقى كما تبه على ذلك الشيخ الوالد العلامة أعلى الله مقامه ثم تبه على أمر و هو ان الشهيد الثانى (- ره-) قال في (- لك-) انه يستفاد من ذلك ان تلف المبيع قبل قبضه انما يبطل العقد من حينه لا من أصله و الا لاسترد العين و تظهر الفائدة في ذلك و التمام انتهى

قوله طاب ثراه و الفرق بين المسئلتين مشكل

لا- يخفى عليك ان غرض الماتن (- ره-) من الاستشكال في الفرق بين المسئلتين انما هو استفادة قولهم هنا بكون المدار على قيمة يوم الانفساخ من قولهم به هناك لإثبات المطلب باللاحق بما هناك فما اعترضنا به عليه في الحاشية السابقة غير متجه عليه قوله طاب ثراه و تمام الكلام في باب الإقالة إنشاء الله

قد ذكروا في مبحث الإقالة في يوم القيمة و جوها أحدها انه يوم التلف نظرا إلى ان الضمان متعلق بالعين ما دامت فاذا تلفت تعلق بقيمتها يومئذ ذكر ذلك في (- لك-) و أتمه في الجواهر بأنه ليس المراد من الضمان اشتغال الذمة بالقيمة يوم التلف إذ لا يعقل اشتغال ذمة المالك بقيمة ماله بل المراد قيام القيمة يوم التلف مقام العين في صحة تعلق الإقالة لمعلومية بدلية المثل أو القيمة عن العين في كل ما يتعلق بها و نوقش فيه بان القدر المعلوم انما هو تعلق الإقالة و نحوها يوم التلف بالقيمة في الجملة لا بخصوص القيمة يوم التلف بل هو عين النزاع ثانيا انه يوم القبض نظرا إلى انه ابتداء زمان الضمان و رد بان كون يوم القبض ابتداء الزمان لا يدل على كون المدار على قيمة يوم القبض بشىء من الدلالات الثلاث ثالثا انه يوم الدفع نظرا إلى انه يوم معرفة القيمة التى هى عوض عن العين فيكون المدار عليها رابعا انه يوم الإقالة نظرا إلى ان العقد انما يبطل من حينها و ينتقل العين إلى القيمة من حينها و (- أيضا-) فيوم الإقالة يوم التعلق فإن القيمة يوم التلف قد قامت مقام العين فاذا تغيرت إلى يوم الإقالة قام كل قيمة مقام الأخرى إلى يوم الإقالة إذ ليس قيام القيمة يوم التلف مقام العين اولى من قيام كل من افراد القيمة مقام الأخرى بل هنا اولى بل الظاهر ان الذى قام مقام الغير انما هو كلى القيمة و ان قارنت تلك الخصوصية في يوم التلف و لا تشتغل ذمة بها تتشخص فيبقى كل فرد من افرادها قائما مقام الأخرى إلى يوم الإقالة فينتعين ذلك الفرد لانه هو الذى قارن الاستحقاق و هذا بخلاف القيمة في تلف المغصوب و نحوه مما تشتغل به ذمة المتلف و نحوه يوم التلف فتشخص (- أيضا-) بذلك و فيه (- أيضا-) نظر و هناك وجوه آخر مثل أعلى القيم من يوم التلف و يوم القبض أو من يوم القبض أو يوم الدفع و يوم القيمة إلى غير ذلك من صور الأعلى من بعض الوجوه الأربعة مع بعض و التحقيق اعتبار قيمة يوم الدفع لما مر من الوجه موضحا

قوله طاب ثراه و لانه ملك القيمة على المتلف (- اه-)

فيلزم ملك المغبون الفاسخ عليه القيمة لأن ملك شىء واحد بتمامه على الشخصين لا يعقل

[في جريان خيار الغبن في كل معاوضة مالية]

قوله طاب ثراه و فيه ما لا يخفى

أراد بما لا يخفى توجه المنع إلى الملازمة بين كون مشروعيتها لقطع المنازعة و بين كون المغبون مقهورا على الالتزام بالغبن فيجوز ان

يكون مشروعيته لخصوص قطع المنازعة على وجه لا يلحق المغبون ضرر بل الظاهر ذلك كما تبّه عليه الشيخ الوالد العلامة أنار الله برهانه

قوله طاب ثراه و لعله للإقدام فى هذين على رفع اليد (- اه-)

هذا أنّما يتّجه إذا كان اقدمه على الصّيح عن ذلك كائنا ما كان و اما إذا أقدم عليه بزعم أنّه مقدار كذا ثمّ تبين خلافه فصدق الإقدام عليه ممنوع و المدار فى الإقدام على ما يصحّ معه الامتنان الذى نفى الضرر فى الشّرع لأجله فمتى ما حصل لم تجر القاعدة و لم يثبت الخيار كما لا يخفى

قوله طاب ثراه نعم لو استدللّ بآية التّجارة عن تراض أو التّهى عن أكل المال بالباطل (- اه-)

قال الشيخ الوالد العلامة أنار الله برهانه أنّ التّرديد بينهما مع كون المجموع أية واحدة للإشارة إلى مناط الاستدلال و الضّمير المجرور بإضافة لفظ الاختصاص اليه عائد إلى الآية و المراد بالاختصاص أنّما هو الاختصاص الإضافى يعنى أنّ الآية من بين موارد الغبن مختصّة بما إذا أقدم على المعاملة محتملا- للضرر مسامحا فى دفع الاحتمال و أنّما فظهور شمول الآية للمعاملات التى تقابل فيها العوضان و تعادلا من الواضحات التى لا تكاد تنالها يد الارتياح فيصير الحاصل أنّ الآية باعتبار التّجارة عن تراض و الانتهاء عن أكل المال بالباطل فى ما يتعادل فيه العوضان من المعاملات مختصّة بما إذا احتمل المغبون الضرر عند المعاملة فدخل فيها مسامحة فى دفع الاحتمال

قوله طاب ثراه و تعرّضهم لعدم جريان خيار المجلس فى غير البيع (- اه-)

الفرق بين هذا الخيار و خيار المجلس واضح لاسيّ الاقتصار فى الخروج عن الأصل على مورد النص و الدليل لازم و مستند خيار المجلس هو النص الخاصّ المخصوص مورده بالبيع فلا يعدى إلى غيره بخلاف هذا الخيار فإنّ مستنده قاعدة الضرر فكلّ مورد وجد الضرر ثبت هذا الخيار

[فى أن خيار الغبن على الفور أو التراخي]

إشارة

قوله طاب ثراه اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي على قولين (- اه-)

قد قوى القول الأوّل جمع منهم الشهيد الثانى (- ره-) فى (- لك-) و القول الثانى هو خيرة جمع و استفاد فى (- لك-) من إطلاق مآنته المشيئة فى قوله كان له الفسخ إذا شاء أنّ الخيار فيه على التراخي و ربّما استفاد بعضهم هذا القول من نزاع جمع منهم كما مرّ فى سقوط الخيار بدفع الغابن التّفاوت لمنافاة ذلك الفوريّة الغير المنافية لذلك و هناك قول ثالث اختاره صاحب الجواهر (- ره-) و هو التّفصيل بين ما إذا حصل بالتأخير ضرر على الغابن فيكون على الفور و بين ما إذا لم يحصل فعلى التراخي و احتجّ على الشّق الأوّل بأنّ ضرر المغبون فيما بعد أوّل زمان إمكان الفسخ يعارض ضرر الغابن بالتأخير فيرجع فيما بعد زمان الفور إلى أصالة اللزوم و على الشّق الثانى بالاستصحاب و أنت خبير بما فى الشّق الأوّل من توقّفه على كون مستند خيار الغبن قاعدة الضرر و أنّ لم يكن لمقابلة ضرر المغبون بضرر الغابن وجه و (- أيضا-) فما ذكره على إطلاقه محلّ نظر لأنّ مقتضى القاعدة عند تعارض الضّررين هو الحكم لا قويهما دون تساقطهما معا (- مط-) و الرجوع إلى الأصل

قوله طاب ثراه و هو المشهور

قد نقل الشهرة فى (- ثق-) و غيرها (- أيضا-)

قوله طاب ثراه و قرره فى (- مع صد-) (- اه-)

(١١) وجه الاستدلال أنه حيث كان العموم زماثيا و خرج من تحته الزمان الأول بالدليل بقى ما بعد زمان الفور مشمولاً للعموم

قوله طاب ثراه و إن كان نفى الضرر و جب الاقتصار على الزمان الأول إذ به يندفع الضرر (-اه-)

(١٢) مراده أنه بترك الفسخ فى الآن الأول من بعد الالتفات يكون راضيا بالضرر فيكون كمن أقدم على ضرر نفسه و قد ادعوا

الإجماع على عدم ثبوت خيار الغبن فيما أقدم عليه عالما نعم يتقيد دلالة ترك

ص: ٨٦

الفسخ على الرضا و كونه إدخالاً- للضرر على نفسه بما إذا كان عالماً بفوريّة الخيار و الّا لم يكن ترك الفسخ دالاً على الرضا و لا إدخالاً للضرر على نفسه كما لا يخفى

قوله طاب ثراه اما فى وجوب الاقتصار على المتيقّن فلاّنه غير متجه مع الاستصحاب (- اه-)

لا- يخفى عليك أنّه بنى ردّ قاعدة الاقتصار على المتيقّن على تماميّة الاستصحاب و سيأتى ردّه للاستصحاب فيلزم تماميّة قاعدة الاقتصار على المتيقّن فلم يكن جميع الوجوه محلّ نظر كما زعمه (- قدّه-)

قوله طاب ثراه و بذلك يظهر فساد دفع كلام (- مع صد-) (- اه-)

المدافع هو صاحب الجواهر (- ره-)

قوله طاب ثراه فساد ما قيل فى الأصول (- اه-)

القائل هو العلّامة الطّباطبائى (- ره-) لكن قال بذلك فى الاستصحاب المخالف للأصل و وجه الفساد ما أشار إليه (- المص-) (- ره-)

(بقوله و قد عرفت أنّ مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع إلى العموم لكن لا يخفى عليك أنّ (- المص-) (- ره-) قد نسي

ما ذكره فى فرائده فى توجيه كلام هذا القائل حيث أنّه فى الأمر العاشر من تنبيهات الاستصحاب نقل كلامه و اعترضه بأنّه لا مجرى

للاستصحاب مع جريان العموم ثمّ قال و يمكن توجيه كلامه (- قدّه-) بأنّ مراده من العمومات بقريته تخصيصه الكلام بالاستصحاب

المخالف هى عمومات الأصول و مراده بالتخصيص للعمومات ما يعمّ الحكومة و غرضه أنّ مؤدّى الاستصحاب فى كلّ مستصحب

اجراء حكم دليل المستصحب فى صورة الشكّ فكما أنّ دليل المستصحب أخصّ من الأصول بمعنى تقدّمه عليها تخصيصاً

فالاستصحاب فى ذلك متمّم لحكم ذلك الدليل و مجريه فى الزمان اللاحق (- فكذلك-) الاستصحاب بالنسبة إلى العمومات

الاجتهادية فإنّه إذا خرج المستصحب من العموم بدليله و المفروض أنّ الاستصحاب مجرّ لحكم ذلك الدليل فى اللاحق فكأنّه (-

أيضاً-) مخصّص يعنى موجب للخروج عن حكم العام انتهى و هو توجيه لا غبار عليه فتدبر

قوله طاب ثراه نعم لو أحرز الموضوع من دليل لفظى (- اه-)

قال الشيخ الوالد العلّامة أثار الله برهانه أنّه يستفاد من هذا الكلام انه لو أحرز الموضوع من دليل لفظى على المستصحب بان ذكر فى

الدليل اللفظى فيما نحن فيه أنّ للمغبون الخيار مثلاً جرى الاستصحاب و ان كان الشكّ فى استعداد المقتضى كما انه لو كان الشكّ

فى الراجع جرى الاستصحاب (- مط-) و ان لم يدلّ على المستصحب دليل لفظى و ذلك بحكم المقابلة و عطف الثانى على الأوّل

بلفظ أو و يؤيده ملاحظة قوله فهو حسن على ما اشتهر من المسامحة فى تشخيص الموضوع فى استصحاب الحكم الشرعى الثابت بغير

الأدلة اللفظية المشخّصة للموضوع مع كون الشكّ من حيث استعداد الحكم للبقاء لكن ذلك غير موافق لما قرره فى الأصول من عدم

حجيّة الاستصحاب عند الشكّ فى استعداد المقتضى

قوله طاب ثراه ثمّ أنّه بنى المسئلة بعض المعاصرين (- اه-)

احتمل بعضهم كون المراد به المحقّق التّستري و لكن الظاهر أنّ المراد به المحقّق الشيخ على نجل كاشف الغطاء (- رهما-) فإنّ

العبارة هى عبارته (- ره-) فى خياراته

قوله طاب ثراه ففیه ان الكلّ متفقون (- اه-)

فيه أنّ اتفاق الكلّ لا حجيّة فيه فى مثل المورد ممّا لا يكشف اتّفاقهم عن رأى المعصوم عليه السّلام و لعلّ هذا البعض لا يسلم تماميّة

دلالة آية لزوم الوفاء بالعقود و لذا يتمسك بالاستصحاب

قوله طاب ثراه تعين الرجوع إلى أصالة فساد فسخ المغبون (- اه-)

هذه الفقرة جواب لكلمة لما فى قوله لانه لما لم يجز التمسك فى الزمان الثانى بالعموم (- اه-)

قوله طاب ثراه وفيه تأمل (- اه-)

وجه التأمل هو منع كون تجويز التأخير مطلقا ضررا على من عليه الخيار بعد فرض سلطنة من عليه الخيار على أنواع التصرفات قبل الفسخ حتى مثل التصرف بالتقل والإتلاف وإنما كان يصدق الضرر ان لو كان محجورا من ذلك فتدبر

[في أن المراد بالفورية هي الفورية العرفية]

قوله طاب ثراه ثم ان مقتضى ما استند اليه للفورية عدا هذا المؤيد الأخير هي الفورية العرفية (- اه-)

أراد بالمؤيد الأخير ما ذكره بقوله ان تجويز التأخير فيها ضرر على من عليه الخيار و وجه استثنائه على ما تبه عليه الشيخ الوالد (- قده-) هو كون مؤداه أوسع من الفورية العرفية فهو موافق لما يستظهره من (- كره-) و يشهد بما ذكر من الوجه ما يأتي في كلام (- المص-) (- ره-) من قوله مع ان قيام الدليل عليه مشكل الا ان يجعل الدليل على الفورية لزوم الإضرار لمن عليه الخيار فيدفع ذلك بلزوم المبادرة العرفية أوسع من الفور خصوصا بقربنة التقييد بقوله بحيث لا يعد متواتيا فيه قوله طاب ثراه لكن الذي يظهر من التذكرة (- اه-)

هذا الاستدراك لا يخلو من نظر لإمكان الفرق بين خيار العيب الذي هو مورد كلام (- كره-) و بين الفرض بان الخيار هناك من باب النص الخاص و رفع اليد عن إطلاقه و الحكم بالفور لا ينافي القول بكون الأمر فيه أوسع من الفور العرفي تشبثا بالإطلاق في الجملة بخلاف المقام فإن أصل الخيار لما كان من باب قاعدة الضرر لزم الاقتصار على الفور العرفي الذي به يزول الضرر قوله طاب ثراه (- اه-)

(١١) إذ لا فرق بين الجاهل بالغبن و الجاهل بحكمه قد يتوهم منافاة ذلك لما اشتهر بينهم من معذورية الجاهل بالموضوع و عدم معذورية الجاهل بالحكم فان لازم ذلك هو الفرق هنا بين الجاهل بالغبن و بين الجاهل بحكمه بمعذورية الأول دون الثاني و على هذا التوهم فيوجه عدم التفرقة هنا بأنه من باب ان منشأ هذا الخيار هو قاعدة الضرر و الضرر لا يزول بسبب الجهل بالحكم فيلزم ثبوت الخيار نعم لو كان الخيار من باب التعبد أتجه الفرق بين الجهل بالحكم و بين الجاهل بالموضوع و أنت خبير بسقوط التوهم من أصله ضرورة اختصاص قاعدة معذورية الجاهل بالحكم بالأحكام التكليفية و عدم تبدل الأحكام الوضعية بالجهل حتى يتصور المعذورية فيها و حكم الغبن حكم وضعي كما هو ظاهر

قوله طاب ثراه و يشكل بعدم جريان نفى الضرر (- اه-)

(١٢) قد يقال بان ذلك انما يتجه إذا احتمل هو الفورية ليصدق في حقه الإقدام على الضرر بترك الفسخ و اما إذا اعتقد التراخي فصدق الإقدام على الضرر المانع من جريان قاعدة الضرر ممنوع قوله طاب ثراه و المناط واحد (- اه-)

(١٣) قد يمنع اتحاد المناط فيهما و يفرق بينهما بكون الخيار في التأخير للنص و هنا من باب قاعدة الضرر (- فت-)

قوله طاب ثراه ففيه نظر

(١٤) وجه النظر ان القبول انما هو لكونه منكرا من مخالفة قوله لأصالة عدم العلم فاذا كان ممن لا يخفى عليه ذلك الحكم الا لعارض كان قوله مخالفا للظاهر فيكون مدعيا و (- ح-) و من أراد تميز المدعى من المنكر على مخالفة قول المنكر الأصل جعله منكرا و من اداره مدار موافقة قوله الظاهر جعله مدعيا و حكم بعدم قبول قوله و نحن لما جعلنا المدار في قضاء منتهى المقاصد على ان المدعى من يترك لو ترك و المنكر من لو لم ينازعه احد لم ينازع هو كان للمازم هنا عدم قبول قول مدعى الجهل إلا بالبيننة و ذلك لأن مقتضى فورية الخيار و مضى زمان يمكن فيه الفسخ هو سقوط خياره فهو في دعواه الجهل مدعى لبقاء خياره فاذا لم يقم بينة لم ينفع أصالة عدم العلم (- مط-) فالأقوى عدم قبول قوله في دعوى الجهل (- مط-) و الله العالم

[الخامس خيار التأخير]**إشارة**

قوله طاب ثراه الخامس خيار التأخير (- اه-)

(١٥) اتفق الأصحاب على عدم لزوم العقد في الفرض بعد الثلاثة أيام و إنما اختلفوا في أنه هل يثبت الخيار بعد الثلاثة أو يبطل البيع من رأس فاختر الأول في المقنعة و الانتصار و (- ية-) و (- ف-) و المراسم و جواهر الفقه و الغنية و الوسيلة و (- ثر-) و (- يع-) و (- فع-) و (- كرة-) و (- شاد-) و التنقيح و للمعتين و (- مع صد-) و (- لك-) و محكي (- ير-) و التبصرة و (- لف-) و

ص: ٨٧

شرح (- شاد-) للفخر و (-س-) و المقتصر و تعليق (- شاد-) للكركي و المفاتيح و الهداية للحز و غيرها بل في محكي (-س-) ان عليه الأكثر و في التنقيح تارة ان هذا النوع من الخيار من خواص أصحابنا لم يقل به احد من الجمهور و اخرى ان التلف بعد الثلاثة من البائع إجماعا و في الكفاية و المهذب البارع و محكي إيضاح (-فع-) و غيرهما ان عليه الأصحاب و في (- لك-) ان هذا النوع من الخيار مما أطبق الجمهور على عدمه كما أطبق أصحابنا على ثبوته انتهى

قوله طاب ثراه و الأصل في ذلك قبل الإجماع المحكي عن الانتصار و الخلاف و الجواهر و غيرها (- اه-)

قال في الانتصار مما انفردت به الإمامية ان من ابتاع شيئا معينا بثمن معين و لم يقبضا و لا قبض ثمنه و فارقه البائع بعد العقد ليمضى و ينقده الثمن فالمبتاع أحق به ما بينه و بين ثلثة أيام فإن مضت ثلثة و لم يحضر المبتاع الثمن كان البائع بالخيار إنشاء فسخ البيع و باعه من غيره و ان شاء طالبه بالثمن على التعجيل و الوفاء و ليس للمبتاع على البائع في ذلك خيار و لو هلك المبيع في مدة الأيام الثلاثة كان من مال البائع و خالف باقي الفقهاء في ذلك و لم يقل احد منهم بهذا الترتيب الذي رتبناه دليلنا على صحته ما ذهبنا إليه الإجماع المتردد انتهى و قال في (- ف-) من ابتاع شيئا معينا بثمن معين و لم يقبضه و لا قبض ثمنه و فارق البائع فالمبتاع أحق به ما بينه و بين ثلثة أيام فإن مضت و لم يحضر الثمن كان البائع بالخيار بين فسخ البيع و بين مطالبته بالثمن و ان هلك المبيع في مدة الثلثة كان من مال البائع و خالف جميع الفقهاء في ذلك دليلنا إجماع الفرقه و اخبارهم انتهى و قال في جواهر الفقه مسئله إذا باع شيئا معينا بثمن معين و لم يقبضه و لا قبض الثمن و فارق البائع و المشتري من يستحقه منهما الجواب المشتري أحق بهذا البيع إلى ان يمضى ثلثة أيام فإن مضت و لم يحضر الثمن كان البائع أحق به بعد ذلك و هو مخير بين فسخ البيع و بين المطالبة بالثمن لأن إجماع الطائفة على ذلك انتهى و قد ادعى الإجماع على ذلك في الغنية و (- ثق-) و المستند و كشف الظلام و غيرها (- أيضا-) و نسبه في (- ثر-) إلى أصحابنا ثم أنه ربما استدلل بعضهم بوجه آخر و هو ما أرسله من الأخبار في (- ف-) و الغنية و غيرها على الخيار لا البطلان المنجبره بالشهرة العظيمة و الإجماعات المنقولة المستفيضة بل المتواترة كما في جواهر الكلام و فيه أولا ان من المقطوع به إرادتهم بالأخبار التي أرسلوها هذه التي نطقت بأنه لا بيع بينهما و ثانيا ان الشهرة إنما تجبر ضعف السند بعد وضوح الدلالة لا الدلالة المبتية على اجتهاد المرسل

قوله (- قدّه-) و بما في (- كره-)

المجور و متعلق بقوله المعتضد فهو معطوف على قوله بدعوى

قوله طاب ثراه من ان الصبر أبدا مظنة الضرر (- اه-)

ربما يناقش في ذلك أولا بأن الضرر كما يرتفع بالخيار فكذا يرتفع ببطلان البيع و فيه ان الضرورة تقدر بقدرها و الضرر إذا ارتفع بالخيار لم يكن مقتضى للبطلان نعم يمكن المناقشة فيه بأنه بناء على الاعتماد على ذلك يلزم احالة ذلك على حصول الضرر بان يقال أنه حيث أوجب الصبر الضرر تخير و اين ذلك من ثبوت الخيار بعد ثلثة أيام سواء كان ضرر في الصبر إلى أقل منها أو لم يكن الصبر إلى اضعافها ضررا و عدم الخيار قبل الثلاثة (- كك-) (- فت-) و ربما ناقش بعضهم في التمسك بقاعدة الضرر بوجه آخر و هو ان الضرر هنا لم ينشأ من البيع نفسه حتى يتوقف رفعه على إثبات التزلزل فيه و انما نشأ من تأخير القبض و لا معنى لتدارك الضرر الناشئ من قبل شيء بنفى حكم شيء آخر و فيه نظر ظاهر ضرورة ان القبض من متعلقات البيع و متماته و لذا يكون التلف قبله من البائع فإذا حصل الضرر من ترك القبض أمكن نفي حكم البيع لدفعه كما لا يخفى

قوله طاب ثراه الأخبار المستفيضة (- اه-)

هذه العبارة خبر للمبتدئ السابق و هو قوله و الأصل

قوله طاب ثراه منها رواية علي بن يقطين (- اه-)

قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن عبد الرحمن بن الحجاج عن علي بن يقطين و السند صحيح و تقريب الاستدلال به و بما بعده يأتي عند اشارة الماتن (- ره-) اليه (- إن شاء الله-) (- تع-) قوله طاب ثراه و روايه إسحاق بن عمّار (- اه-)

قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن الهيثم بن محمد عن ابان بن عثمان عن إسحاق بن عمّار قوله طاب ثراه و روايه ابن الحجاج (- اه-)

قد رواها الكليني (- ره-) عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن الحسن بن الحسين عن صفوان بن يحيى عن عبد الرحمن بن الحجاج و لو لا ان الراوى عنه عليه السلام هو أبو بكر بن عتيّاش لكان السند صحيحا و توهم صحته نشأ عن عدم التفطن لذلك قوله طاب ثراه ثم قلت لا و الله لا أدعك أو أقاضيك كلمة أو بمعنى إلى ان أو الّا ان و لعلّ الثاني انبب قوله طاب ثراه و صحيحة زرارة (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن جميل و ابن بكير عن زرارة و تسميته صحيحا مبنى على ما هو المختار من كون إبراهيم بن هاشم من الثقات لقرائن عديدة التي منها كونه من مشايخ الإجارة مضافا إلى دعوى السيد بن طاوس (- ره-) الاتفاق على كونه من الثقات و ربّما ساق الشيخ الحرّ (- ره-) فى الوسائل فى طي أخبار الباب ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسن بن محمّد بن سماعه عن صفوان عن ابن مسكان عن هذيل بن صدقة الطحان قال سألت أبا عبد الله (- ع-) عن الرجل يشتري المتاع أو الثوب و ينطلق به إلى منزله و لم ينقد شيئا فيبدو له فيردّه هل ينبغى ذلك له قال لا الّا ان تطيب نفس صاحبه و أنت خبير بعدم دلالة على ما نحن فيه بوجه و أمّا هو من اخبار الإقالة و هناك رواية أخرى موافقة للأخبار المزبورة فى المضمون مخالفة لها فى مدّة اللزوم و هى ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن احمد بن يحيى عن ابى إسحاق عن ابن ابى عمير عن محمّد بن أبى حمزة الثمالى عن علي بن يقطين قال سئلت أبا الحسن (- ع-) عن رجل اشترى جارية و قال أجيئك بالثمن فقال ان جاء بينه و بين شهر و الّا فلا بيع له و رواه الصدوق (- ره-) بإسناده عن ابن فضال عن الحسن بن علي بن رباط عمّن رواه عن زرارة عن ابى عبد الله (- ع-) لكن لا عمل عليها لاشتراك ابى إسحاق فى الأول بين الثقة و غيره و ان استظهر فى مفتاح الكرامة كونه إبراهيم بن هاشم و إرسال الثانى بناء على احدى النسختين و على فرض الصّحة فشدوذهما و ندرتهما و اعراض كافة الأصحاب عنهما يمنع من العمل بهما فيطرحان أو يؤولان تبرّعا بالحمل على استحباب صبر البائع إلى شهر و ان كان له الخيار بعد الثلاثة و فى مفتاح الكرامة انّ الأولى لمكان ظهور صحّتها أو حسنّها ينبغى ان تحمل على بيان منتهى مدّة الصّبر فيكون للصّبر غايتان غاية و جوب و غاية جواز أمّا الأولى فهى الثلثة و أمّا الثانية فهى الثلاثون فيكون منتهى الصّبر فى كلّ مبيع ثلثين انتهى و هو ممّا لا بأس به إن كان لمجرّد الجمع من دون ان يدان به و ربّما حكى عن الشيخ (- ره-) تخصيصه الحكم بالجارية و الإذعان به فيها و فيه نظر لعدم العمل بها من الأصحاب حتّى فى موردها

قوله طاب ثراه كما فهمه فى (- ط-) (- اه-)

فيه انّ الموجود فى (- ط-) كما

ص: ٨٨

نقله أنما هو التعبير بلفظ الزوايات و لا دلالة فيه على ما نسبه اليه من فهم البطلان المصطلح منها و لا على فتواه بذلك كما غرى ذلك إليه في المهذب البارع

قوله طاب ثراه و توقّف فيه المحقق الأردبيلي (- ره-)

لم يتوقّف فيه المحقق الأردبيلي (- ره-) بل نفى البعد عن القول بالبطلان و استقره في الكفاية و قد أشار صاحب الجواهر (- ره-) الى تضعيف نسبة القول بالبطلان إلى الإسكافي و الشيخ بتقييد نفى الخلاف بالمحقق و إلى توهين قول من ذكر من الأواخر بتقييده بالمعتد به حيث قال لا خلاف محققا معتدا به أجده فيه انتهى و على أي حال فقد احتج القائلون بالبطلان بالأخبار المزبورة المؤيدة بمرسل (- ط-) المتقدم بتقريب أنّ الظاهر منها الانفساخ قهرا الذي هو أقرب إلى الحقيقة من نفى اللزوم و الحمل على نفى اللزوم الذي هو خلاف الظاهر لا يصار اليه إلا بقريته واضحة هي في المقام مفقودة فتأمل

قوله طاب ثراه إلا ان فهم العلماء و حملة الأخبار لنفى اللزوم (- اه-)

قد أشار بذلك إلى تقريب الاستدلال بالأخبار المزبورة على الخيار و توضيح القول في ذلك ما قيل من ان المراد بنفى البيع في الأخبار نفى لزومه لا- مورد ذكرها في المصاييح أحدها كونه في معرض البطلان بخيار البائع لا انتفاء الصحة إذ المفهوم من نفيه للمشترى ثبوته للآخر و الصحة لا تقبل التبعض الثاني تبادر ذلك منه و انصراف الإطلاق إليه بقريته المقابلة و وقوع الحكم في حيز الخيار الثالث ظهور كون العلة فيه دفع الضرر و أنما يندفع بالخيار و اما البطلان فربما كان أضمر على البائع من التزام البيع فلا يصل به الارتفاق المطلوب و في المتن أنّ فهم العلماء و حملة الأخبار لنفى اللزوم من نفى البيع ممّا يقرب دلالة الأخبار على الخيار و قد يظهر من العلامة (- ره-) في (- لف-) الاستشهاد للحمل المذكور بأن الأصل بقاء صحة العقد و أنت خير بما في كلّ من هذه الوجوه من النظر اما الأول فلأنه أشبه شيء بالمصادرة لأن كونه في معرض البطلان بخيار البائع عين المدعى و نفيه للمشترى أنما يدل على ثبوته للآخر إذا كان المنفى اللزوم بكون النفي للمشترى فإثبات كون النفي للمشترى بكون المنفى اللزوم دور فتأمل هذا مضافا إلى أنّ النفي بالنسبة إلى أحدهما و ارادة النفي بالكيفية شائع فيما له طرفان و إلى أنّه قد تضمن صحيح ابن يقطين نفيه بالنسبة إليهما جميعا كما سمعت في المتن و النسبة بينه و بين الأخبار المزبورة الإطلاق و التقييد الغير المتنافي ظاهرهما لأن عدم البيع للمشترى يلائم عدمه لكلّ منهما جميعا فيلزم الأخذ به و تحكيمة على مفهوم القصر على المشتري في تلك كما هو واضح عند كلّ متأمل منصف فان قلت بمقالة فاضل المستند من أنّ البيع هو فعل صادر من البائع و نفيه حقيقة غير صادق لتحقّق البيع في السابق و نفيه بعد الثلاثة لا معنى له إذ لا- بيع (- ح-) (- مط-) فالمراد معناه المجازي و هو اما البيع أو حكم البيع (- مط-) و استمراره أو صحته (- ح-) أو لزومه و إذا تعددت المجازاة لزم الأخذ بالمتيقن منها الذي هو نفى اللزوم و يعمل في الباقي بالأصل قلت من المقرّر في محلّه أنّه إذا تعدّرت الحقيقة فأقرب المجازاة متعين و لا ريب في ان الصحة أقرب و إنكار الأقربيّة أو تعين الحمل عليه مكابرة واضحة مضافا إلى شهادة صحيح علي بن يقطين عليه و المناقشة في ذلك بصدق نفى اللزوم بينهما و لو بنفيه للبائع منهما كما صدر من جمع من الأواخر منهم صاحب الجواهر (- ره-) واضحة السقوط بعد ما عرفت مضافا إلى ظهور مجموع قوله لا بيع بينهما في نفى الصحة كما لا يخفى و اما الثاني فلأنّ التبادر ممنوع بل لعل (- المص-) يعلم أنّ التبادر خلافه و أوهن من ذلك دعوى انصراف الإطلاق إليه فإنّه لا سبب للانصراف أصلا و الاستشهاد بقريته المقابلة نظرا إلى أنّ معنى قوله عليه السلام ان جاء فيما بينه و بين ثلثة أيام ان البيع لازم و قد قبله بقوله عليه السلام و إلا فلا بيع له فيكون معناه أنّه لا يلزم محلّ مناقشة ضرورة أنّ كون المراد بقوله ان جاء بينه و بين ثلثة أيام لزوم البيع فرع كون المنفى في مقابله اللزوم فالتمسك بالفرع للأصل ممّا لا وجه له و بتقرير أوضح إنّما يفهم المراد بالمقابل الذي أجمل فيه الحال من مقابلة المبيّن فإن كان المراد بعدم البيع بطلانه كما هو الظاهر كان المراد بمقابله صحته و إن كان المراد تزلزله كان المراد بالمقابل اللزوم فالعكس كما ارتكبه الموجه لا وجه له بل المراد و الله العالم أنّه ان جاء فيما بينه و بين ثلثة أيام فله بيعه الواقع بينهما

ان لازما فلازما و ان جائزا لشرط خيار شهر و نحوه مثلا فجائزا و ان لم يجئ فيما بينه و بين الثلاثة فلا بيع له و هذا ظاهر بل صريح عند كل منصف في بطلان البيع و (- أيضا-) لو كان المراد بالفقرة الأولى هو اللزوم للزم عدم شمول الخبر لما إذا جاء بالثمن قبل الثلاثة في البيع الجائز لشرط خيار شهر و نحوه فلا تذهل و اما وقوع الحكم في حيز الخيار فلم افهم له وجه أصلا و اما الثالث فدعوى محضة و اعتبار صرف لا يناط به الأحكام الشرعية و اما ما في المتن ففيه ان كلاً مكلف بما فهم و فهم العلماء و حملة الأخبار لا يكون حجة في حق غيرهم إلا إذا كشف عن قرينه واضحة لو اطلعنا عليها لفهمنا بسببها ما فهموه و من اين يمكن إثبات ذلك هنا إذ غاية ما هنا دعوى كشف فهمهم عما هو قرينه عندهم

و اما أنها قرينه حتى عندنا فلا سبيل لنا إلى إثباته و اما ما سمعته من العلامة (- ره-) من التعلق بالأصل و جعله شاهدا على الحمل مع الاعتراف بظهورها في خلاف ذلك فمما لا يليق بأقل خدمه و تلامذته و ان اغترّ بجلالته جمع من أواخر المشايخ فتبعوه من غير تعمق نعم ما اعترض به عليه في (- تق-) من أنه كيف يختص النفي باللزوم كما ادّعا مع أنه في ضمن الثلاثة (- كك-) لأن لزومه مراعى بحصول التقابض في ضمن الثلاثة منهما أو قبض أحدهما و ان اختلف وجه عدم اللزوم في الحالين لا وجه له ضرورة ان كون البيع مراعى على النحو الذي ذكره غير الجواز الموجب لتسلط كل منهما على الفسخ و بالجملة فظهور الأخبار المزبورة في القول الثاني مما لا ينبغي صدور إنكاره من ذي ادنى مسكته و الظهور حجة شرعية لا يسوغ لنا التخلف عنه فان قلت بمقالة سيدنا في مفتاح الكرامة من اننا قد أصيلنا ان الأخبار كلما اشتد ظهورها في مخالفة المشهور مع وقوفهم عليها ضعفت عن الاستناد إليها فما ظنك بما إذا كانت مخالفة للإجماع المستفيض نقله الشاهد بصدقه تطابق الفتاوى عليه الا من شاذ لا يزال مخالفا قلت الذي قرع سمعك تأصله انما هو ان الأخبار كلما ازدادت صحت ازدادت بسبب إعراض الأصحاب عنها و هنا و ضعفا و اما أنها كلما اشتدت ظهورا في مخالفة المشهور مع وقوفهم عليها ضعفت عن الاستناد إليها فكلا لا يقتضيه قاعدة و لا ينضبط بضابطه كيف لا و قد شاع بينهم و ذاع و ملأ الدفاتر و نودى على المنابر ان فهم مجتهد ليس حجة على غيره لكونه ظننا لم يقيم على حجة دليل و فيما نحن فيه قد علم عدم إعراض الأصحاب عن تلك الأخبار بل علم ركونهم إليها و عروجهم عليها و انما سبب الخلاف فهم مضامينها و كل مكلف بما فهم فان قلت أنت تستكشف بعمل الأصحاب بالخبر عن وجود قرينه هناك جابرة لضعفه فما بالك لا تستكشف بفهمهم عن وجود قرينه صارفة لهذه الأخبار عن ظواهرها قلت لما كان أمر السند هينا و القرينة الجابرة عند الأصحاب جابرة عندنا غالبا اعتبرناه

ص: ٨٩

و استكشفنا القرينة من عملهم بخلاف القرينة الصارفة و لذا لو كشف عملهم عن قرينة لو عثرنا عليها لفهمنا مثل ما فهموه لاعتبرنا فهمهم و لكننا هنا منكرون الكشف عن القرينة الكذائية فالمخالف هنا انما هو فهم المضمون لا نفس الرواية و (-ح-) فان كنت من أهل الإجماع المنقول و مقدمية على سائر الأدلة طرا فالكلام معك في المبنى و الا فيلزمك الأخذ بأخبار العترة الطاهرة و الإذعان بما يظهر لك منها ألما ان تكون ممن يعرف الحق بالرجال لا- الرجال بالحق و عليك بالتدبر و التأمل لعلك تقف على ما يؤيد القول المشهور

[في شروط خيار التأخير]

قوله طاب ثراه و لا خلاف ظاهرا (-اه-)

و في الرياض ان ظاهر الأصحاب الاتفاق على الاشتراط و ادعى الإجماع عليه في المصايح و قد تضمن هذا القيد جملة من معاهد الإجماعات على أصل خيار التأخير و يدل عليه ان الخيار مخالف لأصالة اللزوم فيلزم الاقتصار فيه على مورد النص و ليس الا عدم قبض الثمن

قوله طاب ثراه و تبعه بعض المعاصرين (-اه-)

أراد به صاحب الجواهر (-ره-) و وافقهما في ذلك سيدنا في مفتاح الكرامة و كاشف الظلام مستندين إلى انه ليس في الأخبار ما يدل على اشتراط عدم قبض المبيع بل إطلاقها يشمل صورتى إقباضه و عدمه و فيه ان صحيح ابن يقطين المتقدم مقيد للإطلاق على ان الإطلاق مبنى على ان القبض في نحو المتاع هو الأخذ باليد لغلبة تحققه بعد عقد البيع و اما على القول بان القبض فيه هو النقل فليس للإطلاق ظهور في ذلك بل ظاهر السياق عدم تحققه و لعل استناد الأصحاب الى هذه الأخبار مع اشتراطهم عدم قبض المبيع مبنى على كون القبض عندهم في نحو المتاع هو النقل لا مجرد القبض باليد

قوله طاب ثراه أو احتمال قراءة (-اه-)

لا يخفى عليك انه على هذا الاحتمال يلزم قراءة بيعه بالضم و على قراءة قبض بالتشديد و بيعه بالتخفيف يلزم قرائته بالفتح

قوله طاب ثراه لان استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر (-اه-)

مضافا الى احتياجه الى إضمار لفظ الثمن مع ركاكة التعبير عن الرجل في أول السؤال بالبائع إذ لا داعى الى ذلك و لو كان أراد به البائع لجعل فاعل قبض الضمير العائد الى الرجل (-فت-)

قوله طاب ثراه مع إمكان إجراء أصالة عدم التشديد نظير ما ذكره في (-الروضة-) من أصالة عدم المد في لفظ البكاء (-اه-)

قال الشيخ الوالد قدس الله تعالى روحه انه ربما يتوهم ان الفرق بين المقيس و المقيس عليه واضح لعدم اختلاف الهيئة في البكاء الا من حيث القصر و المد المدفوع بالأصل بخلاف البيع بالتخفيف و البيع بالتشديد لاختلاف الهيئتين مضافا الى التشديد و لكنه يندفع بان الياء المتصل بالياء ساكن على تقديرى التخفيف و التشديد و الشك انما هو في وجود الياء الثانية المكسورة على تقدير التشديد

قوله طاب ثراه وجوه

قلت مستند الوجه الأول ان القبض ظاهر في القبض الصريح فاذا كان بدون اذن البائع كان شرعا كلا- قبض و مستند الثالث ان المطلوب هو القبض و قد حصل و كونه بغير اذن البائع لا يضرب و مستند الثاني هو مستند الثالث بضميمة انه إذا استرد كانت الحكمة المقتضية لخيار التأخير جارية هناك موجبة لثبوته و ان عدم الاسترداد مع الإمكان لعله يكشف عن إمضاء القبض الواقع بلا اذن

قوله طاب ثراه رابعها ابتناء المسئلة (-اه-)

هنا وجه خامس و هو الفرق بين الاسترداد فلا اثر للقبض و بين عدم الاسترداد الكاشف عن إمضاء القبض المذكور فيوجب سقوط

الخيار و بين عدم الاسترداد الغير الكاشف فلا يوجب سقوطه فتدبر

قوله طاب ثراه و لعله الأقوى

لا يخفى عليك ابتناء ذلك على كون مستند هذا الخيار قاعدة الضّر و قد عرفت عدم تماميتها فلا وجه لإدارة الحكم مدار الضّر بل اللّازم بناء هذا الفرع على اعتبار الإذن فى القبض و عدم فعلى الأوّل يكون كلا قبض و على الثانى يكون قبضا فتدبر قوله طاب ثراه فيجرى دليل الضّر بالتقريب المتقدّم (- اه-)

أراد بالتقريب المتقدّم ما ذكره فى الاستدلال على أصل ثبوت خيار التأخير من قوله حيث أنّ المبيع هنا فى ضمانه و تلفه منه و ملكه لغيره لا يجوز التصرف فيه هذا و لكن ناقش الشيخ الوالد (- قدّه-) فى ذلك بأنّه مع سريان احتمال المقاصة لا يتمّ التقريب المذكور و عدمه ضرورة أنّ الضمان ليس ممّا يمنع من سريان احتمال المقاصة فتدبر قوله طاب ثراه و لو مكن المشتري من القبض فلم يقبض (- اه-)

حكى عن العلامة (- ره-) فى (- ير-) إسقاط الخيار به و نفى بعض الأواخر وجدان موافق له فى ذلك ثمّ بناء على القول بأنّ القبض هو التخليّة (- مط-) أو فيما يكون قبضه (- كك-) و الّا فالأشبه بقاء الخيار و ان أسقطنا الضمان به لمنع عموم بدليّة التمكين عن القبض و سند المنع بقاء حقّ الحابس للبايع المنع من اقباض الثمن حتى يقبض الثمن و للمشتري المنع من دفع الثمن حتى يقبضه البائع للمثمن

قوله طاب ثراه لأنّ ظاهر النصّ و الفتوى كون هذا الخيار إرفاقا للبايع و دفعا لتضرّره

(١١) فيه أنّ الإرفاق و الضّرر من باب الحكمة فلا يدور الحكم مدارهما فالأولى التعليل بأصالة اللّزوم بعد انصراف النصوص إلى صورة عدم التمكين (- أيضا-) فتدبر قوله طاب ثراه و فيه نظر

(١٢) وجه النظر أولا- أنّ تركه إياه عنده أعمّ من التمكين و عدمه و من قبضه و تركه و عدمهما و لو قال ثمّ يودّعه عنده لدلّ على القبض و التّرك عنده و ليس التعبير بيودع بل بيدع و ثانيا أنّه على فرض الدلالة على الغبن و الإيداع فغاية ما هناك وقوع السّؤال عن حكم صورة القبض و لا يلزم من ذلك عدم الخيار فى صورة عدم التمكين فإنّ إثبات الشىء لا ينفى ما عداه و لعلّ مناط الخيار ما هو أعمّ

قوله طاب ثراه و فى كون قبض بعض المبيع ذلك كلا قبض (- اه-)

(١٣) قد افتى بكون قبض البعض كلا- قبض جمع جازمين به بل نفى وجدان الخلاف فيه فى مفتاح الكرامة و نفى الخلاف فيه فى الجواهر و المصاييح قال فى الأخير لو انتفى القبض منهما و لو ببقاء البعض فالخيار باق فى الكلّ بلا خلاف انتهى و الوجه فى ذلك تبادل قبض الجميع من القبض فى تلك الأخبار و ظهورها فيه مؤيدا بفهم ابى بكر بن عيّاش الّذى هو من أهل اللسان فى خبر ابن الحجّاج المتقدّم حيث حكم عليه السّلام بثبوت الخيار فى صورة قبض بعض الثمن مستندا الى قوله عليه السّلام من اشترى شيئا فجاء بالثمن بينه و بين ثلثة أيام و الّا فلا بيع له

قوله طاب ثراه و اشتراطه مجمع عليه نصّا و فتوى (- اه-)

(١٤) قال الفقيه الغروى (- قدّه-) أنّه لو ادّعى الإجماع المحض على هذا الشّرط لم يكن بعيدا قلت و ادّعى فى المصاييح الإجماع على الاشتراط و فى كشف الظلام أنّه الّذى يقتضيه ظاهرهم اجمع و فى المستند أنّه شرط بالإجماع و الأصل فى ذلك أصالة اللّزوم فى صورة القبض بعد كون مورد جميع الأخبار عدم قبض الثمن فلا إشكال فى ذلك قوله طاب ثراه و قبض البعض كلا قبض (- اه-)

(١٥) الجزم هنا بذلك لا يلائم ما صدر منه فى سابقة من ذكر الوجوه الثلث مع كون المسئلتين من واد واحد

قوله طاب ثراه لظاهر الأخبار

(١٦) اعترضه الشيخ الوالد العلامة أنار الله برهانه بمنع ظهور الأخبار فى كون قبض البعض كالعدم بسكوتها عن ذلك ان لم نقل بانّ

الظاهر من عدم القبض فى الأخبار

ص: ٩٠

عدم قبض شيء من الثمن قلت في استظهاره (- قدّه-) (- أيضا-) نظر قوله طاب ثراه وفيه نظر (- اه-)

وجه النظر اما ضعف السند بأبي بكر أو ضعف الدلالة بعدم حججه فهم أبي بكر لكن الإنصاف عدم توجه الأول للانجبار بالعمل ولا الثاني لأن التبادر إلى أذهان أهل اللسان وهو هنا أبو بكر وابن الحجاج معتبر ويمكن ان يكون وجه النظر التأمل في الدلالة من حيث ان أبا بكر إنما نقل قول الإمام عليه السلام ولم يعلم أنه جعل المورد من الجملة الشرطية الأولى أو الثانية ولم يبين ان البيع الثاني صحيح أم لا وان خيار التأخير ثابت للبائع بسبب تأخير المشتري بعض الثمن أم لا فلا يمكن الاستشهاد بفهم أبي بكر وفيه ان توجيه أبي بكر الخطاب إلى المشتري واقتصاره على نقل الخبر قرينه واضحة على إبطاله العقد الأول وازالته حق المشتري الأول بسبب تأخيره إيصال بعض الثمن وارتكاب البائع ما يوجب كونه فسحا فعليًا فتدبر قوله طاب ثراه والقبض بلا اذن كعدمه (- اه-)

احتمل بعضهم عدم اعتبار الإذن لأصالة عدم اشتراطه في القبض المسقط للخيار بعد منع ظهور الأخبار في الاشتراط مضافا الى استحباب اللزوم الثابت من حين العقد وعدم عروض الجواز بعدم اذنه في القبض قوله طاب ثراه مع ان ضرر ضمان المبيع (- اه-)

فيه ان المدار ليس على الضرر كى يدور مدار بقائه وارتفاعه بل المدار على القبض الظاهر في القبض بإذن قوله طاب ثراه وربما يقال (- اه-)

القائل هو العلامة الطباطبائي (- ره-) في المصاييح و تبعه سيدنا في مفتاح الكرامة قوله طاب ثراه نعم لو كان القبض (- اه-)

هذا تفصيل من الماتن (- ره-) بين القبض بحق ولا بحق فيكون وجهها رابعا في المسئلة واحتمل بعضهم التفصيل بين ما إذا كان المبيع و الثمن شخصيين فلا يعتبر الإذن لأن العين مالهما فلهما قبضه و بين ما إذا كانا كليين فلا يجوز القبض إلا بإذن و لا اثر للقبض بغير إذن لأن الكلى لا يعود شخصيا أما بالقبض عن رضا من عليه الكلى وفيه ان مقتضى اشتراطهم في موضع هذا الخيار كون العوضين مشخصين غير كليين هو كون مورد كلامهم هنا هو الشخصى فيكون التفصيل المذكور تفصيلا بين محل النزاع والخارج عن حريمه فتأمل جيدا وقال والدى العلامة أنار الله برهانه ان هذا مبنى على مذهب (- المصنف-) (- ره-) من ان مجرد تمكين البائع المشتري من المبيع ينزل منزلة القبض فيخرج عن قاعدة ضمان البائع ما تلف قبل قبض المشتري كما دل عليه قوله (- ره-) فى ذيل الشرط الأول وربما يستظهر من قول السائل (- اه-) وقال فى أحكام القبض و هل يكتفى بالتخليه على القول بعدم كونها قبضا فى سقوط الضمان قولان لا يخلو السقوط من قوة و ان لم نجعله قبضا انتهى قوله طاب ثراه فتأمل

جعل الشيخ الوالد قدس الله تربته الزكية الأمر بالتأمل للإشارة إلى أنه كان يمكنهم التعبير على وجه لا يكون عنوان المسئلة باسم البائع المناسب له اعتبار الإقباض وعدم قبض الثمن من جانبه فأخذهم العنوان باسم البائع ناظرا الى ما ذكره القائل من اعتبار الإذن من البائع فى قبض المبيع وكفاية مجرد قبض الثمن من المشتري و لو بدون اذن من البائع أقول كون تعبيرهم إشارة الى ما ذكره (- قدّه-) فى غاية البعد و لو سلم فلا حجة فى قولهم بعد فقد هذا التعبير فى الأخبار التى عليها المدار

قوله طاب ثراه و لو أجاز المشتري قبض الثمن بناء على اعتبار الإذن كانت فى حكم الإذن

هذا مما افتى به العلامة الطباطبائي (- ره-) فى المصاييح نظرا الى وضوح عدم مدخلية الإذن حال القبض و خالف فيه الشيخ (- ره-) فمنع من كفاية الإذن للملاحق للقبض فى سقوط الخيار نظرا الى عدم حصول الإقباض واستضعفه فى المصاييح بعد نقله و وجه

الضعف ظاهر ضرورة القطع بعدم اعتبار الإقباض بهذا المعنى بل المراد حصوله في يد المنتقل اليه ثم أنه بقي هنا أمور آخر متعلقة بالشرطين لم يتعرض لها الماتن (- ره-) الأول أن لازم جعل كل من قبض البائع الثمن و قبض المشتري للمبيع شرطاً هو انتفاء الخيار بانتفاء احد الشرطين فلو قبض البائع الثمن قبل انقضاء الثلاثة سقط الخيار و ان لم يقبض المشتري المبيع و كذا ان قبض المشتري المبيع قبل انقضاء المدّة و ان لم يقبض البائع الثمن و قد صرح بذلك جماعة حاكين الخلاف في ذلك عن الشيخ (- ره-) حيث حكى عنه إطلاق أن للبائع الفسخ متى تعدّر الثمن و عن الشهيد (- ره-) تقويته له في (- س-) و نفى عنه البعد في (- لك-) ثمّ قوّى العدم حيث قال اعلم أن للشيخ (- ره-) قولاً بجواز الفسخ متى تعدّر الثمن و قوّاه الشهيد (- ره-) في (- س-) و كان مستنده خبر الضّرر إذ لا نصّ فيه بخصوصه و ليس ببعيد إلاّ أن التمسك بلزوم العقد و وجوب الوفاء به أقوى و أخذه مقاصد يرفع الضّرر ان تمكّن و إلا فلا يدفع بالفسخ انتهى و لا يخفى عليك أن اخبار المسئلة تنفي قول الشيخ (- ره-) لأنه عليه السلام اثبت البيع بإقباض الثمن قبل الثلاثة في صحيح زرارة و خبرى ابن الحجاج و إسحاق و هو بإطلاقه يشمل ما لو قبض المشتري المبيع أم لا و كذا اثبت عليه السلام البيع في صحيح ابن يقطين بقبض المشتري المبيع و إطلاقه يشمل ما إذا قبض البائع الثمن أم لا و اما قاعدة الضّرر فمع عدم تماميتها في نفسها كما أشير إليه في أصل المسئلة و ما تقدّمها قد سمعت ما فيها من شيخ (- لك-) من أن فائدة الفسخ التسلّط على العين فان تمكّن منها أخذها مقاصد غيرها و إلا فلا فائدة له مضافاً الى ان البائع (- ح-) هو الذي أدخل الضّرر على نفسه بتسليم المبيع قبل أخذ الثمن الثاني أنه لو قبض أحدهما أو كلاهما ما انتقل اليه فبان المقبوض مستحقاً للغير كلاً أو بعضاً لم يسقط الخيار إذ لا عبرة بالفساد نعم قبض المعيب كقبض الصّحيح في سقوط خيار البائع به كما نبه على ذلك في المصاييح و غيره و هو متين لكن أصل فرضه في الثمن واضح و اما في المبيع فمبنى على عدم اعتبار كونه عينا و إلا لكان ظهور كونه مستحقاً للغير موجبا لبطلان البيع من رأس فضلاً عن الخيار كما لا- يخفى و سيأتى الكلام في المبني (- إن شاء الله-) (- تعالى-) الثالث أن القبض لما في الذمّة أنّما يكون باحتسابه الزّابع أنّه لا فرق في إسقاط الغبن للخيار بين ان يكون بنفسه أو وكيله في البيع و القبض أو الثاني فقط أو بوليّه لإطلاق ما دلّ على قيام الوكيل و الولي مقام الموكل و القاصر الخامس أن الإتلاف من أحدهما لما انتقل اليه و هو في يد صاحبه قبض حكماً لكونه أقوى منه السادس أنه قال الفقيه الغروي (- ره-) أن القبض للمعين لا يعتبر فيه التّيّة من القابض و لا يقدر فيه تّيّة الخلاف و للكلّي لا تعتبر فيه التّيّة منه (- أيضاً-) على الأقوى و هل تقدح تّيّة الخلاف كان يقبض على أنّه عارياً أو وديعاً أو رهن و نحوها وجهان انتهى قلت الأظهر عاجلاً- اعتبار عدم تّيّة الخلاف إذا نوى المعطى أنّه مبيع أو ثمن لأنّ المدار في أمثال ذلك على تّيّة المعطى سيّما مع وجود سبب ملزم للإعطاء سابق على قصد الأخذ فتدبر و انتظر لتتمّة الكلام في مبحث القبض (- إن شاء الله-) (- تعالى-)

قوله طاب ثراه مع أنّه في الجملة إجماعي (- اه-)

قد ادعى الإجماع عليه في المصاييح و مفتاح الكرامة و كشف الظلام و الجواهر و خيارات الفقيه الغروي (- ره-) و المستند و غيرها و الأصل في ذلك ما أشار إليه (- المصنف-) (- ره-) مؤيداً بأنّ الواجب مع الشرط مراعاة الأجل طال أو قصر فلا يتقدّر بالثلاثة و إثباتها بعد الحلول خروج عن ظاهر الفتوى و الدليل و بالجملة فالبيع في

ص: ٩١

الأخبار المزبورة ينصرف الى الحال فيبقى المؤجل تحت الأصل و من هنا صرح العلامة (- ره-) في عبارته المزبورة من (- كره-) و الجماعة المتقدم حكاية دعوى الإجماع عنهم بعدم ثبوت الخيار في المؤجل حتى إذا كان الأجل ساعة نظرا منهم الى الشك في ثبوت الخيار في المؤجل و لو ساعة المقتضى للرجوع إلى أصالة اللزوم لكن لا- يخفى عليك توجه الإشكال على الذين مالوا الى التمسك في أصل المسئلة أو بعض فروعها بقاعدة الضرر فإنه يلزمهم الحكم (- ح-) بثبوت الخيار بالتأخير عن زمان انقضاء المدّة المشروطة بلا فسخ أو بفاصلة ثلاثة أيام لقاعدة الضرر و كذا يلزم ذلك من استند في أصل المسئلة الى النص و جعل دفع الضرر عن البائع حكمة أو علمه إلا ان يتعلقوا هنا بالإجماع و يخرجوا به عن تحت القاعدة و ربما استدل في المستند على عدم ثبوت الخيار في السلف بعدم إطلاق البيع المطلق في الأخبار عليه و بظهور صحيح زرارة و ابن يقطين في غيره لمكان قوله عليه السلام ثم يدعه في أولهما و ان قبض بيعة في الثاني و على عدم ثبوت الخيار في النسيئة إلى ظهور جميع الأخبار في غيره حيث ان مبدء الثلثة أيام فيها بحكم التبادر وقت البيع فالحكم بأنه ان لم يجئ بالثمن فيها يكون البائع ذا خيار قرينه على ارادة غير النسيئة ثم أنه (- ره-) أضاف الى ذلك أنه على القول بشمول تلك الأخبار للنسيئة و السلف يكون الأخبار الدالة على لزوم كل من النسيئة و السلف المذكورة في ثانيهما معارضة مع تلك الأخبار بالعموم من وجه فلو لم يترجح الأوليان فالمرجع إلى أصالة لزوم مطلق البيع و أقول ما ذكره أولا و ثانيا فلا بأس به و اما ما اضاف الى ذلك فلا يخلو من نظر ضرورة أنه بعد تسليم شمول الأخبار للنسيئة و السلف فكما خصت اخبار لزوم البيع الحال فكذا تخص اخبار لزوم النسيئة و السلف كما لا- يخفى و كون التعارض على وجه العموم من وجه المانع من التخصيص ممنوع بل التعارض على وجه العموم المطلق لأن اخبار لزوم السلف و النسيئة عامّة لما إذا أحر المشتري تسليم الثمن و تسلّم المبيع أم لا و اخبار المسئلة خاصّة بما إذا أحر و تخلف فيخص بها عموم تلك فلا تذهل فرع لو شرط التأجيل في البعض فأخر الباقي فقد صرح جمع منهم العلامة (- ره-) في (- كره-) و (- عد-) و ولده في الإيضاح و الكركي في (- مع صد-) و علامة المصايح و السيد في مفتاح الكرامة و غيرهم بعدم ثبوت الخيار بتأخير القبض و الإقباض و عللوا ذلك بوجوه أحدها ما في المصايح و غيره من تغيير الصورة الظاهرة في حلول الجميع و أنت خبير بأنه غير واف بالمطلوب بل لا بدّ من تميمه بأنه يخرج الفرض حينئذ عن تحت مدلول الأخبار فيرجع فيه الى أصالة اللزوم و لعل (- ره-) ترك التتميم إحالة إلى الوضوح ثانيها ما في (- مع صد-) و غيره من ان قوله عليه السلام و لا قبض الثمن في الزوايه يرشد الى كون الثمن حالا لأن المتبادر أنه عدم ملكة قلت هذا الوجه حاله حال سابقة ثالثها ما في (- مع صد-) و المصايح و غيرهما من سقوطه في المؤجل بالشرط فيسقط في الكلّ لثلا يلزم التبعض في الخيار فيلزم منه تبعض الصفة و فيه ان بطلان التالي غير معلوم غاية ما هناك أنه بتبعض الصفة يثبت الخيار للمشتري و لا مانع من ذلك رابعها ما في الإيضاح من ان الأصل لزوم العقد خرج منه ما إذا كان الثمن حالا إجماعا فبقي الباقي على أصله و هذا الوجه هو الذي ينبغي الركون اليه و العروج عليه و ربما استشكل العلامة (- ره-) في (- عد-) فيه ثمّ قرب عدم الثبوت و لعلّ منشأ الإشكال ممّا ذكروا من جريان العلة أو اتحاد المناط و لكن العلة غير معلومة و المناط غير منقح فلا معدل عن الأصل الأصيل

قوله طاب ثراه نصّ عليه الشيخ (- ره-) (- اه-)

قد نصّ على ذلك في (- ط-) و (- ف-) و صرح به في الانتصار و محكّي المراسم و الوسيلة و غيرها بل يشمله إجماع (- ف-) و الانتصار و غيرهما كما سيّبه عليه (- المصنف-) (- ره-) و حجّة هذا القول أصالة اللزوم بعد الشك في شمول الأدلة للكلّي

قوله طاب ثراه و هو ظاهر جامع المقاصد (- اه-)

وجه الظهور ان تقييد نفى الفرق بين العيب و ما في الذمّة بكونه في الثمن يظهر منه ثبوت الفرق بينهما في المبيع

قوله طاب ثراه و قال في الغنية (- اه-)

في هذه العبارة مواضع للدلالة على اشتراط كون المبيع عينا أو شبهه فمنها قوله (- ره-) ان المشتري إذا لم يقبض المبيع (- اه-) فإن

ظاهرة أنّ المبيع ممّا له شأنيّة القبض لكن لم يتحقّق فعليّته و منها قوله هذا إذا كان المبيع ممّا يصحّ بقائه (-ه-) فانّ التفصيل بين ما يصحّ بقائه و ما لم يصحّ بقائه أنّما يتأتّى في الأعيان و الّا فالخضراوات (- أيضا-) إذا بيع منها ما هو كلّى قابل للتحقيق في ضمن أفراد كثيرة لم يصبر ممّا لا يصحّ بقائه لتحققه في ضمن أيّ فرد كان و منها قوله (-ه-) ان تلف المبيع قبل التلّث من مال المشتري و بعده من مال البائع فإنّ ذلك ممّا لا مجال له الّا فيما كان المبيع عينا

قوله طاب ثراه مع أنّا نقول انّ ظاهر المعين في معاهد الإجماعات التشخيص العيني (-ه-)

قال والدى العلّامة أنار الله برهانه أنّ هذا الكلام مرتبط بالاستدلال على أصل المسئلة و هو اشتراط كون المبيع عينا لا بتفسير الثمن المعين فإنّه بعد ما استظهر من كلام الشيخ (-ه-) اطباق الجميع على الاشتراط المذكور و أيده بتصريح التّحرير و المهذب البارع و غاية المرام و ظاهر (- مع صد-) و حكى دعوى ابن زهرة الإجماع عليه أضاف الى ذلك ظهور المعين في معاهد إجماعات الانتصار و (-ف-) و الجواهر في التشخيص العيني و أنّه خرج الثمن بالإجماع فلا يشترط فيه التشخيص العيني و بقى المبيع و بهذا البيان ظهر أنّ المراد بمعاهد الإجماعات أنّما هي المعاهد المعهودة اعنى معاهد إجماعات الانتصار و (-ف-) و الجواهر و أنّ قوله (-ه-) في مقعد إجماع الانتصار و (-ف-) و الجواهر (-ه-) أنّما ذكره لإفادة الأخبار باللفظ الواقع في عباراتهم ليصير ذلك توطئة و تمهيدا لهذا الكلام

قوله طاب ثراه و أمّا النصوص فروايتا ابن يقطين (-ه-)

الظاهر أنّ الوجه في نفي المناسبة هو عدم إمكان التعريض للبيع في الكلّي كما نبّه على ذلك والدى العلّامة أنار الله برهانه ثمّ ناقش في ذلك بإمكان المنع من كون المراد بالبيع خصوص العين المعرضة بل هو أعمّ منها و من الكلّي فيقال أنّ (- المصنّف-) (-ه-) قد اعترف في أثناء ما ذكره بعد هذا الكلام بأنّ الكلّي هنا أمر اعتباريّ يعامل في العرف و الشرع معه معاملة الأملاك و بعد الاعتراف بذلك ما المانع من جعل تعريضه للبيع بمنزلة تعريض العين و جعل تعريضه للبيع من قبيل معاملة الأملاك

قوله طاب ثراه انصرافا لا يحوج ارادة المطلق إلى القرينة

هكذا وجدنا العبارة فيما عثرنا عليه من نسخ المتن و لكن سياق الكلام يقتضى زيادة كلمة لا في قوله لا يحوج ضرورة أنّ اللفظ المطلق إذا بلغ حدّا ينصرف الى بعض افراد ما وضع له احتاج إرادة الإطلاق إلى قرينة مانعة عن الانصراف و احتمال الشيخ الوالد قدس الله نفسه الزكية توجيه العبارة بأنّ المراد بالمطلق في العبارة هو اللفظ على ما هو المصطلح عليه في الأصول و إضافة الإرادة اليه لأدنى ملابسة و المراد بها ارادة الفرد من المطلق فيصير المعنى المطلق المنصرف الى بعض افراد انصرافا لا يحوج ارادة ذلك الفرد إلى الفرد المنصرف إليه إلى القرينة و هذا معنى صحيح ضرورة أنّ المطلق المنصرف الى فرد لا يحتاج في الدلالة على ذلك الفرد إلى قرينة خارجيّة لأنّ نفس منشأ الانصراف قرينة على ارادة ذلك الفرد

قوله طاب ثراه فقد ظهر ممّا ذكرنا

ص: ٩٢

ان ليس فى أدلة المسئلة (-إخ-)

هذه صغرى لكبرى مطوية وهى أنه إذا فقد ما يجرى فى المبيع الكلى بقيت أصالة اللزوم فى البيع و سائر العقود محكمة

قوله طاب ثراه و ربما ينسب التعميم الى ظاهر الأكثر (-اه-)

أشار بذلك الى ما صدر من العلامة الطباطبائي (-ره-) فى المصاييح فإنه الذى صدرت منه هذه النسبة و تبعه فيها صاحب الجواهر (-

ره-)

قوله طاب ثراه و يحتمل ان يكون الاقتصار عليه لعنوان المسئلة فى كلامه بغير الحيوان و هو المتاع (-اه-)

لا يخفى عليك ان غاية ما يقتضيه اختصاص العنوان بغير الحيوان هو انتفاء خيار الحيوان فيبقى بعد ذلك شاملا لخيار الغبن و العيب و

خيار الرؤية و غيرها

قوله طاب ثراه و أوجه ما يقال

الذى استدلل به لهذا القول و جوه ثلث هذا أحدها و ثانيها أصالة اللزوم بعد انصراف الأخبار الى غير صورة ثبوت الخيار من جهة

أخرى و ثالثها ما أشار إليه بقوله فيما أتى حجة للتفصيل و لدلالة النص و الفتوى على لزوم البيع فى الثلثة فيختص بغير صورة ثبوت

الخيار له (-اه-)

قوله طاب ثراه و قد يفصل (-اه-)

هذا التفصيل هو الذى جعله فى المصاييح و كشف الظلام أجود و فى مفتاح الكرامة أولى و فى خيارات الفقيه الغروى أظهر و فى

المسئلة وجه ثالث احتمله فى محكى (-س-) و هو ثبوت خيار التأخير (-مط-) سواء كان هناك خيار آخر أم لا و سواء كان الخيار

الأخر للبائع أو للمشتري غاية ما هناك ان يكون مبدء الثلثة فى خيار التأخير (-ح-) من حين انقضاء زمان الخيار الثابت بالعقد من

خيار شرط أو حيوان أو مجلس

قوله طاب ثراه و دعوى ان المراد من الأخبار (-اه-)

هذا جواب عن دليل المفصل و توضيح هذا الجواب ان غاية ما يستفاد من النص و الفتوى انما هو لزوم العقد و لزوم العقد فى الثلثة

من جهة التأخير و ذلك لا ينافى عدم لزومه من جهة أخرى من شرط أو مجلس أو نحو ذلك و الأولى الجواب بأنه ليس فى الخبر

من اللزوم و الجواز ذكر و انما فيه أنه لا- بيع و حمل بحكم الإجماع على ثبوت الخيار و مفهومه أنه ان جاء فى ما بينه و بين ثلثة أيام

فلا خيار له و لا سلطنة على الفسخ للتأخير

قوله طاب ثراه مدفوعة بأن التأخير سبب (-اه-)

هذا رد للجواب المزبور و دفع له و توضيح الدفع ان التأخير سبب لثبوت الخيار و لا حكم من الأحكام يتقيد بسببه لان الحكم أمر

وحدانى و ليس السبب من جهاته و كفيئاته حتى يصح ان يكون قيذا له فالمراد بالحكم الخيار و بالسبب التأخير فيكون المعنى ان

التأخير سبب لمطلق الخيار لا للخيار المقتيد بثبوت التأخير فالثابت بعد الثلاثة هو الخيار المطلق فيلزم ان يكون المراد باللزوم بقريئة

المقابلة هو اللزوم المطلق لا- اللزوم من جهة التأخير فقط كما زعمه المورد ثم ان من هنا ظهر سقوط ما زعمه غير واحد من طلبه

مجلس البحث من كون المراد بالحكم فى عبارة المورد هو اللزوم و بالسبب هو التأخير فإن فيه ان المراد هو دعوى امتناع تقيد الحكم

بالسبب و من البين ان الممتنع انما هو تقيد الحكم بسببه لا بسبب حكم آخر فالمراد ان حكما من الأحكام لا يتقيد بسببه لا ان حكما

من الأحكام لا يتقيد بسبب من الأسباب و لو كان غير سببه ضرورة أن تقيد الحكم بشيء يكون سببا لحكم آخر فوق حد الإحصاء ألا

ترى الى ان صحة العقد مقيدة بما إذا صدر من البالغ مع ان البلوغ سبب لأحكام آخر و إذ قد عرفت ذلك فاعلم ان الشيخ الوالد أنار

الله برهانه أوضح الدفع بوجه آخر فقال (-ره-) يريد معنى الدافع ان اللزوم حكم و حاصله حرمة الفسخ و الخيار (-أيضا-) حكم و

حاصله جواز الفسخ و أنّ الحكم أمر وحداني و ليس السبب من جهاته و كيفياته حتى يصحّ ان يكون قيده له فيرتفع التناقض من القضيتين المتخالفتين نفيًا و إثباتًا و بانضمامه الى إحداهما و انضمام خلافه إلى الأخرى فلا يتحقق تناقض لو قيل جواز الفسخ الناشئ من السبب الذي هو الغبن موجود قبل مضيّ ثلاثة أيام و جواز الفسخ الناشئ من السبب الذي هو تأخير الثمن غير موجود و مثله الحال في اللزوم و معلوم أنّ الشيء الوحيد البسيط ان وجد سببه وجد و ألا فلا و حيث أنّ السبب ليس صالحًا لصيرورته من كيفيات وقوع المسبب لم يصحّ توجيه الإثبات إليه في صورة تعدّد الأسباب الشائئة له و وجود واحد منها مع انتفاء غيره و توجيه النفي إليه باعتبار ما لم يوجد لتوجه النفي و الإثبات إلى شيء واحد المستلزم للتناقض

قوله طاب ثراه و أمّا ما ذكره من عدم تقييد الحكم بالسبب فلا يمنع من كون نفي الخيار في الثلثة من جهة التضرّر بالتأخير و لذا لا ينافي هذا الخيار خيار المجلس

توضيح ذلك ان عدم تعقل تقييد حكم من الأحكام بسببه مسلم لكأنه لا يثبت المطلوب لأن مقتضاه عدم تقييد الخيار بسببه و هو التأخير و ذلك لا ينافي تقييد اللزوم بالتأخير الذي ليس هو سبب اللزوم و (-ح-) فيكون معنى الخبر ان البيع لازم في الثلثة لعدم التضرّر بالتأخير في الثلثة و ذلك لا يمنع من ثبوت سبب آخر لعدم اللزوم في الثلثة غير التأخير و قال الشيخ الوالد العلامة قدس الله نفسه الزكية في شرح هذه العبارة أنّ ظاهر ما ذكره هو تسليم أنّ الحكم لا يتقيد بالسبب و تحرير الجواب بأنّ ما نحن فيه خارج عن عنوان تلك القاعدة و على هذا فلا بدّ و ان يكون نظره الى أنّ الخيار ليس حكما و ان يكون قد اعتمد في إفادة هذا المعنى على تسليم عدم تقييد الحكم بالسبب و أنّه لا يمنع من نفي الخيار (-ه-) حيث عبر بلفظ الخيار و قابل بينه و بين الحكم و توضيحه ان كلّاً من أقسام الخيار كالخيار المضاف الى المجلس و غيره نوع من الحقّ مسبب من سبب خاصّ و يجمع الكلّ جنس قريب هو الخيار أمّا كونه حقاً فلكونه ممّا يورث كما صرّحوا به و أمّا كون كلّ منها نوعاً مغايراً للآخر فلا اختصاص كلّ بأحكام لا ترتب على الآخر و على هذا فيصحّ ان ينتفى شيء منها بانتفاء سببه و يوجد الآخر بوجود سببه و ما يعطيه كلام المستدلّ من كون الخيار حكماً أمّا نشأ من مشابهة كلّ منها للآخر من حيث الاندراج تحت ذكر الجنس القريب الذي هو الخيار ثمّ قال (-قده-) فان قلت قد تكرّر في كلام (- المصنف-) (-ره-) احتمال أنّ العقد سبب الخيار و على هذا فلا يتعدّد سببه قلت سببية العقد لا تنافي اعتبار انضمام شرط اليه فهو في خيار المجلس عبارة عن بقاء المجلس و في خيار الشرط عن ذكر الشرط و في خيار الحيوان وقوعه على الحيوان و هكذا في غير ذلك و معلوم أنّ العقد باعتبار انضمامه إلى شيء من الشرائط غيره باعتبار انضمامه إلى الآخر هذا كلامه رفع مقامه و ما ذكره لا بأس به ألا جعله العقد سبباً للخيار و ذلك ممّا لا ينبغي التفوّه به ضرورة أنّ الخيار ليس من جهة العقد بل من جهة التأخير و الغبن و تخلف الشرط و نحوها و أمّا العقد محرز لموضوع يتوقّف عليه تأثير السبب كما هو ظاهر

قوله طاب ثراه و لا إشكال في تصوّره من المالكين مع اتحاد العاقد من قبلهما

قلت بل الظاهر اختصاصه بهذه الصورة و أمّا لو كان و كلاً في المساومة و القبض و الإقباض (-أيضاً-) ففي ثبوت الخيار بتأخير تسليم المبيع من طرف الموكل في الشراء من نفسه و كاله عن موكله في البيع تأمّل بل مقتضى أصالة اللزوم بعد اختصاص النصوص بصورة التعدّد هو عدم ثبوت خيار التأخير (-ح-) فتأمّل

قوله طاب ثراه فإنّ المحكي عن الصدوق (-ره-) في المقنع أنّه إذا اشترى جاريه فقال (-اه-)

قد افتى بذلك في الفقيه أيضاً على ما حكى عنه

ص: ٩٣

قوله طاب ثراه ثمَّ انَّ مبدء الثلاثة من حين التفرّق أو من حين العقد (-هـ-)

قد افتى بكون مبدئه من حين التفرّق في المصاييح و خيارات الفقيه الغرويّ (-هـ-) و الجواهر و غيرها مستظهرين ذلك من كلام الشيخين و السيدين و القاضي و الدلمي و الحلّي و العلامه في (- لف-) و (- ير-) مستندين الى وجهين أحدهما دلالة الأخبار و فتوى الأصحاب و معقد إجماعهم على لزوم البيع في تمام المدّة و لو كانت من حين العقد لاشتملت على خيار المجلس فينتفى اللزوم في المجموع بل الجميع في بعض الصور كما إذا استمرّ المجلس ثلثة أيام الثاني ما أشار إليه الماتن (-هـ-) بقوله من ظهور قوله عليه السّلام فان جاء (-هـ-) و قد قال في المصاييح بعد التمسك بهذين الوجهين أنّه يتفارق الوجهان إذا اشترط في العقد سقوط الخيار فيكون المدّة من العقد على الأوّل لانتفاء المانع و من التفرّق على الثاني لعموم المقتضى انتهى و أقول ما ذكره من افتراق الوجهين في الأثر في محلّه لكنّ أصل الوجهين مدخولان اما الأول فلما مرّ آنفا من منع دلالة الأخبار و الفتاوى على اللزوم في تمام المدّة من جميع الجهات بل من جهة خيار التأخير فقط فلا يتمّ ما ذكره و اما الثاني فلما أشار إليه (- المصنف-) (-هـ-) بقوله و من كون ذلك كناية (-هـ-) و الّا ظهر انّ المبدء من حين العقد لظاهر الأخبار فإنّ الضّمير في قوله عليه السّلام ما بينه في الأخبار يرجع الى الشراء لأنّه المذكور و اما الافتراق فغير مذكور في الأخبار و لا مدلول عليه بقريته فيتعيّن عوده الى الشراء اي ان جاء بالثمن ما بين الشراء و بين ثلثة أيام و الّا فلا بيع بينهما بقي هنا أمر لم يتبه عليه الماتن (-هـ-) صريحا و هو انّ هذا الخيار يختصّ بالبائع فلا يثبت للمشتري الخيار بتأخير البائع إقباض المثمن عن الثلاثة كما نصّ عليه جماعة منهم المفيد (-هـ-) و علم الهدى و علامه المصاييح (-هـ-) و غيرهم بل نفى في مفتاح الكرامة وجدان الخلاف فيه بل ادعى في الانتصار و المصاييح و تعليق اللّمعه للغروي الإجماع عليه لاختصاص التّصوص و معاهد الإجماعات بالبائع فيرجع الى أصالة اللزوم بالنسبة الى المشتري إذا أّخر البائع تسليم المثمن نعم من اعتمد في أصل المسئلة على قاعدة الضّرر يلزمه التسوية بين البائع و المشتري لمساواتهما في العلة لكن قد عرفت فساد المبني و عليه يتفرّع فساد ما في مفتاح الكرامة من احتمال ثبوت الخيار للمشتري بتأخير البائع تسليم المبيع مقيدا بما إذا لم يرض المشتري بالتأخير و لم يتمكّن من إجباره فإنّ فيه بعد اختصاص التّصوص بالبائع و عدم تمامية قاعدة الضّرر و دعوى السيدين الإجماع عليه ما لا يخفى على ذي مسكة

[في مسقطات خيار التأخير]

قوله طاب ثراه أحدها إسقاطه بعد الثلاثة بلا اشكال

لما مرّ في وجه سقوط باقى الخيارات بالإسقاط من عموم ما دلّ على سقوط الحقوق بالإسقاط

قوله طاب ثراه وجهان

قد جزم بالعدم في المصاييح و مفتاح الكرامة و غيرهما من زبر الأواخر لاستصحاب الخيار بعد منع كون الإسقاط المذكور مسقطا

لكونه إسقاطا لما لم يجب و هو غير معقول كما في نفقة الزوجة

قوله طاب ثراه و من انّ العقد سبب الخيار (-هـ-)

هذا احتجاج للقول بالسقوط و ردّ لما ذكره من حجّة عدم السقوط و توضيح الاستدلال انّ السقوط هو مقتضى عموم ما دلّ على

سقوط الحقوق بالإسقاط بعد منع كون الإسقاط في الثلاثة إسقاطا لما لم يجب لأنّ السبب و هو العقد قد حصل فيكفى في الإسقاط و

الفرق بينه و بين نفقة الزوجة أنّه حقّ واحد مستمرّ بخلاف نفقة الزوجة فإنّها حقوق موزّعة على الأزمنة و لكنّ الإنصاف سقوط هذا

الاستدلال لأنّ العموم أنّما يفيد سقوط الحقوق بالإسقاط و الحقّ هنا قبل الثلثة لم يحدث بعد و كون العقد سببا ممنوع و أنّما سبب

هذا الخيار هو التأخير فما لم يحصل التأخير لم يحصل السبب فلا محلّ للإسقاط و توهم افادة دليل السقوط بالإسقاط جواز الإسقاط

قبل حصول السبب (- أيضا-) جزاف من القول

قوله طاب ثراه مضافا الى فحوى جوازه (- اه-)

فيه ان جواز اشتراط سقوطه في العقد بمعنى سقوطه قبل حدوثه و هو حال العقد ممنوع و لو سلم فالأولوية ممنوعة كما لا يخفى على من تأمل فيما به يدفع اشكال اشتراط سقوط الخيار في ضمن العقد قوله طاب ثراه و الا فلننظر فيه مجال (- اه-)

وجه النظر ان الخيار الذي سببه شيء متأخر عن العقد لا معنى لاشتراط سقوطه حين العقد لانه اشتراط السقوط ما لم يحدث سببه بعد و ذلك غير معقول نعم الخيار الذي سببه العقد يمكن توجيه الإسقاط فيه بأنه إنشاء لعقد لازم ليس سببا لذلك الخيار فالحق ان يفصل بين ان يشترط إسقاط خيار التأخير بعد حصول سببه و بين ان يشترط سقوطه بنفسه بعد حدوثه و بين ان يشترط سقوطه الآن و بين ان يكون الغرض إنشاء عقد لازم ابدا غير مترنزل بالتأخير ثلثة أيام فيصح الفرضان الأولان و في الرابع و جهان و الصحة غير بعيد و يبطل الثالث لكونه إسقاطا لما لم يوجد و توهم انه اولى من اشتراط التأجيل في الثمن و الكل متسالمون على اختصاص هذا الخيار بما إذا لم يشترط التأخير فعدم ثبوته فيما إذا أسقطه في ضمن العقد اولى مدفوع بمنع الأولوية لأنه إذا اشترط الأجل تبدل الموضوع و لم يكن المحل قابلا للخيار حتى يكون من قبيل إسقاط ما لم يجب بخلاف المقام فتأمل جيدا قوله طاب ثراه فان المصرح به في (- كره-)

صرح به في (- عد-) (- أيضا-)

قوله طاب ثراه و قيل بعدم السقوط

القائل صريحا هو العلامة الطباطبائي (- ره-) في المصاييح و هو الذي احتمله في محكي (- س-) بل في المصاييح انه ظاهر الأكثر و علل في مفتاح الكرامة الاستظهار من الأكثر بأنهم ذكروا ان له الخيار و لم يتعرضوا للإحضار و عدمه ثم أنصف و قال و ليس بتلك المكانة لأن الإطلاق في كلامهم مسوق لشيء آخر قوله طاب ثراه و اما إذا استند فيه الى الضرر (- اه-)

ما ذكره من البناء حسن لكن الكلام معه في المبني لمنع كون المستند في ذلك قاعدة الضرر لعدم تماميتها كما عرفت سابقا مضافا الى ان اخبار المسئلة مطلقا فإطلاقها يحكم في صورة عدم التضمر ضرورة ان قاعدة الضرر عند عدم تضمر البائع تكون ساكنة و الإطلاق ناطقا فيحكم و مناقشة (- قده-) في الإطلاق بدعوى الانصراف إلى صورة التضمر مما لا وجه له ضرورة ان الانصراف لا يكون إلا لغلبة الاستعمال الموجبة لعدم فهم العرف الشق الآخر من اللفظ عرفا عند الإطلاق و ذلك في محل البحث غير موجود بل غير معقول كما لا يخفى على المتأمل مضافا الى ان لازم ما ارتكبه هو عدم إثبات الخيار بعد الثلاثة إذا لم يتضمر بالتأخير حتى إذا لم يحضر المشتري الثمن و لا- أظن ان أحدا يلتزم بذلك و استفادة كون العلة هو الضرر و الاستناد الى ذلك من قبيل الأخذ بالعلة المستنبطة و حيث انه لا قطع بها كانت كالقياس بل قياسا

قوله طاب ثراه و دعوى ان حدوث الضرر (- اه-)

قال الشيخ الوالد العلامة أنار الله برهانه ان هذا عدول منه (- ره-) عما أورده على صاحب الرياض (- ره-) في مسئلة فورية خيار الغبن بما اعترف به ولده من احتمال ان يكون الضرر علة محدثة تكفي في بقاء الحكم الى ما ذكره هناك بقوله الا ان يدعى انه إذا استند الحكم الى الضرر فالموضوع للخيار هو المتضرر العاجز عن تدارك ضرره و هو غير متحقق في الزمان اللاحق

قوله طاب ثراه لانه التزام فعلى بالبيع (- اه-)

(١١) فيه ان أخذ الثمن التزام بالبيع المطلق لا البيع اللازم و دلالة

ص: ٩٤

على الرضا بلزوم البيع ممنوعه و آلا لدلّ على ذلك في خيار المجلس و غيره (- أيضا-) و التالى فاسد فالمقدم مثله نعم لو كشف في مورد عن الرضا بالبيع و إسقاط الخيار أوجب السقوط قوله طاب ثراه أو يكفى الظنّ فلو احتمل (- اه-)

قال الشيخ الوالد قدس سره أنّ معنى كفاية الظنّ في هذا المقام بدلالة مقابلتها بقوله و هل يشترط افادة العلم هو اشتراط ما يعمّ الظنّ و يلزمه (- ح-) عدم كفاية ما دون الظنّ و بهذا الاعتبار فرع عليها قوله فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العارية أو غيرها لم ينفع و أراد بقوله أم لا يعتبر الظنّ (- أيضا-) أنّه لا يشترط كما لا يشترط العلم قوله طاب ثراه و خبر الوجوه أو سطها لكنّ الأقوى الأخير

قال والدى العلامة أعلى الله مقامه أما وجه كونه خيرا من الأول فهو القطع بعدم اشتراط العلم بخصوصه لما ذكره من كون الفعل مع افادة الظنّ الفعلى اماره عرفية على الالتزام و قد علمنا أنّ الشارع اعتبر الأمارات العرفية المعبرة عند العقلاء في مقاصدهم و أما وجه كونه خيرا من الأخير فلكونه القدر المتيقن من بين افراد ما كان رضا نوعيا بالعقد و هذا لا ينافى كون الأخير هو أقوى منه من جهة قيام الدليل على سقوط خيار الحيوان و الشرط بما كان رضا نوعيا و أنّ أخذ الثمن من أوضح افراده و أنّه لا يعتبر الظنّ الشخصى في دلالة التصرف على الرضا

قوله طاب ثراه و غيرها

كالتواعد و (- مع صد-) و (- لك-) و (- الروضة-)

قوله طاب ثراه للأصل

أراد به استصحاب الخيار مع فقد المسقط شرعا و ردّ بأنّ الرضا و الالتزام بالبيع مسقط شرعى و قد حصلت الأماره العرفية الدالة عليه فيسقط به و يسقط بذلك الاستصحاب لحكومة أدلّة الأمارات على الاستصحاب لازالة الأماره بسبب تنزلها منزلة اليقين للشكّ المأخوذ في موضوع الاستصحاب

قوله طاب ثراه و يحتمل السقوط

قد استظهر القول به في مفتاح الكرامة من الانتصار و المقنعة و (- يه-) و (- ف-) و المراسم و جواهر القاضى و الغنية و (- ثر-) و غيرها نظرا إلى أنّهم خيروا البائع بين الفسخ و المطالبة بالثمن و قابلوا بينهما فدلّ على سقوطه عندهم بالمطالبة هذا و ربّما ذكر بعضهم أنّه على القول بفورية هذا الخيار يتعيّن القول بالسقوط لاستلزامه التأخير و ردّ بمنع إخلال مثل ذلك بالفورية لأنّ المراد بها العرفية أو يفرض في مقام لا يعلم بالخيار و قلنا أنّ ذلك عذر لا يسقط به الخيار بناء على الفورية

قوله طاب ثراه و فيه أنّ سبب الخيار و التضرّر في المستقبل (- اه-)

قد عرفت فيما مرّ أنّ هذا الخيار تعبد صرف و ان سببه التأخير فما ذكره (- قدّه-) غير واضح

[خيار التأخير على الفور أو التراخي]

قوله طاب ثراه قولان

في عدّهما قولين نظر فإنّ القول بالتراخي هنا هو ظاهر العلامة في (- كره-) و صريح الشهيد (- ره-) في قواعد و اختاره في المصايح (- أيضا-) و أما الفور فقد نفى في المصايح و تعليق اللّمعة للفقيه الغروى و الجواهر وجدان القائل به و نفى في مفتاح الكرامة وجدان

المصرّح به و لعلّ الماتن (- ره-) عثر على ما لم يظفروا به

قوله طاب ثراه فتأمل

احتمل الشيخ الوالد أعلى الله تعالى درجته كون الأمر بالتأمل إشارة الى ان قرب نفى اللزوم رأسا إلى نفى الحقيقة اعتباري لا عرفي و المعبر أنما هو الثاني دون الأول و ذلك لأن أهل العرف لا نصيب لهم من تمييز نفى اللزوم رأسا عن نفيه على وجه الفور ثم أنه (-) قداه (-) قال و لكن الأظهر أنه إشارة إلى دفع هذا الاحتمال نظرا الى ان ما ليس لهم فيه حظ أنما هو نفس عدم اللزوم الصالح لان يكون على وجه الاستبراء و ان يكون على وجه الانقطاع و اما ما يرجع الى توجيه النفي إلى مدخوله باعتبار نفى الذات أو الصفة أي صفة كانت من صفات المدخول فذلك مما لا ملجأ فيه إلا أهل العرف و ما نحن فيه من هذا الباب ثم قال طاب ثراه و يؤيد عدم كون الأمر بالتأمل لتوهين ما عقب به بيان ما يترتب على إهمال النص مصدرًا بفرض الإهمال و معقبًا بتعليل حاصل المقال على نحو التردد بين ظهور النص و بين الاستصحاب

[لو تلف المبيع بعد الثلاثة كان من البائع]

قوله طاب ثراه إجماعا مستفيضا بل متواترا كما في الرياض (- اه-)

ادعى الإجماع في (- ف-) و الانتصار و (- ثر-) و (- عد-) و التنقيح و المهذب البارع و الرياض و المستند و كشف الظلام و محكي جامع الشرائع و كشف الرموز و (- س-) و المقتصر و إيضاح (- فع-) و غاية المرام و غيرها و استظهر عدم الخلاف فيه في (- ثق-) و صرح بعدم الخلاف فيه في (- لف-) و الإيضاح و الكفاية و تعليق اللمعة للغروي و الجواهر و غيرها و ظاهر (- لك-) (- أيضا-) عدم الخلاف فيه حيث خص الخلاف بما قبل الثلثة

قوله طاب ثراه و القاعدة المجمع عليها

عطف على قاعدة الملازمة أي قد يعارض النبوي بالقاعدة المجمع عليها و هذه المعارضة قد صدرت من المحقق الورع الأردبيلي (- ره-) حيث قال بعد تعليل الحكم بالنبوي ما لفظه لكن قد تقرّر عندهم (- أيضا-) أنه إذا تلف المال في زمن الخيار فهو من مال من لا خيار له و إن كان لهما الخيار فتلف المبيع من البائع و الثمن للمشتري و ذلك يقتضى كون التلف بعدها من المشتري ثم أجاب (-) قداه (-) بقوله ألا ان يقال ان ذلك بعد القبض أو يقال ببطان البيع (- ح-) كما هو مذهب البعض و مدلول الأخبار انتهى و قد أخذ الجواب الأول منه في المصاييح و مفتاح الكرامة و كشف الظلام و غيرها حيث أجابوا باختصاص القاعدة الثانية بالمقبوض كما هو معلوم من قواعدهم و أميا غيره فمن البائع (- مط-) سواء كان في زمن الخيار أو بعده أو قبله و زاد في الأخيرين الجواب بوجه آخر و هو اختصاص ما ذكر بالتلف في زمن الخيار أي في هذه الصورة الخاصة فلو أسقط البائع خياره كان التلف عليه و القاعدة الأولى جارية في جميع الصور و زاد الماتن (- ره-) الإشارة إلى وجه ثالث و يأتي تنقيح دفع المنافاة في أحكام الخيار عند الكلام في القاعدة

قوله طاب ثراه فالمشهور كونه من مال البائع (- أيضا-)

(١١) هذا القول هو خيرة (- ف-) و (- ية-) و (- ثر-) و (- عد-) و (- شاد-) و (- كرة-) و (- لف-) و الإيضاح و (- مع صد-) و اللمعتين و (- لك-) و الرياض و المصاييح و المستند و الكفاية و محكي التبصرة و (- ثر-) و (- س-) و شرح (- شاد-) للفخر و المقتصر و غاية المرام و كشف الرموز و إيضاح (- فع-) و تعليق (- شاد-) و الميسية و غيرها و هو المنقول عن القاضي بل في المستند أنه الأشهر و في (- لك-) و محكي (- س-) و غاية المرام و تعليق (- شاد-) ان عليه الأكثر و في غاية المرام و (- مع صد-) و (- ثق-) و المصاييح و مفتاح الكرامة و كشف الظلام و تعليق اللمعة للغروي و غيرها أنه المشهور بين الأصحاب و في الرياض أنه قد استقر رأي المتأخرين عليه

قوله طاب ثراه و عن الخلاف الإجماع عليه (- اه-)

(١٢) قد تقدمت عبارة (- ف-) الدالة على ذلك في صدر الكلام على خيار التأخير و مثلها عبارة الانتصار المزبورة هناك

قوله طاب ثراه خلافا لجماعة (-اه-)

(١٣) مختار هذه الجماعة هو كون التلّف من مال المشتري و نسبة ذلك الى المفيد و ابن زهرة في محلّه لتصريحهما في المقنعة و الغنية بذلك بل ادعى الإجماع عليه في الغنية و اما نسبته الى السيد المرتضى فلعلّ المراد بها اختياره لذلك في غير الانتصار ضرورة صراحة عبارة الانتصار المشار إليها في اختيار القول الأول و قد اختار هذا القول في المراسم و حكى عن ابي الصّلاح (- أيضا-) و ربّما خطأ جمع من الأواخر منهم علامة المصايح و سيّد مفتاح الكرامة

ص: ٩٥

و المحقق الفقيه الغروي (- قدهم-) الشيخ احمد بن فهد (- قده-) في المهذب البارع في نسبة القول الى سائر و ابي الصلاح و هو في محلّه و ربّما عزى في (- كره-) هذا القول الى الشيخ (- ره-) و خطأ في مفتاح الكرامة و لعلّه في غير محلّه لان موافقته للمشهور في (- يه-) و (- ف-) لا ينافي ذهابه الى هذا القول في كتاب آخر وقف عليه العلماء (- ره-) و لم يقف عليه السيد (- قده-) هذا و في المسئلة قول ثالث لم يتعرّض له الماتن (- ره-) اختاره ابن حمزة في الوسيلة و هو أنّه من ضمان البائع الّا ان يكون البائع عرض التسليم على المبتاع و لم يتسلّم المبتاع فيكون التلف من المشتري حينئذ و لا موافق له في ذلك كما قيل لكن ربّما مال في مفتاح الكرامة إلى جعله موافقا للقول المشهور حيث قال أنّه في (- ثر-) قيده بما إذا لم يمكنه من قبضه و قد عرفت ما أسلفناه عن (- ثر-) من اشتراطه عدم التمكين في أصل خيار التأخير و على اعتبار ما في (- ثر-) و ما في (- ير-) يكون صاحب الوسيلة موافقا للمشهور لانه قال و ان تلف المبيع كان من ضمان البائع و إن كان بغير تفریط منه الّا ان عرض للتسليم و لم يتسلّم المبتاع فعبارة مطلقه غير مقيدة بكونه في الثلثة كما فهمه (- المصنف-) (- ره-) في (- لف-) ثمّ قال اي في مفتاح الكرامة و الوجه فيها تنزيل التمكين منزلة القبض في نقل الضمان و مقتضى ذلك انّ المشتري يضمن عنده (- مط-) سواء كان التعذر في الثلثة أو فيما بعد فلا معنى لتخصيص التلف بكونه في الثلثة كما في (- لف-) و تنزيل التمكين منزلة النقل مذهب الشيخ (- ره-) و جماعة حتى أنّه في (- ف-) ادعى عليه الإجماع فينقذ إشكال في إطلاق الأكثرين القول بضمن البائع في الثلاثة كما يشكل إطلاق الجميع القول بضمانه فيما بعدها بناء على ثبوت إجماع (- ف-) و الّا انحصر الإشكال فيمن قال بانّ التمكين كالنقل و لا يندفع الّا باشتراط عدم التمكين في أصل الخيار أو تخصيص محلّ النزاع بما إذا لم يكن هناك تمكين و بذلك يتضح انّ ما في الوسيلة موافق للمشهور و انّ نسبة الخلاف إليها لم تصادف مخزها و الوهم أول ما نشأ من (- المصنف-) في (- لف-) و ولده و الشهيد الأول انتهى ما في مفتاح الكرامة و سبقه في ذلك صاحب المصاييح و عليك بالتدبر فيه

قوله طاب ثراه و هو مع قاعدة ضمان المالك لماله يصلح حجة لهذا القول

أقول قد وقع الاحتجاج لهذا القول بوجوه الأول إجماع الغنية و جوابها ما أشار إليه (- المصنف-) (- ره-) بقوله و الإجماع معارض يعنى بإجماع (- ف-) و الانتصار بل موهون يعنى لمخالفته الّاكثر الثاني قاعدة ضمان المالك لماله و فيه ما في المتن من أنّها مخصوصة بما إذا كان المال المشتري مقبوضا للمالك و اما قبل القبض فالضمان على البائع بحكم القاعدة الثالث ما يقرب من سابقه من أنّه مال انتقل إلى المشتري بنفس العقد و منع البائع إيّاه من التصرف فيه لمصلحته ذكر ذلك في (- لف-) ثمّ أجاب بمنع الملازمة بين انتقاله اليه و كون الضمان على البائع قلت مضافا الى ثبوت الملازمة بين عدم القبض و بين كون ضمانه على البائع بحكم القاعدة و الى انتقاض ذلك بالتلف بعد الثلثة فما وجه الفرق بينهما نعم ربّما تصدى في غاية المراد لتوجيه مستند المفيد (- ره-) بما يصير فارقا بين الصورتين حيث قال قال المفيد لانّ العقد ثبت بينهما عن تراض منهما بخلاف ما بعد الثلاثة لأنّ البائع أحقّ به قلنا الظاهر أنّه أراد لما ثبت العقد الناقل للملك و لا خيرة للبائع فيه بل هو ممنوع به لحقّ المشتري صار كالمودع بخلاف ما بعدها فإنّه إمساك لنفسه لثبوت الخيار له (- ح-) عند جماعة و لبطلان البيع كظاهر كلام ابن الجنيد و الشيخ (- ره-) و هو في صحيحة عليّ بن يقطين عن ابي الحسن عليه السلام و في رواية زرارة عن الباقر عليه السلام بخلاف صورة قبض الثمن و شبهها لانتفاء خيار البائع انتهى كلامه على مقامه و أنت خبير بما فيه لأننا نتكلم هنا على القول بالخيار دون القول بالبطلان و (- ح-) فكون الإمساك للمشتري أو له لا يكون فارقا مع أنّا نمنع كون الإمساك بعد الثلاثة له (- مط-) بل إذا لم يرض بالعقد و الّا كان للمشتري (- أيضا-) فما باله أطلق كون الضمان بعد الثلاثة على البائع و بالجمله فالتعلّق بأمثال هذه الوجوه الاعتبارية في قبال القاعدة لا وجه له الزايع ما في المهذب البارع من أنّه لو حصل له نماء كان للمشتري فيلزم ان يكون التلف عليه لانه عليه السلام قال الخراج بالضمان و فيه انّ الملازمة ممنوعة و الخبر غير ثابت الحجية و لو سلّم فلا يقاوم القاعدة المسلّمة المشار إليها

قوله طاب ثراه فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه (- اه-)

يعنى ان المشتري ضامن لحق صاحب المال حتى يرد المشتري الى صاحب المال حقه اى الثمن الذى يستحقه

قوله طاب ثراه و هو الأقوى

لا- يخفى عليك ان هذا القول بما قال به ابن حمزة فيما مر من التفصيل بين عرض التسليم و عدمه بكون الضمان على الأول على

المشتري و على الثانى على البائع

قوله طاب ثراه قال فى (- يه-) (- اه-)

أراد بنقل ذلك الإشارة إلى أنه ربما يظهر من (- يه-) خلاف ما تقتضيه القاعدة و استقرت عليه الفتوى من أنه لو قبض المشتري المبيع ثم تلف كان من المشتري سواء كان فى الثلثة أو بعدها و قال الشيخ الوالد العلامة أنار الله تعالى برهانه ان هذا الكلام ليس مرتبطا بما قبله من مسئله إسقاط تمكين البائع من القبض ضمانه و إنما هو مرتبط بأصل مسئله و الغرض من ذكره تفسيره بما يوجب سقوط ما أورده العلامة (- ره-) عليه و لكنك خبير بان التقييد فى الفقرة الأولى بكون الهلاك قبل القبض و فى الفقرة الثانية بكونه بعد القبض يوجب صراحة الفقرة الثالثة فى العموم لصورتى وقوع الهلاك قبل القبض و بعده خصوصا مع التقييد فيها بقوله على كل حال و كون الحكم مخالفا للإجماع لا يصير دليلا على عدم غفلة الحاكم به عن الإجماع و (- ح-) فىكون التعليل (- أيضا-) مخالفا للإجماع و هذا هو الذى شجع العلامة (- ره-) على الإيراد على الشيخ (- ره-) ضرورة ان كون الحكم مخالفا لمذهب المورد لا يسوغ الإيراد على من حكم بخلاف مذهبه

قوله طاب ثراه مناف لتعليل الحكم بعد ذلك بقوله لان الخيار له بعد الثلثة أيام (- اه-)

لم افهم معنى هذا التعليل لان مقتضى كون الخيار له بعد الثلاثة هو كون التلف من مقابله لقاعدة ان ما تلف فى زمان الخيار فهو ممن لا خيار له الا ان يريد بالخيار بطلان العقد كما هو احد قوليه لكنه بعيد و بالجملة فالتعليل لا يكاد يفهم معناه و العجب من الماتن (- ره-) و المحشيين حيث أنهم لم يتبها على ذلك و لعل القصور منى

[فى خيار ما يفسد ليومه]

قوله طاب ثراه كما فى مرسله محمد بن أبى حمزة

أشار بذلك الى ما رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمد بن يحيى عن محمد بن احمد عن يعقوب بن يزيد عن محمد بن أبى حمزة أو غيره عن ذكره عن أبى عبد الله عليه السلام أو أبى الحسن (- ع-) فى الرجل يشتري الشئ الذى يفسد من يومه و يتركه حتى يأتيه بالثمن قال ان جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن فيها و الا فلا بيع له و روى الشيخ الحر العاملى (- ره-) فى وسائل الشيعة عن الصّيدوق (- ره-) بإسناده عن ابن فضال عن ابن رباط عن زرارة عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل و ظاهر عبارة الفقيه كون ما نسبه إليه فى الوسائل فى محله لانه قال بعد إيراد صحيحى زرارة المزبورة فى خيار التأخير ما لفظه و فى رواية أخرى عن ابن فضال عن الحسن بن علي بن رباط عن عن رواه عن

ص: ٩٦

ابى عبد الله عليه السلام قال ان حدث بالحيوان حدث قبل ثلثة أيام فهو من مال البائع و من اشترى جاريه و قال للبائع أجيئك بالثمن فان جاء ما بينه و بين شهر و الأ فلا بيع له و العهده فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل انتهى لكن العلامة المجلسى الأول كتب فى شرح قوله و من اشترى جاريه أنه من كلام (- المصنف-) (- ره-) يعنى الصدوق (- ره-) و لم افهم من اين استفاد ذلك و كيف كان فالخبر المزبور و إن كان مرسلًا إلا ان تلقّيهم له بالقبول يجبره ففى المصاييح و مفتاح الكرامه و تعليق اللّمعة و غيرها أنه منجبر بعمل الأصحاب و فى محكى كشف الرّموز لا- اعرف فيها مخالفا و فى المهذب البارع و محكى المقتصر و غاية المرام انّ على الرّواية عمل الأصحاب بل فى الغنية و المصاييح الإجماع عليه فلا عذر فى ترك الرّواية و الكلام فى دلالتها على الخيار للبائع هو الكلام فى دلالة الأخبار المتقدّمة فى خيار التأخير حرفا بحرف فيلزم القائل بالخيار هناك للأخبار القول به هنا للرّواية و القائل بطلان البيع هناك للأخبار القول به هنا للرّواية من غير فرق قوله طاب ثراه و يدلّ عليه قاعدة نفى الضّرر (- اه-)

قد عرفت فيما تقدّم عدم تمامية دلالة قاعدة الضّرر على الخيار لأنّ الضّرر كما يرتفع بالخيار فكذا يرتفع بطلان البيع و لا معيّن لأحدهما فتأمل مضافا الى ما فى المستند من أنه ان أريد ضرر المشتري فهو ممّا أقدم بنفسه عليه حيث تركه و لم يأخذه مع انّ البيع من قبله ممكن و ان أريد ضرر البائع فهو أنما يكون لو جعلنا الفاسد من ماله و لكن لو قلنا أنه من مال المشتري فلا ضرر عليه و كون التّلف قبل القبض من مال البائع (- مط-) حتّى فيما كانت العين باقية و ان فسدت غير ثابت و لو سلّم فالضّرر أنما هو من الحكم بكون التّلف قبل القبض من البائع لا- من الحكم باللزوم إذ مقتضى اللزوم كون التّلف من المشتري فلا- ضرر لأجله على البائع فالحكم الموجب للضّرر كون التّلف من البائع فلو أثر نفى الضّرر لأثر فى رفع هذا الحكم دون اللزوم ثمّ قال و لنعم ما قال انّ التحقيق انّ كون التّلف قبل القبض على البائع نوع من الضّرر فدلّله أخصّ (- مط-) من أدلّة نفى الضّرر فيجب تخصيصها به و لكون الضّرر الحاصل فى المقام من افراد هذا النوع فلا- يكون منفيًا فى الشرع و لا داخلا تحت أدلّته نفى الضّرر فلا وجه للاستدلال بها فى المقام انتهى كلامه علا مقامه و هو كلام موجّه متين

قوله طاب ثراه نعم عبارات جماعة من الأصحاب لا تخلو من اختلال فى التعبير

أقول قد اختلفت عبارات الأصحاب فى المقام من جهات و توضيح ذلك يتوقّف على إيراد جملة من عبارتهم ثمّ الأخذ فى استفادة المطلوب منها فعبارة (- يه-) و (- ئه-) و الوسيلة مذكورة فى المتن و قال فى الغنية بعد بيان خيار التأخير ما نصّه هذا إذا كان المبيع ممّا يصحّ بقائه فان لم يكن (- كه-) كالخضراوات فعليه الصّبر يوما واحدا ثمّ هو بالخيار على ما بيناه انتهى و قال فى (- كه-) لو كان المبيع ممّا يسرع اليه الفساد كالفواكه و شبهها ممّا يفسد ليومه فالخيار فيه الى الليل لأنّ الصّبر أكثر من ذلك يؤدّى الى تضرّر المشتري لو أبقيت السلعة و طولب بالثمن و الى تضرّر البائع لو لم يطالب انتهى و قال فى (- عد-) لو اشترى ما يفسد ليومه فالخيار فيه الى الليل انتهى و قال فى (- شاد-) و الخيار فيما يفسد الى الليل فان جاء بالثمن و الأ فالبائع أحقّ به انتهى و قال فى (- فع-) و لو اشترى ما يفسد من يومه ففى روايه أنه يلزم البيع الى الليل فان لم يأت بالثمن فلا بيع له انتهى و قال فى اللّمعة الخامسة خيار ما يفسد ليومه و هو ثابت بعد دخول الليل انتهى الى غير ذلك من عبارتهم التى يكلّ عن استيفائها القلم و أنت إذا تأملت فيها ظهر لك انّ الاختلاف فيها تارة من حيث مدّة الخيار و اخرى من حيث مبدئه و ثالثه من حيث منتهاه فان صريح (- يه-) انّ الخيار يوم و لازمه كون مبدئه من أوّل النّهار و منتهاه آخره و هو الذى يفيد قول العلامة (- ره-) فى (- عد-) و (- شاد-) و (- كه-) الخيار الى الليل و من هنا قال فى مفتاح الكرامة فى شرح عبارة (- عد-) المزبورة انّ ظاهره انّ الليل غاية للخيار كما هو ظاهر (- يه-) و (- ئه-) و (- شاد-) و (- ير-) و التّبصرة و (- كه-) و الإيضاح انتهى و لازم من جعل الخيار يوما كون المبدء من حين العقد إذ ليس غيره و ظاهر (- فع-) و (- فع-) و اللّمعة انّ المبدء من أوّل الليل ساكتين عن منتهاه و ظاهر من جعل الخيار الى الليل انّ الليل غاية للخيار لا مبدء

له و قال في المصاييح أنه اختلفت عباراتهم في تأدية المراد بعد الإجماع عليه ففي الفقيه و (- ية-) و (- ثر-) و الوسيلة و الغنية و الجامع و النزهة و التحرير و التبصرة تقدير المدّة بيوم و في الشرائع و (- فع-) و (- كره-) و (- عد-) و (- شاد-) و اللمعة امتدادها الى الليل من دون تعرّض للمبدء و التحديد بالليل مشترك بين الجميع لكنّه قد جعله في (- ية-) و (- ثر-) و كتب العلامة (- ره-) غاية للخيار و في غيرها مبدأ له كما في النصّ و يجب ردّ الأوّل إليه لوضوح المراد و ان بعد التأويل انتهى و على منواله نسج اتباعه كسيدنا في مفتاح الكرامة و الفقيه الغرويّ في تعليق اللمعة بل زاد الثاني دعوى تحصيل الإجماع على اللزوم الى الليل من طرف البائع انتهى و أقول الذي يقتضيه التدبّر في كلماتهم هو توافقها؟؟؟ على اللزوم الى الليل فإنّ الشيخ (- ره-) في (- ية-) و ان جعل الخيار يوما الظاهر في كون أوّل الليل منتهى الخيار ألا انّ قوله فان جاء المتباع (- اه-) بقرينة مقابلته بقوله و ألا فلا بيع له قرينة واضحة على كون مبدء عدم البيع له المفسيّر عندهم بعدم لزوم البيع له الذي هو الخيار هو أوّل الليل و انّ الخيار في صدر الكلام أريد به غير معناه و اما عبارة الغنية فليس فيها ما يدلّ على تزلزل البيع قبل الليل بل هي دالّة على اللزوم في اليوم و التزلزل بعده و هو الليل و اما عبارة (- ثر-) فالحال فيها هي الحال في عبارة (- ية-) و اما عبارة (- كره-) فقوله فيها الى الليل و ان كان ظاهرا في كون أوّل الليل منتهى الخيار لكن قوله لأنّ الصبر أكثر من ذلك (- اه-) المفيد للزوم الصبر في النهار قرينة على كون المراد بالخيار غير معناه المصطلح و بقرينته تظهر الحال في عبارة (- عد-) (- أيضا-) و اما عبارة (- شاد-) فالقرينة فيها فان جاء بالثمن و ألا فالبايع أحقّ به و اما عبارة (- فع-) فواضحة و كذا عبارة اللمعة و ربّما جعلها بعضهم أحسن العبارات و ليس (- كك-) لأنّ الخبر غير دالّ على الخيار كما مرّ و أنّما الأحسن ما في الشرائع حيث عبر بمضمون الزوايه من غير تغيير ثمّ أنّه ربّما أورد جمع من الأواخر منهم علامة المصاييح (- قدّه-) في ما عدا عبارة (- س-) الإشكال من وجهين الأوّل انّ الغرض من الخيار دفع الضرر بفسخ البيع قبل فساد المبيع و ان كان ممّا يفسد ليومه كما هو المفروض و جب ان يكون الخيار قبل الليل ليتأتى للبايع فسخه (- كك-) الثاني انّ البيع يقع في طرفي النهار و في الأثناء كما هو الغالب و ربّما اتفق ليلا مع انقطاع السوق و امتداده و التحديد باليوم اعنى النهار كلّ من طلوع الفجر أو الشمس الى الغروب أو ببعض اليوم لا يطرد في جميع الأزمنة التي يقع فيها البيع لأنّ التحديد ان كان بكلّ النهار خرج عنه ما إذا وقع البيع في أثنائه أو في الليل و ان كان ببعض النهار خرج منه ما إذا وقع البيع في الليل و الحمل على مقدار اليوم خروج عن ظاهر النصّ و الفتوى و لا يتأتى معه دفع الضرر بفسخ قبل فساد المبيع في الأكثر و أنّما قصّروا الإشكال على غير عبارة (- س-) لأنّه قال خيار ما يفسده المبيت و هو ثابت للبايع عند انقضاء النهار و الأقرب اطراد الحكم في كلّ ما يتسارع اليه الفساد عند خوف ذلك و لا يتقيد بالليل انتهى فإنّ

ص: ٩٧

الإشكال الأول اندفع عنه بفرضه فيما يفسده المبيت و الإشكال الثاني بطرده الحكم في كل ما يتسارع اليه الفساد عند خوف ذلك و من هنا قال في المصاييح أنه لقد أجاد الشهيد (- ره-) في (- س-) حيث حمل النص على ما يفسده المبيت نظرا الى الغالب في نحو الخضر و الفواكه و اللحوم و الألبان و اليوم فيه على ما يشمل الليلة فإنه استعمال شائع مراد فيما هو أصل لهذا الحكم و اثبت الخيار فيما هو (- كك-) عند اقتضاء النهار و رد ما سواها الى ما يقتضيه الأصل و حديث الضرار و دلالة الإيماء انتهى و لذا مال جمع من المتأخرين و متأخريهم إلى إثبات الخيار في كل ما يفسد عند خوف فساده يوما كان أو نصف يوم أو يومين و هكذا و أول من صدر ذلك منه الشهيد (- ره-) فيما مر من عبارة (- س-) و الفاضل المقداد في التنقيح حيث قال التحقيق ان الفساد الى الليل ليس ضابطا بل الى ان يشرف على الهلاك انتهى و قواه المحقق الثاني و استحسنة الشهيد الثاني و استجوده غيره من الأواخر كسيدنا في المصاييح و مفتاح الكرامة و كاشف الظلام و الفقيه الغروي و غيرهم مستندين الى حديث نفى الضرر و دلالة الإيماء قال في المصاييح مقتضى ذلك ثبوت الخيار في غير مورد النص عند خشية فساد (- مط-) فلو كان مما يتسرع اليه الفساد في بعض يوم فالخيار فيه قبل الليل و لو كان مما لا يفسد في يوم تربص به البائع إلى خوف فساده فيتخير حينئذ و ان مضى عليه يومان و أكثر و احتمل العلامة (- ره-) في هذا انتظار الليل لورود التحديد به شرعا و يضعف بما ذكر بان مورد النص الفاسد ليومه و ليس هذا منه فيستمر فيه اللزوم الى خوف الفساد بمقتضى الأصل السالم عن المعارض انتهى و على منواله نسج في مفتاح الكرامة و زاد على ذلك قوله و بيانه ان الأشياء منها ما يفسده المبيت و هو الغالب الكثير و هو الذي ورد النص فيه و منها ما يفسد ليومين أو أكثر و هذان قليلان و قد أومى إليهما النص إيماء فكأنه قيل في الخبر ان الأشياء التي يفسدها المبيت غالبا و هي الغالبة الكثيرة يلزم البيع فيها في النهار سواء بيعت في أوله أو في أثنائه فإذا جاء الليل ثبت فيها الخيار سواء فسدت في أثناء الليل أو في آخره لأنه مما يفسدها المبيت أو يقلل الرغبة فيها كما يقال هذا اللحم بائ و هذا العنب بائ و نحو ذلك و بذلك يندفع عن الخبر و كلام قداماء الأصحاب كل اعتراض و وصمة و ليس فيه ألما حمل اليوم على ما يشمل الليلة و هو في ذاته شائع و مراد في المقام لمكان التعارف في ذلك إذ المراد من النص ما يفسده المبيت كما تلهج به الناس فيكون حكم هذا النوع مستفادا من النص و النوع الآخران مستفادان من دلالة الإيماء انتهى و أنت خبير بما فيما ذكره من النظر و المناقشة اما دفع الإشكال بما مر فلا يلائم الخبر و التأويلات التي ارتكبوها لا شاهد على شيء منها و دلالة الإيماء ممنوعة نعم تنقيح المناط لا بأس بالتمسك به ضرورة و وضوح عدم مدخلية خصوص ما يفسد ليومه فتأمل و اما تسرية الحكم الى غير مورد النص بمؤنة قاعدة الضرر ففي غاية السقوط بعد ما مر من عدم تماميتها

قوله طاب ثراه فان المراد بالعهد عهدة البائع

المراد بها ان عليه الصبر و حفظ المبيع للمشتري

قوله طاب ثراه و لازم قول الآخر هناك جريانه هنا

المراد بالقول الآخر ما نسبه في المسئلة الأخيرة من مسائل خيار التأخير إلى جماعة من القداماء منهم المفيد و السيدان و هو القول بكون التلّف من مال المشتري

قوله طاب ثراه ثم ان المراد بالفساد في النص و الفتوى ليس الفساد الحقيقي (- اه-)

قد حكى عن (- س-) و كنز الفوائد للعميدى و تعليق (- شاد-) للكركي التصريح بان الفساد أعم من التلّف لغه و عرفا فيكفي فيه تغيير العين و نقص الوصف و ان لم يبلغ حد التلّف ثم هل ينزل فوات السوق منزلة الفساد احتمله الشهيد (- ره-) للزوم الضرر بنقص السعر و استشهبه في المصاييح و مفتاح الكرامة العدم اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن و أقول العدم و إن كان حقا لكن يلزم علامة المصاييح و سيد مفتاح الكرامة و غيرهما الالتزام بالتزويل منزلة الفساد لأنهما كغيرهما من الأواخر اعتمدوا على قاعدة الضرر في أصل المسئلة و فروعها فما بالهم أعرضوا عنها هنا

[السادس خيار الرؤية]

إشارة

قوله طاب ثراه و المستفيض (- اه-)

صفة لموصوف محذوف اي المنقول المستفيض و قد صدر نقل الإجماع من كاشف الغطاء في شرحه على (- عد-) و ولده في تعليق اللّمعنة و فاضل المستند و سيدنا في مفتاح الكرامة و استظهر الإجماع كاشف الظلام (- أيضا-) و استظهر عدم الخلاف فيه بيننا في مجمع الفائده و ادعى الاتفاق عليه في (- ثق-) و نفى الخلاف فيه في الرياض و في الكفاية أنه كأنه لا خلاف فيه لكن سيأتي من الماتن (- ره-) نقل الخلاف في ذلك عن المفيد (- ره-)

قوله طاب ثراه و استدلل عليه (- أيضا-)

قد استدلل عليه بوجه آخر و هو انّ الخيار يثبت في المبيع المعيب و هذا مثله و فيه انّ ثبوت الخيار هناك لا- يقتضى ثبوته هنا لأنّ الظهور على خلاف الوصف غير العيب الذي هو الزيادة أو النقصان عن الخلقة الأصلية و القياس ليس من مذهبنا قوله طاب ثراه منها صحيحة جميل (- اه-)

قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن أيوب بن نوح عن ابن ابي عمير و وجه صحة السند (- ح-) ظاهر قوله طاب ثراه و لا بدّ من حملها على صورة (- اه-)

الوجه في هذا الحمل ظاهر فانّ خلوّ الزوايه عن ذكر التوصيف و المخالفة قاده الا ان تحمل على صورة التوصيف و ظهور المخالفة بقرينة الإجماع على عدم جواز البيع بغير وصف و لا- مشاهده و الإجماع على لزوم البيع ما لم يخالف الموصوف و من هنا قال في المستند أنّها و إن كانت خالية عن ذكر التوصيف و المخالفة الا أنه لا بدّ من تقديرها للإجماع على اختصاص خيار الرؤية لتلك الصورة أو لأنّ ذلك معنى خيار الرؤية مضافا الى ان إطلاقها (- أيضا-) لو كان لكفى لشمول المطلوب و خروج ما خرج بالدليل أو يتعدى الى المطلوب بالأولوية كما يتعدى بها أو بعدم القول بالفصل الى غير مورد الصّحيحة و هو الذي لم ير شيئا من المبيع ان جعلت المشار اليه بذلك تمام الضّيعه لا خصوص القطعة الغير المرئية و فيما إذا ظهرت الزيادة و كان الخيار البائع انتهى و أقول انّ ما أشار إليه في طي كلامه من كون معنى خيار الرؤية ثبوت الخيار بمخالفة المرئي للموصوف و لا الى عدم القول بالفصل بين مورد النصّ و المطلوب كما انّ عموم الجواب يغني عن التعلّق بعدم القول بالفصل بين مورد النصّ و غيره من المبيعات قوله طاب ثراه و قد استدلل (- أيضا-) بصحيحة زيد الشّحام (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن عدّه من أصحابه عن سهل بن زياد و احمد بن محمد جميعا عن الحسن بن محبوب عن زيد الشّحام و هناك اخبار آخر قد استدلل بها

ص: ٩٨

على المطلوب فمنها النبوي (- ص-) المنجبر بما مرّ من الإجماعات المنقولة من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار و حاله في الإطلاق حال صحيح جميل فيقتيد بما قيد به هو من ظهور الموصوف على خلاف الوصف و منها ما رواه في (- كره-) من طريق الخاصة أنهم سئلوا عن بيع الجرب الهرويّة فقال لا بأس به إذا كان لها بارنامج فان وجدها كما ذكرت و الّا ردها اي يجوز لها ردها مع ان الرد ليس على الوجوب إجماعاً بل المعنى ان شاء و هو معنى الخيار قال في (- كره-) أنه أراد بالبارنامج كتاباً يذكر فيه صفات السِّلعة على الاستقصاء انتهى و هذا الخبر لو صحّ لكفانا مئونة غيره لكنّ القطع و الإرسال موهن له الّا ان يجاب بعدم القدح لكون المرسل العلامة (- ره-) و ظهور ذكره عقيب النبوي (- ص-) في كون المسئول هو صلوات الله عليه مضافاً الى انجبار الإرسال بما مرّ من الإجماعات المنقولة المؤيَّدة بعدم الخلاف و الاعتضاد بصحيح جميل المتقدّم و من ملاحظة مجموع ذلك يقطع الفقيه المنصف الفطن بالحكم المذكور و لا يختلج بباله اشكال فيه و منها ما دلّ من الأخبار على كراهة شراء ما لم يره مثل خبر عبد الأعلى بن أعين قال ثبتت عن أبي جعفر (- ع-) أنه كره شراء ما لم يره و أنت خبير بعدم دلالة على المطلوب بوجه لأنّ كراهة الشراء أعمّ من ثبوت الخيار و عدمه قوله طاب ثراه الخبر (- اه-)

قال في (- ثق-) بعد نقل الخبر ما لفظه و المراد أنه إذا اشترى عشرة مثلاً مائة غنم فيدخل بيتاً فيخرج من الغنم كيف ما اتفق فاذا بلغ المخرج خمسة مثلاً اخرج اسم رجل فمن خرج اسمه يعطيه هذه الخمسة فلم يجوزه للغرر و عدم تحقّق شرائط القسمة إذ من شروطها تعديل السّهام أوّلاً فربّما وقع في سهم بعضهم كلّها سماناً و في سهم الآخر كلّها هزالاً و من أجل هذا أنه لو اشترى و الحال هذه فإنّ له الخيار صرّح به في صحيح الشّحام إذا خرج الرديّ في ذلك السّهم و إذا أمكن القسمة بعد تعديل السّهام فإنّه لا مانع لأنّه يشترى مشاعاً فان اقتسموا بالتعديل فلا خيار و الّا فإن خرج في سهمه الرديّ كان له الخيار في القسمة فالمنع في صحيح الشّحام مبني على ما هو دأبهم من شرائهم مجهولاً غير معدّل كما يشير اليه قوله عليه السّلام في روايته منهال أنما يصلح السّهام إذا عدلت القسمة انتهى و أنت خبير بأنّ ما ارتكبه متعبه بلا ثمر و حمل للنصّ على خلاف ظاهره من غير شاهد و استنباط علّة من غير قرينة لأنّ الخبرين جميعاً خاليان عن التصريح بخيار الرّؤية أو الإيماء إليه كما لا يخفى

قوله طاب ثراه لم يعلم وجه الاستشهاد به

الضّمير المجرور يعود الى صحيح زيد الشّحام بقرينة قوله لأنّ المشتري لسهم القصاب (- اه-) و توهم رجوعه الى خبر منهال اشتباه لأنّه ذكره في (- ثق-) مفسّر الصحيح زيد لا شاهد الأصل المطلوب

قوله طاب ثراه و يكون له خيار الحيوان (- اه-)

قد يستبعد ذلك من حيث عدم توقّف خيار الحيوان على القبض و الخروج على خلاف الوصف فتأمل

قوله طاب ثراه و حكى عن بعض

هذا البعض هو سيّدنا في مفتاح الكرامة فإنّه احتمل ذلك ثمّ استبعده هو و يكفي في المسئلة الاتفاق الظاهر الكاشف عن عدم القول بالفصل بين ظهور المبيع على خلاف الوصف أو ظهور الثمن (- كك-)

[مسألة مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة]

قوله طاب ثراه مسألة مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة

الوجه فيما ذكره انّ الخيار لَمّا كان خلاف مقتضى أصالة اللزوم لزم الاقتصار في الخروج عنه على مورد النصّ و ليس مورد النصّ هنا الّا العين الشخصية الغائبة و لكن قد يقال انّ مورد صحيح زيد الشّحام المتقدّم ليس العين الشخصية فإنّ سهام القصابين أمّا من الكلّي الخارجى كالصّاع من الصّبرة أو من الحضيّة المشاعة و قاعدة الضّرر (- أيضاً-) تقتضى ثبوت الخيار عند تخلف الوصف عند الرّؤية

مضافا الى إمكان إدراجه في تخلف الشرط لأن الشراء إذا كان بالوصف فكأنه اشترط الأوصاف في المبيع فإذا تخلف الوصف ثبت الخيار نعم لا- يثبت الخيار في الكلي المطلق لأنه إذا خرج المقبوض على خلاف الموصوف لزم البائع تبديل ذلك و تسليم ما هو مصداق الكلي ولا- يبقى للخيار محلّ و يحتمل ان يكون غرض الماتن (-ر-ه) من جعل مورده العين الشخصية الاحتراز عن الكلي الصرف لا الكلي الخارجي فتدبر

قوله طاب ثراه و ربّما يترأى التنافي بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه (-ا-ه)

هذه العبارة و ما بعدها الى قوله ثمّ ان الخيار بين الردّ و الإمساك (-ا-ه) تضمنت إشكالات ثلثا في المقام مع أجوبتها الإشكال الأوّل ما تضمّنته العبارة و تحريره انّ جمعهم بين اعتبار ذكر الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها و بين اعتبار ذكر الأوصاف التي يلزم ذكرها في السّلم و دعواهم الإجماع على الفقرتين جميعا ممّا لا يكاد يفهم إذ قد يتسامح في السّلم فرارا من عزة الوجود ما لا يتسامح به في القيمة و جوابه ما ذكره بقوله و يمكن ان يقال (-ا-ه) و حاصله انّ غرضهم بما يعتبر في صحّة السّلم هو ما يعتبر فيه من حيث هو و كلّ وصف له مدخل في القيمة فهو معتبر في السّلم و لا ينافي ذلك رفع اليد أحيانا عن بعض الأوصاف من جهة محذور الأداء الى عزة الوجود و يمكن الجواب عن هذا الإشكال بما أجاب به عن الإشكال الثاني كما لا يخفى و ربّما أجاب الشيخ المحقق فقيه آل يس (-قده-) عن الإشكال بوجه آخر متين و هو انّ الصّفات اللاحقة للشئ بالذات أو بالعارض تارة تكون ممّا جرت العادة في مقام البيع المبني على المداقّة على ملاحظتها وجودا و نفيًا في عظم مائتة العوضين و قلّتها فهذه التي يتعين عنده ذكرها حذرا من الغرر و الجهالة من حيث انّ تقدير التعويض عن المثلن بالثلثن زيادة و نقصا منوط فكانت بمنزلة المال المعين لأنها المقومة له و تارة لا تكون ممّا جرت العادة فيها على هذا اللّحاظ و إن كانت مرغوبا في وجودها لتعلّق الغرض بها كأوصاف محاسن كلّ عضو مثلا من الجارية و هذا القسم لا يتوقّف دفع الضرر لها عند المعاملة إلّا في السّلم بالنظر الى المثال المذكور من حيث ان ذكر وصف كلّ عضو من الحيوان ممّا هو غير معين خارجا يؤدّي الى عزة الوجود الموجبة لرفع الوثوق بالحصول فيعود الأمر الى الخطر في حصول السّلم و الغرر فالسّلم غير خارج في حدّ التوصيف عن غيره الى القلّة ثمّ أنّه (-ر-ه) فرع على ذلك سقوط ما في المتن من الإشكال الثاني و الثالث الآيتين و جعل منشأ التوهّم في الجميع عدم الالتفات الى تحديد الصّفات المقومة للمبيع بما جرت العادة على اعتبارها و ملاحظتها ميزانا في قدر مائتة العوضين و ظنّه عمومها لكلّ ما يتعلّق به الغرض فلا تذهل

قوله طاب ثراه ثمّ انّ الأوصاف التي يختلف الثمن من أجلها (-ا-ه)

هذا هو الإشكال الثاني و جوابه ما ذكره بقوله و لا أجد في المسئلة أوثق من ان يقال انّ المعتبر هو الغرر العرفي (-ا-ه)

قوله طاب ثراه مع أنّا علمنا انّ الغرر العرفي أخصّ من الشرعي

ليس غرضه (-قده-) انّ للغرر حقيقة شرعية حتى يورد عليه بالمنع من ثبوتها بل غرضه انّ الغرر و إن كان موضوعا عرفيا قد نهى النبي (-ص-) عنه و لكن العرف قد يتسامحون في بعض الموارد فلا- يرتّبون حكم الغرر على موضوع مع اعترافهم بكونه غررا فإطلاق النهي عن الغرر يقتضى الحكم بالبطان حتّى في مورد مسامحتهم و (-ح-) فالجواب ما أشار إليه (-ر-ه) من انّ العرف إذا لم يرتبوا اثر الغرر في مورد لم يثبت حكم الغرر فيه لأنّ الخطاب قد ورد على طبق لسانهم و من أجل تفهيمهم فتأمل جيّدا قوله طاب ثراه و أشكال من ذلك (-ا-ه)

هذا متّم

ص: ٩٩

الإشكال الثاني و عبارة أخرى عنه و حاصله أنه إذا قلنا بلزوم ذكر جميع ما يختلف الثمن باختلافه في صورة التوصيف لزمننا القول باعتبار ذكر جميع ذلك فيما كان التوصيف قائما مقامه و هو الرؤية و الثاني باطل لعدم التزامهم بذلك فيلزم ان يكون المقدم مثله قوله طاب ثراه ثم أنه يمكن الاستشكال (-ه-)

هذا هو الإشكال الثالث و حاصله ان الجهل بوجود الصفات المذكورة قيدا في المبيع غرر (- أيضا-) فكما يلزم الغرر عند عدم ذكر الأوصاف فكذا يلزم في صورة ذكرها (- أيضا-) و قد أجاب عن ذلك أولا- بقوله و يمكن ان يقال ان أخذ الأوصاف في معنى الاشتراط لا- التقييد (-ه-) و ثانيا بقوله يمكن ان يقال ببناء هذا البيع على تصديق البائع (-ه-) و ناقش بعض من تأخر عنه بأن الاشتراط لا يرفع الغرر و أنه لا فرق بينه و بين التقييد إذ المدار على رفع الجهل بالأوصاف و مجرد الاشتراط لا يستلزم ذلك و ان أراد ان مع الاشتراط لا يبقى احتمال الضرر الذي هو الموجب للنهي عن الغرر لمكان كون تخلف الشرط مثبتا للخيار فيه ان الخيار لا يرفع الغرر و الّا لجاز بيع المجهول المطلق مع شرط الخيار بل لا معه (- أيضا-) من حيث وجود خيار المجلس مضافا الى أنه مع التقييد (- أيضا-) اما ان ثبت عند التخلف في الخيار أو يحكم بفساد البيع فلا يلزم الضرر على كل حال ثم ناقش في الجواب الثاني بأن الجهل لا يرتفع بذكر الأوصاف سواء كان الواصف هو البائع أو غيره ثم أجاب عن الإشكال بأن اجترائهم بذكر الأوصاف في رفع الغرر انما هو من باب الاطمئنان بوجودها في المبيع و معه يرتفع الغرر و ليس اجترائهم بمطلق التوصيف الحاصل من التوصيف حتى مع عدم إيراد قول الموصف الاطمئنان بوجود الأوصاف حتى يلزم الغرر الذي أورده المستشكل و أقول اما مناقشة الأولى فيمكن الجواب عنها بالفرق بين صورتى التقييد و الشرط بأن التقييد يجعل المبيع عبارة عن المقيّد فالجهل بوجود القيد مورث للغرر و هذا بخلاف ما إذا اندرج في عنوان الاشتراط فإن المبيع هو المطلق و الشرط التزام في ضمن التزام و جهالة الشرط (- أيضا-) و إن كانت تورث جهالة العقد فيعود محذور الغرر الّا ان دائرة الشرط أوسع من دائرة العقد فرب جهالة لا تضر في الشرط و تضر في العقد فتأمل جيدا و اما مناقشة الثانية فيمكن الجواب عنها بأن غرض (- المصنف-) (- قده-) هو دعوى كفاية وصف البائع تعبدا ككفاية اخباره بالكيل و الوزن و اما جوابه عن الإشكال فليس بذلك البعيد و قد أخذ هذا البعض المناقشة في الجوابين و الجواب عن الإشكال كجملة من مطالبه من الشيخ الفقيه الماهر الشيخ محمد حسن آل يس فلاحظ قوله طاب ثراه و صريح السرائر تخيره (-ه-)

قال في (- ثر-) في جملة كلام له في المقام ما لفظه فاذا عقد البيع ثم رأى المشتري المبيع فوجده على ما وصفه البائع له كان البيع ماضيا لم يكن لأحدهما خيار و ان وجده على خلاف الصيغة كان له رده و فسخ العقد أو أخذ الأرش لا يجبر على واحد من الأمرين انتهى و ربما يحتمل حمل كلامه على ما إذا كان الفاتئ هناك عينا أو وصفا له مدخل في صحة البيع و سلامته كان يكون وجده أعور أو مقطوع اليد فيأخذ الأرش بخيار العيب لا ما إذا كان صفة محضة كما هو المراد بخيار الرؤية فتدبر قوله طاب ثراه و أضعف من هذا ما ينسب الى ظاهر المقنعة و (- به-) و المراسم (-ه-)

التاسب هو سيدنا صاحب مفتاح الكرامة و النسبة بالنسبة الى (- به-) و المراسم خطأ لصراحة عبارتيهما في الخيار قال في (- به-) في باب الشرط في العقود ما لفظه و إذا اشترى الإنسان ضياعا أو عقارا بحدودها و وصفها من غير ان يعاينها كان البيع ماضيا الّا ان له شرط خيار الرؤية فإذا رآها فان وجدها كما وصفت له كان البيع ماضيا و ان لم يجدها على ما ذكرت أو لم يجد شيئا منها (- كك-) كان له ردها على البائع و استرجاع الثمن انتهى و قال في المراسم البيع بالوصف على ضربين أحدهما يصح و الآخر لا يصح فاما الأول فهو ان ينعت للمبتاع شيئا غير مشاهد موجودا كان في الوقت أو غير موجود فيبتاعه بالوصف فالبيع مراعى فان وجده على الوصف فيها و الّا كان له رده انتهى نعم عبارة المقنعة صريحة في القول في البطلان حيث قال في باب الأعدال المجزومة ما لفظه و لا يجوز بيع المتاع في أعدال مجزومة و جرب مشدودة الّا ان يكون له برنامج يوقف منه على صفة المتاع في ألوانه و أقداره و جودته فإن كان

ذلك (- كك-) وقع البيع عليه فمتى خرج المتاع موافقا للصفات كان البيع ماضيا و ان خرج مخالفا لها كان باطلا انتهى قوله طاب ثراه لكن الموجود فى المقنعة و (- به-) انه ان لم يكن على الوصف كان البيع مردودا و لا- يبعد كون المراد بالمردود القابل للزء لا الباطل فعلا

اقول الموجود فى باب البيع المضمون من المقنعة و ان كان هو التعبير بالمردودية حيث قال من ابتاع شيئا معروفا بالصفات كان ذلك ماضيا الى ان قال فان قبضه و وجده على الصفة التى ابتاعه عليها كان البيع ماضيا و ان كان بخلاف الصفة كان مردود انتهى الا ان عبارته التى اسبقناها صريحة فى البطلان غير قابلة للتوجيه الذى ذكره الماتن (- ره-) و اما عبارة (- به-) فقد عرفت صراحتها فالخيار من دون تعبير بكونه مردودا (- أيضا-) فلا تذهل

قوله طاب ثراه لعدم الدليل على البطلان بعد انعقاده صحيحا هذا انما يتم وجهها لضعف القول بالبطلان ان لو قال بعروض البطلان عند ظهور تخلف الوصف و اما لو قال بكشف ظهور تخلف الوصف عن بطلان البيع من أصله فلا وقع لما ذكره (- قدّه-) قوله طاب ثراه عدى ما فى مجمع البرهان (- اه-)

قال فى مجمع البرهان ما لفظه لى فى أمثال هذا الخيار تأمل لأن العقد انما وقع على الموصوف بوصف خاص و الفرض عدم وجوده فى هذا المتاع فلم يقع عليه العقد فكيف يصح فيه الخيار فمقتضى القاعدة بطلان هذا البيع لا الخيار و فيه ما عرفت من الدليل على الخيار مع ان كون مقتضى القاعدة هو البطلان من رأس ممنوع لان العقد انما وقع على العين الشخصية مقيدة بالقيد الفلانى و زوال القيد لا يوجب زوال ذات المقيد بل وصف تقيده فلا تكون العين مما لم يقع عليه العقد كى يفسد بل هى مما وقع عليه العقد بوصف خاص فاذا فقد الوصف لم يبطل البيع بل يتخير فدعوى مخالفة الخيار لمقتضى العقد لائحة السقوط قوله طاب ثراه بأنه اشتباه (- اه-)

المجورور بالباء متعلق بالدفع المنسوب بان و الدافع هو الشيخ الفقيه الغروى (- ره-) فى تعليقه على خيارات اللمعة حيث قال بعد بيان دليل المسئلة ان القول بالبطلان فى ذلك باعتبار عدم بقاء محل المعاملة فيكون البيع باطلا لا وجه له و سر الاشتباه عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات و الوصف المعين فى الشخصيات و بين الوصف الذاتى و العرضى مع ان أقصى ما هناك انه من باب تعارض الإشارة و الوصف و الإشارة أقوى انتهى و ذكر فى مفتاح الكرامة ما يقرب منه حيث قال بعد نقل عبارة مجمع الفائدة انه قد يقال ان الوصف قد يكون معينا مشخصا للمبيع كان يبيعه ثوبه الأسود فلو أعطاه ثوبه الأبيض لم يصح و ليس له الا الأسود فإن أمكن و الا بطل و الثانى

ص: ١٠٠

ان يؤخذ رافعا للجهاالة رافعا للغرر كان يبيعه الحنطة الدقيقة الحمراء فان وجدها على غير تلك الصيفة لم يبطل البيع و إنما يثبت له الخيار أو يقال سلمنا ان العقد وقع على الموصوف بالوصف الخاص لكن لما فات الوصف صار كقبض الصفة فثبت الخيار فتأمل أو يقال ان الموصوف جزئي معين قد وقع العقد عليه الا أنه وقع غلط في الوصف كان يقول بعتك هذا الشيء و هو اسود و كان أبيض فحصل له الخيار لذلك فان له ان يرضى بما له من غير الوصف فيسقط حقه و ان لا يرضى و فيه تأمل ينشأ من تقديم الوصف على التعيين في التية و القصد و عدمه و قد قدم الوصف على الإشارة في مثل ان يقول هذا الأسود و لم يكن (- كك-) فكيف في غيره انتهى فتأمل

قوله طاب ثراه مجازفة (- اه-)

خبر لأن في قوله و من هنا يظهر ان دفع

قوله طاب ثراه و منه المصراة (- اه-)

اسم مفعول من التصرية بمعنى ترك الحلب و جمع اللبن يقال صريت الناقة من باب تعب فهي صرية و صريتها صريا من باب رمى و التضعيف مبالغة و تكثير

قوله طاب ثراه فتأمل

الظاهر أنه أشار بذلك الى توهين التمثيل لتخلف الصيفة المقصودة الغير المقومة للمبيع بيع ما يملك و ما لا يملك ضرورة عدم تخلف الصيفة المذكورة الغير المقومة في المثال و إنما المتخلف بعض المبيع و كون كل جزء من المبيع مقصودا بالذات لا- ان ما يملك مقصود بالذات و ما لا يملك بالتبع أو أنه لم يقصد الا المجموع ضرورة ان قصد المجموع قصد لأبعاضه بخلاف الصحيح فان القصد اليه ليس قصدا للمعيب لكن يمكن الجواب عن هذه المناقشة بأنه إذا صح العقد فيما يملك في الفرض لزم صحة العقد عند تخلف الوصف بطريق اولي فتدبر

قوله طاب ثراه فتأمل

يحتمل ان يكون الأمر بالتأمل للإشارة الى ان العرف إذا خالف ضابط التغير المذكور في الربا لم يكن للإحالة إليه وجه لأنه بيان الشارع ضابط التغير المذكور في باب الربا لم يكن للإحالة إليه وجه لأنه بيان الشارع ضابط التغير في باب الربا علم مصطلحه في التغير و الاتحاد و كلام كل متكلم إنما يحمل على عرفه إذا لم يعلم له اصطلاح خاص و الفرض علمنا هنا بمصطلحه فلا يحمل كلامه الا عليه و يحتمل ان يكون للإشارة الى عدم انضباط العرف في ذلك لحكمهم بالمغايرة بمجرد تخلف وصف من الأوصاف

[في خيار الرؤية و أنه فوري]

قوله طاب ثراه الأكثر على ان الخيار عند الرؤية فوري (- اه-)

القول بالفور هو صريح محكي (- ط-) و الوسيلة و الغنية و (- كره-) و (- عد-) و (- مع صد-) و (- لك-) و (- الروضة-) و محكي (- ير-) و (- س-) و تعليق (- شاد-) و غيرها بل في الرياض و الجواهر و المستند أنه الأشهر و في (- ثق-) أنه ظاهر كلام الأصحاب و عن الغنية نفى الخلاف فيه

قوله طاب ثراه الا و جوب الاقتصار (- اه-)

ربما تمسك بعضهم بوجه ثان و هو ان خيار الرؤية في الحقيقة خيار العيب و قد نفى في الغنية الخلاف عن كونه على الفور و فيه ان الظاهر من المتأخرين كآفة نفى الفورية عن خيار العيب من غير خلاف يعرف كما صرح بذلك جمع بل ربما احتمل بعضهم الإجماع عليه و ما في الغنية موهون بذلك

قوله طاب ثراه و إن كان خلاف التحقيق (- اه-)

قد علل صاحب المستند إنكار الإطلاق بأنه أنما ورد النص مورد مجرد بيان ثبوت الخيار و لا تعرض فيه للفور و التراخي فلا إطلاق و أشار الماتن (- ره-) بقوله كما تبهننا عليه (- اه-) الى ان كون الأخذ بالإطلاق خلاف التحقيق أنما هو لما أشار إليه في خيار التأخير من ورود الخبر لبيان مؤدى قاعدة الضرر و أنه بعد كون مستند الخيار قاعدة الضرر لا يمكن القول بالتراخي لارتفاع الضرر بالخيار انا و الضرورة تقدر بقدرها و الإنصاف ان إنكار الإطلاق في صحيح جميل بل و صحيح الشحام خلاف التدبر ضرورة ان السؤال فما كان عن قضية خارجيه كان اللمازم عليه صلوات الله عليه بيان الحكم على وجه ينطبق على تلك القضية و لو كان فوراً للزم عليه عليه السيلام البيان بل ظاهر السؤال وقوع الفصل بين الرؤية و بين السؤال فلو لا التراخي لم يكن لحكمه عليه السيلام بالخيار وجه و توهم كون الجهل بالحكم عذرا و ان المراد الفوريه من حين العلم بها كما ترى و ما ذكره (- المصنف-) (- ره-) من ورود نصوص الخيار لبيان مؤدى قاعدة الضرر كما ترى (- أيضا-) ضرورة عدم قابلية قاعدة الضرر لتعيين كون المبدء بعد مضي ثلثة أيام لا أقل و لا أكثر مع ان الضرر يختلف باختلاف الموارد فقد لا يحصل الضرر بالتأخير شهرا و قد يحصل بالتأخير ساعة و هكذا في باقي الخيارات فالقول بالتراخي هو الأظهر وفاقا لسيدنا في الرياض و الله العالم

قوله طاب ثراه و بالتصرف بعدها (- اه-)

هذا في التصرف الكاشف عرفا عن الرضاء بلزوم البيع ليكون إسقاطا فعليا للخيار متين و لكن في دلالة التصرف على ذلك (- مط-) تأمل ألا ان يتمسك بعموم التعليل في بعض اخبار خيار الحيوان فيكون مسقطا تعبدا

[في مسقطات خيار الرؤية و أنه يسقط بالتصرف]

قوله طاب ثراه ففى سقوط الخيار وجوه (- اه-)

أحدها السقوط لأصالة اللزوم بعد كون التصرف مسقطا فعليا ثانيها عدم السقوط لاستصحاب الخيار المقدم على أصالة اللزوم من حيث كونه سببا و كون التصرف مسقطا حتى مع الجهل بالحال و عدم الرؤية ممنوع

قوله طاب ثراه وجهان مبتيان (- اه-)

لا يخفى عليك ما في جعل الرؤية سببا مستقلا من النظر لعدم تعقل ذلك و عدم الدليل عليه فهي اما شرط أو كاشف و على كل منهما فالإسقاط جائز اما على الكاشفية فظاهر لثبوت الخيار من حين العقد و اما على الشرطية فلحصول السبب و هو العقد مع ان الأظهر الكاشفية و ان السبب هو العقد مع تخلف الوصف فتدبر

قوله طاب ثراه كما عن (- يه-) و بعض

(١١) أراد بالنهاية نهاية الشيخ (- ره-) كما هو (- كك-) عند الإطلاق و الظاهر أنه أراد بالبعض صاحب الجواهر (- ره-) فإنه نفى الزيب عن ذلك

قوله طاب ثراه ثم أنه (- قده-) يثبت فساد هذا الشرط (- اه-)

(١٢) لما ذكر مستند الوجهين الأولين معبرا بمن و من و طال الفصل اتى بمستند الوجه الثالث مغيرا لاصلوب الكلام معبرا بما ترى

قوله طاب ثراه و أقوى الأقوال أولها (- اه-)

(١٣) أقول الأقوى هو التفصيل بين الوثوق العادى بالصيغة المذكورة و بين عدمه بصحة اشتراط السقوط على الأول دون الثاني تبعا لفقهاء آل يس (- قده-) لان ارتباط الأوصاف بالعقد من وجهين أحدهما حصول المعلومات للمبيع و لا يتوقف اعتبارها على علم الواصف بوجودها حين العقد بل يكفى العلم بها برؤية سابقة مثلا فيذكرها استنادا الى الاستصحاب و ثانيها ثبوت الخيار على تقدير الانتفاء حين العقد و اشتراط سقوطه لا ينافى حصول المعلومات مع الوثوق العادى بذكر الوصف و اما مع عدم الوثوق فلا يصح اشتراط

السقوط لثبوت الغرر في العرف و العادة مع سقوطه المقتضى للزوم العقد فانّ العقود اللّازمة مبنية على المضايقة فيها بالنسبة إلى
المعلومية المعتبرة

ص: ١٠١

فيها و تقوية الماتن (- ره-) القول الأول مبنى على تخيل التنافى بين التزام البائع بتلك الأوصاف و بين اشتراط سقوط الخيار نظرا الى رجوع الالتزام الى كون المبيع العين المخصوصة و وقوع العقد عليه بحيث يكون تخلف الأوصاف موجبا لعدم حصول المقصود من العقد و رجوع اشتراط السقوط الى الالتزام بتعلق العقد بذات المبيع و إن كان فاقدا لما ذكر من الأوصاف قال و التنافى بين الأمرين واضح لكن فيه عدم التنافى بينهما عند التأمل و العجب من إثباته التنافى هنا مع جزمه عند الكلام فى الثانى من مسقطات خيار الغبن بعدم التنافى بينهما و أوضحنا وجهه هناك فراجع و تدبر قوله طاب ثراه و انما اعتمد المشتري فيها على أصالة الصحة (- اه-)

يمكن المناقشة فى ذلك أولا بأن الاعتماد على أصالة الصيحة مع اشتراط البراءة لا يخرج العقد عن كونه غرريا فمناط البطلان موجود هناك (- أيضا-) و ثانيا أنه إذا كان الاعتماد على أصالة الصيحة أمرا معلوما كان لازمه التزام البائع ضمنا بالصحة فاشتراط التبرى من العيوب ينافى ذلك الالتزام الضمنى فتأمل قوله طاب ثراه و ظهر (- أيضا-) ضعف ما يقال (- اه-)

القائل هو صاحب الجواهر

[عدم ثبوت هذا الخيار ببذل التفاوت أو إبدال العين]

قوله طاب ثراه لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين (- اه-)

هذا ممّا قطع به جمع و استظهر بعضهم عدم الخلاف فيه و آخر الإجماع عليه قوله طاب ثراه ففى (- س-)

قال فى (- س-) و لو شرط البائع إبداله ان لم يظهر على الوصف فالأقرب الفساد انتهى قوله طاب ثراه فيفسد و يفسد العقد

لأنّ فساد العقد بفساد شرطه فى صورة إيراث الشرط جهالة أحد العوضين ممّا لا كلام فيه كما برهن عليه فى محلّه قوله طاب ثراه و بذلك ظهر ضعف ما فى (- تق-) (- اه-)

وجه الضعف أنّ ظهور المبيع ذا الأوصاف لا ينعف فى إزالة الغرر الذى كان موجودا حين العقد موجبا لبطلانه و فى المسئلة وجه ثالث لفاضل المستند و هو أنّه إن كان المشروط عدم الفسخ و تملك البديل بهذا العقد فهو فاسد قطعاً لبطلان الشرط و إن كان الأبدال بعقد آخر بعد زوال المبدل منه و فسخه فلا فساد فيه لأنه شرط سائغ قال و كان مراد (- س-) الأوّل فيكون صحيحا انتهى (- فت-)

[فى ثبوت خيار الرؤية فى غير البيع]

قوله طاب ثراه الظاهر ثبوت خيار الرؤية فى كلّ عقد واقع (- اه-)

قد يورد عليه بعدم الدليل عليه و يردّ ما تمسك به بعدم انحصار دليل اللزوم فى أية وجوب الوفاء بالعقود ان سلم دلالتها على ذلك فما ذكره ان لم يكن إجماعيا لا شاهد عليه و يجاب بإمكان الاستدلال له بفحوى ما دلّ عليه فى البيع أو بعمومه ان أريد به مطلق الثقل و لو بصلح و نحوه مع عدم القول بالفصل بينه و بين نحو الإجارة أو عدم الفرق بينهما فتدبر

[مسألة لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفة و قال المشتري قد اختلف]

قوله طاب ثراه فلا يلزم ما لم يقرب به (- اه-)

المراد من اللزوم المنفى في العبارة هو لزوم تعيين دفع الثمن بعد تردّد الواقع بين الحالين من الاختلاف و عدمه مع إمكان ان يقال انّ الأصل عدم حصول الصّفة إذا كانت عرضية كالخياطة و الكتابة كما انّ الأصل عدم وصول تمام الحقّ إلى المشتري بدفع ما يدّعيه البائع من كونه هو المبيع لو كانت الصّفة ذاتية

قوله طاب ثراه و اللزوم من احكام البيع المتعلّق بالعين على الوجه الثّاني و الأصل عدمه

فيه انّ أصالة عدم تعلق البيع بالعين على الوجه الثّاني معارض بأصالة عدم تعلقه على الوجه الأوّل فتتساقطان و تبقى أصالة عدم استحقاق المشتري للخيار و أصالة اللزوم محكّمه هذا مع انّ الحقّ انّ المدار في تميز المدّعي من المنكر على الصّدق العرفي لا مخالفة الأصل و موافقته و لا ريب في انّ المنكر عرفا هو البائع لأنّه يترك المشتري لو ترك هو دعوى اختلاف الوصف و البيّنة على المدّعي فيكون القول قول صاحبه و هو هنا البائع بيمينه
قوله طاب ثراه و قد تقدّم توضيح ذلك (- اه-)

ذكر ذلك عند الكلام في الفرع الأوّل من فرعي مسألة بيع العين بالمشاهدة السابقة بعد مسألة بيع الصّاع من الصّبرة فراجع و تدبر

[مسألة لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقي كالأول بطل]

قوله طاب ثراه كما عن (- ط-) (- اه-)

(١١) بل قيل أنّه الأشهر بل قيل أنّه لم ينقل الخلاف فيه إلّا من (- لف-)

قوله طاب ثراه بان بعضه عين حاضره (- اه-)

(١٢) فيه منع البطلان فيما إذا كان البعض عينا و البعض في الدّمة فما ذكرناه يشبه المصادرة

قوله طاب ثراه و عن (- لف-) صحّته

(١٣) أقول استدللّ بعضهم للصّحة بالأصل و العمومات و عدم الدّليل على بطلان البيع المتّحد المتعلّق بشخصي و كلّ في الدّمة بعد فرض ضبطه فتأمّل

قوله طاب ثراه ثبت الخيار لتخلف الشرط

(١٤) يمكن المناقشة في ذلك بالمنع من ثبوت الخيار في الصّورة الثّانية ضرورة كون الأزرع (- ح-) كلّيا و التخلف في بيع الكلّي لا

يوجب الخيار بل تسلّط المشتري على مطالبة مصداق الكلّي الذي وقع عليه العقد

قوله طاب ثراه و كان للمشتري الخيار

(١٥) لعلّ مراده انّ له الخيار بعد عدم إمكان جبر البائع على إحضار المصداق و إلّا لم يكن وجه للخيار

[السابع خيار العيب]

إشارة

قوله طاب ثراه إطلاق العقد يقتضى وقوعه مبثبا على سلامة العين من العيب (- اه-)

(١٦) قد جرت عادة الأصحاب على تصدير مبحث خيار العيب بهذا البيان و قد صرّح به الشّيخ (- ره-) و الحلّي و سائر من تأخّر عنهما من غير خلاف و لا اشكال و غرضهم بذلك التّوطئة لبيان إیراث ظهور العيب الخيار فإنّه لو لا اقتضاء الإطلاق سلامة العوضين من العيوب لم يكن لإثبات الخيار عند ظهور العيب في صورة الإطلاق وجه و ربّما ذكر بعضهم انّ الغرض بذلك بيان صحّة البيع بدون ذكر قيد الصّحة و أنّه لا يكون من البيع الغرري حتى يكون باطلا و فيه أنّه لو كان غرضهم ذلك لكانوا يصرّحون بعدم البطلان

بعد الفراغ من بيان هذا الأصل و تريهم لا يفزعون عليه إلا ثبوت الخيار عند ظهور العيب لا أقول أن لهم في صحه العقد كلاما بل أقول ان غرضهم بالعبارة ليس بيان ذلك و أنهم سكتوا عنه إحالة إلى الوضوح و إنما ذكروا العبارة توطئة لما هم بصدده من بيان إيرات ظهور العيب الخيار و كيف كان فالمدى يظهر من كلماتهم مستندا لهذا الأصل أمور أحدها أنه من باب اقتضاء الحال و ان حال المتعاقدين يقتضى إرادتهما من المطلق الصّحيح قال كاشف الغطاء في محكى شرحه على (-عد-) الظاهر ان الاقتضاء فيه اقتضاء حال بمعنى ان عقد المعاوضة و الإيقاع و جميع ما تعلق بالموجودات الخارجيّة من ندور و ايمان و وجوب و ندب من المطلقات يقتضى ان العاقد لا يريد إلا الصّحيح و أنه ما دفع العوض إلا في مقابلة ما هو الصّحيح و كذا الناذر و الأمر يفهم من حالهما أنّهما لا يريدان إلا الصّحيح على وجه يظهر وجهه من بعض المقامات المتعلقة بالماليات كالزكوات و الكفّارات انتهى ثانيها أصالة كون الشيء على خلقته الأصليّة و لعلّ مستندها غلبة افراد الصّحيح في الخارج فانصراف المطلق الى السالم أنّما هو من باب البناء على ان الأصل في جميع الكائنات من جمادات و نباتات و حيوانات ان تكون على نحو ما غلبت عليه حقيقتها من التّمات في الذات و عدم النقص في الصّيفات أجناسا و أنواعا و أشخاصا من غير فرق بين المبيع و غيره ثالثها أنه إذا أطلق الشيء لم يفهم منه عرفا إلا الصّحيح رابعها غلبة اقدم المتعاملين على المعاملة على الصّحيح الى غير ذلك من التعبيرات المتقاربة و الحقّ ان منشأ اقتضاء الإطلاق السّلامه أنّما هو الانصراف العقد (-المط-) بسبب غلبه استعماله في الصّحيح اليه و ما يتأتى في كلام الماتن (-ره-) من المناقشات

ص: ١٠٢

ستسمع دفعها إنشاء الله تعالى

قوله طاب ثراه الأصل في المبيع من الأعيان والأشخاص (-اه-)

هذا ظاهر في الوجه الثاني وقوله فإنما بنى إقدامه على غالب ظنه موضح لذلك حيث أشار الى أن مستند أصالة السِّلَامَةُ غلبه وجود

الصحيح الموجب لظن المشتري بسلامة المبيع

قوله طاب ثراه و مما ذكرنا يظهر أن الانصراف (-اه-)

أراد بما ذكره ما افاده من كون اقتضاء الإطلاق السِّلَامَةُ من باب أصالة السِّلَامَةُ التي منشأها الغلبة

قوله طاب ثراه ولذا لا يجرى في الأيمان والتدور (-اه-)

هذا أنما يكون شاهدا على المنع ان لو كان مراد مدعى الانصراف دعوى انصراف أسماء الأعيان إلى الصحيح واما لو كان غرضه

دعوى انصراف المعاملات المطلقة الواقعة على الأعيان إلى الأعيان الصحيحة فلا شهادة فيه عليه مع أن منع الانصراف حتى في الأيمان

و التدور لا يخلو من تأمل

قوله طاب ثراه و ثانيا عدم جريانه فيما نحن فيه (-اه-)

فيه أن كون المبيع عينا شخصية لا يمنع من جريان الانصراف لإمكان إيراد الانصراف وصفا في المبيع خارجا عن أصل حقيقته فاذا

قال بعتك هذه الجارية و أطلق فكأنه قال بعتك هذه الجارية الموصوفة بكونها صحيحة فاذا تخلفت الصحة ثبت الخيار غاية ما هناك

أنه على الانصراف يستفاد الصحة من الانصراف و على مبناه من أصالة السِّلَامَةُ يستفاد التزام بالصحة بحكم الأصل

قوله طاب ثراه و ثالثا بأن مقتضاه عدم وقوع العقد رأسا (-اه-)

هذا الاقتضاء أنما يسلم ان لو كان مقتضى الانصراف تقيد المبيع بوصف الصحة بحيث يكون قوله بعتك هذا العبد بعتك هذا العبد

المقيد بقيد لصحة حتى يلزم عند فقد القيد فقد المقيد يكون العقد باطلا و ليس (-كك-) و أنما نظر مدعى الانصراف الى كون

الصحة في المبيع وصفا خارجا عن أصل حقيقته يطلب مستقلا فيكون من باب تعدد المطلوب فمثله مثل الشروط إذا تخلفت فكما أن

تخلفها لا يوجب فساد العقد فكذا هنا كما تبه عليه هو (-ره-) أيضا بالدفع الذي يذكره و قد أجاد الفقيه الغروي (-قده-) حيث قال

أنه بناء على الانصراف في المبيع المعين قد يغلب جانب الإشارة على الوصف خصوصا ان الوصف غير مصرح به بل المراد المبيع

الأعم من الصحيح والمعيب و هما بالنسبة إلى صدق اللفظ متساويان و لكن الإقدام ليس ألى على الصحيح للأصل المتقدم يعنى

أصالة السِّلَامَةُ بناء على غلبة الصحيح قال و هذه الغلبة أنما تقضى بندرة الوجود لا ندرة الإطلاق فالعاقد قد قصد مدلول اللفظ لكنه

توهم الصحيح و لا عبرة بالتوهم مع القصد الى مدلول اللفظ فى الجملة انتهى

قوله طاب ثراه و دفع جميع هذا (-اه-)

مبتدأ خبره جملة بان وصف الصحة

قوله طاب ثراه و لقد أجاد فى الكفاية (-اه-)

الظاهر ان وجه الاستجارة ظهوره فيما افاده هو (-ره-) من كون اقتضاء العقد الصحة من باب أصالة السِّلَامَةُ و لكن لا يخفى عليك

عدم صراحة عبارة الكفاية فى ذلك لان اقتضاء الإطلاق لزوم السِّلَامَةُ أعم من كون اللزوم من باب الأصل أو من باب الانصراف أو

غير ذلك

قوله طاب ثراه و لو باع كليا (-اه-)

هذا من الماتن (-ره-) و ليس متمما لعبارة الكفاية

قوله طاب ثراه و يحتمل كونه من جهة الإطلاق (-اه-)

الفرق بينه وبين سابقه كون الانصراف على الأول من باب ظاهر الحال و على الثاني من استعمال اللفظ كثيرا في المنصرف اليه قوله طاب ثراه فتأمل

أشار (- قدّه-) بذلك الى منع الانصراف و فيه أنه لا وجه له ضرورة شيوع استعمال صيغة البيع عند الإطلاق في بيع العين الصحيحة بحيث لا ينصرف الذهن عند إطلاق العقد إلا الى الصحيح قوله طاب ثراه و يؤيده ما ورد من رواية يونس (- اه-)

(١١) قد رواها الكليني (- ره-) عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن إسماعيل بن مرار عن يونس في رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجده عذراء قال يردّ عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق و لعلّ وجه جعله (- ره-) لها مؤيّدا لا دليلا هو الإشارة الى ما فيها من القطع و عدم ذكر الإمام عليه السلام قوله طاب ثراه و منه يظهر ضعف ما حكاه في (- لك-) (- اه-)

(١٢) قال في (- لك-) ربّما قيل أنّ فائدة اشتراط الصّحة جواز الفسخ و ان تصرّف لو ظهر عيب فيفيد فائدة زائدة على الإطلاق كاشتراط الحلول انتهى و ربّما نفى في مفتاح الكرامة وجدان هذا القول لأحد من العامّة و الخاصّة و مع ذلك فقد استوجه في الجواهر الفرق المذكور نظرا الى اجتماع الجهتين في صورة الاشتراط فيعمل بالدليلين الغير المتنافيين و توضيح ما ذكره ان الإطلاق و ان افاده مفاد الاشتراط اعنى لزوم سلامة المبيع لكن أدلّة خيار الاشتراط غير جارية و أنّما الجارى مع تخلف الصّحة هو أدلّة خيار العيب فقط و أمّا مع اشتراط السّلامه فكلّ من أدلّة خيار الشّروط و أدلّة خيار العيب جار فيعمل بهما جميعا لعدم المنافاة بينهما و بعبارة أخرى الإطلاق و ان أثر الاشتراط لكنّ التأثير أنّما هو بمقدار قابليّة الموضوع فالجارى على الإطلاق أنّما هو اثر الاشتراط الغير الدائر مدار خصوص الاشتراط فحكم خيار الاشتراط أنّما يدور مدار حصول وصف الاشتراط بخصوصه بخلاف لزوم السّلامه فإنّه حاصل مع الإطلاق (- أيضا-) فتأمل

قوله طاب ثراه و دعوى عدم دلالة الزّواية (- اه-)

(١٣) لم أجد لمنع الدّعوى وجهاً فإنّه لا قرينة في الخبر على تصرّفه و لا على اشتراط بكارتها لاحتمال كون المراد به أنّه اشتراها زعما منه كونها عذراء بانها على أصالة السّلامه و يمكن المناقشة في دلالة الزّواية بوجه ثالث و هو أنّها أنّما تدلّ بناء على كون الثبوبة في الإمام عيبا و سيأتي أنّ المشهور خلافه

[ظهور العيب في المبيع بموجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش]

قوله طاب ثراه مسئلة ظهور العيب في المبيع (- اه-)

(١٤) أراد به ظهور سبق العيب العقد ضرورة منع العيب الحادث بعد العقد من الردّ كما ستعرف إنشاء الله تعالى

قوله طاب ثراه بموجب تسلط المشتري على الردّ و أخذ الأرش (- اه-)

(١٥) لّمّا كان الواو للجمع كان عطف أخذ الأرش على الردّ بالواو في غير محلّه و قد كان حقّ التعبير ان يقول بموجب تسلط المشتري على شيء من الردّ و أخذ الأرش مخيرا بينهما و الأمر سهل بعد وضوح المراد و قد صرح بالتخييرين الردّ و بين الإمساك و أخذ الأرش في المقنعة و (- ف-) و (- يه-) و المراسم و الوسيلة و (- ثر-) و (- فع-) و (- عد-) و (- كره-) و (- شاد-) و اللّمع و (- لك-) و الإيضاح و (- مع صد-) و المهذب البارع و محكى الجامع و التّبصرة و (- س-) و الحواشى و المقتصر و تعليق (- شاد-) و غاية المرام و إيضاح (- فع-) و الميسية و غيرها بل هو المعروف من مذهب الأصحاب بل هو في الجملة ممّا لم أجد فيه مخالفا و لا متأملا و بعدم الخلاف فيه صرح جمع من الأواخر منهم المحقق الأردبيلي (- ره-) في مجمع الفائدة و ادعى الإجماع عليه في (- ف-) و الغنية و الرياض و الجواهر و خيارات الفقيه الغرويّ و ظاهر (- كره-) و مجمع الفائدة و الكفاية و غيرها و قد وقع الاحتجاج

لذلك فى كلماتهم بوجه الأول الإجماع تمسك بالمحصل منه من سمعت و بالمنقول منه جمع الثانى الأخبار التى أرسلها فى

ص: ١٠٣

(- ف-) على ذلك المنجبره بالشهرة العظيمة و الإجماعات المنقولة و فيه انّ القابل للانجبار بالشهرة أنّما هو إرسال المتن لا إرسال المضمون الراجع الى اجتهاد المرسل الثالث أدلّة خيار الاشرط يظهر من بعضهم التمسك به و الى ردّه أشار الفقيه الغروي (- ره-) بقوله ليس مستند ثبوت هذا الخيار دخوله تحت خيار الاشرط باعتبار انّ الصّحة أخذت شرطا ضمّياً و ذلك لانّ الشرط الضمني المعبر هو المراد من اللفظ على جهة خصوص الشرطيّة المدلول عليه بالقرينة الحالّية أو المقالّية و ليس (- كك-) و لا أقلّ من الشكّ و الأصل عدم الاشرط مع انّ الشرط الضمني محلّ خلاف و هذا الخيار محلّ وفاق على أنّه بناء على ذلك يكون له الردّ فقط لا التخيير بينه و بين الأرش و كون اشترط الصّحة مع التصريح لا يفيد الا مجرد التأكيد لا يقتضى بذلك انتهى و ما ذكره جيد متين و بالحفظ جديرتين الزّابع ما فى المتن من فقرة الفقه المنسوب الى الرضا عليه التحيّة و الثناء و فيه عدم ثبوت النسبة حتّى يكون ما فيه خبرا قابلا- للجر بالشهرة الخامس ما رواه الجمهور من انّ رجلا اشترى غلاما فى زمن رسول الله صلّى الله عليه و آله و كان عنده ما شاء الله ثمّ ردّه من عيب وجدّه به تمسّك فى (- كره-) و هو مع الغضّ عن سنده حال عن الأرش بالكليّة فلا دلالة فيه على تمام المدعى بل قد يوهن دلالاته على الردّ (- أيضا-) بانّ من البعيد ان يكون العبد عند العرب ما شاء الله و لا يستخدمونه بشيء أصلا فيكون الخبر دالّما على جواز الردّ بعد التصرف و لا- نقول به السيّادس ما تمسّك به فى الرّياض من النصوص المعترّبة و ساق منها المرسل كالصحيح الّذى رواه الكليني (- ره-) عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير بن جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السّلام فى الرّجل يشترى الثوب أو المتاع فيجد به عيبا قال ان كان الشىء قائما بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب و هو كما ترى كسابقه فى عدم الدّلالة على ثبوت الأرش بل أنّما دلّ على جواز الرّد ما دام باقيا و ان تصرّف فيه الا ان يكون ثوبا قد تصرّف فيه احد التصرفات المذكورة فإنّه يرجع (- ح-) بالأرش و ذلك لا يتمّ على ما قرّره و فى مسائل الباب و ربّما تمّم فى الرّياض دلالة المرسل بضميمة الإجماع و أنت خبير بأنّه فى الحقيقة تمسّك بالإجماع لا الخبر الا ان يكون مراده بذلك ما فى كلام بعضهم من تتميم المطلوب بعدم القول بالفصل بين الردّ و الأرش و فيه تأمل و قد يتمّ المطلوب بوجهين اخرين يأتى من الماتن (- ره-) الإشارة إليهما الثّانى ما أشار اليه مع ردّه الماتن (- ره-) بقوله فيما يأتى عن قريب و أصعب منه جعله مقتضى القاعدة (- اه-) و إذ قد عرفت ذلك كلّ فاعلم أنّه حيث فقد النصّ على الأرش فى الفرض افترق المتأخرون فرقتين فالأكثر منه تعلقوا بالإجماع و ربّما تصدّى الفقيه الغروي (- قدّه-) لتشييد بيان ذلك حيث قال بعد قوله ليس المستند إلّا الإجماع محصّله و منقوله ما نصّه فان قلت لزم على ذلك الجمود على مورد الإجماع من خصوص البيع و خصوص المشتري و لا- تقولون به قلنا أنّما بالنسبة إلى الثمن فالظاهر انعقاد الإجماع عليه كالثمن مع تساويهما فى أغلب الأحكام مع انّ المناط منقح لاتّحاد الطريق و أنّما بالنسبة إلى العقود الأخر فلا يبعد دعوى الإجماع على ذلك (- أيضا-) و تنقيح المناط انتهى و الأقولون نفوا الأرش لعدم الدليل عليه و خصّوا الخيار قبل التصرف بالردّ و أوّل من تأمّل فى ذلك المحقّق الورع الأردبيلي (- ره-) فى مجمع الفائدة و وافقه على ذلك المحدّثان الكاشانى و البحرانى و (- ح-) فمن ثبت عنده الإجماع على الأرش فى الفرض كان هو حجّته فى إثبات الأرش و كذا من بنى على حجّية المنقول منه و من لم يتحقّق عنده الإجماع و لم يبين على حجّية المنقول منه لزمه الحكم بالتخيير بين الفسخ و الإمضاء و نفى الأرش بالأصل و فى ثبوت الإجماع تأمل و القول من غير دليل مشكل و مخالفه الأصحاب من غير دليل أشكل و الّذى يمكن الاستناد إليه فى القول بما هو المشهور أمور الأوّل الأخبار الناطقة بثبوت الردّ بضميمة عدم القول بالفصل بين ثبوت الردّ و بين ثبوت الأرش فكلّ من اثبت الردّ أثبت الأرش و خيّر بينهما الثّانى ضمّ الأخبار الكثيرة الناطقة بثبوت الردّ عند ظهور العيب الى الأخبار الّتى أطلق فيها ثبوت الأرش بظهور العيب من دون تقييد بما بعد التصرف فمنها مقطوع يونس المتقدّم فى كلام الماتن (- ره-) حيث بيّنا إطلاقه و منعنا من ظهوره فى صورة التصرف خاصيّة و منها ما رواه الكليني (- ره-) عن عدّه من أصحابنا عن احمد بن محمد عن ابن ابى عمير عن الحسن بن عطية عن

عمر بن يزيد قال كنت انا و عمر بالمدينة فباع عمر جرابا هرويًا كلّ ثوب بكذا و كذا فأخذه فاقسموه فوجدوا ثوبا فيه عيب فقال لهم عمر أعطيكُم ثمّنه أَلذی بعتمکم به فقالوا لا و لكننا نأخذ منک قيمة الثوب فذكر ذلك عمر لابي عبد الله عليه السّلام فقال يلزمه ذلك فإنّ المشار اليه بذلك هو قيمة الثوب و المراد بالقيمة ليس القيمة الشوقية لمجموع الثوب لأنّ لزومها ممّا لا وجه له فلزم ان يكون المراد بها قيمة النقص و ذلك الأرش فأطلق ثبوته و لم يستفصل عن وقوع التصرف و عدمه فان اقتسام المال المشترك ليس تصرفا مسقطا للردّ بالعيب الذي فيه و منها ما رواه الشّيخ (- ره-) بإسناده عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن التّوفلي عن السّكوني عن جعفر عن أبيه انّ عليّا عليه صلوات الله الملك المَنان قضى في رجل اشترى من رجل عكّة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربّا فخاصمه الى علي عليه السّلام فقال له علي عليه السّلام لك بكلّ الرّب سمننا فقال له الرّجل أنّما بعته منك حكرة فقال له علي عليه السّلام اشترى منك سمننا و لم يشتر منك ربّا فإنّ السّمن الذي أثبتته عليه السّلام له ليس إلّا الأرش عوض ما نقص بالعيب و حيث انّ إثبات الأرش في هذه الأخبار لا ينافي إثبات الردّ في الأخبار المشار إليها عملنا بالطائفتين و أفئتنا بالتخيير بين الردّ و الأرش و هذا الجمع لا يحتاج الى شاهد حتّى يناقش بفقده و الوجه في عدم حاجته الى الشاهد أنّ الشاهد أنّما يحتاج إليه إذا كانت الطائفتان متعارضتين و لا تعارض بينهما لأنّ إثبات شيء لا ينفى ما عداه فإثبات الردّ لا ينفى الأرش و إثبات الأرش لا ينفى الردّ فالعمل بهما جميعا لا مانع منه و لا توقّف له علي شاهد بل يساعد عليه فهم العرف نعم ربّما يمنع من ذلك مرسل جميل المتقدّم حيث فصل بين صورتى التصرف و عدمه بإثبات الردّ على الأوّل و الأرش على الثّاني و الجواب انّ إثباته الردّ في صورة عدم التصرف لا دلالة فيه (- أيضا-) علي نفى الأرش و لو فرض فيه اشعارا و نوع ظهور في ذلك سقط عن الاعتبار بسبب ما أثبت الأرش قبل التصرف فاذا ضمّمناه الى مرسل جميل كان مفادهما بعد الجمع التخيير بين الردّ و الأرش قبل التصرف و تعين الأرش بعد التصرف الثّالث قاعدة الضّرر فإنّها توجب تسلّط المشتري على دفع ما يتضرّر به من العيب و كما انّ ضرره يندفع بالردّ فكذا يندفع بالأرش فيتخير بينهما و مجرد اندفاع ضرره بالفسخ لا يوجب إلزامه به بل له المطالبة بدفع ضرره بما شاء من فسخ العقد و الإبقاء مع أرش العيب و ليس للبائع الامتناع من شيء ممّا اختاره المشتري لأنّ الضّرر اتى من جانبه و ما نوقش به في التمسك بالقاعدة للمطلوب ساقط فإنّ من جملة المناقشات النقص بسائر الخيارات التي يستدلّ عليها بقاعدة الضّرر مع أنّهم لا يقولون فيها بالأرش و فيه انّ عدم

ص: ١٠٤

قولهم فيها بالأرش لدليل موجب للخروج به عن قاعدة لا يوجب صحه التقتض في صورة فقد الدليل الخاص و لقد سبقنا عند الكلام في جملة من الخيارات المتقدمة المناقشة في التمسك لها بقاعدة الضرر بان الضرر كما يرتفع بالخيار فكذا يرتفع بالأرش و أجبنا عن ذلك بما ينبغي و منها ان لازم ذلك كون الأمر إلى البائع بمعنى أنه ان أدى الأرش فلا خيار للمشتري و الأا فله الرد و هذا خلاف مذهب المشهور حيث أنهم يقولون ان الأمر بيد المشتري و انه يجوز له إلزام البائع بالأرش و فيه منع الملازمة بل لازم كون الضرر من جانب البائع هو كون الأمر إلى المشتري جبر الضرر و حفظا لحقه و منها ان معنى الخبر انما هو رفع الحكم الضرري و هو هنا اللزوم لا اللزوم بلا أرش إذ لا مقتضى للأرش حتى يكون عدمه موجبا للضرر و فيه أنه إنكار للبدهي ضرورة ان اللزوم فقط لا يوجب الأرش بل اللزوم بلا أرش فكما يندفع الضرر برفع اللزوم فكذا يرتفع برفع قيده و هو عدم الأرش و منها ان إلزام البائع بالأرش ضرر عليه و فيه ان إتيان الضرر من جانبه أسقط حقه و جعل الخيرة إلى المشتري مع ان تضرر البائع بدفع الأرش ممنوع لأنه لا يدفع الأا مقدار التفاوت و ذلك لا يعد ضررا و منها ان المشتري هو الذي أدخل الضرر على نفسه بترك التفحص و التفتيش و فيه ان إدخال الضرر على نفسه انما كان يتصور لو لا اعتماده في ترك الفحص على أصالة السلامة التي هي من الأصول العقلائية كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و يحتمل زيادة الهمزة (- اه-)

قد ذكر هذا الاحتمال سيد الرياض (- قده-) على سبيل الجزم

قوله طاب ثراه و قد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار و هو صعب

أشار بذلك إلى أول الوجهين المتمم بهما دلالة الأخبار على الخيار بين الرد و الأرش و طريق التكلف ان يقال ان التصوص قد نطقت بثبوت الأرش بعد التصرف فثبوتها قبل التصرف أولى بالإذعان و وجه الصعوبة منع القطع بالأولوية بل الفارق موجود من حيث ان إثبات الأرش بعد التصرف انما هو لتعذر الرد فشرع الأرش لدفع الضرر بخلافه قبل التصرف فان الرد (- ح-) ممكن فلا ضرر حتى يثبت الأرش و يشهد بذلك تفصيله (- ع-) في مرسل جميل المتقدم و غيره بين التصرف في المبيع و عدمه بالرد و أخذ المبيع على الأول و أخذ الأرش على الثاني و ربما قرر بعض من تأخر عنه طريق التكليف بأنه قد يدعى ان المراد من الرد في الأخبار رد البيع في الجملة أعم من ان يكون بتمام الثمن بان يفسخ أو بالرجوع بالأرش فان أخذ الأرش (- أيضا-) رد البيع في الجملة حيث لم يبقه على حاله من مقابلة المبيع بتمام الثمن و أنت خبير بأنه مما لا ينبغي التفوه به ضرورة ان الرد عبارة عن رد المبيع أو البيع و لا يصدق شيء منهما على أخذ الأرش يوجه و توهم ان أخذ الأرش (- أيضا-) رد للبيع خطأ لأن رد البيع عبارة عن فسخه و حله و لا حل عند أخذ الأرش مع ان الرد في غير واحد من الأخبار معقب بأخذ الثمن و لا أخذ للثمن عند أخذ الأرش

قوله طاب ثراه و أصعب منه جعله مقتضى القاعدة (- اه-)

أشار بذلك الى الوجه الثاني من الوجهين المتمم بهما دلالة الأخبار على تمام المطلوب مع جوابيه و من أمعن النظر في الجوابين ظهر له سقوط ما افاده بعضهم و أطال في تطبيق الحكم على القاعدة بما يؤول الى ما نقله (- المصنف-) (- ره-) مع ان تعبه لم ينتج ما اراده من تطبيق الحكم المشهور على القاعدة إذ المشهور هو التخيير بين الرد و الأرش بمعنى ان للمشتري مطالبة البائع بأيهما شاء و ليس للبائع الامتناع مما شاء المشتري و لازم ما قرره البعض توقف الأرش على رضا البائع بدفعه و الأا تعين الرد و هذا مما يخالف القول المشهور و ان شئت العثور على ما افاده فراجع كلامه و تأمل حتى يظهر لك ما فيه

قوله طاب ثراه ينافيه إطلاق الاخبار بجواز أخذ الأرش (- اه-)

هذا مناف لما صرح به في أول المطلب من عدم وجود ما يدل من الأخبار على التخيير بين الرد و الأرش و ان ما دل على الأرش يختص بصورة التصرف المانع من الرد و ان أراد بإطلاق الأخبار الواردة في الأرش بعد التصرف فلا يخفى عليك عدم صحه رد الشيخ (- ره-) بها لكونها في غير المفروض و ان أشار بذلك الى ما اسبقناه من الأخبار المطلقة للأرش عند ظهور العيب لم يكن

لنفي الدال على ذلك من الأخبار في صدر المقال وجه فتدبر

قوله طاب ثراه ثم ان في كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه ما تقدم في خيار الغبن (- اه-)

حيث أنه قد تقدم تحقيق ذلك عند الكلام في خيار الغبن لم يكن لإعادة الكلام مع اتحاد الطريق في المقامين وجه فراجع ما هناك و تدبر

قوله طاب ثراه و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه (- اه-)

قد ادعى الإجماع عليه في خيارات الفقيه الغروي و علل تارة به و اخرى باتحاد المناط و الأولى تبديله باتحاد الطريق فإن قاعدة الضرر جارية فيهما و ثالثة بإمكان حمل النص و الفتوى على ما يشمل الثمن نظرا الى ان الثمن مبيع (- أيضا-) و لو سلم فخلو التصوص عن التعرض لحال الثمن لا يدل على عدم جريان الحكم فيه بعد كون سبب الخلو غلبة عروض العيب في المبيع بخلاف الثمن فان الغالب فيه كونه نقدا غالبا و الى ذلك أشار (- المصنف-) (- ره-) بقوله و إن كان مورد الأخبار (- اه-) و اما قول المحقق خاصة عند قوله في (- يع-) فان ظهر به اي بالمبيع عيب سابق على العقد فالمشترى خاصية بالخيار بين فسخ العقد و أخذ الأرش انتهى فليس لإخراج ظهور العيب في الثمن بل لتخصيص الخيار في صورة ظهور العيب في المبيع بالمشترى فغرضه أنه ليس كخيار المجلس يثبت للطرفين كما هو واضح

[في مسقطات خيار العيب]

[موارد سقوط الرد خاصة]

[الأول التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختيار الأرش]

قوله طاب ثراه أحدها التصريح بالتزام العقد (- اه-)

قد صرح بكونه مسقطا جم غفير بل في هداية الأنام للشيخ الفقيه الشيخ محمد حسين الكاظمي (- قده-) أنه لا خلاف فيه بيننا بل بين المسلمين كما هو ظاهر الغنية و غيرها انتهى و الأصل في ذلك عموم ما دل من النص و الإجماع على تسلط الناس على حقوقهم كتسلطهم على أموالهم المقتضى لكون الأصل في كل حق السقوط بالإسقاط كما هو واضح و من هنا ظهر أنه إنما يسقط بمقدار ما أسقط فلو أسقط الرد خاصة كان له أخذ الأرش و لو أسقط الأرش خاصة كان له الرد و لو أسقطهما لم يكن له شيء منهما و كذا لو أسقط شيئا من الرد و الأرش بالنسبة إلى عيب دون عيب فيسقط ما أسقطه خاصة و يبقى غيره لأن الحق له فلا يسقط إلا بمقدار ما أسقطه كما هو واضح ثم الإسقاط لا يختص بلفظ بل كل ما دل عليه من الألفاظ كاف فيه لأصالة عدم التعيين بعد عدم الدليل عليه

قوله طاب ثراه و لو أطلق الالتزام بالعقد (- اه-)

الوجه في ذلك ان الالتزام بالعقد ينافي الرد و يجمع الأرش و لا ينافيه حتى يدل على نفيه و الوجه في سقوط الأرش بإسقاط الخيار ان خيار العيب تخيير بين الرد و الأرش فإذا أطلق إسقاط الخيار كان دالا على إسقاط ما تردد الأمر بينهما من الرد و الأرش و الأولى ادارة الأمر مدار ما يفهم منه في عرف الناطق بذلك و كذا الحال في قوله أسقطت الخيار فيتبع مدلول لفظه بحسب عرفه

[الثاني من مسقطات خيار العيب التصرف في المبيع]

قوله طاب ثراه كما في (- كره-)

قال في (- كره-) تصرف المشتري كيف كان يسقط الرد بالعيب السابق عند علمائنا انتهى و ادعى الإجماع على سقوط الرد بالتصرف في (- لف-) و الغنية بل و في (- ف-) حيث قال من اشترى جارية فوطئها ثم علم بعد الوطى ان بها عيبا لم يكن له ردّها و له الأرش الى ان قال دليلنا إجماع الفرقه و اخبارهم انتهى و عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام الإجماع على كل من سقوط الرد و عدم سقوط الأرش و نفى

ص: ١٠٥

كاشف الظلام وجدان الخلاف في السقوط باحداث المشتري حدثا في المبيع و نفى الخلاف المعتد به عنه في الجواهر قوله طاب ثراه و بقول أبي جعفر عليه السلام في الصحيح (- اه-)

أراد بذلك ما رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن عده من أصحابه عن احمد بن محمد بن الحسين بن سعيد عن فضالة عن موسى بن بكر عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام و في وصف الماتن (- ره-) له بالصحة نظر ظاهر لضعف موسى بن بكر الواقع في السند فتدبر قوله طاب ثراه و يدل عليه مرسله جميل (- اه-)
قد تقدمت بسندها و قد عرفت انها كالصحيح
قوله طاب ثراه خصوصا ما ورد في رد الجارية (- اه-)

مثل ما روى عن علي بن أسباط عن ابي الحسن الرضا عليه السلام قال سمعته يقول الخيار في الحيوان ثلثة أيام للمشتري و في غير الحيوان ان يتفرقا و احداث السنة ترد بعد السنة قلت و ما احداث السنة قال الجنون و الجذام و البرص و القرن فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم ان يرد على صاحبه الى تمام السنة من يوم اشتراه هذا و القرن معروف و فسر في بعض الاخبار بالحدبة
قوله طاب ثراه و اما المرسله فقد عرفت إطلاقها (- اه-)

قد يقال ان المرسله لإرسالها تترك فيبقى لفظ الحدث في قوى زرارة (- مط-) و لو فرض إجماله كان اخبار منع وطى الأمة من ردها بعد العلم بالعيب و إيجابه تعيين الأرض مبينا له و فيه ان هذا المرسل بحكم الصحيح مضافا الى انجباره بالعمل و لفظ الحدث لا إطلاق فيه بل هو ظاهر في التصرف المغير و اخبار منع وطى الأمة من ردها قد تضمنت حكما خاصا فلا تدل على الكليته بل يمكن جعل مرسل جميل المعلق للرد على قيام المبيع بعينه مفسرا للحدث في قوى زرارة فما مال اليه الماتن (- ره-) هو الأظهر
قوله طاب ثراه فان تعليقه (- اه-)

قد يناقش في هذا الاستظهار بأنه لو كان إسقاط التصرف عنده من باب الدلالة على الرضاء لكان يلزمه الفرق بين التصرف قبل العلم بالعيب و بعده إذ لا دلالة للتصرف قبل العلم بالعيب على الرضاء بالمبيع على العيب (- فت-)
قوله طاب ثراه في رد ابن حمزة القائل بأن التصرف بعد العلم بالعيب يسقط الأرض (- أيضا-)
يأتى نقل مطلبه و مستنده و ما فيه عند تعرض الماتن (- ره-) له في عداد الأمور التي يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرض جميعا به إنشاء الله تعالى

قوله طاب ثراه الا ان المعروف خصوصا بين العلماء و من تأخر عنه عدم الفرق في السقوط بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده (- اه-)
قد صرح بعدم الفرق بين ما إذا كان التصرف قبل العلم بالعيب أو بعده و لا في التصرف بين الهبة و التدبير و غيرهما في (- يع-) و (- فع-) و (- كرة-) و (- شاد-) و (- عد-) و (- مع صد-) و (- لك-) و (- الروضة-) و محكى (- س-) و تعليق (- شاد-) و هو ظاهر إطلاق الخلاف و جواهر الفقه و (- ثر-) و الجامع و التبصرة و اللعمه و الكافي و غيرها و حججهم إطلاق الحدث في قوى زرارة المتقدم المؤيد بإطلاق الإجماع المحكى و لكن لا يخفى عليك ان ظاهره كون العلم بالعيب بعد احداث الحدث و لازم الاقتصار فيما خالف أصالة عدم السقوط على مورد النص هو قصر الحكم على التصرف قبل العلم بالعيب الا ان يستند في إسقاط التصرف السابق على العلم بالعيب إلى قوى زرارة و في إسقاط التصرف المتأخر عن العلم بالعيب إلى دلالة التصرف على الرضاء بالمبيع لكن لا يخفى عليك ان لازم هذا المبني أمران أحدهما عدم الفرق في صورة كون الاحداث قبل العلم بالعيب بين دلالة على الرضاء و بين عدم دلالة عليه لإطلاق النص بخلاف ما إذا كان التصرف بعد العلم بالعيب فان اللأزم هو التفرقة بين ما يدل على الرضا و بين ما لا يدل عليه كالتصرف الصادر عند نسيان العيب و الآخر ثبوت الأرض في صورة كون الاحداث قبل العلم بالعيب بلا اشكال للنص و ابتناء إثبات الأرض في صورة كون التصرف بعد العلم بالعيب على الاعتماد في ثبوت الأرض في خيار العيب على الإجماع المنقول و

أما بناء على اختصاص ثبوت الأرش بما إذا لم يمكن الردّ كما عليه صاحب (- ثق-) (- ره-) بناء على اختصاص النصّ المثبت له به فيتجه هنا مذهب ابن حمزة من سقوط الأرش (- أيضا-) في صورة كون التصرف بعد العلم بالعيب فتدبر قوله طاب ثراه والذي ينبغي ان يقال و إن كان ظاهر المشهور خلافه (- اه-)

هذا هو التحقيق الرّشيق ولا ينبغي الاستيحاش من مخالفة المشهور بعد خلوّ مذهبهم عن الدليل قوله طاب ثراه خصوصا ما كان هذا التقييد فيه في غاية البعد كالنصّ بردّ الجارية (- اه-)

وجه البعد ظاهر إذ من البعيد جدّا مضى ستّة أشهر على الجارية و سنّه على المملوك من دون ان يأمرهم المولى بشيء من الخدمات من إغلاق الباب و الطبخ و مناولة الماء و نحو ذلك

[الثالث من مسقطات خيار العيب تلف العين أو صيرورته كالتالف]

إشارة

قوله طاب ثراه و هو (- أيضا-) لا يخلو عن شيء (- اه-)

الشيء الذي فيه هو انّ اعتناق العبد ليس ممّا قام على سقوط الخيار به دليل خاصّ فلا بدّ من إدراجه في عنوان عدم قيام الشيء بعينه قوله طاب ثراه و هو (- أيضا-) لا يخلو عن شيء (- اه-)

(١١) الشيء الذي فيه هو انّ الاعتناق أمر قهري فلا يصدق عليه التصرف الظاهر في الاختيارى منه و أنّما الذي يصحّ هو إدراجه في عنوان عدم قيام المبيع بعينه

قوله طاب ثراه ثمّ أنّه لو عاد الملك إلى المشتري لم يجوز ردّه (- اه-)

(١٢) ان أراد بالعود العود بعد الخروج عن ملكه خروجاً لازماً فمتين لأنّ خروجه عن ملكه لزوماً قد أسقط حقّ الردّ و عوده بعود الملك يحتاج الى دليل و لا دليل فلا عود و لو شكّ فلا أصل للزوم و ان أراد العود بعد الخروج عن ملكه مترزلاً فلا يخلو حكمه بعدم العود من نظر لإمكان المناقشة في أصل سقوط الردّ بالخروج مترزلاً بان يقال انّ المسقط أمّا صدق عدم بقاء العين أو صدق التالف عليه و لا شيء من العوانين صادقا مع تزلزل الخروج عن ملكه

[فرع في أن وطى الجارية يمنع من ردها بالعيب]

قوله طاب ثراه لا خلاف نصّاً و فتوى (- اه-)

(١٣) حكى في الجواهر عن (- س-) نقل الخلاف في ذلك عن الجعفي حيث قال و إذا وطأ الأمة ثمّ علم بعيبها الذي هو ليس بحبل لم يكن له ردّها عندنا و تعيّن له الأرش بلا خلاف إلّا من الجعفي كما في (- س-) و لا اشكال نصّاً و فتوى بل الإجماع بقسميه عليه انتهى و لم أجد في (- س-) ما غراه اليه من التقل و على أيّ حال فقد ادّعى الإجماع على الحكم في (- ف-) و الرّياض و كشف الظلام و غيرها قال في (- ف-) من اشترى جارية و وطأها ثمّ علم بعد الوطى انّ بها عيباً لم يكن له ردّها و له الأرش و به قال أبو حنيفة و سفيان الثوري و هو المروي عن علي عليه السّلام و قال الشافعي و مالك و أبو ثور و عثمان البتي له ردّها و لا يجب عليه مهرها إن كانت ثيباً و إن كانت بكرًا لم يكن له ردّها و قال ابن ابي ليلا يردّها و يردّ معها مهر مثلها و روى ذلك عن عمر بن الخطّاب دليلنا إجماع الفرقة و اخبارهم و قد ذكرناها و (- أيضا-) فقيه إجماع الصّحابة لأنّهم بين قائلين قائل يقول بما قلناه و الثّاني يقول يردّها و يردّ معها مهر نساءها و قول الشافعي خارج عن إجماع الصّحابة و ذلك لا يجوز لأنّه لا يجوز احداث قول ثالث إذا أجمعوا على قولين كما لا يجوز احداث قول ثان إذا أجمعوا على قول واحد انتهى و ربما يظهر دعوى الإجماع عليه من الانتصار (- أيضا-) و

سيأتي نقل كلامه إنشاء الله تعالى

قوله طاب ثراه و علل المنع في موضع من (- كره-) بأن الوطى جناية (- اه-)

(١٤) هذا التعليل من العلامة (- ره-) لعله كجملة من تعليقاته من أجل إلزام العامة بما ورد النص به عن أهل بيت العصمة صلوات الله

عليهم أجمعين و الأ فمن الواضح

ص: ١٠٦

عدم كون الوطى من الجنائية لغه و لا- عرفا نعم افتضاض البكر جنائية و محلّ الكلام أعمّ من ذلك و ربّما يستشهد على عدم كون الوطى من الجنائية بأموور فمنها أنّه لو كان جنائية لم يكن فرق بين الحرّة و الأُمّة و لزم في و طى الحرّة (- أيضا-) ذلك مع إكراهه إياها على ذلك و فيه أنّ للعلامة الالتزام بعدم الفرق و جعل مهر المثل الثابت في و طى الحرّة عن إكراه من باب أرش الجنائية و منها أنّ لآزمه عدم الفرق بين العبد و الأُمّة فيلزم إثبات الأرش في و طى عبد الغير (- أيضا-) و منها أنّ ثبوت الأرش في صورة الزنا بجارية الغير المطاوعة محلّ اشكال و لو كان من باب الجنائية كان مقتضى القاعدة ثبوت الأرش و أقول للمستدلّ الالتزام بعدم الفرق بين العبد و الأُمّة و الوطى شبهة أو زنا و إخراج و طى العبد و الزنا بجارية الغير بالدليل الخاصّ فالعمدة في منع كون الوطى من الجنائية عدم صدقها عليه لغه و عرفا ثمّ أنّ ما تمسّك به العلامة (- ره-) صغرى لكبرى مطوية و هي ان كلّ جنائية فهي مانعة من الردّ باعتراف الخصم و التقدير هكذا الوطى جنائية و كلّ جنائية فهي مانعة من الردّ فالوطى يمنع من الردّ و لكن لا يخفى عليك أنّ العلامة (- قدّه-) لم يجعل الوطى جنائية بل جاريا مجراها حيث قال بعد الاستدلال لسقوط الردّ في الفرض بالنصّ ما لفظه و لأنّ الوطى يجرى مجرى الجنائية لأنّه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال فوجب ان يمنع الردّ كما لو كانت بكرا انتهى فنسبة القول بكون الوطى جنائية إليه لا يخفى ما فيها

قوله طاب ثراه فإنّ فيه إشارة إلى أنّه لو ردّها لا بدّ ان يردّ معها شيئا تداركا للجنائية (- اه-)

لا يخفى عليك أنّ غاية ما فيه هو الإشارة إلى لزوم ردّ شيء معه إذا ردّه و أمّا أنّ ردّ الشيء من باب كونه تداركا للجنائية فلا دلالة في الخبر عليه بوجه و لعلّه من باب ما علم من الشّرع من عدم خلوّ الانتفاع بالبيع عن عوض من مهر أو نحوه قوله طاب ثراه إذ لو كان الوطى مجرّد استيفاء المنفعة (- اه-)

هذا تعليل لكون المردود تداركا للجنائية و حاصله نفى كونه من باب استيفاء المنفعة مستشهدا بأنّ ردّ العين المعيبة لا يستلزم ردّ عوض المنفعة المستوفاة قبل الردّ لكن لا يخفى عليك أنّ العلامة أنّما كانت تتمّ ان لو دار الأمر بين كونه تداركا للجنائية و بين كونه عوض المنفعة المستوفاة و قد عرفت عدم انحصار الأمر فيهما حتّى يثبت أحدهما بنفى الآخر و انّ احتمال كونه من باب عوض البيع قائم فلا تذهل

قوله طاب ثراه و هذا أنّما وقع من احتمال أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه (- اه-)

غرضه بذلك دفع دخل عن الزّوايه فالدخل انّ الاستعاذه أنّما تكون عن شيء مستكر و لا استنكار في الشريعة في جعل أجر للبيع ضرورة تعبيرهم عن المنقطعات بالمستأجرات و ثبوت الأجر و العوض في و طى جارية الغير بالعقد عليها جهلا بأنّها مملوكة و نحو ذلك و الدّفْع أنّ ذلك قد صدر من أمير المؤمنين روى فداه تقيّة في كفيّة البيان فجرى في بيان الحكم الواقعي على مذاق رعيته التي امتنعوا من البيعة له الّا على طريقة الشيخين التي منها حرمة المتعة و أقول لو كان المستعيز هو سائر الأئمّة عليهم السلام لم يكن ما ذكره (- قدّه-) بذلك البعيد لكن ستسمع نسبة ذلك الى أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه في رواية ابن ميسر و من المقرّر المعلوم أنّه لم يكن هو (- ره-) ليتقى في أصل الحكم و لا- في كفيّة بيانه لتسالمهم على كونه (- ع-) أفضل وافقه و لم يكونوا ينكرون ذلك حتّى يمكن في حقه التقيّة و لعلّ ما قلناه في نفس (- المصنف-) (- ره-) (- أيضا-) حيث جعله توجيها عجاليا و في الجواهر انّ الأجرة في الصّحيحين للردّ على بعض العامّة القائلين برّد الجارية غير الحبلية مع الأجر إن وطئت قلت ان تمّ ما ذكره كان الاستعاذه (- ح-) من خصوص إثبات الأجر في ذلك الفرض و وجه الاستعاذه مخالفة ذلك للحكم الواقعي الذي يعلم به الإمام عليه السلام لا من إثبات الأجر كليّة حتّى ينافى قولهم عليهم السلام هنّ مستأجرات

قوله طاب ثراه ففي صحيحه ابن حازم (- اه-)

قد رواها الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان بن يحيى عن منصور بن حازم

قوله طاب ثراه و صحیحہ محمد بن مسلم (-اه-)

قد رواها الشيخ (-ره-) بإسناده عن ابن سعيد عن صفوان عن محمد بن مسلم

قوله طاب ثراه و في رواية طلحة (-اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (-ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن محمد بن يحيى عن طلحة بن زيد

قوله طاب ثراه و ما عن حماد في الصحيح (-اه-)

قد رواه الشيخ (-ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن حماد بن عيسى و رواه في محكي قرب الإسناد عن محمد بن عيسى و

الحسن بن ظريف و علي بن إسماعيل كلهم عن حماد بن عيسى إلا أنه قال ان البيع لازم لا يردها و يأخذ أرش العيب

قوله طاب ثراه الى غير ذلك مما سيحيى (-اه-)

أقول هناك اخبار لا يجيء ذكرها فمنها ما رواه الشيخ (-ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن القاسم بن محمد عن ابان عن عبد

الرحمن بن أبي عبد الله البصرى قال سمعت أبا عبد الله سلام الله عليه يقول أيما رجل اشترى جارية فوقع عليها فوجد بها عيبا لم

يردها و ردّ البائع عليه قيمة العيب و منها الصحيح الذي رواه هو (-ره-) بإسناده عن ابن سعيد عن فضالة عن ابان عن زرارة عن أبي

جعفر صلوات الله و سلامه عليه قال كان علي بن الحسين عليهما السلام لا يرده التي ليست بحبلى إذا وطئها و كان يضع له من ثمنها

بقدر عيبها و منها ما رواه الصدوق (-ره-) بإسناده عن محمد بن ميسر عن أبي عبد الله صلوات الله عليه قال كان علي سلام الله عليه

لا يرده الجارية بعيب إذا وطئت و لكن يرجع بقيمة العيب و كان علي عليه الاف التحية و السلام يقول معاذ الله ان أجعل لها اجرا و

منها ما رواه الكليني (-ره-) عن عدّة من أصحابه عن سهل بن زياد و احمد بن محمد جميعا عن ابن محبوب عن رفاعه النخاس قال

سألت أبا عبد الله صلوات الله و سلامه عليه قلت ساومت رجلا بجارية فباعنيها الى ان قال قلت أ رأيت ان وجدت بها عيبا بعد ما

مستتها قال ليس لك ان تردّها و لك ان تأخذ قيمة ما بين الصّحة و العيب

قوله طاب ثراه و استندوا في ذلك الى نصوص مستفيضة (-اه-)

بل احتمل في الجواهر و غيره تواترها

قوله طاب ثراه منها صحیحہ ابن سنان

قد رواها الكليني (-ره-) عن عدّة من أصحابه عن سهيل بن زياد و احمد بن محمد جميعا عن ابن محبوب عن ابن سنان قال سئلت

أبا عبد الله صلوات الله عليه

قوله طاب ثراه و رواية عبد الملك بن عمرو

(۱۱) هذه الرواية صحیحہ السّند و قد رواها الكليني (-ره-) عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابي عمير عن جميل بن صالح عن

عبد الملك

قوله طاب ثراه و مرسله ابن ابي عمير

(۱۲) قد رواها الشيخ (-ره-) بإسناده عن احمد بن محمد عن الحسين بن سعيد عن ابن ابي عمير عن بعض أصحابنا عن سعيد بن

يسار

قوله طاب ثراه و رواية عبد الرحمن

(۱۳) قد رواها الكليني (-ره-) عن حميد عن الحسن بن محمد عن غير واحد عن ابان عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله البصرى

قوله طاب ثراه و صحیحہ ابن مسلم

(۱۴) الصّحة أنّما هي بالنظر الى طريق الشيخ (-ره-) حيث أنّه رواها بإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن ابان عن محمد بن

مسلم و رواها الكليني (-ره-) عن حميد بن الحسن بن محمد عن غير واحد عن ابان عن محمد بن مسلم و هذا الطريق مرسل

قوله طاب ثراه و رواية عبد الملك

(١٥) هذه

ص: ١٠٧

(- أيضا-) صحيحة لأنه قد رواها الشيخ (-ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن ابي عمير عن جميل عن عبد الملك بن عمرو لكن الموجود في النسخة ابدال قيمتها بثمنها مع زيادة قوله إذا كانت حبل

قوله طاب ثراه بل ادعى على ظاهرها الإجماع في الغنية (-اه-)

قلت قد ادعاه في مجمع الفائده و (- ثق-) (- أيضا-)

قوله طاب ثراه خلافا للمحكي عن الإسكافي (-اه-)

هذا خلاف في بعض الفروض و عدّه مخالفاً للمشهور أنّما هو باعتبار اقتضاء إطلاقهم عدم الفرق بين ما إذا كان الحمل من البائع أو من غيره بإذن البائع أو شبهة أو زنا لكن يمكن التأمل في دلالة عبارة الإسكافي على الاختصاص لاحتمال ان يكون كون الحمل من البائع قيد الوجوب الرد لا لجوازه الذي هو محلّ البحث فتكون العبارة (-ح-) مبيّنة لحكم صورة كون الحمل من المولى ساكتة عن حكم ما إذا كان الحمل من غير المولى

قوله طاب ثراه و هو ظاهر الشيخ (-ره-) في (- يه-) (-اه-)

وجه استظهار ذلك من عبارة (- يه-) و كذا عبارة الوسيلة الآتية أنّما هو إيجابها الردّ حيث انّ الحمل لو لم يكن من البائع لا يجب الردّ و لكنك خبير بعدم دلالة العبارتين على الاختصاص لأنّ غاية ما افادته أنّما هو وجوب الردّ إذا كان الحمل من غير البائع بوجه نعم عبارة (- لف-) صريحة في اختيار الاختصاص و عبارة الرّياض نصّت بعدم خلوّ ذلك عن قوّة و لكن صرح بعدم الاختصاص في (- كره-) و (- مع صد-) و محكي الجامع و الكافي للحلبى و إيضاح (- فع-) قال في (- مع صد-) المشهور بين الأصحاب انّ الأمة تردّ بعيب الحمل بعد التصرف بالوطى و ان لم يكن الحمل من البائع للأخبار الواردة بذلك انتهى و أراد بالأخبار إطلاقها بل عمومها النّاشى من ترك الاستفصال و هذا هو مستند المشهور و اما القول بالاختصاص فقد احتجّ له في (- لف-) بأنّ الأصل لزوم البيع و عدم الردّ مع التصرف خرج عنه ما لو كان الحمل من البائع لكون الجارية (-ح-) أمّ ولد لا يصحّ بيعها فيبقى الباقي على الأصل الى ان قال و تحمل الأحاديث على هذا انتهى قلت فيه أولاً انّ أصالة اللزوم التي تمسك بها تقضى بعدم ثبوت الأرش لأنّ أخذ الأرش (- أيضا-) خلاف الوفاء بالعقد المأمور به الذي هو مستند أصالة اللزوم و هذا هو خلاف استصحاب اثر العقد الذي هو مستند آخر للأصل المذكور مع أنّه يثبت الأرش و ثانيا انّ التمسك بالأصل العملى أنّما يتم بعد إبطال الأصل اللفظى الحاكم عليه الذي هو هنا أصالة الإطلاق و هو قد أبطله بحمل النصوص على صورة كون الحمل من البائع و فيه أولاً ما نفّحناه في المطارح من عدم صحّة الجمع إلّا إذا كان عليه شاهد من العرف أو الأخبار و شىء منهما غير موجود في المقام فالتقييد خال عن الوجه و ثانيا أنّه على ما ذكره لا وجه لتقييد التصرف بكونه بالوطى بل اللازم (-ح-) هو الردّ على كلّ حال لبطلان البيع من رأس بكونها أمّ ولد حال البيع أشار الى ذلك في (- مع صد-) و (- لك-) و دعوى ورود التقييد بالوطى مورد الغالب نظرا الى أنّه أظهر تصرفات المشتري و أغلبها في الأمة الوطى بالضرورة كما صدرت من بعض الأواخر واضحة السقوط فانا لا نعرف لهذه الغلبة و الأظهرية معنى فضلا عن ان تكون ضرورية سيّما مع ملاحظة أوّل ما يقع من التصرفات فإنّه بلا ريب الاستخدام و الاستخبار بالأمر بقضاء الحوائج و اى فتى إلّا التادر من الناس يكون أوّل تصرفاته الوطى سيّما و الاستبراء واجب في بعض الموارد و مندوب في بعض آخر فإن قلت انّ ظاهر الجملة الخبرية المستعملة في الأخبار المزبورة في الإنشاء أنّما هو الوجوب و من البين أنّه لا يجب الردّ إلّا إذا كان الحمل من البائع فدلّ ذلك على اختصاص مورد النصوص بصورة كون الحمل من البائع قلنا أنّه كما تقرّر في علم الأصول إفادة الجملة الخبرية المستعملة في الإنشاء الوجوب فكذا تقرّر انّ الأمر الواقع عقيب توهم الخطر لا يفيد إلّا الإباحة المحضّة و توهم الخطر هنا موجود قد نشأ من الأخبار المتقدّمة المانع من ردّ الجارية بعد الوطى فالأمر بالردّ في الأخبار المذكورة لمجرّد اباحة الردّ غاية ما هناك أنّه لو كان الحمل من المولى وجب الردّ بحكم ما دلّ على عدم جواز شراء أمّ الولد فان قلت انّ التأمل في الأخبار يقضى بكون موردها صورة كون الحمل من المولى ضرورة

أنه لو كان الحمل منه كان البيع باطلا من أصله و كان الردّ واجبا و دفع العشر أو نصفه موافقا للقاعدة لكون الوطى واقعا فى حال عدم جواز تملكها بخلاف ما إذا كان الحمل من غير المولى فإنه لا معنى للقصر بعد كون الوطى فى ملك المشتري و كون الفسخ مبطلا للعقد من حينه لا من أصله و عدم إيجاب و طى المالك حال الوطى ضمنا عليه بوجه فدل ذلك على اختصاص مورد الأخبار بما إذا كان الحمل من غير المولى قلت ان ذلك قد نشأ من الجمود على القواعد و حبّ تطبيق النصوص عليها و الإنصاف يقضى بعدم شهادة القاعدة على كون النصّ خاصا بمورد كون الحمل من المولى فتخصيص عموم الأخبار الناشى من ترك الاستفصال المؤيد بما ذكر من الاعتبار لا وجه له فالقول المشهور هو المؤيد المنصور غاية ما هناك و جوب الردّ إن كان الحمل من المولى لكونها أمّ ولد و فساد العقد من رأس بخلاف ما لو كان من غير البائع فإنه يتخير بين الردّ و الأرش كما لا يخفى قوله طاب ثراه ألا ان العمل على هذا الظاهر يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه (-ه-)

هذا قريب ممّا صدر من الشهيد الثانى (-ره-) فى (- لك-) حيث بنى على تطبيق أصل الاستثناء على القاعدة فقال ان تحرير هذه المسئلة يتوقف على مقدّمات الاولى ان تصرف المشتري فى المبيع المعيب يمنع من رده و ان جاز له أخذ الأرش الثانية ان الحمل فى الأمه عيب سوى شرط خلوها من الحمل أم لا لأن ولادتها تشتمل على الخطر و هو نقص محض ان قلنا ان الحمل لا يدخل فى بيع الأمه كما هو المشهور و ألا كان نقصا من وجه و زيادة من وجه و هو كاف فى ثبوت الخيار (- أيضا-) الثالثة ان الوطى تصرف بل هو من أقوى أنواع التصرف فالأصل فيه ان يكون مانعا من الردّ الرابعة ان و طى المالك حال الوطى لا يستعقب عليه ضمنا للبيع لأنه تصرف فى ماله و ان فسخ البيع بعد ذلك الوجه من الوجوه المجوزة له الخامسة ان المولى لو وطأ الأمه جاز له بيعها مع عدم تيقن الحمل ثم ان ظهر بها حمل منه تبين بطلان البيع لكونها أمّ ولد و هذه المقدّمات كلها إجماعية السادسة أن و طى امه الغير جهلا بتحريمه يوجب على الواطى عشر قيمتها إن كانت بكرا و نصف العشر إن كانت ثيبا لدلالة النصوص على هذا التقدير السابعة ان الفسخ بالعيب يبطل العقد من حينه لا من أصله لتحقق الملك بالعقد و جواز الاستمرار عليه فلا معنى لرفع ما قد ثبت انتهى ما فى (- لك-) و أقول ان المقدّمات الخمس الأولى قد اعترف هو (- ره-) بكونها إجماعية و لا يخفى ان الأخبار بها عموما و خصوصا ناطقة أميا الأولى فقد عرفت نطق جملة من الأخبار بها و اما الثانية فالأخبار الواردة فى المقام بها ناطقة و اما الثالثة فيكفى فى إثباتها (- أيضا-) الأخبار المشار إليها و اما الرابعة فالوجه فيها ظاهر لعدم مقتضى الضمان و عدم تعقل ضمان الإنسان لنفسه شيئا و اما الخامسة فظاهرة (- أيضا-) لعموم تسلط الناس على أموالهم ما لم يعلم وجود المانع و كفاية الأصل فى دفع المشكوك و اما السادسة فقد أشبعنا الكلام فيها فى مبحث نكاح الإماء

ص: ١٠٨

من منتهى المقاصد و مجملته ان الحق هو ثبوت عشر قيمتها إن كانت بكرا و نصف العشر إن كانت ثيبا و فاقا للمقنع و (- ية-) و الوسيلة و المهذب و الجامع على ما حكى للصحيح الذي رواه الكليني (- ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن علي بن ابراهيم عن أبيه عن الحسن بن محبوب عن العباس بن الوليد بن الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله سلام الله عليه في رجل تزوج أمريه حرة فوجدها امه قد دلت نفسها له قال إن كان الذي زوجها إياه من غير موالها فالنكاح فاسد قلت فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه قال ان وجد ممّا أعطاه شيئا فليأخذه و ان لم يجد شيئا فلا شيء له و إن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه و لمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرا و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها الحديث و اما السابعة فيأتي توضيح الكلام فيها عند تعرض الماتن (- ره-) له في أحكام الخيار ثم انه (- قده-) انما رتب هذه المقدمات ليرتب عليها مخالفة التصوص المزبورة في المقام لها و لذا قال بعد بيان إسقاط التصرف في الأمة للرد و بيان ورود التصوص باستثناء مسئلتنا هذه ما نصه و هذا الحكم كما ترى مخالف لهذه المقدمات من حيث جواز الرد مع التصرف و في وجوب شيء على المشتري مع انه وطأ أمته و في إطلاق وجوب نصف العشر مع ان ذلك عقر الثيب و المسئلة مفروضة فيما هو أعم منها انتهى ما يهمن الآن من كلامه زيد في إكرامه و أنت خبير بما في الاستشكال في المستفيض من الأخبار المعمول بها بالمخالفة للقواعد من الوهن ضرورة ان قواعد الشرع ليست مثل المستقلات العقلية غير قابلة للانحرام و التخصيص و ليت شعري هل مستند القواعد الا النص و الإجماع القابلين للتخصيص بمثلها سيما بعد ما شاع و ذاع حتى صار كالمثل الشائر انه ما من عام الا و قد خصص منه و لقد أجاد (- قده-) حيث نبه على ذلك في ذيل كلامه بقوله ان العدول عن ظواهر هذه التصوص الكثيرة مع عمل الأصحاب بها المناسبة الأصول غير واضح انتهى فالقول بمضمون تلك الأخبار متعين

قوله طاب ثراه إذ لا منشأ لتوهم خطر رد الجارية (- اه-)

قد عرفت ان منشأ توهم الخطر هو الأخبار المانعة من رد الجارية بعد الوطى فإن مقتضى إطلاقها هو المنع من رد الموطوءة (- مط-) فيكون سوق هذه الأخبار لرفع ذلك المنع في صورة كون الأمة حاملا و لا مانع من توهم السائل كون المقام من موارد صحته بيع أم الولد على فرض كون الحمل من المولى و قد يكون ان الزاوى لم يلتفت الى كونها أم ولد و بطلان بيعها و يشهد بالتوهم ان الإمام عليه السلام بعد حكمه بالرد في صحيح ابن سنان نقل قول أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه بعدم الرد في غير الحامل افهاما للزاوى ان منع الوطى من الرد انما هو عند عدم الحمل و دفعا لتوهم السائل هذا مضافا الى ما أشار إليه بعضهم من كون الأمر هنا كأكثر الأوامر الواردة في المعاملات للإرشاد فيكون إرشادا إلى ثبوت الرد فيما إذا لم يكن الحمل من المولى و الى فساد المعاملة فيما إذا كان الحمل من المولى فلا يحتاج (- ح-) الى تنقيح توهم الخطر كي يناقش بما سمعت

قوله طاب ثراه الثاني مخالفة لزوم العقر (- اه-)

قلت العقر بالصم دية فرج المرية إذا غصبت على نفسها ثم كثر حتى استعمل في المهر قاله في المصباح المنير و توضيح ما في المتن ان اخبار المسئلة أثبتت العشر و نصف العشر فيلزم حملها على ما إذا كان الحمل من المولى حتى ينكشف بسبب كونها أم ولد بطلان البيع من أصله و الا لم يكن لإثبات ذلك على الواطى بعد وقوع الوطى في ملكه من حيث انفساخ العقد من حينه لا من أصله وجه فلا بد اما من حمل تلك الأخبار على صورة كون الحمل من المولى أو إنكار قاعدة عدم العقر في وطى الملك أو إنكار قاعدة كون الرد بالعيب فسحا من حينه و حيث لا يمكن إنكار القاعدتين يتعين حمل الأخبار على كون الحمل من المولى و فيه انه كما يرتفع المحذور بحمل الأخبار على صورة كون الحمل من المولى فكذا يرتفع بالقول بثبوت العقر في خصوص الفرض فان عدم العقر في وطى الملك على إطلاقه ليس ممّا ياباه العقل و انما ذلك من باب عدم تعقل ثبوت شيء على الإنسان بالتصرف في ملك نفسه و اما ثبوت شيء عليه بعده الفسخ و رد المملوكة بسبب الوطى الواقع منه في حال ملكه اياها فلا يمنع منه عقل و لا نقل فلا مانع من الالتزام

بشبوته تعديدا للأخبار المزبورة و إنما رجحنا القول بالثبوت المذكور على حمل الأخبار على صورة كون الحمل من المولى نظرا الى أنّ إباء بعض تلك الأخبار عن ذلك الحمل إجماعا إلى إبقائها على إطلاقها و الالتزام بالثبوت المذكور و ممّا يأبى الحمل المذكور صحيحة ابن سنان المزبورة فإنّ ذكره عليه السّلام لقول عليّ صلوات الله و سلامه عليه قرينه على كون المراد بالردّ في صدر الخبر (- أيضا-) هو الردّ بالخيار إذ لو كان المراد في الصّيد هو الردّ بسبب بطلان البيع لظهور كونها أمّ ولد و بطلان البيع لكان نقله (-ع-) بكلام عليّ عليه الاف التّحيه خاليا عن الفائدة لكونه أجنبيّا عن فرض أمّ الولد و حاشاهم من التكلّم بما لا ربط فيه و لا فائدة قوله طاب ثراه الثالث مخالفته لما دلّ على كون التصرف (-ا-ه-)

هذا منه (- قدّه-) لعجيب لانّ نسبة هذه الأخبار الى ما نطق بكون التصرف و الوطى مانعا من الردّ هي الخصوص و العموم و جعل العام مانعا من العمل بالخاص كما ترى بعد مقاومة الخاص بسبب الكثرة و الصّحة و الاعتضاد بالعمل للعام و قابليته لتخصيصه و اى مانع من كون كلّ تصرف و كلّ وطى مانعا الّا هذا الوطى ان هذا الّا سهوا من قلمه الشّريف قوله طاب ثراه الرابع أنّ الظاهر من قول السائل (-ا-ه-)

في هذا الاستظهار نظر ظاهر عند أولى البصائر ضرورة أنّ التقييد بعدم علم البائع بالحمل كما يمكن ان يكون لإظهار أنّه لو كان عالما به لم يكن لبيعها لكونها أمّ ولده فكذا يمكن ان يكون لابداء أنّه لو كان عالما بالحمل الذي هو عيب لأخبر المشتري بذلك بل لعلّ الثاني أظهر و يشهد له شيوع ذكر السائلين بجميع قيود الفرض المسئول عنه إذا احتملوا مدخليتها في الحكم كذكر ابن سنان في صحيحة المتقدّم عدم علم المشتري بالحبلى في سؤاله عن حكمها قوله طاب ثراه و يشير اليه ما في بعض الروايات المتقدّمة (-ا-ه-)

فيه نظر لمنع الدلالة فإن اكسائها أعمّ من تملك الكسوة اياها حتى يستكشف بملكها لها عن كونها حرّة مع أنّ أمّ الولد لا تكون حرّة إلّا بعد فوت سيدها و انعاقها من نصيب ولدها مع أنّ الحرائر لا يثبت في وطئها الثوب و أنّما يثبت مهر المثل نعم مفوضه البضع إذا وطئت يثبت في بعض الفروض الثوب و اين ذلك من الفرض فحمل الكسوة على كسوة تساوى نصف عشر قيمتها كما صدر من الشّرخ (-ره-) لازم و الّا لكان الخبر معرضا عنه بين كافّة الأصحاب قوله طاب ثراه الخامس ظهور هذه الأخبار (-ا-ه-)

فيه أولا منع الظهور نعم لا نضايق من دعوى شمولها بإطلاقها لصورة التصرف بالاستخدام و على فرض تسليم إسقاط مطلق التصرف للردّ لا مانع من تقييد اخبار المقام بصورة عدم التصرف بغير الوطى كما أنّه لا مانع من تقييد ما دلّ على إسقاط التصرف للردّ بإطلاق هذه الأخبار بان يقال أنّ كلّ تصرف مانع من الردّ إلّا إذا كان العيب حملا فإنّه لا يمنع الردّ شيء من التصرفات حتّى الوطى الذي هو أقواها بل هذا متعين لكون النسبة بين أخبار إسقاط التصرف للردّ و بين هذه الأخبار هو العموم المطلق لشمول تلك لما إذا كان العيب حملا أو غيره و التصرف وطيا أو غيره و اختصاص هذه بما إذا

كان العيب حملا فلا بد من تخصيص عموم تلك الأخبار بخصوص هذه و ثانيا أنه (- قدّه-) قد حقق فيما سبق عن قريب عدم إسقاط مطلق التصرف للردّ و أنّ التصرف المسقط قبل العلم بالعيب أنّما هو المغيّر للعين أو المغيّر للهئية و أنّ إسقاط مثل حلب الداية و ركوبها و شبه ذلك من نحو اسقنى ماء و أغلق الباب ممّا لا دليل عليه و قد تبعناه في تحقيقه ذلك فكيف نسي مع قرب العهد ما حققه هناك حتّى ارتكب ما ترى و بالجملة فلعلّ غرض الماتن (- ره-) من ذكر الوجوه الخمسة تشريح ذهن المشتغلين و الّا فهو أجلّ من التأمّل في العمل بالأخبار الكثيرة المعتضده بالعمل لذلك

قوله طاب ثراه و تقييدها بصورة عدم هذه التصرفات (- اه-)

قد عرفت أنّه بمقتضى تحقيقه السابق لا حاجة الى هذا التقييد حتّى يناقش فيه بكونه تقييدا بالنادر

قوله طاب ثراه إذ يمكن تقييد الحمل (- اه-)

قد عرفت عدم الحاجة الى هذا التقييد حتّى يترتب عليه كون التعارض من قبيل العموم من وجه لعموم اخبار منع الوطى عن الردّ من حيث الشمول لما إذا كان التصرف وطيا أو غيره و قد عرفت أنّ الحقّ كون النسبة بين الطائفتين هو العموم المطلق لإطلاق تلك منع الوطى من الردّ حملا كان العيب أو غيره و اختصاص هذه الأخبار بما إذا كان العيب حملا بل التحقيق عدم كون التعارض من العموم من وجه حتّى بناء على تقييد هذه بما إذا كان الحمل من المولى لأنّ دلالتها على عدم منع التصرف غير الوطى من الردّ فيما إذا كان الحمل من المولى ليست لفظية حتّى تلاحظ في النسبة و أنّما دلالتها على ذلك بالأولوية حيث أنّ الوطى إذا لم يمنع من الردّ فسائر التصرفات بالطريق الأولى فالتسبة هي العموم المطلق على كلّ حال

قوله طاب ثراه ما عدى الوجه الثالث (- اه-)

أنّما استثناء لكونه أحد طرفى المتعارضين فلا يكون مرجحا لنفسه و أنّما سائر الوجوه تكون مرجحة له

قوله طاب ثراه وجب الرجوع الى عموم ما دلّ على أنّ احداث الحدث مسقط (- اه-)

قد عرفت تخصيص هذا العموم بحكم اخبار المقام بما إذا كان العيب حملا فإنّه (- ح-) لا يمنع التصرف من الردّ و إنّ كان وطيا

قوله طاب ثراه ثمّ أنّ المحكى عن المشهور إطلاق الحكم (- اه-)

توضيح المقال فى هذا المجال أنّ كلمات الأصحاب هنا ان أقيت على ظواهرها تشعبت على أقوال ثلث أحدها رده معها نصف عشر ثمنها و هو مقتضى إطلاق المقنعة و الانتصار و (- يه-) و المراسم و الوسيلة و الغنية و (- ير-) و (- شاد-) و (- عد-) فى صدر كلامه و الجامع و التبصرة و (- س-) و غيرها على ما حكى عن بعضها بل فى (- مع صد-) أنّه المشهور و فى الكفاية أنّه المعروف بين الأصحاب ثانيها رده معها عشر قيمتها و هو مقتضى إطلاق ما حكى عن الحلبي فى الكافي ثالثها التفصيل ما بين لو كانت بكرا فيردّ معها العشر و بين ما لو كانت ثيبا فيردّ نصف العشر افتى به فى (- ثر-) و (- لف-) و (- كره-) و (- عد-) فى ذيل كلامه و (- مع صد-) و محكى إيضاح (- فع-) و الميسية و تعليق الاستبصار للفاضل المجلسى (- ره-) و المفاتيح و غيرها بل فى (- ثر-) أنّه لا خلاف فيه بيننا و ستسمع عبارته حجّة الأول إطلاق صحيحه ابن سنان و صحيحه عبد الملك و رواية سعيد المزبورات و حجّة الثانى إطلاق الصحيح الآخر لعبد الملك المتقدم (- أيضا-) و حجّة الثالث هو الجمع بين الأخبار بحمل الطائفة الأولى على ما إذا كانت ثيبا و حمل الثانية على ما إذا كانت بكرا و يشهد لهذا الحمل أمور فمنها مرسل الكليني (- ره-) المتقدم و مراسيله عند الإنصاف لا تقصر عن مراسيل ابن ابى عمير و منها غلبة كون الحامل ثيبا فيكون اخبار نصف العشر واردة مورد الغالب و يبقى خبر العشر محمولا على البكر و منها أنّ الشارع قد جعل عوض الوطى فى الأمة عشر قيمتها إن كانت بكرا و نصف العشر إن كانت ثيبا و هذا منه و لكن قد يتصدى لإرجاع خبر العشر فى المقام الى اخبار نصف العشر تارة بالحمل على الغلط من التأسخ أو الزاوى بإسقاط لفظ النصف ليطبق ما رواه هذا الزاوى بعينه حكى ذلك عن التهذيبي و أريده فى محكى (- س-) بأنّ الصيّدوق (- قدّه-) ذكر هذا الخبر برجاله و فيه

نصف العشر و اخرى بحمله على كون عشر الثمن نصف عشر قيمتها و أنت خير بما فى كل من الإرجاعين من النظر أما الأول فلان الأصل عدم سقوط لفظ النصف من الرواية مع تأيد الأصل برواية الكليني (-ره-) لها (-كك-) مع أنه أضبط المحدثين و أما الثانى فلوضوح ان الحكم لم يكن فى قضيه خاصيه حتى يتأتى الاحتمال المذكور بل السؤال و الجواب وقعا على وجه الكليه فلا مسرى للاحتمال فيه كما لا يخفى و مّا ذكرنا ظهر سقوط إيقاع التعارض بين الطائفتين و ترجيح اخبار نصف العشر إذ الترجيح فرع التعارض المنتفى بالاجتماع على أمر بما عرفت فان قلت كما ان الترجيح فرع التعارض فكذا الجمع فرع المقاومه و الحجية إذ لا معنى للجمع بين الحجية و اللأحجية و من البين ان صحيح العشر موهون بإطلاق النصوص و الفتاوى على خلافه فكيف يكون مجرد الجمع موجبا لتقييد الأخبار المعتره المطلقة المؤيدة بفتاوى الطائفة قلت ان توقّف الجمع على حجية الطرفين مسلم لكن صحيح العشر حجة شرعية كحجية اخبار نصف العشر و لا مانع من العمل بصحيح العشر إلا مخالفته لإطلاق النصوص و الفتاوى و هو عند التأمل غير مانع لنزولها على الغالب فإنه حيث كان الغالب كون الحامل ثيبا كان إطلاق النصوص و الفتاوى واردا عليه و قد يشهد لذلك نفى الخلاف فى ذلك من الحلّى فالقول الثالث هو الحقّ المتين

قوله طاب ثراه و لذا ادعى عدم الخلاف فى (-ر-) (-اه-)

قال فى (-ر-) فان وجد بها عيبا بعد ان وطئها لم يكن له ردّها و كان له أرش العيب خاصية اللهم إلا ان يكون العيب من حبل فله ردّها على كل حال وطئها أو لم يطئها و يردّ معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها إن كانت ثيبا و إن كانت بكرا فعشر قيمتها بغير خلاف بيننا انتهى

قوله طاب ثراه و مراده بما مضى كما يظهر لمن راجع كلامه ما ذكره سابقا (-اه-)

لم نجد هذه العبارة فى الغنية كما أنّا لم نجد منه دعوى الإجماع على ثبوت نصف العشر و أنّما افتى به من غير ان يذيله بدعوى الإجماع عليه قال (-ره-) فان وجد بها عيبا بعد ان وطئها لم يكن له ردّها و كان له أرش العيب خاصية اللهم إلا ان يكون العيب من حبل فيلزمه ردّها على كل حال وطئها أو لم يطئها و يردّ معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها انتهى قوله طاب ثراه و أما الانتصار فلا يحضرنى حتى أراجع (-اه-)

قال فى الانتصار و مّا انفردت به الإمامية القول بانّ من اتبع امه فوجد بها عيبا ما عرفه من قبل بعد ان وطئها لم يكن له ردّها و كان له أرش العيب إلا ان يكون عيبا من حبل فله ردّها مع الوطى و يردّ معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها و خالف باقى الفقهاء فى ذلك الى ان قال دليلنا على صحه ما ذهبنا إليه الإجماع المتردد و ليس يجرى و طى الثيب مجرى و طى البكر لأنّ و طى البكر إتلاف لجزء منها و ليس (-كك-) الثيب انتهى قلت ما ذكره فى الدليل ربّما يكشف عن كون نصف العشر فى الثيب (-فت-)

قوله طاب ثراه ثمّ ان مقتضى الإطلاق جواز الردّ و لو مع الوطى فى الدبر (-اه-)

قد استجود ذلك فى (-لك-) و افتى به فى (-كره-) و محكى إيضاح (-فع-) و تعليق (-شاد-) و مجمع الفائدة و غيرها و علّله فى الأول بأنّه

ص: ١١٠

وطئ في الجملة فيتناوله النص

قوله طاب ثراه و يمكن دعوى انصرافه الى غيره (- اه-)

يمكن منع الانصراف لكون المدار فيه على شيوع الاستعمال لا شيوع الوقوع و الثابت في الخارج شيوع الوقوع لا شيوع الاستعمال ثم لا يخفى عليك ان هذا الفرع انما يتأتى على القول بجريان الحكم فيما إذا كان الحمل من غير المولى (- أيضا-) كما هو الأظهر و اما على ما مال اليه الماتن (- ره-) من الاختصاص بصورة كون الحمل من البائع فلا اثر لهذا الفرع ضرورة وجوب الرد (- ح-) من غير فرق بين أقسام الوطئ و أقسام التصرفات لبطلان العقد من رأس حينئذ لكونها أم ولد كما واضح

قوله طاب ثراه و في لحوق التقييل و اللمس بالوطئ وجهان (- اه-)

فالعدم ظاهر الأكثر و اللحوق هو الذى جعله في (- لك-) أوجه قال (- ره-) هل يلحق به مقدماته من اللمس و القبلة و النظر بشهوة وجهان من الأولوية و استلزامه لها غالبا و من الاقتصار فيما خالف الأصل على مورد النص و توقف في (- س-) و له وجه إن كان وقوع تلك الأشياء على وجه الجمع بينها و بين الوطئ و لو اختص التصرف بها فالإلحاق به من باب مفهوم الموافقة أوجه و إن كان استثنائها (- مط-) متوجها للملازمة انتهى ما في (- لك-) و أنت خبير بأن الملازمة الغالبة غير مجدية في الإلحاق و الأولوية الظنية غير معتبرة و القطعية غير مسلمة بل قد تمنع الظنية (- أيضا-) لأن الوطئ مجبور شرعا بالعقر و لم يثبت جبر غيره بشيء و الرد بلا شيء لا يظن مساواته للرد مع شيء كما هو واضح و الأظهر عدم إلحاقها بالوطئ في عدم المنع من الرد فهي ان انفردت عنه مانعة من الرد للقاعدة المقتصر في الخروج عنها على مورد النص نعم ان اجتمعت مع الوطئ لم تمنع من الرد قطعا لعموم النص الناشى من ترك استفعال وقوع الوطئ مع المقدمات أو بدونها و الملازمة الغالبة مؤيدة لذلك كما لا يخفى لكن لا يخفى عليك ان ما ذكرناه انما هو على المشهور من منع مطلق التصرف عن الرد اما على مختار الماتن (- ره-) الذى تبعناه فيه من اختصاص المنع من الرد بالتصرف المغير المهيئة أو المتلف للعين فلا يمنع اللمس و التقييل من الرد لكونهما مثل اسقنى ماء و أغلق الباب ثم لا يخفى عليك ان الكلام في هذا الفرع كسابقه في الاختصاص بما إذا كان الحمل من غير البائع ضرورة أنه في صورة كونه منه يجب الرد (- مط-) كما عرفت وجهه

قوله طاب ثراه فقد استشكل في سقوط الرد (- اه-)

المستشكل هو المحقق الثانى (- ره-) في محكى تعليق (- شاد-) و الأقرب جواز الرد لإطلاق ما دل على عدم إسقاط الوطئ للرد بعيب الحمل فيؤثر أثره و هو جواز الرد و سقوط اثر العيب الأخر بالوطئ الذى هو من التصرف المسقط لخيار العيب لا يوجب سقوط اثر عيب الحمل الغير الساقط بالوطئ

قوله طاب ثراه من صدق كونها معيبة (- اه-)

أراد أنه ان لوحظ الأول لزم عدم سقوط الرد و ان لوحظ الثانى لزم السقوط و فيه ان صدق كونها معيبة بغير الحمل غير موجب للسقوط بالوطئ (- مط-) بل إذا لم تكن معيبة بالحمل و الفرض وجود التعيب بالحمل فلا معنى لتأثيره لمجرد الاقتران بما سقط أثره بالوطئ و لعله الى هذا يرجع ما اعترض به الماتن (- ره-) عليه و اما ما اعترض به عليه بعض مشايخ العصر (- قده-) من ان مقتضى ما ذكره تساقطهما فيرجع الى أصالة اللزوم بمطلق الحدث أو الى أصالة بقاء الجواز مع منع العموم المزبور ففيه أنه لا معنى للرجوع الى الأصل مع بقاء اثر العيب الغير الساقط بالوطئ

قوله طاب ثراه و فيه ان كونها معيبة (- اه-)

ربما اعترض عليه بعض مشايخ العصر (- قده-) بأن ما ذكره يقتضى سقوط الرد بالوطئ و الجبل يقتضى عدمه فيتعارضان و هو كما ترى مميا لم افهم له محصيا لا بل و لا معنى و عموم ما دل على الرد بالجبل حتى بعد الوطئ حجة على المحقق الكركى و من تبعه و

دعوى ان المتبادر منه ان لا تكون معيئةً ألبالجب فيقتصر في الخروج عن القاعدة عليه في غاية الوهن و السيقوط لمنع التبادر و قوة العموم الناسى من ترك الاستفصال كما لا يخفى

قوله طاب ثراه ثم ان صريح بعض النصوص و الفتاوى (- اه-)

فمن الأخبار الصريحة في ذلك صحيح ابن سنان و خبر محمد بن مسلم و خبر سعيد بن يسار و ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن ابي المعزى عن فضيل مولى محمّد بن راشد قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم فكحها الذى اشتراه قال يردها و يرّد نصف عشر ثمنها و من كتب الفتاوى الناطقة بذلك الانتصار و الغنية و (- يع-) و (- س-) و الحواشى و غيرها قوله طاب ثراه لكن إطلاق كثير من الروايات يشمل العالم

و مثل الروايات جملة من الفتاوى حيث ان إطلاقها (- أيضا-) يشمل العالم و (- ح-) فقد يقال انه قد تقرّر في محلّه ان من شرائط حمل المطلق على المقيّد تنافى ظاهرهما و هو هنا مفقود بالضرورة فينبغى الأخذ بالمطلقات أيضا و الفتوى بعدم الفرق بين العلم حال الوطى بالحمل و عدمه كما عن ظاهر (- يب-) الفتوى بذلك فلا وقع (- ح-) لما قيل من اقتضاء مخالفة الحكم للقواعد الاقتصار على المتيقّن ضرورة ان ما دلّ عليه الإطلاق بحكم المتيقّن (- أيضا-) فعدم التفرقة أظهر و الله العالم نعم لا وقع لما صدر من صاحب الجواهر (- ره-) من المناقشة في الأخبار المقيّدة بعدم العلم بكون التقيّد في أسئلتها فقط فان فيه ان الأجوبة لم تنطبق ألبالجب على الاسئلة و كون العبرة بعموم الجواب لا خصوص السؤال ليس هذا مورده كما لا يخفى على من أحاط خبرا بالمباحث الأصولية بقى هنا أمر لم يتعرّض له الماتن (- ره-) و هو انه قد صرح العلامة (- ره-) في (- كره-) بتقيّد الحكم المزبور بما إذا كان الحمل سابقا على العقد و كون التصرف بخصوص الوطى و ذلك ظاهر المقنعة و (- يه-) و الانتصار و المراسم و الوسيلة و الكافى و الغنية و (- ثر-) و (- يع-) و (- فع-) و الجامع و (- ير-) و (- شاد-) و التبصرة و (- س-) و إيضاح (- فع-) و الميسية و غيرها على ما حكى عن بعضها بل ذلك صريح أكثرها عند التأمّل في أطراف عبارتها و إجماع الانتصار يشمل ذلك و عن تعليق (- شاد-) نسبة الثانى إلى كلام الأصحاب و الحجية على ذلك كون مورد الأخبار ما جمع القيد فيلزم الرجوع في غيره و هو ما لو فقد أحدهما إلى القواعد التى منها منع الوطى من الردّ لكن يمكن المناقشة في القيد الأوّل بأن العيب الحادث بعد العقد قبل القبض مضمون على البائع فالحمل الحادث بعد العقد قبل القبض (- أيضا-) تردّ به الجارية حتّى بعد الوطى و الجواب ان مقتضى القاعدة هو منع الوطى من الردّ و أنّما خرجت الموطوءة الحامل بالنصّ و مورد النصّ أنّما هو ما إذا كان الحمل سابقا على العقد فان قلت ان أكثر الأخبار و ان تقيّد بالجعل الظاهر في سبق الحمل على العقد ألبالجب ان بعض الأخبار بإطلاقه يشمل ما إذا كان الحمل بعد العقد قبل القبض مثل خبر عبد الرحمن المتضمّن لقوله الرّجل يشترى الجارية فيقع عليها فيجدها حبلى (- إلخ-) فإن ترك الإمام عليه السلام الاستفصال عن سبق الحمل العقد و تأخره عن العقد مع سبقه من القبض يفيد شمول الحكم للصورتين قلت ان المتبادر من هذا الخبر (- أيضا-) سبق الحمل على العقد و ترك الاستفصال أنّما يوجب العموم إذا لم يكن هناك معنى ظاهر و لو سلّم فهذا الخبر مع عدم نفاء سنده ليس قابلا لتخصيص ما دلّ على سقوط الخيار بالرضاء بالبيع و من المعلوم ان الوطى مع العلم بالحمل رضاء قطعى بالبيع فيمنع من الردّ جزما و اما القيد الثانى و هو كون التصرف بخصوص الوطى فالوجه فيه (- أيضا-) ما عرفت من لزوم الاقتصار فيما خالف القاعدة على مورد النصّ و مورده ما إذا كان التصرف وطيا و هو ممّا لا بأس به ألبالجب ان التصرف الذى هو أوهن من الوطى لا يمنع الردّ اما أولا فلما مرّ من ان التصرف المانع من الردّ أنّما هو

ص: ١١١

المغير للعين أو الهيشة دون نحو اسقنى ماء و أعلق الباب و أما ثانيا فلقضاء الأولوية بعدم منع التصرف الذى هو أوهن من الوطى من الرد كعدم منع الوطى منه ثم لا يخفى ان الحال فى هذين القيدين هى الحال فيما مر من قيد الجهل بالحمل و نحوه فى الاختصاص بما إذا كان الحمل من غير المولى و أنه فى صورة كون الحمل من المولى يلزم الرد (- مط-) لتبين فساد البيع بسبب كونها أم ولد فرع لو اشتبه الحمل فلم يعلم حدوثه عند البائع أو المشتري و قلنا بالقرعة و ألحقته بمن كان وطئها فى حال كونها عند البائع ففى جواز الرد به وجهان من الاقتصار على المتيقن إذ لم يثبت بها موضوع السبق على العقد الذى هو موجب العيب و مناط الحكم و إنما ثبت بها حكمه شرعا من حيث اللقوق خاصية و من أنها أمانة كاشفة شرعا عن ثبوت ذلك على نحو قيام اليئنة عليه فالأظهر ثبوت الرد بعدم منع الوطى به

الرباع من مسقطات خيار العيب حدوث عيب عند المشتري]

إشارة

قوله طاب ثراه أعنى خيارى المجلس و الحيوان و الشرط (- اه-)

هذا منه (- قدّه-) مبنى على كون مورد قاعدة كون تلف المبيع و تعييه فى زمان الخيار ممن لا خيار له الخيارات التلث و أما بناء على المختار من اختصاصها بخيارى الحيوان و الشرط فينبغى القصر عليهما كما أنه على قول صاحب الرياض و كاشف الظلام من جريانها بالنسبة الى جميع الخيارات يلزمه التعميم لها جميعا و تحقيق القول فى مجرى القاعدة يأتى عند تعرض الماتن (- ره-) له فى أحكام الخيار (- إن شاء الله-) (- تعالى-)

قوله طاب ثراه حتى فى ثبوت الأرش فيه على الخلاف الآتى فى أحكام القبض (- اه-)

قد تعرض (- قدّه-) لذلك فى طى مسئله تلف بعض المبيع قبل القبض فلاحظ

قوله طاب ثراه و أما الحادث فى زمن الخيار (- فكذلك-) لا خلاف فى أنه غير مانع من الرد بل هو سبب مستقل موجب للرد (- اه-) أشار بذلك إلى القاعدة المجمع عليها الآتية فى أحكام الخيار من ان كل مبيع تلف فى زمان الخيار فهو ممن لا خيار له فان تلك القاعدة تشمل حدوث العيب فى زمان الخيار (- أيضا-) و بعض نصوصها صريح فى الشمول لذلك مثل صحيح عبد الله بن سنان قال سئلت أبا عبد الله عليه الاف التحية و السلام عن رجل يشتري الدابة أو العبد و يشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتى ينقضى الشرط ثلثة أيام و يصير المبيع للمشتري و مرسل ابن رباط عن أبى عبد الله عليه الصلوة و السلام قال ان حدث بالحيوان قبل ثلثة أيام فهو من مال البائع لكن كان على الماتن (- ره-) ان يقيّد عدم الخلاف فى الفرض بما إذا لم يكن حدوث العيب من جهة المشتري و الّا لم يكن مانعا من الرد كما هو واضح

قوله طاب ثراه بل الأرش على الخلاف الآتى فيما قبل القبض بناء على اتحاد المسئلتين (- اه-)

قلت مقتضى اتحاد المسئلتين جريان ما اخترناه هناك هنا (- أيضا-) و هو (- قدّه-) قد اختار هناك أخيرا ثبوت الأرش و لذا أثبتته هنا (- أيضا-) و نحن قد نفينا الأرش هناك و لازمه نفينا إياه هنا (- أيضا-) الّا ان المذى يخطر ببالى القاصر هو إثبات الأرش هنا و ان نفينا هناك و ذلك لانه صورة التعيب قبل القبض مورد قاعدة كون التلف قبل القبض من مال بائعه الظاهرة فى انفساخ العقد قبل التلف و التعيب بآن و مع الانفساخ لا محل للرد و لا معنى للأرش و هذا بخلاف التعيب فى زمان الخيار فإنه مورد قاعدة كون تلف المبيع أو تعييه فى زمان الخيار من ضمان البائع و معنى الضمان فى صورة التعيب ثبوت أرش العيب على البائع و دعوى كون المراد

بالضمان في التلف هو الانفساخ و كذا في التعيب بقرينة الجمع بينهما في صحيح ابن سنان المتقدم مدفوعه بمنع كون المراد بالضمان الانفساخ مضافا الى ان كون التلف من البائع مع انتقال العين إلى المشتري لما كان خلاف القاعدة و النص في التلف كان ناطقا بكونه من مال البائع التجأنا هناك الى ارتكاب خلاف القاعدة و قلنا بالانفساخ قبل التلف انا ما و هنا لا داعي لنا الى ارتكاب خلاف القاعدة لكون التعبير بالضمان المعقول بالنسبة الى غير المالك (- أيضا-) بل لا يعقل الضمان الا من غير المالك إذ لا يضمن الإنسان لنفسه شيئا فإن قلت ان مرسل ابن رباط المتقدم عبر في حدوث العيب (- أيضا-) بأنه من مال بايعه قلت أنه قاصر السيد فلا يمكن ارتكاب خلاف القاعدة بالأخذ به فتأمل

قوله طاب ثراه أو بالأصل (- اه-)

إطلاق ذلك يقتضى تعميمه قاعدة كون التلف في زمن الخيار مما لا خيار له لجميع الخيارات و الا لكان يقيد به خيار الحيوان أو به و بالمجلس و قد أشرنا الى ان القول بالتعميم للجميع أحد الأقوال في المسئلة

قوله طاب ثراه ففي الرد خلاف (- اه-)

تحقيق القول في ذلك ان يقال أنه إذا حدث العيب في زمان الخيار أوجب ضمان البائع له بحكم قاعدة كل مبيع تلف أو حدث فيه عيب في زمان الخيار فهو في ضمان من لا خيار له و لازم ذلك ثبوت الأرش من دون رد الا ان الرد ثبت بالإجماع فيختار بينهما و مع ثبوت الخيار له من هذه الجهة بين الرد و الأرش له الخيار في الرد بسبب الخيار الأخر الذي حدث العيب في زمانه ما دام ذلك الخيار باقيا و إن كان المبيع المتعيب في زمان الخيار معيبا كان له الخيار من هذه الجهة (- أيضا-) بين الرد و الأرش فإذا زال الخيار الثاني لانقضاء زمانه كما في المجلس و الثلاثة أو للإسقاط كما في خيار الشرط بقى الخيار من الجهة الأولى خاصية إن كان المعيب قبل العيب الحادث في زمان الخيار صحيحا و من الجهة الأولى و الثالثة إن كان المبيع المذكور معيبا و لم يوجب انقضاء زمان الخيار الثاني و سقوطه سقوط الأول بوجه لأن حدوث العيب في زمان الخيار اثبت ضمان البائع للأرش و زواله بانقضاء زمان الخيار الثاني مما لا دليل عليه فيستصحب الضمان و توهم ان إيجاب العين الحادث في زمان الخيار للرد إنما هو للخيار الثاني فإذا انقضى زمانه زال الخيار كما حكى عن المحقق (- ره-) مما لم نفهمه ضرورة ان الخيار الذي حصل التعيب في زمانه لم يكن عله تامه لثبوت الضمان بل المقتضى للضمان هو حدوث العيب في زمان الخيار فالخيار المنقضى زمانه شرط اقتضاء المقتضى و هو حدوث العيب فاذا زال الخيار لم يزل اقتضاء المقتضى لأن زمان الخيار ظرف الحدوث العيب و هو شرط لتأثير العيب الخارج لأنه شرط استدامه و لو شككنا في بقاء الضمان و زواله كان استصحاب الضمان محكما و الله العالم

قوله طاب ثراه و لو كان حدوث العيب في مبيع صحيح في مدة الخيار فالباب واحد (- اه-)

الوجه في اتحاد الباب ظاهر لأن المقتضى للضمان إنما هو العيب الحادث في زمان الخيار فوجود عيب سابق على العقد إنما يؤثر خيارا ثالثا و لا ربط له بالضمان الحادث و لا بالخيار الثابت لسببه من حيوان أو شرط أو نحوهما

قوله طاب ثراه مناف لما ذكره المحقق في (- يع-) من ان العيب الحادث (- اه-)

أشار بذلك الى قول المحقق في المسائل التي أحقها بفصل العيوب الخامسة إذا حدث العيب بعد العقد و قبل القبض كان للمشتري رده و في الأرش تردد و لو قبض بعضه ثم حدث في الباقي حدث كان الحكم (- كك-) فيما لم يقبض و ما يحدث في الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار لا يمنع الرد في الثلاثة انتهى و هذه العبارة كما ترى لا تنافي ما جرى إلى المحقق في درسه لأن مساقها عدم منع العيب الحادث بعد القبض و قبل انقضاء خيار الحيوان من الرد بخيار الحيوان و لا تعرض فيها لكون العيب الحادث نفسه سببا للرد أو الأرش أم لا و على اى حال فالتحقيق ما عرفت

قوله طاب ثراه فالمشهور

ص: ١١٢

أنه مانع من الردّ (- اه-)

الوصف بالشهرة للإشارة الى ما يأتي في كلامه من نقل خلاف المفيد (- ره-)

قوله طاب ثراه بل عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام و ظاهر الغنية الإجماع عليه (- اه-)

قد ادعى الإجماع على ذلك وعلى ثبوت الأرش في (- ف-) و (- ط-) و خيارات الفقيه الغروي الشيخ على (- ره-) و مفتاح الكرامة و محكي (- ثر-) و غيرها (- أيضا-) قال في (- ف-) إذا اشترى شيئا و قبضه ثم وجد به عيبا و كان عند البائع و حدث عنده عيب آخر لم يكن له رده ألّا ان يرضى البائع بأن يقبله ناقصا فيكون له رده و يكون له الأرش ان امتنع البائع من قبوله معيبا و به قال الشافعي و قال أبو ثور و حماد بن ابي سليمان إذا حدث عند المشتري عيب و وجد عيبا قديما كان عند البائع رده و ردّ معه أرش العيب و قال مالك و احمد المشتري بالخيار بين ان يرده مع أرش العيب الحادث و بين ان يمسكه و يرجع على البائع بأرش العيب القديم دليلنا إجماع الفرقة و اخبارهم انتهى و قال في (- ط-) إذا باع عبدا و قطع طرف من أطرافه عند المشتري ثم وجد به عيبا قديما سقط حكم الردّ إجماعا و وجب الأرش انتهى و نفى الخلاف في سقوط الردّ و ثبوت الأرش في الرّياض و ادعى الاتفاق عليهما في (- ير-)

قوله طاب ثراه و يمكن الاستدلال على الحكم في المسئلة بمرسله جميل المتقدمة (- اه-)

أراد بمرسل جميل ما رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن ابي عمير عن جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا قال إن كان الشيء قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب و ربّما استدللّ به بعضهم للمطلوب بتقريب آخر هو عدم صراحته في كون الحوادث من خصوص المشتري و فيه نظر ظاهر ضرورة ظهور الخبر في كون ذلك كلّ من المشتري مع انّ الخياطة و الصّنع ليستا من العيب فالخبر غير مسوغ لبيان سقوط الردّ بحدوث العيب في يد المشتري

قوله طاب ثراه و استدللّ العلّامة (- ره-) في (- كرّه-) (- اه-)

قد يقرّر هذا الدليل بوجه آخر و هو أنّه لما كان القبض موجبا لانتقال ضمان المبيع اليه كان حدوث العيب فيه بمنزلة إحدائه فيه حدثا و لو كان من غير جهته إذا لم يكن حيوانا فنقصانه محسوب عليه فيمنع الردّ و يثبت الأرش لأنّه حقّ مالي ثبت بالعقد لوجوب تنزيهه على صحّة البيع فيستصحب بقائه مع عدمه المانع و لا دلالة الحدوث العيب على إسقاطه إذ ليس من الرضا و نحوه في شيء كما هو واضح و فيه انّ انحساب النقص على المشتري لا يقتضى منعه من الردّ و أنّما يقتضى ثبوت أرش النقصان الحادث للبائع بالردّ

قوله طاب ثراه نعم لو علّل الردّ بالعيب القديم بكون الصبر على العيب (- اه-)

قد يجعل ذلك من أدلّة القول المشهور و يقرّر بانّ تسلط المشتري على ردّ المعيب بالعيب السابق على العقد ليس ألّا لكون صبره على المعيب ضررا عليه و لا ريب في انّ تدارك ضرر المشتري بجواز الردّ مع تضرر البائع بالصبر على العيب الحادث ممّا لا يقتضيه قاعدة نفى الضرر و ان شئت قلت ان ضرر المشتري يعارض بضرر البائع فيكون إثبات الأرش للمشتري بالعيب السابق طريقا للجمع بين الحقين و فيه أولا- منع كون تسليط المشتري على الردّ لقاعدة الضرر بل للنص و ثانيا انّ الجمع بين الحقين بإثبات الأرش للمشتري ليس بأولى من الجمع بين الحقين بإثبات الأرش للبائع فتأمّل ثمّ أنّه حيث سقط الوجوه الثلاث التي هي حجج المشهور كان اللّازم مخالفتهم و الرجوع الى أصالة عدم مانعية العيب الحادث من الردّ بالعيب القديم و لكن ربّما خطر بالبال القاصر وجه اربع حجّة لهم و هو انّ ما دلّ على تسلط المشتري على الردّ لا عموم فيه يشمل الفرض فيكون أصالة عدم تسلطه على ذلك محكمة و يثبت الأرش بالنص و هذا الوجه لا بأس به ظاهر إذ لا إطلاق لأدلة التسلط على الردّ فانّ منها مرسل جميل المخصّص لجواز الردّ بصورة بقاء الشيء بعينه الظاهر و لو بقريئة الفقرة المقابلة له في البقاء من غير نقص و لا تعيب كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و منها الإجماع

و هو دليل لئبى يؤخذ منه بالمتيقن و هو غير الفرض فيرجع فى المقام إلى أصالة عدم التسلط على الرد المعتضدة بالإجماعات المحكية فى عبار من مر من أعيان الطائفة

قوله طاب ثراه إلا أن الإنصاف أن المستفاد من التمثيل فى الزوايه (-اه-)

لا- يخفى عليك أن ما ذكره على طوله متعبه بلا ثمر بعد ما عرفت من عدم انسياق الخبر لبيان منع العيب من الرد و ظهوره فى كونه عليه السلام بصدد بيان منع التصرف من الرد كما لا يخفى

قوله طاب ثراه ثم أن ظاهر المفيد (-ره-) فى المقنعة المخالفة فى أصل المسئلة (-اه-)

قال فى المقنعة ما لفظه فان لم يعلم بالعيب حتى حدث فيه عيب آخر كان له أورش العيب المتقدم دون الحادث ان اختار ذلك و ان اختار الرد كان له ذلك ما لم يحدث هو فيه حدثا انتهى فان ظاهر إثبات الرد فيما إذا كان العيب حادثا من غير مباشرة المشتري (- أيضا-) و إسقاطه للرد إذا باشر هو احداث الحادث و هذا مخالف لما عليه غيره من منع العيب الحادث بعد القبض و انقضاء الخيار من الرد (- مط-)

قوله طاب ثراه لعدم الدليل على الثبوت بعد السقوط (-اه-)

و لو شك فاستصحاب عدم جواز الرد محكم

قوله طاب ثراه ثم أن صريح (-ط-) (-اه-)

قلت بقى هنا مطلب آخر لم يتبه المانن (-ره-) عليه و هو أنه لا- فرق فى العيب الحادث بين كونه من جهة المشتري و غير جهته لإطلاق المستند نعم يستثنى منه ما لو كان المبيع حيوانا و حدث فيه العيب فى الثلثة من غير جهة المشتري فإنه لا يمنع من الرد و الأرش لأنه (-ح-) مضمون على البائع بل الظاهر ان كل خيار مختص بالمشتري (-كك-) و توضيح ذلك ان كلمات جملة من الأصحاب فى المقام و إن كانت شاملة بإطلاقها لصورتى كون العيب الحادث من جهة المشتري أو من غير جهته و لما إذا كان المبيع حيوانا أو غيره إلا أنه يلزم تقييدها بما إذا لم يكن المبيع حيوانا و أميا الحيوان فينبغى التفصيل فيه بين ما إذا كان الحادث من جهة المشتري و بين ما إذا كان من غير جهته بالمنع من الرد على الأول دون الثانى و من هنا قال فى (-عد-) أو حدث عنده عيب آخر بعد قبضه من جهة (-مط-) أو من غير جهته إذا لم يكن حيوانا فى مدّة الخيار انتهى و يتحقق كونه من جهته بتقصيره فى المحافظة على المبيع و خياله و الوجه فى عدم سقوط الرد فيما إذا كان المبيع حيوانا و لم يكن العيب بعد القبض فى الثلاثة من غير جهة المشتري ان العيب الحادث فى زمن الخيار من غير جهة المشتري مضمون على البائع على نحو ضمانه قبل القبض و من هنا كان على العلامة (-ره-) تعميم عدم سقوط الرد فى ما إذا كان العيب من جهة المشتري لمطلق زمان الخيار سواء كان خيار الثلاثة فى الحيوان أو غيره لعدم اختصاص الضمان المذكور بالحيوان كما لا يخفى

[تنبيه العيب المانع من الرد تبعض الصفقة]

قوله طاب ثراه بل الظاهر المصرح به فى كلمات بعض الإجماع عليه (-اه-)

(١١) قد نفى وجدان الخلاف فيه فى الجواهر و نفى ظهور الخلاف فيه فى الرياض و صرح بدعوى الإجماع عليه فى (-ف-) و الغنية قال فى (-ف-) إذا اشترى عبدين صفقة واحدة فوجد بأحدهما عيبا لم يجز له ان يرد العبد المعيوب دون الصحيح و له ان يردهما و به قال الشافعى و قال أبو حنيفة له ان يرد المعيب دون الآخر دليلنا إجماع الفرقة و اخبارهم و (- أيضا-) ان الصفقة قد اشتملت عليهما

ص: ١١٣

فمن أجاز التبعض فيهما فعليه الدلالة فإما رد الكلّ فعليه إجماع الفرقة على ما قلناه انتهى و قد استدلل بهذا الإجماع المنقول في مفتاح الكرامة و كشف الظلام و هو كما ترى

قوله طاب ثراه لأنّ المردود إن كان جزء مشاعا (-اه-)

يقرب من هذا الوجه ما تمسك به في (- لك-) و غيره من تضمن رد أحدهما خاصّة ضرر تبعض الصفة على البائع فلا يندفع إلا بردهما معا ان لم يتصرف فيهما و لا في أحدهما و بأخذ أرش المعيب

قوله طاب ثراه إلا أنه يوجب الضرر على المشتري (-اه-)

فيه ان ضرر المشتري لا اثر له لكونه ضررا أقدم هو عليه باختيار الردّ و ترك أخذ الأرش فيبقى جبر ضرر البائع بالخيار سليما و يسقط بذلك الاستدلال المذكور

قوله طاب ثراه و يدلّ عليه النصّ المانع من الردّ بخياطة الثوب (-اه-)

أراد بالضّمير المجرور بعلى سقوط الردّ فهذا دليل ثان للقول المعروف و أراد بالنصّ مرسل جميل المتقدّم و التقريب الذي ذكره يحتاج إلى ضمّ أنّه بعدم القول بالفصل بينه و بين ما يوجب التفريط يتمّ المطلوب لكن في الاستدلال نظر لأنّ ذكر التقطيع في المرسل يأبى عن كون المانع حصول الشركة و يدلّ على كون المانع هو تغيير الهيئة و لا- أقلّ من الشكّ في كون المانع حصول الشركة و الأصل عدم مانعته و عدم كونه هو المانع

قوله طاب ثراه و قد يستدلّ (-اه-)

المستدلّ هو صاحب الجواهر (- قدّه-) و ربّما استدللّ في مفتاح الكرامة و كشف الظلام بوجه آخر هو ان الشيخ (- ره-) قد أرسل رواية بذلك و ما أرسله مثل ما أسنده و فيه انّ ما أرسله مثل ما أسنده إن كان قد أرسل متن الرواية و اما إرسال المضمون فلا حجة فيه بعد ابتناؤه على فهمه و اجتهاده الغير المعلوم حجّيته في حقّ غيره

قوله طاب ثراه مضافا إلى انّ اللازم من ذلك (-اه-)

يمكن الجواب عن هذا الإيراد بمنع بطلان اللازم و اى مانع من الالتزام به بعد قضاء الدليل به

قوله طاب ثراه أنّه لا يشكّ أحد في انّ دليل هذا الخيار (-اه-)

هذا جواب ثان عن الاستدلال فالجملة فاعل الفعل المحذوف المتعلّق به المجرور اعنى قوله و فيه

قوله طاب ثراه فيرجع إلى أصالة اللزوم (-اه-)

فيه انّ أصالة اللزوم يلزم الخروج عنها بإطلاق التصوص ردّ المعيب الشاملة للمنفرد و المنضم إلى نحو الحيوان فتأمل

قوله طاب ثراه كما انّ للشّفيح (-اه-)

هذا استيناس للمطلوب بما ذكره في باب الشفعة من أنّه لو باع حصّة من الدار و البستان صفقة فلشريكه فيهما أخذ أحدهما بالشفعة و ان تبعضت الصفة لکن فيه وضوح الفرق بين المقامين فإنّ حقّه هناك في أحدهما غير شائع في حقّ الآخر بخلاف الفرض و تنقيح القول في مسألتي المبحوث عنها انّ الذي تقتضيه القاعدة هو تسلط المشتري في الفرض على ردّ القطعة المعيبة من قطعتي المبيع لإطلاق قوله عليه السلام في المرسل إن كان الشيء قائما بعينه ردّه لكنّه إذا ردّه كان للبائع خيار تبعض الصفة فله فسخ العقد في الجزء الصّحيح و هذا ليس مخالفا لما عليه الأصحاب من عدم تسلطه على ردّ المعيب وحده إذ لعلّ المراد بالتسلط المنفى في كلامهم هو التسلط على ردّ المعيب و إمساك الصّحيح على غير تسلط البائع عليه كما هو ظاهر السلطنة و من البين عدم تسلطه (- ح-) على ردّ المعيب وحده و إمساك الصّحيح و بالجملة فإن آل ما ذكره الأصحاب (رهم) إلى ذلك و إلا فإن ثبت الإجماع على ما قالوه و إلا لم يكن إلى رفع اليد عن إطلاق دليل الردّ داع إلا ان يدعى ظهوره في ردّ الجميع فتأمل ثمّ انّ هنا أمورا متعلّقة بالمقام لم يتعرّض لها

الماتن (- ره-) الأول أنه لا فرق في الحكم بين ما ينقص قيمته التفريق كمصراعى الباب و زوجى الخف و بين غيره و لا بين حصول القبض و عدمه كما نص عليه كثير منهم بل قيل أنه ظاهر الجميع خلافا لبعض العامة فأجاز رد المعيب خاصة بعد القبض لأنهما عينان لا ضرر في افراد أحدهما عن الآخر و وجد سبب الرد فيه فجاز افراده بالرد كما لو شرط الخيار في أحدهما و منع من رده خاصة قبله لما فيه من تبعض الصفة في الإتمام و للبعض الآخر منهم فمنع من نحو المصراعين (- مط-) و أجاز في غيره (- مط-) لعدم الضرر و ضعف الكل ظاهر الثانى أنه لو تصرف فيهما أو فى أحدهما أو فى خصوص الصحيح أو حدث عيب بعد القبض فيهما أو فى خصوص الصحيح أو المعيب سقط الرد لأن الصحيح و المعيب بمنزلة مبيع واحد بالنسبة الى ذلك عندنا فالتصرف فى الصحيح كالتصرف فى جزء من المبيع الواحد فى إسقاط الرد و كذا حدوث العيب فى الصحيح كحدوثه فى جزء المبيع الواحد الثالث ان الظاهر ان ما يدخل فى المبيع بالشرط أو بالتبعية لا يجوز افراده بالرد (- أيضا-) كما لا يجوز افراد المبيع به عنه فلا يجوز رد الجارية دون حملها كالعكس لا- لتحريم التفرقة بل لاتحاد الصفة و لذا يعم الدائبة (- أيضا-) كما قيل و لو كان الحمل عنده لا يتصرفه فالحمل له و لا يمنع من رد الأم ما لم تنقص بالحمل أو الولادة كما عن (- س-) و عن القاضى ان إطلاق كون الحمل مانعا من الرد لأنه اما بفعله أو بإهماله لها حتى ضربها الفحل و كلاهما تصرف و عليه منع ظاهر نعم قد يدعى كون الحمل (- مط-) عيبا عندهم و قد حدث عنده فيمنع من الرد و ان لم تنقص قيمتها بذلك و فى عموم ذلك لنحوه تأمل ان لم يكن ظاهرا فى غيره و أصالة البقاء محكمة و فى (- كره-) أنه لو حملت عنده ثم أطلع على عيب سابق فان نقصت بالحمل فلا رد و ان لم تنقص به فله الرد و أطلق بعض الشافعية كون الحمل الحادث عنده نقصا اميا فى الجوارى فلأنه يؤثر فى النشاط و الجمال و اما فى البهائم فلأنه ينقص المأكول و ينقص الحمل عليها و الركوب و فيه نظر ظاهر

قوله طاب ثراه فإن الأقوى فيه عدم جواز انفراد أحدهما (- اه-)

ما قواه هو خيرة (- فع-) و (- عد-) و (- كره-) و (- لف-) و (- شاد-) و (- ف-) و (- ط-) فى المقام و محكى المقنعة و (- يه-) و المراسم و الوسيلة و الجامع و (- ير-) و التبصرة و كشف الرموز و إيضاح (- فع-) و غيرها بل فى التنقيح أنه مذهب الأكثر و فى (- لف-) و (- لك-) و الجواهر و محكى إيضاح (- فع-) و المفاتيح و غيرها من كتب الأواخر أنه المشهور بين الأصحاب قوله طاب ثراه بان التشقيص عيب مانع من الرد (- اه-)

أراد بذلك ان حدوث العيب مانع من الرد و التشقيص عيب لكن قد يناقش فيه على فرض تسليم صدق العيب عرفا على التشقيص بان العيب المانع من الرد بمقتضى النص و الفتوى أنما هو العيب الحادث قبل الفسخ و اما العيب الحادث بنفس الفسخ فلا دليل على منعه من الرد

قوله طاب ثراه خلافا للمحكى عن الشيخ (- ره-) فى باب الشركة (- اه-)

(١١) اى باب الشركة من (- ط-) و (- ف-) و يأتى نقل حجج هذا القول فى شرح قول الماتن (- ره-) و لا دليل على تعدد الخيار هنا إلا إطلاق الفتاوى و التصوص (- اه-) (- إن شاء الله-) (- تعالى-)

قوله طاب ثراه و ظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصورة العلم (- اه-)

(١٢) أشار بذلك إلى ما صدر من جمع من أوائل المتأخرين من التفصيل فى المسئلة بين ما إذا كان البائع عالما بتعدد المشتري و بين ما إذا كان جاهلا كما إذا وثالثا فاشتره لهما و لم يبين للبائع كون الشراء لاثنين بجواز التفرقة برد أحدهما حصته و إمضاء الآخر حصته فى الأول و عدم الجواز فى الثانى و لا يخفى عليك ان من فصل فى المسئلة فإنما فصل بزعم ان المانع من التفريق أنما هو كون التشقيص عيبا و بنى الجواز فى صورة علم البائع بتعدد المشتري على كون البائع (- ح-) هو الذى أقدم على التشقيص بالبيع من شخصين و لكنك قد عرفت و ستعرف ان المنع ليس لكون التشقيص عيبا لظهور العيب المانع فى الحاصل قبل الرد لا الحاصل

ص: ١١٤

به و أنّ غاية ما يوجب التشقيص خيار البائع في فسخ العقد من رأسه و أنّ المنع أنّما هو لعدم المقتضى للرد (-ح-) من حيث ظهور دليله في ردّ مجموع المبيع فيبقى ردّ البعض تحت أصالة عدم الجواز فالتفصيل المذكور ممّا لا وقع له عند التأمل قوله طاب ثراه و استجوده في (-ير-) (-اه-)

قال في باب الشركة من (-ير-) ما لفظه لو اشترى احد الشريكين بمال الشركة و بان معييا و جهل الشريك بعيبه و علم البائع أنّ الثمن من مال الشركة أنّ لهما الاختلاف في الردّ و الأرش قال و هذا التفصيل عندي جيد لأنّ البائع عالم بأنّه مال شركة واحد الشريكين غائب و الآخر حاضر فهو في قوّة عقدين انتهى قوله طاب ثراه و قوّه في (-مع صد-) (-اه-)

و نفى عنه البعد في مجمع البرهان و استحسنة في محكي المفاتيح و حكى اختياره عن ظاهر تعليق (-شاد-) للكركي قوله طاب ثراه لأنّ الثابت من الدليل هنا خيار واحد (-اه-)

ربّما وقع الاستدلال لهذا القول بوجه آخر أحدها ما في (-ف-) من أنّا أجمعنا أنّ لهما الخيار عند الاجتماع و لا دليل على أنّ لهما الردّ على الانفراد ثانيها أصالة عدم جواز ردّ كلّ منهما ثالثها أنّ المثلث للخيار من النصّ و الإجماع مخصوص بحكم التبادر و وقوع الخلاف بغير محلّ الفرض و هذا الوجه كالوجه المذكور في المتن يرجع إلى شيء واحد و هو التمسك بالأصل بعد عدم الدليل على ثبوت الخيار لكلّ منهما منفردا و هو أنّما يتمّ بناء على منع شمول دليل الخيار لذلك كما ستسمع إنشاء الله تعالى قوله طاب ثراه إلّا إطلاق الفتاوى و التصوص (-اه-)

هذا الإطلاق هو حجّة القول بجواز الافتراق في الفسخ و الإمساك مضافا إلى وجه آخر أحدها ما في (-ف-) من أنّ المنع من الردّ بالعيب يحتاج إلى دليل و الأصل جوازه و ليس هاهنا ما يدلّ على المنع منه انتهى و فيه أنّ الردّ على خلاف الأصل فإنّ الأصل في البيع اللزوم فالتمسك لجواز الفسخ بالأصل ممّا لا وجه له و ان قيل أنّه أراد بذلك التمسك بعموم الأخبار الناطقة بإيجاب العيب السلطنة على الردّ ففيه أنّه قد تمسك بالعموم بعد ذلك فيكون تكرارا ثانيها أنّ لكلّ منهما ردّ نصيبه مع ردّ الآخر فيكون له ردّه منفردا إذ لا مانع من ذلك إلّا توهم تعيب حصّته بالتشقيص و حدوث العيب عند المشتري مانع من الردّ بالعيب السابق على العقد و فيه ما مرّ من ظهور العيب المانع في العيب الغير الحاصل من الردّ كما في الفرض بل قد يقال على فرض تسليم عموم العيب أنّ التعيب جاء من قبل البائع حيث باع من اثنين و لكن قد يجاب عن ذلك بمنع كون التعيب من قبل البائع لأنّه إنّما باعهما صفقة واحدة غير مبعّضة و أنّما التبعض يحصل من المشتري و المقصود حصول المبيع في يد البائع كما كان قبل الخروج و خلاف ذلك ضرر عليه و علم البائع بذلك ليس فيه اقدام على الضرر إلّا على تقدير كون حكم المسئلة جواز التبعض و هو محلّ الكلام و أقول لا ريب في ظهور العيب المانع من الردّ بالعيب السابق على العقد في العيب الحادث في يد المشتري الّذى هو غير العيب الحادث بالردّ فيبقى الفرض تحت أصالة عدم سقوط الخيار غاية ما هناك أنّ إيجاب التشقيص تضرّر البائع يحدث خيارا له فاذا ردّ أحدهما حصّته كان للبائع فسخ البيع من رأس في جميع المبيع لقاعدة الضرر ثالثها أنّ العقد المذكور يجري مجرى عقدين بسبب تعدّد المشتري فإنّ تعدّد البيع يتحقّق بتعدّد البائع و بتعدّد المشتري و بتعدّد العقد و لا ريب في أنّ إمضاء أحد العقدين الخياريين لا يمنع من ردّ الآخر و فيه أوّلا التقص بتعدّد المبيع فإنّ تعدّد البيع بالمعنى الّذى ذكره كما يحصل بتعدّد البائع و تعدّد المشتري فكذا يحصل بتعدّد المبيع فيلزم جواز ردّ احد المبيعين صفقة و إمساك الآخر و لا يلتزمون به كما مرّ و ثانيا بالحلّ بمنع تعدّد الخيار بنحو هذا التعدّد في العقد و منع تعدّد العقد بتعدّد البائع أو المشتري و تلخيص المقال في المسئلة أنّ تعليل المنع بكون حدوث العيب في يد المشتري مانعا و كون التشقيص عيبا ممّا لا وجه له و كذا التمسك للجواز بالأصل و نحوه بل مرجع الإشكال في المسئلة في الحقيقة إلى أنّه هل يعمّ دليل الردّ لمثل الفرض أم لا فان تمّ العموم كان هو الحجّة و إلّا كانت أصالة عدم الجواز محكمة و الإنصاف ظهور دليل الردّ في ردّ المبيع و هو ظاهر

ظهوراً عرفياً معتداً به في ردّ الجميع فيبقى ردّ البعض من غير دليل فيحكم الأصل المؤيد و عدم جواز فسخ المشتري الواحد في بعض المبيع و إمساك البعض إذ لو تمّ العموم لاقتضى جواز ذلك أيضاً كما لا يخفى قوله طاب ثراه لكن الظاهر بعد التأمل انصرافه (- اه-)

قد يناقش في ذلك بمنع الانصراف لأنه على التحقيق لا يكون إلا لغلبة استعمال اللفظ في معنى بحيث يكون استعماله في غيره نادراً و لا- ريب في فقد ذلك في المقام فإنّ قوله عليه السلام في مرسل جميل و إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن شامل للفرض فإنّ حصته من المبيع قائمة بعينها فيرده على صاحبه و يأخذ الثمن و لو شكّ في منع الشركة من ذلك كانت أصالة عدم المانعية محكّمة لكنّ الإنصاف ما عرفت قوله طاب ثراه لكن لا ريب في أنّ ردّ هذا المبيع منفرداً (- اه-)

فيه ما مرّ من ظهور دليل كون حدوث العيب مانعاً من الردّ في العيب الحاصل قبل الردّ و أمّا الحاصل بنفس الردّ فلا يشمل الدليل و الأصل عدم مانعته من الردّ فتأمل جيّداً ثمّ أنّه قد بقي هنا أمور متعلّقة بهذه المسئلة ينبغي التنبيه عليها الأوّل أنّه صرح جماعة منهم الشهيد الثاني (- ره-) في (- لك-) بعدم الفرق في حكم المسئلة بين تعدّد العين و اتحادهما و لا- بين ان يقتسما قبل الافتراق في الفسخ و الإمساك و عدمه و هو في محلّه لاتحاد الطریق في الجمع و من هنا قال كاشف الظلام أنّ المسئلة مفروضة في كلمات الفقهاء في المبيع المتحد و الظاهر أنّ الخلاف يجري في المتعدّد (- أيضاً-) لعدم الفارق و إن كان ما ذكره أظهر في امتناع التبعض فيه لأنّه أشدّ ضرراً في تبعضه و لزوم الشركة فيه في بعض الصّور الثاني أنّه قال في (- لك-) لو كان المبيع عينين لكلّ واحد من المشتريين واحد بعينه و علم البائع بالحال و باعهما في عقد واحد فجواز التفرّق هنا أوضح و ان أمكن تمسّى الخلاف فيه نظراً إلى اتّحاد العقد انتهى قلت إن كان المانع من التفرّق هو حدوث العيب في المبيع بالتشقيص أو الشركة كان اللزوم في صورة تغاير حصّة كلّ منهما عن حصّة الآخر تجويز التفرّق لفقد المانع (- ح-) و إن كان دعوى ظهور دليل الرد في ردّ جميع المعيب و كان ردّ البعض خالياً عن الدليل كما بنينا عليه كان اللزوم التسوية في المنع بين كون المبيع عينين كلّ منهما لأحدهما معيّناً و بين كونه عينا واحدة أو عينين اشتركا فيها أو فيهما لوجود المانع (- ح-) في الصّورتين كما لا يخفى الثالث أنّ ما مرّ أنّما هو حكم ظهور العيب في المبيع و أمّا لو ظهر العيب في الثمن فإن كان العيب في جميعه فقد نفى جماعة الإشكال عن خيار البائع بذلك بين الردّ و الإمساك مع الأرش و إن كان في بعضه ففي جواز رده خاصية و جهان أحدهما الجواز اختاره في الإيضاح نظراً إلى أنّ العقد في قوّة التعدّد بسبب تعدّد المشتري و ضعفه في (- لك-) بأنّ التعدّد بالنسبة إليه غير واضح و أنّ الفرق بين المبيع و الثمن أنّ المشتري الذي يردّ إنّما يردّ تمام حصّته فيكون

ص: ١١٥

كأنه ردّ تمام المبيع نظرا الى تعدّده بالنسبة إليه لا يتأتى في الثمن لأنّ البائع إذا رده أنّما يرّد عليهما معا إذ الفرض كونه مشتركا بينهما فاذا ردّ المعيب فقد ردّ على مستحقّه بعض حقّه وبقى البعض الآخر عنده و هو ممتنع ثانيهما عدم الجواز لأصالة عدمه بعد الشكّ في شمول دليل الردّ لذلك استظهره صاحب الجواهر (- ره-) و ربّما يظهر من شيخ (- لك-) التفصيل بين ما إذا كان الثمن متميّز الحصاص و بين ما إذا لم يكن و اشترى بالمجموع شيئا مشتركا فظهر بأحدهما عيب و كان المعيب مساويا لحصّه صاحبه بالجواز في الأوّل و عدمه في الثاني لأنّه (- ره-) قال بعد استضعاف الجواز بما مرّ ما نصّه نعم لو دفع كلّ من المشتريين جزء من الثمن متميّزا و اشترى بالمجموع شيئا مشتركا فظهر بأحدهما عيب و كان المعيب مساويا لحصّه صاحبه اتّجه جواز رده خاصّة لمالكة لتحقق التعدّد انتهى و لعلّ نظره في ذلك على ما يظهر من مجموع كلاميه المذكورين أنّ المبيع إذا تعيّب بالنسبة إلى حصّة أحد المشتريين فردّها فقد ردّ تمام المبيع بالنسبة اليه و هذا بخلاف ما إذا تعيّب بعض الثمن فإنّه إذا لم يكن ذلك البعض معيّنا لأحدهما بل مشتركا بينهما و رده البائع فإنّه يرده عليهما معا و (- ح-) فاذا ردّ المعيب لم يرّد تمام المنتقل إلى من انتقل منه بل يرّد البعض و يبقى البعض اما إذا كان الثمن متميّزا كان كالمبيع فان قلت أنّ هذا الكلام في المبيع أنّما يتمّ بالنسبة إلى متميّز الحصاص كالعينين المبيعتين بعقد واحد من شخصين مع تعيّن كلّ منهما لأحدهما أمّا مع التشريك في كلّ من العينين أو مع اتّحاد العين المبيعة فمتى ردّ المعيب لم يكن ردّ المبيع عليه فقط بل المشترك فلا يصدق عليه أنّه ردّ تمام المبيع بالنسبة اليه و احتمال فرضه في خصوص العينين المعيّن لكلّ واحد منهما واحدة مع كونه خلاف ظاهر السّياق ينافى تخصيص التّفصيل بالثمن دون المبيع قلنا ليس المراد خصوص التّسليم بل الفسخ و (- ح-) فما كان مشاعا يفسخه (- كك-) و يكون البائع هو الشريك على الإشاعة مع المشتري الذي يختار البقاء فكان الحاصل أنّه متى ظهر في أحدهما عيب فإن كان رده ردّ التمام المنتقل اليه و لم يكن مستلزما لردّ غيره صحّ و الّا فلا (- فت-) الزّابع أنّ مفروض المسئلة ما إذا تعدّد المشتري و أمّا إذا اتّحد المشتري ابتداء و تعدّد بعد ذلك للإيرث و نحوه أو انعكس ففي جريان الأحكام المذكورة فيه وجهان من المماثلة لما مرّ و من اتّحاد الصّيفة و كون التعدّد طارئا و يتّضح ذلك بما مرّ في نظير المسئلة في فروع خيار المجلس فراجع و تدبّر

[سقوط الأرش دون الرد في موضعين]

[الأول إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب في أحدهما]

مسئلة يسقط الأرش دون الردّ في موضعين
قوله طاب ثراه فلا أرش حذرا من الرّبا
القول بعدم الأرش للشهيد (- قده-) في (- س-) و التعليل بالحذر من الرّبا منه (- أيضا-) و وجه كون الأرش ربا أنّه بعد فرض كون العوضين ربويين لا يجوز بيع أحدهما بالآخر الّا مثلا بمثل فاذا باع مثلا بمثل ثمّ ظهر العيب و جوّزنا أخذ الأرش كان ما يأخذه بعنوان الأرش زيادة من طرفه أوجبها البيع و كلّ زيادة تثبت في معاوضة الرّبويين فهي رباء
قوله طاب ثراه بعد ان حكاها وجهها ثالثا لبعض الشافعيّة (- اه-)

ظاهر العبارة أنّ العلّامة (- ره-) حكى عن الشافعيّة وجوها في مفروض المسئلة و ليس (- كك-) و أنّما هو ذكر في ما إذا وجد العين معيوبه و حدث عنده عيب آخر وجوها ثلثة أحدها أنّه ليس له الأرش و لا الردّ مجّانا و لا الردّ مع الأرش و جعل طريق التخلّص هنا فسخ البيع و إلزام المشتري بقيمته من غير الجنس معيبا بالعيب القديم سليما عن العيب الحادث ثانيها الفسخ مع رضاء البائع و ردّ

المشترى العين مع أرشها ولا رباء ثالثها الرجوع على البائع بأرش العيب القديم واما في صورة عدم حدوث عيب عند المشتري فقد ذكر وجوها ثلثة أخر أخذ الأرش (- مط-) و عدمه (- مط-) و الأخذ من غير الجنس و عدم الأخذ من جنسه و عبارته طويلة طويونا نقله فراجع

قوله طاب ثراه حتى يكون المقابل للمعيب الفاقد (- اه-)

اي حتى يلزم في حال المعاملة أن يجعل المقابل للمعيب الفاقد للصحة انقص من المعيب من حيث المقدار لیساوی الصّحيح الأنقص للمعيوب الأزيد حتى لا يلزم الرّبا

قوله طاب ثراه لكن يمكن ان يدعى انّ المستفاد (- اه-)

غرضه بذلك ردّ ما أسبقه من وجه صحه أخذ الأرش في الفرض و توضيح الردّ انا إذا لاحظنا حكمه بكون الصّحيح و المعيب جنسا واحدا استكشفتنا بذلك عن أنّه لو ضمّ إلى المعيب ما يكون بإزاء وصف الصّحة صار رباء محرّما و من المعلوم انّ الأرش عوض عن وصف صحه الصّحيح ضمّ إلى المعيب فيصير أخذ الأرش رباء في المعاملة لكن فيه انّ حرمة الرّبا حكم ثبت على خلاف الأصل فيلزم القصر فيه على مورد النصّ و من لاحظ الأخبار و جاس خلال تلك الديار ظهر له تبادل حرمة التفاضل في أصل المعاملة و انّ شمولها للفضل الحاصل بسبب له تعلق بالمعاملة تعلقا خارجا عن نفس المعاملة غير معلوم و من المعلوم انّ الأرش ليس ثابتا بنفس المعاملة و جعل المتعاقدين و أنّما هو غرامة أثبتها الشارع لمن وصل اليه المعيب عند اختياره التّغريم كما يكشف عن ذلك عدم الحاجة إلى إسقاط الأرش في مواضع فمنها أنّه لو اختار الإمساك من غير أرش جاز له ذلك و لم تكن حاجة إلى إسقاط الأرش و إبراء ذمة البائع من ذلك و لو كان عوضا حقيقيا عن وصف الصحه و بمنزلة الجزء للمعيب لاحتاج السقوط إلى الإسقاط و منها أنّه لا يتعين كون الأرش جزءا من الثمن فلا- يجب على البائع ردّ جزء من الثمن و لو كان ظهور العيب كظهور كون بعض المبيع للغير و كان الأرش جزءا من المبيع للزم ردّ جزء من الثمن في قبالة و ثبت للبائع عند اختيار المشتري الأرش خيار تبعض الصّفة و منها أنّه لو اشترط المشتري على البائع صحه المبيع ثمّ تخلف و ظهر معيبا لم يثبت الأرش بل الردّ فقط و لو كان الأرش عوضا حقيقيا عن الصحه معدودا جزء المبيع للزم ثبوته في الفرض المذكور (- أيضا-) فظهر انّ الأرش غرامة أثبتها الشارع في صورة جهل المشتري بالعيب جبر الخاطرة و إرفاقا به عند اختياره الإبقاء و عدم الردّ فظهر انّ الأظهر عدم سقوط الأرش في الفرض لأنّ أصالة براءة الذمة محكمة بل عمومات الأرش بالجواز ناطقة بعد عدم الدليل على كون الأرش ربا و زيادة في أحد العوضين فتدبر جيّدا

قوله طاب ثراه و المسئلة في غاية الاشكال و لا بدّ من مراجعتها أدلة الرّبا و فهم حقيقة الأرش

قد عرفت أنّه لا إشكال في الجواز لما عرفت من عدم ظهور أدلته الرّبا إلا في حرمة الزيادة الثابتة بأصل المعاملة و جعل المتعاقدين المعدودة تلك الزيادة جزء حقيقه أو حكما لأحد العوضين لا مطلق الفضل الحاصل بسبب له تعلق بالمعاملة تعلقا خارجا عن نفس المعاملة و لما عرفت من عدم كون الأرش جزءا للمبيع بل هو غرامة أثبتها الشارع و لله درّ (- المصنف-) (- ره-) في تعبيراته التي منها عبارته هذه حيث أشار بها إلى ملاك المسئلة

[الموضع الثاني في سقوط الأرش دون الرد ما لو لم يوجب العيب نقصا في القيمة]

قوله طاب ثراه ما لو لم يوجب العيب نقصا في القيمة (- اه-)

بان كانت القيمتان متساويتين أو كانت قيمة المعيب أزيد من قيمة الصّحيح كما في الخصاء في العبيد و فقد شعر العانة في الإماء الشّابات القابلات للافتراش

قوله طاب ثراه فإنّه لا يتصوّر هنا أرش (- اه-)

هذا إشارة إلى دليل من اثبت الردّ و أسقط الأرش فى الفرض و تقريره انّ مقتضى الردّ هو العيب الدائر مدار الخيار موجود و المانع منه مفقود فيثبت و اما الأرش فلا يتصوّر ثبوته فى المقام لفقد نقص القيمة الّذى هو المدار فى نقص المائية فإنّ الأرش تفاوت بين قيمتى الصّحيح

ص: ١١٦

و المعيب و إذا لا تفاوت بين القيمتين أو كان التفاوت و الزيادة من جانب المعيب لم يمكن تعقل الأرض و قد يعلل سقوط الأرض في الفرض بوجهين آخرين أحدهما أصالة برأيه ذمة البائع من ذلك بعد ظهور أدلة ثبوتيه أو صراحتها في العيوب التي توجب نقص القيمة و لا يجرى مثل ذلك في الرد بعد فرض كونه عيبا و دوران الخيار مدار وجود العيب نصا و فتوى ثانيهما ما في الجواهر من ان إثبات الأرض إضرار على البائع خصوصا إذا كان الخصى حيوانا يراد منه كثرة لحمه و شحمه و حرمة الفعل في الآدمى بل و في غيره كما عن نهاية الأحكام نسبتته إلى علمائنا لا تنافي زيادة المال من جهته و ربما لا يكون البائع فاعلا له بل قيل ان المصرح بجوازه في غير الآدمى كثيرون خلافا للقاضي و التقى خاضية فلم يجوزاه انتهى و توهم ان منع المشتري من أخذ الأرض إضرار به مدفوع بانجبار ضرره بتسلطه على الرد كما لا يخفى ثم ان الذي ظهر من كلام الماتن (- ره-) في مفروض البحث وجهان سقوط الأرض مع بقاء الرد و بقاء الرد و الأرض جميعا و هناك وجه ثالث لم يتعرض له الماتن (- ره-) و هو سقوط كل من الأرض و الرد اما الأرض فلما عرفت و اما الرد فلأصالة عدم تسلط المشتري عليه بعد ظهور نصوص الرد في العيب المنقوص للقيمة لا ما زاد فيها و رد بمنع ظهور المدعى و بإطلاق ما دل على سببته العيب للرد سيما مع يؤيده بنفى شيخ الأواخر في الجواهر الخلاف في عدم سقوط الرد في الفرض بل ظهور عبارتي (- كره-) و (- مع صد-) في الإجماع عليه و بأنه مقتضى ما رواه ابن مسلم لابن ابي ليلى في الشعر على الركب كما ستعرف فإنه أجلى من الخصاء في عدم نقص القيمة به فظهر ان ثبوت الرد في الفرض مما لا ينبغي الإشكال فيه و ان سقوط الأرض هو الأظهر ثم انه يتفرع على المختار من القول لسقوط الأرض في الفرض انه لو تصرف المشتري قبل العلم بالعيب أو حدث فيه عيب لا بفعل المشتري فهل يسقط الرد كما في سائر الموارد أم لا بل يختص الفرض بعدم سقوط الرد بشيء منهما وجهان من عموم ما دل على سقوط الرد بالتصرف و بحدوث العيب في المعيب و من ان التزام المشتري (- ح-) بالصبر على المعيب مع عدم تسلطه على أخذ الأرض (- أيضا-) ضرر عليه مضافا إلى ان من لاحظ اخبار الرد و الأرض ظهر له ظهورها في عدم سقوطهما جميعا في مورد وجود العيب إلا بالإسقاط و لا ريب في ان التصرف قبل العلم بالعيب ليس إسقاطا للخيار و لا رضا بالمعيب و كذا العيب الحادث من جهة غير المشتري و قد صرح بالاحتمال الثاني في (- س-) و (- لك-) و الجواهر و زاد في الأخير القول بعدم سقوط الرد بالتصرف قبل العلم بالعيب و لا بحدوث العيب عند المشتري فيما إذا اشترى ربويا بجنسه و ظهر في أحد العوضين عيب ثم حكى عن ظاهر محكي (- س-) التفصيل بين التصرف و بين حدوث العيب بالإشكال في الأول و تقوية بقاء الرد في الثاني و هو كما ترى و يأتي في كلام الماتن (- ره-) التعرض لهذا الفرع بقوله عند تعداد ما يسقط به الرد و الأرض جميعا عند بعضهم و منها ثبوت أحد مانعي الرد (- اه-)

[ذكر بعض الأصحاب أمورا يسقط الرد و الأرض بهما معا]

قوله طاب ثراه أحدها العلم بالعيب قبل العقد (- اه-)

قد صرح بسقوط الرد و الأرض جميعا به جمع كثير كالشيخين الفاضلين و الشهيدين و سائر من تأخر عنهم و تقدمهم بل نفى وجدان الخلاف فيه في الجواهر و جزم بعدم الخلاف فيه في الرياض و نفى في الغنية الخلاف في سقوط خيار العيب بالرضا

قوله طاب ثراه لأن الخيار إنما ثبت مع الجهل (- اه-)

هذا تمسك بالأصل و تقريره ان الأصل لزوم العقد فيلزم الاقتصار في الخروج منه على مورد النص و مورد نصوص خيار العيب صورة جهل المشتري بالعيب فيرجع في صورة العلم إلى أصالة اللزوم و قد يستدل بوجه آخر و هو ان اقدامه على الشراء مع العلم بالعيب رضا منه بالعيب و لا إشكال في عدم ثبوت الخيار في صورة الرضا بالمعيب

قوله طاب ثراه و قد يستدل بمفهوم صحيحة زرارة المتقدمة (- اه-)

المستدل هو صاحب الجواهر (- ره-) و قد أراد (- قده-) بالصَّحِيحَةَ خبر زرارة المتقدم منه عند الكلام في كون التصرف مسقطا للرد و قد نبهنا هناك على ما وصفه بالصحة من النظر بعد وجود موسى بن بكر في السند و أراد بالمفهوم مفهوم تقييده عليه السلام الخيار بما إذا لم يبين له فإن مقتضى التقييد عدم سقوط الخيار في صورة بيان العيب للمشتري و إنما لم ينقل الماتن (- ره-) التمسك بحسنه جعفر بن عيسى الآتية نظرا إلى كون التقييد بعدم علمه بالعيب في كلام السائل دون الإمام عليه السلام فغاية ما هناك سقوط الخبر عن صورة علمه بالعيب و لعل نظر المستدل بها إلى أن تقرير الإمام عليه السلام السائل على التقييد بعدم العلم الظاهر في عدم الخيار في صورة العلم حجة

قوله طاب ثراه و فيه نظر

لعل وجه النظر التأمل في حجية مفهوم القيد أو أن مفهوم الخبر إنما هو سقوط الخيار إذا بين له العيب و ذلك أخص من المطلوب إذ قد يكون عالما به من دون بيان البائع له و فيه أولا أن عدم البيان كناية عن عدم العلم به لوضوح عدم اعتبار البيان من باب الموضوعية و ثانيا بإمكان إتمام المطلوب في صورة العلم من دون بيان البائع بعدم القول بالفصل أو بإطلاق عدم العلم في حسنه جعفر بن عيسى الآتية فرعان الأول أنه لو علم بالعيب قبل الشراء ثم نسيه حين العقد ففي سقوط الخيار به وجهان من أصالة اللزوم بعد الشك في أصل ثبوت الخيار في الحال بل و إطلاق النص و الفتوى بسقوطه بالعلم بالعيب و من إطلاق ما دل على ثبوته خرجت صورة العلم بالنص و الإجماع الظاهرين في العلم به حال العقد فيبقى الفرض تحت الإطلاق و هذا أقرب لأن إطلاق ما دل على الثبوت يبقى سالما بعد ظهور ما دل على السقوط في العلم بالعيب حال العقد فلا- يشمل النسيان حاله و اما لو شك في حصول النسيان فأصالة عدمه و استصحاب العلم محكمتان الثاني أنه ليس بحكم العلم بالعيب حال العقد في إسقاط الخيار الظن به أو الشك فيه أو الوهم القوي لعدم قدح شيء من ذلك في أصالة السلامة و الإطلاق دليل الخيار خرجت صورة العلم فيبقى الباقي

قوله طاب ثراه الثاني تبرى البائع عن العيوب (- اه-)

قد صرح بسقوط الرد و الأرش جميعا به في المقنعة و (- ط-) و (- ف-) و (- يه-) و المراسم و الوسيلة و (- فع-) و (- كره-) و (- عد-) و (- شاد-) و اللمعتين و (- مع صد-) و محكى (- ير-) و الجامع و غيرها بل في هداية الأنام أنه لا خلاف فيه قوله طاب ثراه المصريح به في محكى (- ف-) و الغنية (- اه-)

قال في (- ف-) إذا باع عبدا أو حيوانا أو غيرهما من المتاع بالبراءة من العيوب صح العقد و برئ من كل عيب ظاهرا كان أو باطنا علمه أو لم يعلمه و به قال أبو حنيفة و للشافعي فيه ثلثة أقوال أحدها مثل ما قلناه و الثاني أنه لا يبرئ من عيب بحال علمه أو لم يعلمه بحيوان كان أو بغيره و هو مذهب الإصطخري و به قال احمد و إسحاق و الثالث أنه لا- يبرئ إلا من عيب واحد و هو عيب بباطن الحيوان لم يعلمه البائع فاما غير هذا فلا يبرئ منه سواء كان بباطن الحيوان أو بظاهر الحيوان أو في غير الحيوان علمه أو لم يعلمه و به قال مالك و هو الأظهر على مذهبهم فإن كان المبيع غير حيوان كالثياب و الخشب و العقار ففيها أقوال أحدها يبرئ بكل حال و الثاني لا يبرئ من عيب بحال و الثالث يسقط لأنه لا باطن بغير الحيوان إلا و يمكن معرفته و لا يمكن ذلك في الحيوان و قال غيره من أصحاب الشافعي المسئلة على قول واحد و أنه لا يبرئ إلا من عيب واحد و هو عيب بباطن الحيوان لا يعلمه و لا يبرئ من عيب سواه و هذا هو المذهب و قال

ص: ١١٧

ابن ابى ليلى يبرى من كل عيب يعدّه على المشتري فان وجد به عيبا غير المذى عدّه البائع عليه كان عليه ردّه و لا يرده بما عدّه عليه دليلنا إجماع الفرقه على ان البراءة من العيوب صحيح و اخبارهم عامية فى ذلك فوجب حملها على ظاهرها و تخصيصها بعيب دون عيب يحتاج إلى دليل انتهى قلناه بطوله للانتفاع به فيما يأتى و قال فى الغنية عند تعداد المسقطات أحدها اشتراط البراءة من العيوب حالة العقد فإنه يبرى من كل عيب ظاهرا كان أو باطنا معلوما كان أو غير معلوم حيوانا كان أو غيره بدليل إجماع الطائفة انتهى قوله طاب ثراه إطلاق صحيحة زرارة المتقدمة

قد عرفت أننا تقدمنا عند الكلام فى كون التصرف مسقطا للرد كما عرفت النظر فى وصفها بالصحة و وجه الدلالة تقييده عليه السلام بثبوت الأرش بما إذا لم يتبرء إليه فإن مفهومه عدم ثبوت الأرش فى صورة التبرى لكن العجب من تنظره فى الاستدلال بها فى صورة العلم بالعيب و استدلاله بها هنا مع ان دلالتها فى المقامين من باب مفهوم القيد و هذا يكشف عن ان وجه نظره هناك لم يكن كون الدلالة بالمفهوم ثم لا يخفى عليك ان المفهوم إنما يدل على بعض المقصود و هو سقوط الأرش بالتبرى و لا دلالة فيه على سقوط الرد به كما لا يخفى و ربما استدلل للمطلوب فى (- ف-) بعموم أدلة الشروط بعد كون اشتراط التبرى غير مخالف للكتاب و لا السنة و لا لمقتضى العقد قال (- ره-) بعد عبارته المزبورة و (- أيضا-) روى عن النبى (- ص-) أنه قال المؤمنون عند شروطهم فينبغى ان يكون على ما شرطنا انتهى لكن ذلك لا يثبت ذلك على المختار من اختصاص لزوم الوفاء بالشروط بصورة ذكره فى العقد الّا بعض المطلوب و هو ما إذا كان التبرى فى ضمن العقد فلا يشمل ما كان قبله من دون اشارة فيه اليه و المدعى أعم من ذلك قوله طاب ثراه و مكاتبه جعفر بن عيسى الآتية (- اه-)

يأتى ذكرها فى المتن فى المسئلة الرابعة من مسائل الاختلاف فى المسقط و دلالتها من وجهين أحدهما حكمه عليه السلام بثبوت الثمن الذى هو فرع صحة العقد التى هى فرع سقوط الخيار و الآخر تقريره عليه السلام الزاوى فى إسقاطه الخيار بالتبرى و المناقشة فيها بكونها مكاتبه ساقطة بعد الاعتضاد بالشهرة العظيمة و الإجماعات المحكية كسقوط ما صدر من المحقق الأردبيلي (- ره-) من المناقشة بمخالفتها للقاعدة من حيث ان مقتضاها كون القول قول منكر سماع البراءة و هو عليه السلام قد حكم بخلافه و وجه السقوط ما فى (- ثق-) من ظهور الخبر فى ان المشتري عالم بالتداء و بالبراءة و أنه رضيه مع ذلك الّا أنه لما تجدد له زهده و عدم الرغبة ادعى عدم علمه بالعيوب و عدم سماعه التداء فهذه الدعوى إنما نشئت مدالسة من حيث زهده لا من حيث العيوب فلا يكون الخبر متضمنا لما لا نقول به بل هو الحجّة البديعة فى المسئلة فتأمل كى يظهر لك إمكان ردّ توجيه صاحب (- ثق-) بما يأتى إنشاء الله من (- المصنف-) (- ره-) الإشارة إليه عند الكلام فى المسئلة الرابعة من مسائل الاختلاف فى المسقط فراجع و تدبر لكن ذلك لا يقدر فى الاستدلال بالخبر هنا لظهور السؤال و الجواب فى كون التبرى مسقطا للخيار فلاحظ قوله طاب ثراه عدم الفرق بين التبرى تفصيلا و إجمالا (- اه-)

قد صرح بعدم الفرق بينهما جمع كثير بل فى (- مع صد-) أنه المشهور و فى (- لف-) ان المشهور أنه يستحبّ للبائع إذا أراد التبرى من العيوب ان يفصّلها فاذا تبرء منها اجمع من غير تفصيل فى العقد برئ من الجمع اختاره الشيخان و سائر و أبو الصلاح و ابن حمزة و ابن إدريس (- إلخ-)

قوله طاب ثراه و لا بين العيوب الظاهرة (- اه-)

قلت و لا- بين علم البائع و المشتري بالعيب و جهلها و التفريق و لا بين الحيوان و غيره بل فى (- لك-) أنه (- كك-) عندها مشيرا بذلك إلى ما مرّ فى عبارة (- ف-) من أقوال العامة و إجماع (- ف-) المتقدم صريح فى الشمول لجميع تلك الصور و إطلاق النص عموم أدلة الشروط حجّة

قوله طاب ثراه لا اشتراك الكل فى عدم المقتضى (- اه-)

فيه انّ المقتضى للخيار هو العيب و اللّمازم أنّما هو اقامة الدليل على كون التبرّي (- مط-) مانعا فالأولى تعليل عدم الفرق بين صور التبرّي المزبورة بعمومات الشروط و إطلاق حسنة جعفر المشار إليها المؤيد بإطلاق معاهد الإجماعات و ربّما احتجّ في (- لف-) لكفاية التبرّي الإجمالي بأنّه يتناول كلّ عيب يندخل تحته الجزئيات و أنّه كما ذكر الجزئيات كذا لو ذكر الإجمالي قوله طاب ثراه للمحكي في (- ثر-) عن بعض أصحابنا من عدم كفاية التبرّي إجمالا (- اه-)

احتجّ بعضهم لذلك بأنّه بيع مجهول لجهالة الشرط المؤدّية إلى جهالة العوضين إذ لا يعلم انّ ايّ عيب فيه قد برء منه البائع و ردّ بمنع الجهالة بعد المشاهدة و منع قدح الجهالة الناشئة من العيب الباطني و ربّما يجاب عن الحجّة بأنّ التبرّي ان جعلناه عبارة عن شرط السيقوط فلا- يخلو ان قلنا انّ الشرط (- مط-) بالنظر إلى الجهالة كالصّيح يكفى فيه الأول إلى العلم فلا كلام و ان لم نقل بذلك و اشترطنا فيه المعلوميّة كما في الثمن كان المخرج له في خصوص المقام الإجماعات المنقولة و إطلاق النصوص كما عرفت مع أنّه لو تمّ لزم منه فساد العقد و لا أظنهم يلتزمون بذلك و ان قلنا انّ التبرّي من العيوب شىء و اشتراط السيقوط شىء آخر و انّ التبرّي قائم مقام علم المشتري بالعيب لإقدامه على ذلك في المقامين و أنّما رضى بالعيب فلا خيار له و لأنّه أنّما يثبت الخيار لاقتضاء إطلاق العقد السّلامه فإذا صرّح بالبراءة فقد ارتفع الإطلاق من غير فرق بين ان يأخذه شرطا أو لا و بناء على ذلك لا إشكال لأنّها جهالة في أمر مع اعتبار جميع ما يعتبر اعتباره في صحّة البيع فتدبرّ جيّدا قوله طاب ثراه أقول المفروض انّ الخيار لا يحدث (- اه-)

غرضه بذلك ردّ ما دفع العلّامة (- ره-) به التوهم و هو ردّ وجيه و الأولى دفع التوهم المزبور أولا بالتقضى بسائر الخيارات حيث صحّ اشتراط سقوطها في ضمن البيع مع أنّها لم تحصل حين الإسقاط بل أنّما تثبت بعد تمام العقد فما هو جوابه عن اشكال لزوم إسقاط ما لم يجب فيها فهو جوابنا هنا بل يمكن التّقص بنفس التبرّي من العيوب الموجودة فإنّ الخيار حين التبرّي غير ثابت و أنّما يثبت بعد تمام العقد فكما جاز ذلك فكذا يجوز التبرّي من العيوب المتجدّدة و ثانيا بالحلّ بأنّ مرجع التبرّي من العيوب المتجدّدة و إسقاطه الخيار الحاصل بعد تمام العقد إلى إلزام المشتري بإسقاط الخيار عند تحقّق سببه و هو غير محظور بل يمكن ان يقال ان قيام الإجماع و دلالة النصوص على جواز التبرّي من العيوب الموجودة حال العقد يكشف عن جواز التبرّي من الحادثه بعده إذ عدم إمكان التبرّي ممّا لم يجب حكم عقلي غير قابل للتغيير في موضع دون موضع فاذا دلّ الدليل في مورد على الجواز دلّ على عدم العبرة بذلك الحكم العقلي كليّة و كونه غير مسلم فتدبرّ جيّدا

قوله طاب ثراه و الأمر سهل

لعلّ وجه السّهولة انّ كلّا من المعاني يستلزم الآخر فالنصريح بأحدها كاف في المطلوب (- فت-)

قوله طاب ثراه ثمّ ان تبرّي البائع (- اه-)

بقي من فروع المسئلة أمور لم يتعرّض لها الماتن (- ره-) الأول أنّه هل تدخل العيوب المتجدّدة بعد العقد قبل القبض أو في زمن خيار المشتري في البراءة المطلقة أم لا وجهان بل قولان اختار في الجواهر الأول و قرب في (- كه-) الثّاني حجّة الأول عموم اللفظ و حجّة الثّاني انّ المفهوم و المتبادر إلى الذهن أنّما هو التبرّي من الموجود حالة العقد و أقول الأولى الرجوع في ذلك في كلّ قضية شخصيّة إلى متفاهم عرفها في زمانها و مكانها ضرورة انّ الخيار حقّ للمشتري فلا يسقط الّا بمقدار ما أسقطه و اللفظ كاشف عن قصده فأى

ص: ١١٨

مقدار أفاد اللفظ الصادر منه سقوطه حكم بسقوطه و يبقى الباقي بحكم الاستصحاب فالمدار في ذلك على عرف زمان المشتري و مكانه و مصطلح أهله الثاني أن صورة التبري كما في (- مع صد-) و غيره ان يقول تبرت من جميع العيوب أو يقول بعتك هذا بكل عيب أو انا برئ من كل عيب و نحو ذلك مما يفيد ذلك الثالث انه قد استظهر في مفتاح الكرامة و كشف الظلام و غيرها كفاية ذكر اللفظ المفيد للتبري قبل العقد كما يكفى ذكره في أثائه و هو لا بأس به ضرورة أن المذكور في العقد لا إشكال في كفايته لشمول أدلة الشروط له و أمّا المذكور قبل العقد فالحسن المتقدم ظاهر في كفايته نعم لولاه لكان اللازم هو التفصيل بين العيب الموجود نظرا إلى كونه إسقاطا غير موقوف على لفظ خاص و بين المتجدد الذي يرجع التبري منه إلى إلزام المشتري بإسقاطه و لا ريب في أن الإلزام إنما يحصل بما يذكر في متن العقد و يمكن ان يقال بناء على قطع النظر عن الخبر بلزوم ذكر التبري في متن العقد حتى يندرج تحت أدلة الشروط فإن الإسقاط قبل العقد غير ممكن لأن الخيار لم يثبت بعد فتأمل كي يظهر لك إمكان دعوى كون التبري قبل العقد بمنزلة علم المشتري بالعيب قبل الرد في إيجابه ارتفاع اثر العيب من حيث إقدام المشتري على شراء المعيوب و الرضاء به

قوله طاب ثراه فالأقرب عدم ضمان البائع (-اه-)

لعل الوجه فيما استقر به أن كون التلف في زمان الخيار من البائع مما أخذ في موضوعه خيار المشتري و علق ضمان البائع على وقوع التلف في زمان خيار المشتري فإذا فرض سقوط خيار المشتري و عدم ثبوته من أصله التبري البائع من العيب انتفى موضوع الحكم فينتفى الحكم لعدم تعقل بقاءه من غير موضوع كما لا يخفى

قوله طاب ثراه كما صرح به في غير موضع من (- كره-) (-اه-)

قد نقل بعضهم وجها آخر هو عدم سقوط شيء منهما لاستصحاب الخيار فإنه ثبت بالعقد فاذا شك في زواله بزوال العيب قبل العلم أو قبل الرد استصح بقاءه و فيه أن الشك في الزوال لا وجه له بعد اختصاص أدلة الخيار بصورة بقاء العيب فإن استصحاب الخيار و إن كان مقدما على أصالة عدم تسلطه على الرد و الأرش و أصالة براءة ذمة البائع من دفع الأرش إلا أن الاستصحاب إنما يجري عند العلم بالمقتضى و الشك في الرفع على قول و عند احتمال المقتضى على القول الآخر و عدم الاقتضاء هنا معلوم لاختصاص دليله بصورة بقاء العيب كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و لم أجد من تعرض لهذا الفرع (-اه-)

غرضه بذلك نفى كون ما قواه قولا- بالفصل لكننا نقول أنا لا نوهن ما قواه من القول بالتفصيل بكونه قولا بالفصل كي يجيب بعدم تبين بنائهم على عدم الفصل لقلمة من تعرض للفرع بل نقول أنه لو كان البناء على التفصيل لكان عكس ما ارتكبه أولى بالإذعان ضرورة كون الرد ثابتا بالدليل اللفظي و الأرش ثابتا باللبى و هو الإجماع و لا ريب في أن اللبى إنما يؤخذ بالمتيقن منه و هو هنا صورة عدم زوال العيب قبل العلم أو قبل الرد بخلاف الدليل اللفظي فإن دعوى إطلاقه أسهل من التعدي من المتيقن من مورد اللبى إلى المشكوك فما ارتكبه لم نفهم له عند التأمل الصيادق وجها و القول الأول أظهر لما مر من ظهور دليل الخيار في صورة بقاء العيب فيبقى الفرض تحت أصالة اللزوم بعد سقوط استصحاب الخيار كما عرفت

قوله طاب ثراه و رد بأنه دليل الرضاء بالمبيع لا بالعيب

فينبغي ان يسقط به الرد لا الأرش الثابت بسبب العيب و إطلاق قوى زرارة (- أيضا-) يقضى بثبوت الأرش و قد ادعى في (- لف-) الإجماع على سقوط الرد هنا و وصف عدم سقوط الأرش بالشهرة

قوله طاب ثراه فإن الأرش منتف لعدم تفاوت القيمة (-اه-)

هذا إنما يتم بناء على عدم ثبوت الأرش فيما لا ينقص قيمته بذلك العيب و أمّا على القول بثبوت الأرش فيه فلا يتم المطلوب بل أمّا

يسقط الرد فقط

قوله طاب ثراه ألا ان يقال ان المقدار الثابت (- اه-)

الوجه في ذلك ان سقوط الخيار بالتصرف إنما هو لدلالته على الرضا فهو إسقاط فعلى للخيار والفعل مجمل يؤخذ بالمتيقن منه و المتيقن من التصرف إنما هو الرضاء بالمبيع و هو أعم من إسقاط الأرش و إنما المتيقن منه إسقاط الرد فتدبر قوله طاب ثراه و منها حدوث العيب في المبيع المذكور (- اه-)

أراد بالمعيب المذكور المعيب الذي لم ينقص قيمته بالعيب السابق على العقد عند البائع و هو الذي ذكره في الأمر السابق ثم ان الوجه في سقوط الرد و الأرش به ان العيب الحادث مضمون على المشتري فيمنع من الرد بالعيب السابق و احتمال بعضهم عدم السقوط بل يثبت الرد مع قيمة النقص الحادث لو كان موجبا لها اما ثبوت الرد فللزوم الضرر المالي على المشتري بصبره على المبيع فان قلت ان تضرره بالصبر معارض بتضرر البائع بالفسخ و نقل المعيب إلى ملكه بعد خروجه عن ملكه سليما عن هذا العيب قلنا ان المرجع عند تعارض الضررين إنما هو استصحاب جواز الرد الحادث قبل حدوث هذا العيب و اما ثبوت قيمة النقص الحادث في يد المشتري عليه حين الرد فالوجه فيه ظاهر لكون المبيع بعد قبض المشتري إياه في ضمانه فعليه قيمة النقص للبائع كما لا يخفى قوله طاب ثراه و الاستشكال هنا بلزوم الضرر في محله (- اه-)

يعنى ان الاستشكال الذي تقدم في الأمر السابق و هو أنه يلزم الضرر على المشتري بصبره على المعيب و ان لم يكن له وجه هناك من جهة ان العيب السابق لم يكن مما يوجب ضررا ماليا و كان المفروض هناك مجرد وقوع التصرف من المشتري من دون حدوث عيب بخلاف ما نحن فيه فان المفروض حدوث العيب الموجب للضرر المالي و الصبر على إمساك المعيوب ضرر مالي فيجوز له الرد فان قلت قد تغير المبيع المعيوب سابقا حيث حصل فيه العيب الحادث و التغيير مانع من الرد فكيف يسوغ للمشتري قلنا منع التغيير من الرد مختص بما إذا كان مورد الأرش بأن يأخذ المشتري الأرش فيكيف عن الرد و هاهنا ليس (- كك-) لكون العيب السابق مما لا أرش له و هذا هو الذي ذكره (- المصنف-) (- ره-) بقوله و النص الدال على اشتراط الرد (- اه-) جوابا عن سؤال مقدر قوله طاب ثراه لأن الصحة في هذا المبيع كسائر الأوصاف (- اه-)

تعليلا لإعطاء المشتري قيمة النقص الحادث و الحال أنه قد كان المبيع معيوباً بعيب سابق و الداعي إلى ذكر هذا التعليل هو احتمال ان يتوهم متوهم وجوب مقابلة كل من العينين بالأخرى حتى يسقط رد قيمة النقص من المشتري قوله طاب ثراه مع ما عرفت من مخالفة المفيد (- ره-) في أصل المسئلة (- اه-) أشار بذلك إلى ما ذكره في طي الزايع من مسقطات خيار العيب من قوله ثم ان ظاهر المفيد (- ره-) في المقنعة المخالفة في أصل المسئلة و ان حدوث العيب لا يمنع من الرد (- اه-)

قوله طاب ثراه و منها ثبوت أحد مانعي الرد في المعيب (- اه-)

(١١) أراد بمانعي الرد تصرف المشتري في المبيع المعيب و حدوث عيب فيه بعد القبض و قد ذكرهما المحقق (- ره-) في (- يع-) بقوله و يسقط الرد بإحداثه فيه حدثا كالتعق و قطع الثوب سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده و بحدوث عيب فيه قبل القبض و يثبت الأرش حينئذ انتهى و إنما عبر (- المصنف-) عن هذين بمانعي الرد مع أنه جعل مسقطات خيار العيب أربعة لأن التصريح بالإسقاط الذي هو أحدها من قبيل المسقط دون المانع و تلف العين الذي هو ثالثها لا يبقى معه موضوع قابل للرد حتى يعد مانعا من الرد و جعل الأول أولا باعتبار تقدمه في كلامه حيث قال و منها التصرف في المعيب

ص: ١١٩

و عبّر عن الثاني بالتّاني لتأخّره عن الأوّل في كلامه حيث قال و منها حدوث العيب في المعيب (- اه-)

قوله طاب ثراه فظاهر جماعه كونه مانعا في ما نحن فيه من الرد أيضا

كلمة (- أيضا-) متعلّقة بقوله فيما نحن فيه لا بالرد

قوله طاب ثراه فيلزم وقوع الثمن بإزاء مجموع الثمن و وصف صحّته (- اه-)

قد يتوهم منع وقوع الثمن بإزاء مجموع الثمن و وصف صحّته نظرا إلى أنّ وصف صحّة الثمن يقع بإزاء وصف صحّة الثمن و عينه في

مقابل عينه و أنت خير باندفاع هذا التوهم بما ذكره الماتن (- ره-) من أنّ وصف الصّحة في الربويين لو كان يقابل بمال لجاز أخذ

المشترى الأرش من البائع فعدم جوازه يكشف عن أنّ وصف الصّحة في الربويين ملغى من الطرفين فاذا ادّعى ضمان البائع للأرش لزم

ان يقابل جزء من الثمن بوصف صحّة الثمن فينقص الثمن عن نفس المعيب فيلزم الرّبا فتدبّر

قوله طاب ثراه و الأوّل أولى

لعلّ وجه الأولويّة مبني على أنّ الرّبا على قسمين ربا المعاوضة و ربا القرض و الفسخ ليس شيئا منهما

قوله طاب ثراه اقتصر في (- ط-) على حكايتهما (- اه-)

قال في (- ط-) إذا اشترى من غيره ابريقا من فضّة و زنه مائة درهم بمائة درهم و وجد به عيبا و حدث في يده عيب آخر فإنّه لا يجوز

له ردّه لحدوث العيب فيه عنده و لا يجوز له الرجوع بالأرش لأنّه ينقص الثمن من وزنه فيكون ربا و لا يجوز إسقاط حكم العيب فاذا

ثبت ذلك فقد قيل أنّه يفسخ البيع و يغرم المشتري قيمة الإبريق من الذهب و لا يجوز ردّه على البائع لحدوث العيب عنده و يكون

بمنزلة التّيالف و قيل (- أيضا-) يفسخ البيع و يرّد الإبريق على البائع مع أرش النقصان الّذي حصل في يد المشتري و يكون ذلك

بمنزلة المأخوذ على طريق السّوم إذا حدث فيه النقص فإنّه يجب ردّه مع أرش النقصان انتهى

قوله طاب ثراه و إلزام المشتري ببدله من غير الجنس (- اه-)

عطف على ان يكون و المشتري مفعول المصدر و حاصله أنّه لا يرّد العين بل يمسكها فيعطى بدلها الموصوف بما ذكره

قوله طاب ثراه فإنّ ظاهر الغنيّة إسقاطه للرد و الأرش (- اه-)

لعلّه إلى خلافه أشار من وصف عدم فوريّة خيار العيب بالشهرة كصاحب الجواهر و بالمعروفية كصاحب المفاتيح و من قيد دعوى

ظهور الاتفاق بما بين المتأخّرين كصاحب الرياض حيث قال ان ظاهر أصحابنا المتأخّرين كافّة نفى الفوريّة عن الخيار

قوله طاب ثراه بناء على ما تقدّم في سائر الخيارات (- اه-)

متعلّق بقوله نعم في سقوط الرّد وحده له وجه لا بقوله و يحتمله (- أيضا-) عبارة الغنيّة المتقدّمة (- اه-) كما هو ظاهر

قوله طاب ثراه و أمّا الخبر الخاصّ فلم أقف عليه (- اه-)

قلت يحتمل ان يكون غرض صاحب الكفاية بالخبر الخاصّ ما رواه الجمهور في رجل اشترى غلاما في زمن رسول الله صلّى الله عليه

و آله و كان عنده ما شاء الله ثمّ ردّه من عيب و جده به لكنّه قاصر سندا إلّا ان يجير بالشهرة و دلالة من حيث ظهوره في كون الرد عند

وجدان العيب و لا بعد في ان يكون المملوك عند الشخص سنين و لا يعثر المولى على عيبه و القائل بالفوريّة أنّما يقول بها بعد العثور

على العيب و الخبر لا ينفيها

قوله طاب ثراه فالقول بالفور وفاقا لمن تقدّم للأصل لا يخلو عن قوّة (- اه-)

أراد بالأصل الاقتصار على المتيقّن في الخروج عن أصالة اللزوم و لا يخفى انقطاعها باستصحاب الخيار لكون الشك في عروض

اللزوم مسببا عن الشك في بقاء الخيار و إلّا فحدوث الجواز زمانا مسلّم و لا يضّر كون الاستصحاب من قبيل الشك في المقتضى لأنّه

حجّة على الأظهر

قوله طاب ثراه لأننا عرفناه (- اه-)

اي عرفنا الخلاف من الغنية قلت لكن لا- يخفى عليك ما بين القدح في نفى (- لك-) و (- ثق-) الخلاف بمخالفة الغنية الغير الصريحة و بين جعل ففى الغنية الخلاف فى الفورىة مؤيدا مع مخالفة كثيرين و مخالفة الماتن (- ره-) إياه فى نفى الأرش من التنافى قوله طاب ثراه و التحقيق رجوع المسئلة إلى اعتبار الاستصحاب فى مثل هذا المقام و عدمه (١١) أراد بمثل هذا المقام ما إذا كان الشك فى المقتضى و يحتمل ان يريد بذلك الإشارة إلى ما أسبقه عند الكلام فى ان خيار الغبن على الفور أو التراخى من المناقشة و جريان الاستصحاب و إثباته التراخى فراجع

[مسألة في أنه إذا باع شيئاً معيوباً و لم يبينه]

قوله طاب ثراه لئلا يكون غاشاً

(١٢) تحرير الدليل ان عدم البيان غش و الغش حرام و ترك الحرام واجب فالبيان واجب

قوله طاب ثراه و صريح (- كره-)

(١٣) قلت و كذا القواعد و (- فع-) و غيرهما

قوله طاب ثراه كظاهر الشرائع

(١٤) قلت بل صريحه حيث قال و إذا أراد بيع المعيب فالأولى إعلام المشتري بالعيب أو التبرى من العيوب مفضلة و لو أجمل جاز انتهى و حجة هذا القول اما على عدم الحرمة فأصالة برأيه ذمة البائع من وجوب شىء من الأعلام و التبرى عليه بعد عدم الدليل على الوجوب غاية ما هناك ثبوت الخيار للمشتري عند الأطلاع على العيب و أميا على الاستحباب فلعلها الخلاص مما يوجب النزاع و الشقاق أو الإغراء بترك البيان فان ظاهر السكوت الحكم بالسلامة و لم يحرم فى المقام لعدم بلوغه إلى حد يستقل العقل بقبحه قوله طاب ثراه ظاهر جماعه التفصيل (- اه-)

(١٥) أراد بهم المحقق و الشهيد الثانيين فى مع (- صد-) و (- لك-) و الفاضل الميسى و القطيفى فى إيضاح (- فع-) و مستندهم صدق الغش فيما إذا كان العيب خفياً دون ما إذا كان جلياً

قوله طاب ثراه فالمحصّل من ظاهر كلماتهم خمسة أقوال (- اه-)

(١٦) و هى استحباب الأعلام (- مط-) و وجوبه (- مط-) و وجوبه فى العيب الخفى (- مط-) أو مع عدم التبرى دون الجلى و التخيير بين الأعلام و التبرى فى الوجوب

قوله طاب ثراه بل هذا الجمع ممكن فى كلمات الأصحاب (- مط-) (- اه-)

(١٧) لا- يخفى عليك ان هذا حمل من غير شاهد و المدار فى كلمات الأصحاب على الظاهر من الإطلاق و التقييد و غيرهما و استشهاده بما حكاه عن (- ثر-) فى غير محلّه لاند الاضطراب فى كلام الحلى غير عزيز و لو سلّم فكلام الفقيه لا يكون قرينة على ارادة خلاف الظاهر فى كلام صاحبه و من هنا ظهر ما فى نفى سيّد الرياض عن الخلاف جواز بيع المعيب عيباً ظاهراً مع عدم ذكر عيبه ان لم يكن غشاً من النظر فان ذلك منه مبنّى على حمل عبارة (- ف-) و ما ضاهاها على العيب الخفى و هو كما ترى و كيف كان فالأظهر فى المسئلة هو إدارة الحرمة مدار صدق الغش عرفاً قوله طاب ثراه الا ان يقال ان جهالة الجزء غير مانعة (- اه-)

(١٨) قد سبقه فى هذا الجواب المحقق الكركى فى مع (- صد-) و فيه أنه بعد فرض أنه جنس آخر ضمّ إليه شىء تجديده معرفة الجملة و ما نظره به إن كان فى الجنسين المتغايرين فهو ممنوع و الا فليس بنظير فالأظهر فى الجواب ما تسمعه من الماتن (- ره-) قوله طاب ثراه الكلام فى مزج اللبن بمقدار من الماء (- اه-)

(١٩) حاصل ما ذكره أنه لا- مقتضى لفساد البيع ما لم يخرج الماء بالمزج عن حقيقته و لم يرتفع بذلك صدق اسم اللبن عليه عرفاً حقيقته و ليس ذلك من باب بيع اللبن و غيره و انما هو من باب بيع اللبن المعيب بالمزج الذى لا يخرج عن اسمه على نحو باقى عيوبه فلا جهالة فى قدره أصلاً و رأساً نعم لو كان المزج بحيث أخرجه عن حقيقته جرى اشكال جهالة القدر لكن إطلاق الجماعة محمول على الأول لغلبة عدم سلب المزج الاسم و لا اعتراض عليهم و أقول الإنصاف انّ ما ذكره فى الجواب عن الإشكال متين و ملخصه انّ المضمون يختلف فممنه ما إذا ضمّ و امتزج يدخل فى الحقيقة حقيقته أو عرفاً و منه ما ليس (- كك-) و الماء مع اللبن من قبيل الأول فالمبيع حقيقته واحدة فتكفى معرفته جملتها بل قد يقال بكفاية

ص: ١٢٠

معرفة الجملة حتى مع القطع بعدم الدخول في الحقيقة لمجرد إطلاق الاسم و جريان السيرة عليه كخلط الحنطة بالشعير بل بالتراب و الدهن بالأوساخ و نحو ذلك

[مسائل في اختلاف المتبايعين]

[الأولى اختلاف المتبايعين في موجب الخيار]

إشارة

قوله طاب ثراه مع تعدد ملاحظته لتلفه أو نحوه (-اه-)

التقييد بذلك للاحتراز عما إذا أمكن الاستعلام فإنه يستعلم و يرتفع النزاع

قوله طاب ثراه فالقول قول منكره بيمينه (-اه-)

أراد بالمنكر منكر التعيب الوجه في كونه منكرا يقبل قوله بيمينه ظاهر لأنه لو ترك دعوى التعيب لتركه الطرف الآخر

قوله طاب ثراه نعم لو علم كونه نقصا (-اه-)

الوجه في ذلك أنه إذا علم كونه نقصا و كان الشك في كونه عيبا يحلف المنكر على عدم كونه عيبا و ينتفى أثر العيب و هو الخيار

بين الرد و الأرش و يبقى حكم النقص و هو الخيار بين الرد و الإمساك مجانا بحاله

قوله طاب ثراه كان القول قول منكر تقدمه (-اه-)

و هو البائع غالبا و قد صرح بأن القول قوله جمع منهم الشيخ و الفاضلان و الشهيدان و غيرهم بل نفى في الجواهر وجدان الخلاف فيه

و نفى في هداية الأنام معرفة الخلاف فيه و علوه بان المدعى هو المشتري باعتبار مخالفة دعواه لأصالة عدم تقدم الحدوث على العقد

و المنكر هو البائع لموافقة قوله للأصل المذكور و أقول أولا أن الاستناد في جعل المشتري مدعى إلى مخالفة قوله لأصالة عدم تقدم

الحدوث على العقد و في جعل البائع منكرا إلى موافقة قوله لها ممّا لا وجه له لمعارضة أصالة عدم تقدم الحدوث على العقد بأصالة

عدم تقدم العقد على الحدوث فإنّ كلّ من العيب و العقد حادثان لا محالة و أصالة تأخر كلّ منهما تعارض أصالة تأخر الآخر عند

عدم معلومية تاريخ شيء منهما فالأولى الاستناد في جعل المشتري مدعى إلى مخالفة قوله لأصالة اللزوم و في جعل البائع منكرا إلى

موافقة قوله أيها و لعلّ الماتن (- ره-) أشار بالأصل إلى أصالة اللزوم لكن الإنصاف صحة الاستناد في جعل المشتري مدعى إلى

مخالفة قوله لأصالة عدم تقدم حدوث العيب على العقد (- أيضا-) نظرا إلى أنّها و إن كانت معارضة بأصالة عدم تقدم العقد على

حدوث العيب إلا أنه قد تقرّر في محله أنه إذا تعارض أصلان و كان أحدهما ذا اثر دون الآخر كان ذو الأثر حجّة دون الآخر و فيما

نحن فيه موضوع خيار العيب هو تقدم حدوث العيب على العقد فأصالة عدم تقدم الحدوث على العقد و انقضاء الخيار الآخر تستعقب

عدم الخيار لأنّ عدم الخيار من الآثار الشرعية لعدم التقدم بخلاف أصالة عدم تقدم العقد على حدوث العيب فإنه ليس من إثارة

الشرعية ثبوت الخيار و أنّما أثره حدوث العيب قبل العقد و اثر ذلك ثبوت الخيار فأصالة عدم تقدم العقد مثبت فتبقى أصالة عدم

تقدم الحدوث عن العقد سليمة عن المعارض و ثانيا أن كون المدار في تميز المدعى و المنكر على مخالفة قوله الأصل و الموافقة ممّا

لا دليل عليه بل اللّازم هو الرجوع في ذلك إلى العرف و الّذى يساعد عليه العرف هو أنّ المدعى من يترك لو ترك هو الدّعوى و

هنا لو ترك المشتري دعوى تسلّطه على الفسخ لتركه البائع و قد يخطر بالبال التفرقة بين ما إذا تداعيا في التسلّط على الفسخ و عدمه

من دون ذكر السبب فالقول قول المنكر للتسلّط و هو البائع و بين النزاع في أصل السبب و هو تأخر الحدوث عن العقد و تقدمه عليه

فيكونان متداعيين و يتخالفان و تسقط الدّعى لكون كلّ منهما مثبتا لشيء و منكر الآخر (-فت-)

قوله طاب ثراه و لعله لأصاله عدم تسليم البائع (-اه-)

هذا التّوجيه محلّ نظر أمّيا أولا- فلانّ الأصل في العقد اللّزوم لا عدمه فلا وجه لقوله و عدم لزوم العقد و أمّا ثانيا فلانّ موافقه قول المشتري لأصاله عدم تسليم البائع العين على الوجه المقصود ممّا لا يثمر بعد اقتضاء ما هو العمدة في التّمييز و هو كون المدعى من يترك لو ترك كون المدعى هنا هو المشتري من حيث أنّه لو ترك دعوى التسلّط على الفسخ لتركه البائع فتأمل جيّدا

قوله طاب ثراه و الّا عمل عليها

يعنى أنّه ان شهدت القرينة القطعية عمل عليها و ذلك ممّا لا شبهة فيه و أمّا الكلام في أنّه هل يعتبر كون القرينة قطعية أم لا وجهان ثانيهما ظاهر (-ط-) و (-يع-) و (-فع-) و (-عد-) و (-كره-) و (-شاد-) و الكفاية و غيرها حيث أطلقوا فيها شاهد الحال و أولهما صريح مع (-صد-) و (-لك-) و محكى (-س-) و غيره و قد يستظهر كون مراد المطلقين للقرينة (-أيضا-) القطعية منها و يستشهد لذلك بأنّ الشيخ (-ره-) في (-ط-) و ان لم يصرّح بالقطع في القرينة لكنّه لما مثّل بما يفيد و قبل قول من شهدت له من دون يمين علمنا أنّه أراد بها المفيدة للقطع و (-كك-) و (-كره-) و أقول أمّا من صرّح بإرادة القطعي من شاهد الحال فلا إشكال في كلامه و أمّا من لم يصرّح فكلامه مشتبه المراد و نحن نتكلّم على كلّ من التقديرين فنقول أمّا ان كانت القرينة قطعية مثل ان يكون العيب زيادة إصبع أو قطع إصبع قد اندمل موضعه و قد اشتراه من يومه أو أمسه أو نحو ذلك فلا إشكال في كون القول قول المشتري من غير يمين كما أنّه لو شهدت القرينة للبائع و كانت قطعية كطراوة الجرح مع تطاول زمان البيع قبل قوله من غير يمين ضرورة أنّ احكام البيّنة و اليمين أنّما تجرى في مورد عدم تبين الحال و أمّا في مثل ذلك ممّا كان فيه قرينة قطعية على صدق احد المتداعيين فلا مورد لليمين و لا البيّنة كما هو واضح و أمّا إذا لم تكن القرينة قطعية فالذّي يظهر من الجماعة المتقدّم ذكر تقيدهم القرينة بالقطعية هو عدم اعتباره قال في مع (-صد-) انّ الشهيد (-ره-) في (-س-) اعتبر افادة ذلك القطع و ما أحسنه إذ القرائن المثمرة للظنّ الذي لم يثبت من قبل الشّارع اعتباره ببعده المصير إليها ثمّ قال و قد يستفاد من الحكم بشهادة الحال إذا أفادت القطع بثبوته سبق العيب التعويل على ما أثمر القطع و اليقين في كلّ موضع كالشّياخ إذا بلغ مرتبة التّواتر فأثمر اليقين انتهى و أقول أمّا ما ذكره من اعتبار القطع في أيّ موضع كان و من أيّ طريق حصل ففيه خلاف محرّر في كتاب القضاء و أمّا ما ذكره من عدم العبرة بالقرائن المثمرة للظنّ فمتين جدّا لانيّ اعتبار الظنّ في أمثال ذلك ممّا لا دليل عليه ثمّ بناء على القول باعتبار الظنّ فلا ريب في لزوم اليمين ممّن له القرينة لما في مفتاح الكرامة من انّ أقصى ما تقتضيه شهادة الحال حينئذ ان ينقلب البائع مدّعيّا للتأخّر باعتبار مخالفته قوله للظاهر و المشتري منكرًا لموافقته إياه و ذلك لا يفيد الّا تقديم قول المشتري بيمينه كما لا يخفى و الحقّ انّ القرينة الغير القطعية لا تثمر في قلب البائع مدّعيّا و المشتري منكرًا لان تميّز المدّعي و المنكر بمخالفته قول الأول للظاهر و موافقه الثاني إياه ممّا لا دليل له

قوله طاب ثراه و فيه كلام في محله (-اه-)

قد بيّنا في كتاب القضاء مستوفى عدم حجّية بيّنة المنكر و عدم سقوط اليمين عنه بذلك

قوله طاب ثراه فاذا حلف البائع فلا بدّ من حلفه على عدم تقدّم العيب (-اه-)

هذا ممّا صرّح به في (-كره-) و مع (-صد-) و (-لك-) و الرّياض و غيرها بل في الأخير أنّه (-كك-) قولًا واحدا و نفى في الجواهر وجدان الخلاف فيه و في كشف الظلام أنّه إجماعيّ على ما يظهر لكن في الجواهر ان مقتضاه عدم الاكتفاء به لو حلف على نفى العلم و هو لا يخلو من اشكال قلت لا إشكال في ذلك بل هو في غاية المتانة ضرورة أنّ مجرد عدم علمه بالعيب لا ينفى خيار المشتري الثابت بظهور العيب و أمّا النافي له عند فقد المشتري للبيّنة أمّا هو يمين البائع بعدم وجود العيب حال العقد

قوله طاب ثراه كما تدلّ عليه رواية حفص (-اه-)

أشار

ص: ١٢١

بذلك إلى ما رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن علي بن إبراهيم عن أبيه وعلی بن محمّد القاساني جميعا عن القاسم بن يحيى عن سليمان بن داود عن حفص بن غياث عن أبي عبد الله صلوات الله وسلامه عليه قال قال له إذا رأيت شيئا في يد رجل يجوز لي أن أشهد أنه له قال نعم قال الرجل أشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره فقال أبو عبد الله عليه السلام أفيحلّ الشراء منه قال نعم فقال أبو عبد الله عليه السلام فلعله لغيره فمن أين جاز لك أن تشتري و يصير ملكا لك ثم تقول بعد الملك ذلك هو لي و تحلف عليه و لا يجوز أن تنبيهه إلى من صار ملكه من قبله إليك ثم قال أبو عبد الله عليه السلام لو لم يجز هذا لم يعمّ للمسلمين سوق

[أفرع في رد المعيب على الموكل إذا باعه الوكيل]

قوله طاب ثراه رده على الموكل لأنه المالك (- اه-)

هذا في صورة تسليم للموكل و وصول الثمن إليه مسلم و أما في صورة إنكاره ذلك فهو الأظهر لأن وصول الثمن إليه و عدم وصوله مما لا دخل له في الرد بالعيب ضرورة أن المالك يسلم كون المبيع له و أنه قد وكلّ البائع في بيعه فيأيجاد الوكيل ما وكلّ فيه زالت الوكالة فلا يرد المشتري المعيب إلى المالك و لا يأخذ الأرش إلا منه غاية ما هناك أنه ينكر قبض الثمن و ذلك دعوى بين الموكل و الوكيل و ذلك لا يوجب عدم جواز رجوع المشتري بالثمن على المالك بعد كون يد الوكيل يد الموكل و من هنا افتى برده على الموكل و أخذه الثمن منه أو إمساكه و مطالبته الموكل بالأرش جمع منهم المحقق (- ره-) في (- يع-) و العلامة (- ره-) في (- عد-) و المحقق و الشهيد الثانيان و غيرهم نعم غرى جمع إلى الشيخ (- ره-) في (- ط-) القول في صورة إنكار الموكل قبض الثمن من الوكيل بأنه يردّه على الوكيل دون الموكل و النسبة في محلها لأنه قال في (- ط-) إذا وكلّ رجلا في بيع ماله و قبض ثمنه فادعى أنه قبض الثمن و تلف في يده أو دفعه إليه و صدقه المشتري على ذلك فقال الموكل ما قبضته من المشتري كان القول قول الوكيل على أصحّ الوجهين فاذا حلف برئ فإن وجد المشتري بالمبيع عيبا كان له رده بالعيب فإن أقام البيئه على أنه دفعه إلى الموكل أو إلى الوكيل ثمنه كان له ردّ المبيع على أيهما شاء و مطالبته بالثمن و ان لم يكن له بينة لم يكن له مطالبته الموكل لأنه لم يثبت له دفع الثمن إليه و له مطالبته الوكيل بالثمن و ردّ المبيع إليه لأنه أقرّ قبض الثمن منه و ليس للوكيل مطالبته الموكل و يكون القول قول الموكل مع يمينه أنه لا يعلم أنه قبض الثمن من المشتري فإذا حلف لم يكن له مطالبته إلا أن يقيم بينة على ما يدعيه من قبض الثمن من المشتري و تلفه في يده أو دفعه إليه انتهى كلامه علا مقامه و هو في غاية الصراحة فيما غرى إليه و قد نقل العبارة على غير هذا الوجه في مفتاح الكرامة لكنه اعترف بأن النسخة التي نقلها منها كثيرة الغلط و لعله قد سقط منها من قوله لأنه لم يثبت إلى قوله بالثمن و العجب من الشيخ صاحب الجواهر (- ره-) حيث انه مع اعتراف الناقل المذكور بكون النسخة كثيرة الغلط قد عوّل على النقل المذكور فقال إن المحكى من عبارة (- ط-) خال عما غرى إليه ثم ساق العبارة المغلوطة ثم قال أنها كما ترى ظاهرة أو صريحة في الرد إلى الموكل من دون مطالبته الثمن انتهى و هو كما ترى تصديق للعادل فيما يعترف بعدم وثوقه بصدق ما نقله مع أن العبارة المغلوطة غير صريحة و لا ظاهرة فيما غراه إليه بل محتملة لذلك و لما غراه إليه مشتبه المراد لأن محل الاستفادة منها هو قوله (- ره-) و ان لم يكن بينة لم يكن له مطالبته الموكل بالثمن و ردّ المبيع عليه لأنه ما أقرّ قبض الثمن منه (- اه-) و هو كما ترى إنما يكون ظاهرا أو صريحا في أنه يردّ المعيب إلى الموكل و لا يطالبه بالثمن ان لو كانت كلمة ردّ فعل ماض معطوفا على جملة لم يكن له مطالبته (- اه-) و هو غير معلوم لاحتمال كونها مصدرا مرفوعا معطوفا على اسم يكن و هو كلمة المطالبة أي لم يكن له مطالبته الموكل بالثمن و لا ردّ المبيع عليه بل لعلّ سياق العبارة و لحاظ سلاستها يقتضى الثاني سيما مع أنه لو كان معطوفا على جملة لم يكن (- اه-) لم يكن للعلامة ربط بها فكان ذلك فضلا بين العلّة و المعلول و أغرب ممّا صدر من صاحب الجواهر (- ره-) ما صدر من

بعض تلامذته من ارتكاب التكاليفات في عبارة (-ط-) من دون ان يراجع نسخة (-ط-) و كيف كان فقد احتج لهذا القول بأنه لم يثبت وصول الثمن اليه حتى يرد عليه المثلث المعيوب و إنما غاية ما هناك هو سقوط مطالبته به للوكيل بدعواه أنه قبضه و تلف منه مع يمينه بل و مطالبته للمشتري بناء على أن ذلك مقتضى سقوط الحق عنه لاتحاده و هذا السقوط كما ترى لا يقتضى وصول الثمن اليه و لو قبض الوكيل و فيه أن الفرض وقوع العقد للموكل فيكون المعاملة معه و يكون المبيع بعد ظهور العيب له و وصول الثمن اليه و عدمه لا مدخل الشيء منهما في المنع من رد المعيب إلى الموكل بل قد لا يجوز رده على الوكيل إذ لم يكن و كيلا على قبضه عند رد المشتري بالعيب مضافا إلى أن يد الوكيل يد الموكل و قبضه قبضه ثم على المختار لا-ريب في جواز مطالبة المشتري الموكل بالثمن مع قيام البيئة بدفع المشتري إياه إلى الوكيل إذ هو (-ح-) كدفعه إليه لأن يد الوكيل يد الموكل و أما مع عدم قيام البيئة بالدفع و ثبوت الدفع بحلف الوكيل عليه ففي جوازه مطالبة الموكل بالثمن و جهان مبتيان على كون اليمين طريقا شرعيا لإثبات وقوعه في الخارج كالبيئة فيطالب به الموكل أم لا-بل هي لمجرد سقوط الضمان عن الوكيل فلا يطالب به الموكل لعدم معلومية وصوله اليه أو إلى وكيله نعم للمشتري بعد الفسخ ان يأخذ المبيع مقاصية عن الثمن بعد اعترافه بالوكالة و قبض الوكيل الموجب لشغل ذمة الموكل به في الواقع كما أن الموكل لدعواه بقاء الثمن في ذمة المشتري له ان يأخذ المبيع مقاصية عن ثمنه مع التمكّن منه و العلم بعدم قبض وكيله الثمن هذا و لكن في (-ك-) أنه إذا حلف الوكيل و قلنا ببراءة المشتري بذلك ثم وجد المشتري بالمبيع عيبا فان رده على الموكل و غرمه الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل لاعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئا و ان رده على الوكيل و غرمه الثمن لم يرجع على الموكل و القول قول الموكل في أنه لم يأخذ منه شيئا انتهى و فيه نظر فتدبر قوله طاب ثراه و لم يتمكّن الوكيل من اقامة البيئة

اي على حدوث العيب و هذا مبني على سماع بيئة المنكر أو على فرض التداعي بدعوى المشتري القدم و الوكيل الحدوث فتأمل قوله طاب ثراه لأن دعواه على الوكيل يستلزم إنكار وكالته و على الموكل يستلزم الاعتراف به الوجه في كون دعواه على الوكيل مستلزما لإنكار الوكالة أنه لو كان و كيلا كان اللّازم هو الرجوع على موكله و غرضه من التعليل أن الاعتراف بالوكالة و الإنكار للوكالة متنافيان و يمكن الجواب بأنه بعد فرض كون تحليفه المالك من باب مؤاخذته إياه بإقراره لا منافاة بين ذلك و بين مراجعته قبل ذلك على الوكيل ثم ان الضمير المجرور بمن في ذيل العبارة يلزم تأنيته لعوده إلى الوكالة قوله طاب ثراه لأصالة عدم حق له (-ه-)

مضافا إلى أن المشتري لو ترك دعوى كون المعيوب سلعة البائع لتركه البائع فصار البائع منكرا و كل منكر فالقول قوله يمينه

[المسألة الثانية اختلاف المتبايعين في مسقط الخيار]

قوله طاب ثراه و جهان اقويهما الأول (-ه-)

وجه القوة أن ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار من حين العقد على ما تقدّم تحقيقه و (-ح-) فأصالة بقاء الخيار حاكمه على أصالة اللزوم لكون تلك سببية و هذه مسببية و تقدّم الأولى على الثانية من الواضحات لارتفاع الشك المأخوذ في موضوع الثانية بإجراء الأولى

قوله طاب ثراه و العبارة المتقدمة من (-ك-) الى قوله تومئ إلى الثاني (-ه-)

وجه الإيماء انه (-ه-) قال فيها لو كان المبيع معيبا عند البائع ثم قبضه و قد زال عيبه فلا رد لعدم

ص: ١٢٢

موجه انتهى فإنَّ التعليل ناظر إلى التعليل الذي ذكره (- المصنف-) (- ره-) للثاني قوله طاب ثراه لكن المحكى في (- كره-) عن الشافعي في مثله التحالف (- اه-)

لا يخفى عليك ان قول الشافعي أوفق بالقاعدة لأن كلاً منهما في الفرض يدعى ما ينكره الآخر و ينكر ما يدعىه و ما هذا شأنه فحكمه التحالف و (- ح-) فلا يفرق بين جريان أصالة بقاء القديم و عدمه و معارضتها بأصالة بقاء الجديد و عدمها لما نبهنا عليه مرارا و أوضحناه في قضاء المنتهى من عدم كون المدار في تميز المدعى من المنكر على مخالفة الأصل و موافقته بل على الصدق العرفي المنطبق عليه ميزان ان المدعى من يترك لو ترك هو الدعوى و هنا كل منهما يترك لو ترك هو الدعوى (- فت-)

قوله طاب ثراه فلا إشكال في تقديم قول المشتري (- اه-)

الوجه في عدم الإشكال فيه هو موافقته قوله لأصالة عدم الزيادة و كونه تاركا للبائع لو ترك هو دعوى الزيادة قوله طاب ثراه الرابعة لو اختلفا في البراءة (- اه-)

لا- يخفى عليك ان اختلافهما في البراءة انما يكون بدعوى البائع التبرى و ان كان المشتري إياه و لا يعقل الدعوى مع إنكار البائع التبرى لأنَّ إنكاره إقرار منه على نفسه فيقبل من غير يمين و اين ذلك من قبول قوله مع اليمين اللهم ألما ان يفرض كون البائع منكرا فيما إذا كانت كيفية الدعوى استحقاق المشتري الفسخ و البائع ينكره من غير ذكر سبب خاصَّ فإنَّ القول حينئذ قول البائع يمينه و قد ينزل عليه ما في (- ط-) من أنه قد يكون البائع منكرا كان يدعى المشتري ابتياعه السِّلعة و به عيب فيقول البائع بعته بريئا من هذا العيب فله ان يحلفه و الله لا- يستحق رده على لانه قد يبيعه و به العيب ثم يسقط الرد بالرضاء بالعيب انتهى بناء على ارادة البراءة من استحقاق الرد بقرينه آخر كلامه لأن المراد نفى الاستحقاق باشتراط البراءة من العيوب فتدبر قوله طاب ثراه قدّم منكرها (- اه-)

هذا ممّا افتي به الشيخ (- ره-) و الحلى و الفاضلان و الشهيدان و الفاضل المقداد و المحقق الثاني و غيرهم ممن سبقهم و لحقهم بل نفى في الرياض و غيره معرفة الخلاف فيه و الأصل في ذلك الأصل المجمع عليه رواية فتوى من ان البيئنة على المدعى و اليمين على ما أنكر و المنكر هنا هو المشتري لأنه يترك البائع لو ترك هو دعوى وقوع البراءة منه حال البيع و توهم ان المشتري غير تارك للبائع بترك البائع دعوى التبرى إذ المشتري (- ح-) يطالب البائع بالأرش لو أمسك و بالثمن لو فسخ مدفوع بان المراد بالترك هو الترك بالنسبة إلى تلك الدعوى بنفسها و هو هنا (- كك-) لأن نزاعهما ليس في إيجاب العيب الخيار و لا في كون الثابت في المبيع عيبا بل في التبرى المسقط للخيار فبالنسبة إلى تلك الدعوى فالمشتري تارك للبائع ان ترك البائع دعوى التبرى مضافا ان الفسخ من المشتري غير متوقف على عدم دعوى البائع البراءة بل هو يحصل بموجبه فاذا ثبتت البراءة ينكشف فساد الفسخ و إذا لم تثبت اثر الفسخ أثره

قوله طاب ثراه لأصالة عدمها الحاكمة على أصالة اللزوم (- اه-)

وجه الحكومة ان الشك في اللزوم ناش من الشك في التبرى إذ لو لا التبرى فدليل خيار العيب يدفع أصالة اللزوم فإذا اجري أصالة عدم التبرى زال الشك المأخوذ في موضوع أصالة اللزوم

قوله طاب ثراه و ربما يتراءى من مكاتبة جعفر بن عيسى (- اه-)

هذه المكاتبة من قسم الحسن و قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن الصيّفار عن محمد بن عيسى عن جعفر بن عيسى و وجه دلالتها على خلاف ما ذكره أنها تدل على تقديم قول مدعى البراءة

قوله طاب ثراه و لو لا توجيه الرواية (- اه-)

هذا انما يتم بناء على اعتبار موافقة الظاهر و مخالفته في تميز المنكر من المدعى و تقدّم ذلك على الضابطين الآخرين و اما على

القول الآخر فلا يتمشى ما ذكره كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و يمكن التفصلي عنه (- اه-)

قد مرّ منّا ذكر ما يكون دافعا للإشكال و هو أنّ تبرّي البائع يوجب إقدام المشتري على المعيوب و التزامه به فيزول اثر العيب و ان لم يكن التبري بعنوان الشرط في ضمن العقد

قوله طاب ثراه لأنّه الموجب لسقوط الخيار (- اه-)

علّل في مفتاح الكرامة كون اليمين هنا على نفى العلم بعد نقله إياه عن الشهيد (- ره-) في الحواشي بوجه آخر و هو أنّ اليمين هنا على نفى فعل الغير لأنّ الإيمان أربعة يمين على إثبات فعل نفسه و يمين على نفى فعل نفسه و يمين على إثبات فعل غيره و يمين على نفى فعل غيره و كلّها على القطع و البتّ إلّا الأخيرة فإنّها على نفى العلم و ما نحن فيه من الأخيرة انتهى و أنت خبير بأنّه كما يمكن ان تكون من الأخيرة فكذا يمكن ان تكون من الثانية و هي اليمين على نفى فعل نفسه و هو هنا السماع و يمكن ان تكون من الأولى و هي اليمين على إثبات فعل نفسه و هو قبول المعاملة المطلقة الغير المتبري فيها من العيوب و لقد أجاد صاحب الجواهر (- ره-) حيث قال ان مرجعه إلى ما وقع عليه العقد إذ لا اثر للبراءة التي لم يسمعها المشتري و من هنا قال في المحكي عن (- يه-) و (- ير-) يحلف أنّه لم يبرئ اليه من العيوب و باعه (- مط-) أو على الصّحة انتهى

[المسألة الثالثة في اختلاف المتبايعين في الفسخ]

قوله طاب ثراه و هل للمشتري المدعى للفسخ الأرش (- اه-)

قلت الأولى ادارة ذلك مدار مفاد كلامه فإن كان دعواه الفسخ على نحو مسقط للأرش (- أيضا-) الزم بمقتضى إقراره و ان لم تكن دعواه على النحو المتضمن للإقرار بسقوط الأرش ثبت الأرش لأنّ الأصل بقاءه

قوله طاب ثراه وجهان

(١١) قلت أقربهما الثاني لحكومة أصالة صحّة الفسخ على أصالة بقاء العقد

قوله طاب ثراه ففي الحكم بتأخر لتصحيح الفسخ وجه (- اه-)

(١٢) يقرب هذا الوجه حكومة أصالة صحّة الفسخ على أصالة تأخر العقد القول في ماهية العيب و ذكر بعض افراده

[القول في ماهية العيب و بيان بعض أفراده]

إشارة

قوله طاب ثراه و أمّا العيب فالظاهر من اللّغة (- اه-)

(١٣) لم يقع في كتب اللّغة التعرّض لبيان حقيقة العيب احاله منهم ذلك إلى الوضوح بل تصدّوا لبيان المادّة و كفاك في معرفة المادّة قول الفيومي في المصباح المنير عاب المتاع عيبا من باب صار فهو عائب و عابه صاحبه فهو معيب يتعدّى و لا يتعدّى و الفاعل من هذا عائب و عيّاب مبالغة و الاسم العاب و المعاب و عيّبه بالتشديد مبالغة و عيّبه نسبة إلى العيب و استعمل العيب اسما و جمع على عيوب انتهى ثمّ انّ غرض الماتن (- ره-) بما ذكره على طوله ان كان ضبط العيب عرفا فلا يخفى عليك ما فيه ضرورة انّ اللّازم هو إرجاع الحكم مدار صدق العيب عرفا في الموارد الشخصية الجزئية فإنّ من العيوب ما يديره العرف مدار الحقيقة الأصلية و منها مدار حال أغلب الأفراد و (- أيضا-) ففي مورد يقدّمون الغلبة الصنفيّة و في أخرى يعكسون و ان أراد بذلك تنقيح معنى الزوايه فلا يخلو (- أيضا-) من نظر لرجوع ذلك (- أيضا-) الى فهم العرف و الأولى في المقام الحوالة إلى العرف و جعل الضوابط المذكورة في

كلمات الأصحاب له من قبيل التعاريف اللفظية للكشف عن العرف و من هنا اختلف عموما و خصوصا و إطلاقا و تقييدا و اما ما رواه ابن مسلم فليس مسوقا لبيان المعنى الشرعى لا- بطريق الحقيقة و لا- المجاز بل لبيان الكشف عن المعنى العرفى (- أيضا-) لأن الموضوعات العرفية الخفية قد يكشف عنه الشرع كما يكشف عن الموضوعات الشرعية و لو لا ذلك لأشكل التمسك بهذه الضابطة لعدم أطرادها فى أقسام العيوب و عدم انعكاسها فى الحقيقة لا يمكن الرجوع فيه إلا إلى العرف لعدم إمكان الضبط و (-ح-) فما قضى العرف بكونه عيبا فالأمر فيه واضح و ما شك فيه فإن كان الضابط المذكور فى الرواية كشفا للمعنى العرفى منطبقا عليه مقتضيا على وجه الظهور كونه عيبا جرى عليه حكم العيب و ما شك فيه يرجع فيه إلى القاعدة من عدم ثبوت الرد و الأرش

ص: ١٢٣

لأصالة اللزوم كما لا يخفى على المتدبر

قوله طاب ثراه كالغلفه

قال في المصباح المنير الغلفه و غلف غلفا من باب تعب إذا لم يختم فهو أغلف و الأثنى غلفاء و الجمع غلف مثل حمراء انتهى

قوله طاب ثراه مع أنه لا أرش في تخلف الشرط بلا خلاف ظاهر (- اه-)

هذا مناف لما يحكيه في المسئلة الزابعة من المسائل التي تعرّض لها في طي الكلام على حكم الشرط الصحيح عن العلامة و الصيمري

من إثبات الأرش في بعض فروض تخلف الشرط

قوله طاب ثراه لكن الوجه السابق أقوى (- اه-)

أراد بالسابق المتقدم عن قوله و اما على الوجه الأول و إن كان لاحقا في مقام الذكر التفصيلي

قوله طاب ثراه ثم ان مقتضى ما ذكرناه دوران العيب (- اه-)

حاصله عدم اعتبار إيجاب نقص الخلقة أو زيادتها لنقص المائيه في صدق العيب و ترتب حكمه و هذا هو ظاهر إطلاق المقنعه و (-

يه-) و (- ط-) و (- ف-) و المراسم و الوسيلة و الغنيه و (- ث-) و (- يع-) و (- فع-) و (- شاد-) و اللّمة و غيرها و هو المصرح به

في (- لك-) و (- الروضة-) ففي الأول أنه لا يعتبر مع ذلك كون الزائد و الناقص موجبا لنقصان المائيه لإطلاق النص و الاتفاق على

ان الخضاء عيب مع إيجابه زيادة المائيه و كذا عدم الشعر على الركب انتهى و هو ظاهر المحقق الثاني بل صريحه (- أيضا-) حيث

قال في (- مع صد-) و محكى تعليق (- شاد-) أنه كان عليه اي على ماتنه ان يقتيد قوله موجب لنقص المائيه بقوله غالبا ليندرج فيه

الخضاء و الجب فإنهما يزيدان في المائيه مع أنّهما عيان انتهى و يشهد بهذا القول ان لازم اعتبار كون كل من الزيادة و النقص منقضا

للمائيه عدم جريان حكم العيب في ما إذا حكم العرف بكون الزيادة أو النقص عيبا و لم يكن شىء منهما منقضا للمائيه و ذلك ممّا لا

يمكن الالتزام به لكون العرف هو المتبع في أمثال المقام فلا معنى لرفع اليد عنه كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و يحتمل قويا (- اه-)

قد افتي بذلك في (- عد-) و (- كره-) و محكى (- ير-) و الجامع

قوله طاب ثراه كالخضاء

هو بكسر الخاء المعجمه مع المدّ عبارة عن سلّ الأثنيين و إخراجهما على كفيته مشهوره عند أهل العرف غير مانعه من الوطى

قوله طاب ثراه بناء على عدم منعها (- اه-)

فإنه يمنع من الردّ لو كان عيبا و لا يمنع لو لم يمكن و لا يخفى عليك أنه ان منع من الردّ لم يكن خيار لأنّ الأرش بسبب عدم نقص

القيمة كما هو الفرض غير متصور

قوله طاب ثراه فتأمل

لعل وجه تضعيف المبنى نظرا إلى ان موانع الردّ في خيار العيب منها ما يمنع من الردّ بخيار الشرط مثل التصريح بالترام العقد و

إسقاط الردّ و مثل التصرف الكاشف عن الالتزام بالعقد و على هذا فالأمر بالتأمل للإشارة إلى عدم ظهور الثمرة في جميع موانع الردّ و

ان ظهرت فيما اختصّ مانعيته من الردّ بخيار العيب مثل التلف و احداث الحدث و ربّما جعل الأمر بالتأمل إشارة الى ان الوجه في

التفرقة بين خيار العيب و خيار الشرط بجعل التلف و التصرف و نحوهما مانعا من الردّ في الأول دون الثاني هو إمكان تدارك ضرر

المشترى بالأرش في الأول دون الثاني إذ لا- أرش فيه فاذا كان الفرض هنا عدم الأرش لعدم تعقله من حيث عدم إيجاب النقص

نقصان القيمة لزم عدم سقوط الردّ بالموانع و فيه ان مانعيه الموانع المعهودة من الردّ في خيار العيب أنّما هو للنص الخاص له لا لما

ذكره من العله و مقتضى إطلاق النصّ سقوط الردّ بها في صورة عدم قابليته المورد للأرش (- أيضا-) كما لا يخفى و لو كان إمكان

جبر ضرر المشتري بالأرض علة للزم عدم ثبوت الرد في العيب أصلا و هو بين الفساد

قوله طاب ثراه و في صورة حصول هذا النقص (-اه-)

عطف على قوله في طرؤ موانع الرد (-اه-) اى تظهر الثمرة في صورة حصول هذا النقص (-اه-)

قوله طاب ثراه فإنه لا دليل على ان فقد الصفة

و ذلك لكون مورد الدليل هو التلف لا فقد الصفة و مقتضى الاقتصار على مورد الدليل في مخالفة أصالة البراءة من الضمان هو عدم

تسرية الضمان إلى صورة فقد الصفة

قوله طاب ثراه و للنظر في كلا شقي الثمرة مجال (-اه-)

(١١) أراد بالثمرة الثمرة الأخيرة و الأعبّر بالثمرتين لا بشقي الثمرة و أراد بالشقين ثبوت الضمان على الأول و عدمه ثبوته على الثاني و

وجه النظر اما في الشق الأول فهو أنه على فرض اختصاص الضمان بالعيب فالعيب منصرف إلى العيب المنقص للقيمة فيخرج الفرض

عن تحت الدليل و اما في الشق الثاني فهو ان دليل الضمان قبل القبض أو في مدة الخيار غير مختص بالعيب بل يشمل فقد الوصف (-

أيضا-) من حيث ان المستند في الضمان قبل القبض إنما هو قاعدة كون تلف المبيع قبل القبض من مال بايعه و في الضمان في مدة

الخيار هو قاعدة كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له و قد عرفت فيما مضى و ستعرف إنشاء الله تعالى ان الاستفادة من دليل

القاعدتين هو تنزيل التلف و النقص و حدوث الحدث في زمان الخيار أو قبل القبض منزلة التلف و النقص و حدوث الحدث قبل

العقد فكما ان التلف و حدوث الحدث قبل العقد ضمانه على البائع فكذا التلف و حدوث الحدث بعد العقد قبل القبض أو في مدة

الخيار و فقد الصفة مندرج تحت حدوث الحدث فيكون فقد الصفة قبل القبض أو في مدة الخيار كفقدها قبل العقد في كون ضمانه

على البائع فلا وجه لنفي الدليل على كون ضمان فقد الصفة قبل القبض أو في مدة الخيار على البائع

قوله طاب ثراه و ربما يستدل لكون الخيار هنا خيار العيب بما في مرسله (-اه-)

(١٢) قد رواها الكليني (-ره-) عن الحسين بن محمّد عن السياري قال روى عن ابن ابي ليلى أنه قدّم اليه رجل خصما له الخبر و

ضعف سنده غير ضائر بعد الانجبار بعمل الأصحاب الذين عبّر كثير منهم كالفاضلين في (-يع-) و محكى (-ير-) و الشهيد في

اللمعة و محكى (-س-) و غيرهم بلفظه و اخرون بما يرجع إليه ففي (-عد-) و (-كرة-) و (-شاد-) و التبصرة أنه الخروج عن

المجرى الطبيعي لزيادة أو نقصان و فسّر ذلك في مجمع الفائدة و غيره بالخروج عن أصل الخلقة ثم المراد بأصل الخلقة إنما هي

خلقة أكثر النوع الذي يعتبر فيه ذلك بالنظر إلى الذات و و الصفات كما صرح به جمع منهم شيخ (-لك-) و (-كك-) الحال في

المجرى الطبيعي المعبر به عن أصل الخلقة في عبارة جماعة قال في (-مع صد-) في شرح قول العلامة (-ره-) و هو الخروج عن

المجرى الطبيعي لزيادة أو نقصان ما لفظه ينبغي ان يكون مراده بالمجرى الطبيعي ما جرت به العوائد الغالبة ليندرج فيه الأمور التي

ليست مخلوقة أصلا ليكون على نهج مقتضى الطبيعة أم لا ككون الضيعة ثقيلة الخراج و منزل الجنود انتهى فتدبر

قوله طاب ثراه فلم أجد على ركبها (-اه-)

(١٣) قال في مجمع البحرين الركب بالتحريك منبت العانة فعن الخليل هو للمرئء خاصية و عن الفراء هو للرجل و المريء و منه ليس

على ركبها شعر انتهى

قوله طاب ثراه أما أولا فلان ظاهر الرواية (-اه-)

(١٤) فيه ان الحكاية و ان ظهرت في ان الرد لم يكن لمجرد عدم الشعر بل لكونها في أصل الخلقة (-كك-) كما يفيد قوله و

زعمت أنه لم يكن لها قط لكن ظهورها في كون ذلك للاستكشاف بفقد الشعر في أصل الخلقة عن مرض في العضو أو في أصل

المزاج ممنوع جدا بل هو ظاهر في خلافه لكشف عدوله عن الاعتذار بكشفه عن المرض إلى قوله أيها القاضي إن كان عيبا فاقض لي

عن عدم كون إباء قبول الخالي عانتها من الشعر لأجل الكشف عن المرض بل لمجرد ارادته الفسخ فكان يتفحص عن سبب مجوز له

فكيف لا و لو كان مستكشفا بفقد الشعر عن المرض لكان أجاب القاضى عن احتيال الناس لإزالته بذلك بان قال ان فقد الشعر و إن كان مطلوباً لكن المطلوب منه أنما هو حيث لم يكن خلقياً كاشفا عن المرض و (- أيضاً-) لو كان إباطه لأجل الاستكشاف به عن المرض لم يكن

ص: ١٢٤

يتأمل ابن ابى لیلی بل إن كان الكشف معلوما عنده لحكم بالرد بالمرض الذى كونه عيبا مرغوبا عنه واضح و لو لم يكن الكشف معلوما عنده لراجع الأطباء فى استعمال ذلك و لم يراجع محمد بن مسلم و لو راجعه لكان يسئله عن فقد الكاشف عن المرض و لم يكن يسئل عن مطلق فقد الشعر و بالجملة فما ذكره (- المصنف-) (- ره-) مما لا وجه له أصلا و اما استشهاده لما رآه بعدم اكتفاء المشتري فى عذر الرد بقوله لم أجد على ركبها شعرا حتى ضم اليه دعواه انه لم يكن لها ففیه نظر ظاهر ضرورة ان ضم دعوى انه لم يكن قط انما هو لإثبات كونه خلقتيا و عيبا لدفع ما ربما يدخل عليه من كون فقد الشعر بالعرض غير موجب للرد كما لا يخفى قوله طاب ثراه و اما ثانيا فلان قوله عليه السلام (- اه-)

فيه انه بعد اعترافه (- قدّه-) بانسباق كلامه عليه السلام لبيان موضوع العيب لا معنى لتأمله فى جريان بعض الأحكام فان الموضوع متى تحقق كان اللازم ترتب جميع احكامه عليه و الاقتصار على الأحكام الظاهرة الشائعة انما يتأتى فى تنزيل موضوع بمنزلة موضوع آخر و تشبيهه به مثل قوله عليه السلام الصلوة بالبيت طواف و اميا لو كان الكلام مسوقا لبيان حقيقة الموضوع و ماهيته فلا مجال للاقتصار على الأحكام الظاهرة بعد فرض كون غيرها (- أيضا-) من احكامه و مجرد كون الغرض من بيان حقيقة الموضوع هى التوطئة لثبوت الأحكام ليس صالحا لصرف الكلام إلى إرادة الأحكام الظاهرة و الوجه فى ذلك ظاهر ضرورة انه حيث كان الغرض تنزيل موضوع مكان موضوع آخر كان إطلاقه منزلا على الأحكام الظاهرة الشائعة و هذا لا يتأتى فيما سبق لبيان حقيقة الموضوع و ماهيته و لعله إلى ذلك أشار (- قدّه-) بالأمر بالتأمل

قوله طاب ثراه و اما ثالثا فلان الرواية لا تدل على الزائد (- اه-)

فيه ان عموم العام لا يسقط عن الاعتبار بخروج فرد أو فردين بالدليل ما لم يبلغ إلى حد يوجب وهن العموم و هنا لم يخرج أكثر الأفراد كى يوجب وهن العموم و هو شامل لكل نقیصة و زيادة سواء كانتا موجبتين لنقص المائية أم لا فالتخصيص بالمنقصة المائية خاصة مما لا وجه له بل هو مناف لمحكومية أصالة العموم عند الشك فى المخصص فلا تذهل قوله طاب ثراه و اما رابعا فلاننا لو سلمنا (- اه-)

لا- يخفى عليك ان هذا الكلام انما يحسن ممن لا يعمل بالضعاف المنجبرة بالشهرة و العمل و الماتن (- ره-) من العاملين بها الغير المتجاوزين عنها فما باله تأمل هنا فالإنصاف تمامية الرواية حجة على عدم اعتبار المنقصية للمائية فى النقص و الزيادة عن أصل الخلقة المعدودتين عيبا و لو أغمضنا عن ذلك لكفانا العرف و دعوى تخصيصه العيب بالمنقص للمائية مكابرة كما يكشف عن ذلك اتفاقهم المحكى على كون الخصاص عيبا فتدبر جيدا

قوله طاب ثراه و قد ظهر مما ذكرنا ان الأولى (- اه-)

قد عرفت ان الأولى حذف التنقيص للمائية عن تعريف العيب كما صنعه جمع كثير

قوله طاب ثراه و عليه يبني قول (- مع صد-)

قال فى (- مع صد-) فى شرح قول العلامة (- ره-) فى تعريف العيب هو الخروج عن المجرى الطبيعي لزيادة أو نقصان موجب لزيادة المائية ما لفظه و قوله موجب لنقص المائية كان عليه ان يقيد به بقوله غالبا ليندرج فيه الخصاص و الجب فإنهما يزيدان فى المائية مع أنهما عيبان يثبت بهما الرد قطعا انتهى المهم مما فى (- مع صد-)

[الكلام فى بعض أفراد العيب]

[مسألة لا خلاف فى أن المرض عيب]

قوله طاب ثراه لا خلاف ولا إشكال فى كون المرض عيبا

قد سبقه فى نفي الخلاف والإشكال فى ذلك غيره وادعى فى (- كره-) الإجماع عليه والأصل فى ذلك صدق العيب عليه عرفا وهو متبع فى باب المصاديق مضافا إلى كونه خارجا عن مقتضى الطبيعة لعدم صدق المرض إلا على خروج المزاج عن مجراه الطبيعي قوله طاب ثراه يشمل حمى يوم

هى على المعروف ما تأتى فى يوم من الأيام وتذهب فيه ثم لا تعود فلو عادت كل يوم لم تسم حمى يوم بل حمى الورد أو يوما و يوم لا فحمى الغب

قوله طاب ثراه وان لم يكن نوبة له فى الأسبوع

أشار بذلك إلى ما تبه إليه فى (- لك-) بقوله وثبت العيب بحمى اليوم يتحقق بان يشتريه فيجده محمومًا أو يحم قبل القبض فإنه يجوز له الفسخ وان ذهب عنه الحمى فى ذلك اليوم وليس المراد به ما ينوب يوما معينًا من الأسبوع كما فسره بعضهم فان ذلك لا يسمى حمى يوم ولا ما يأتى كل يوم انتهى

قوله طاب ثراه الجذام

هو بضم الجيم مرض سوداوى صعب يحمر معه العضو ثم يسود ثم ينقطع نعوذ بالله منه وعلانته ضيق النفس وتعجر الوجه اى غلظته وضخامته و صيرورته ذا عجز اى عقد واستدارة العين و كمودتها اى تغييرها إلى الحمرة و بخره الصيوت اى غلظته و نتن العرق و تساقط الشعر و غيرها

قوله طاب ثراه والبرص

هو بفتح الباء الموحدة و الرء المهملة و سكون الصاد المهملة مرض معروف و بسببه يحدث فى البدن تغير لونه إلى السواد أو إلى البياض لان سببه قد يكون غلبة السوداء فيحدث السواد وقد يكون غلبة البلغم فيحدث البياض

قوله طاب ثراه والقرن

(١١) هو بسكون الرء كما فى (- يه-) الأثيرية و المصباح و القاموس و ظاهر الصيحات و تحريكها كما عن الجمهور لحم يكون فى مدخل الذكر كالسن يمنع الوطى كالغدة الغليظة و قد يكون عظما و عن ابن السكيت و الفراء و الجوهري و فى القاموس أنه العقل و ان العفل و العفلة محركتين شىء يخرج من قبل النساء و حياء الناقة شبيه بالادرة التى للرجال و الادرة هى انتفاخ الخصية و قيل هو ورم يكون فى مسلكى المرية فيضيق فرجها حتى تمنع الإيلاج و عن الأصمعى أنه سمي قرنا لأنه اقترن مع الذكر خارج الفرج قوله طاب ثراه و الفتق

(١٢) فى (- يه-) الأثيرية أنه بالتحريك انفتاق المثانة و قيل انفتاق الصيفاق إلى داخل فى مرق البطن و قيل ان ينقطع اللحم المشتمل على الأنثيين و ظاهر القاموس و الصيحات أنه بالتسكين و أنه علمه فى الصيفاق كما فى الأول و مرق البطن كما فى الثانى و فى (- مع صد-) عن الغريبين أنه بالتحريك قال هكذا أقرأه الأزهرى و حكى عن حاشية الفائق بخط بعض الأفاضل ان هذا وهم و هو افتراء على الأزهرى فإنه وجد بخطه بالإسكان و عليه صح انتهى

قوله طاب ثراه و الرتق

(١٣) هو على ما فى الصيحات بالتحريك مصدر قولك أمرية رتقاء بينه الرتق لا يستطاع جماعها لارتفاق ذلك الموضوع منها و نحوه ما فى المصباح المنير و القاموس و فى الأخير أو التى لا حرق لها إلا المبال خاصة و مرادهم بالارتفاق إنما هو الارتفاق بسبب الالتحام كما هو صريح مجمع البحرين حيث قال ان الرتق بالتحريك هو ان يكون الفرج ملتحما ليس فيه للذكر مدخل و ربما يظهر من بعضهم كون الرتق لحما نابتا كالقرن و العقل لا مجرد الالتحام فقد ذكر فى (- مع صد-) المعنى المزبور ثم حكى فى (- مع صد-) عن (- ير-) ان الرتق لحم ينبت فى الفرج يمنع دخول الذكر و أنه مرادف للقرن و العقل ثم قال فى (- مع صد-) و كأنه أخذه فيما

حكاه الشيخ (-ره-) فى (-ط-) عن أهل الخبرة من تفسير القرن إلى ان قال يعنى فى (-ط-) و هو الذى يسمى العقل يكون كالرتق سواء و هذا المعنى مشارك للأول فى منع مقصود النكاح و هو الاستمتاع إلا ان الأول ألصق بمادة الرتق انتهى ما فى (-مع صد-) و وجه الألفقيته ان الرتق لغه الالتئام و ذلك يصدق مع الالتحام دون نبت لحم كالقرن كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و القرع

(١٤) قال فى المصباح المنير هو بفتحتين الصلح و هو مصدر قرع الرأس من باب تعب إذا لم يبق عليه شعر

قوله طاب ثراه و الحول و الخوص و السبل

(١٥) هذه عيوب ثلثة فى العين فالحول

ص: ١٢٥

محرّكة ظهور البياض في مؤخر العين و يكون السواد في قبل الماق أو إقبال الحدقة على الأنف أو ذهاب حدقتها قبل مؤخرها أو ان تكون العين كأنما تنظر الى الحجاج و هو عظم ينبت عليه الحاجب أو ان تميل الى اللحاظ و اما الخوص محرّكة ففي القاموس أنه غور العينين و نحوه ما في الصّيحاح و في المصباح المنير انّ الخوص مصدر من باب تعب و هو ضيق العين و غورها و الحوص بالحاء المهملة محرّكة ضيق في مؤخر العين كما في الصّيحاح و المصباح و اما السّبل محرّكة فغشاوة العين من انتفاخ عروقها الظاهرة في سطح الملتحمة و ظهور انتساج شيء فيما بينهما كاللدخان انتهى و في الصّحاح أنه داء في العين شبه غشاوة كأنه نسج العنكبوت بعروق حمر و عن الشّهد (-ره-) أنه شعر يدخل من العين الى الجفن قوله طاب ثراه مبنّى على عدّ موجبات الردّ (-اه-)

في كون ذلك موجبا للردّ فضلا عن كونه عيبا تأمل اما عدم كونه عيبا فلعدم صدقه عليه عرفا و اما عدم منعه من الردّ فلعدم اندراجه في شيء من موانع الردّ المزبورة و عدم دليل خاصّ على منعه من الردّ مستقلا

[مسألة في أن الجبل عيب في الإمام]

قوله طاب ثراه و رجح المحقق كونه عيبا (-اه-)

لم أقف على ذلك في كلام المحقق (-ره-) و لعلّه في موضع لم أعر عليه

قوله طاب ثراه الأقوى على قول الشيخ (-ره-) (-اه-)

هذه التقوية مبنيّة على ما أسبقه من اعتبار نقص في الردّ بالعيب و قد عرفت أنّها ضعف المبنى و ليته أبدال العلة بالتعليل بعدم صدق العيب عليه عرفا خرج الحمل في الإمام بالنصوص و بقي في الحيوانات تحت أصالة اللزوم بعد عدم صدق العيب عليه لكن يمكن الخروج عن الأصل بإلحاق غير الإمام بهنّ من باب ورود النصّ فيهنّ و قضاء تنقيح المناط بعدم الفرق بين سائر الحيوانات و بينهنّ فتأمل

قوله طاب ثراه و كيف كان فمقتضى كون الحمل عيبا (-اه-)

قلت الحقّ هو التفصيل بأنّه إن كان الوجه في كون الحمل عيبا هو النصّ كان حملها عند المشتري مانعا من الردّ و لم يجز الردّ حتّى بعد الوضع لاستصحاب المانع و إن كان الوجه ما سمعت من (-كره-) من عدم يقين السلامة بالوضع أو عجز الحامل عن كثير من الخدمات كان الأولى تجويز الردّ بعد الوضع و عدم نقصها بالولادة لارتفاع المحتمل منعه من الردّ فتأمل قوله طاب ثراه على ما تقدّم عن (-كره-) (-اه-)

قد تقدّم البحث منه (-ره-) في ذلك في ذيل الكلام على الرابع من مسقطات الردّ خاصّة فراجع

قوله طاب ثراه الى ان قال و كذا حكم الدابة (-اه-)

هذه العبارة تنافي عبارته السابقة الناطقة بعدم كون الحمل في الحيوانات الصّامتة عيبا حيث جعل الجبل عند المشتري و النقص بالولادة عيبا مانعا من الردّ و كلّما يمنع من العيوب من الردّ يردّ به إذا كان حدوثه عند البائع كما لا يخفى قوله طاب ثراه لكن صرح في (-ط-) باستواء البهيمة و الجارية (-اه-)

الظاهر كون كلمة لكن سهوا من قلمه الشّريف عوض الواو ضرورة أنّه لا يحتمل بناء على كلمة لكنّ الأكونه استدراكا من قوله و الأقوى على قول الشيخ (-ره-) ما اختاره في (-كره-) (-إلخ-) و لا يخفى ما فيها أولا من الاختلال في نظم الكلام لأنّه كان اللّازم (-ح-) تقديم هذا الاستدراك على قوله و في (-كره-) لو كان المبيع جارية (-اه-) و ثانيا أنّه لو صحّ كونه استدراكا من قوله و

الأقوى (- اه-) لكان يصح الاستدراك بعبارتي (- كره-) و (- س-) أيضا عنه فلا تذهل

قوله طاب ثراه مع ان ظاهر العبارة الأولى كالتحرير و القواعد الفرق (- اه-)

لا يخفى انه (- ره-) أراد إثبات دلالة كل من العبارات على الفرق في الجملة و ان اختلف خصوصية الفرق الذي افادته العبارة الأولى

و خصوصية الفرق الذي افادته عبارة (- عد-) لأن الأولى افادت الفرق بين الحمل الذي يتبعه النقص بالولادة و بين غيره و الأخيرة

افادت الفرق بين حمل الأمة و بين حمل غيرها من الحيوان فافهم

قوله طاب ثراه لأنه كالثمرة المتجددة على الشجرة (- اه-)

يعنى كما انهما ليسا من قبيل تصرف المشتري (- فكذلك-) الحمل المفروض حصوله من غير تصرف المشتري

قوله طاب ثراه و الخيار له

الواو حالية أى هو كالثمرة المتجددة و الثوب الذي أطارته الزيح في حال كون الخيار له

قوله طاب ثراه يعنى ان الحامل ردت إلى البائع مع الزيادة لا مع النقص (- اه-)

(١١) أراد بقوله لا مع النقص عدم رد الحامل معها و حاصله رد الأم مع ولدها لا وحدها

قوله طاب ثراه و ابتناء حكمها بعد الوضع و عدم النقص على ما تقدم (- اه-)

(١٢) قد عرفت في ذيل الكلام على الزايع من مسقطات الرد تحقيق القول في ذلك

قوله طاب ثراه و اما حمل غير الأمة فقد عرفت انه ليس عيبا (- اه-)

(١٣) لازم كلامه ان من قال بكونه عيبا هو القول بمنعه من الرد حتى بعد الوضع و عدم النقص لعدم جواز الرد بزوال العيب و هو

متجه ان كان مستند القائل بكونه عيبا هو إلحاق غير الأمة من الحيوانات بها من باب تنقيح المناط فان النقص لما كان (- مط-)

لكونه عيبا كان مانعا من الرد حتى بعد الوضع و عدم النقص بناء على عدم جواز الرد بزوال العيب و اما لو كان مستند القائل بكون

الحمل في غير الأمة (- أيضا-) عيبا هو كونها في مورد الخطر فلا مانع من القول بعدم منعه من الرد بعد الوضوح و عدم النقص حتى

لو قلنا بعدم عود الرد بزوال العيب و ذلك لان المانع و هو العيب لم يتحقق ما لم تلد و تنقص بالولادة فمثله مثل ظهور أمارات العيب

و انكشاف فقد العيب بعد ذلك لا مثل حدوث العيب و زواله بعد ذلك (- فت-) كى يظهر لك ان مراد القائل بكونه عيبا هو كون

نفس احتمال الخطر عيبا محققا لا ان العيب هو تحقق نقصه بالولادة حتى يتأتى ما ذكر

قوله طاب ثراه و كان محققا هنا

(١٤) اى لعجزها عن الحمل العظيم و نحوه مثلا

[مسألة في الثبوت أنها ليست عيباً في الإمام]

قوله طاب ثراه مسألة الأكثر على ان الثبوت ليس عيبا في الإمام

(١٥) قد صرح بعدم كونها عيبا في (- ف-) و (- يع-) و (- فع-) و (- عد-) و (- شاد-) و غيرها و بملزوم ذلك و هو عدم ثبوت

الخيار في (- ط-) و (- كره-) و الجامع و غيرها بل في الرياض و (- ثق-) و الجواهر و غيرها انه المشهور بين الأصحاب و قد أشاروا

بالوصف بالشهرة و النسبة إلى الأكثر إلى ظهور الخلاف في ذلك من القاضى حيث قال إذا لم يشترط الثبوت و لا البكارة فخرجت

ثيبا أو بكرا لم يكن له خيار و كان له الأرش انتهى و وجه الظهور ان الأرش لا يكون إلا في العيب فيكون عيبا و لعله لذا غرى في (-

لك-) الى ظاهر ابن البراج القول بكون الثبوت عيبا لكن يمكن المناقشة في ذلك بان ثبوت الأرش و إن كان من لوازم كون الشىء

عيبا أما ان ثبوت الخيار (- أيضا-) من لوازمه و إثبات اللأزم إنما يدل على إثبات الملزوم فيما إذا لم ينف اللأزم الأخر و هنا قد نفى

احد اللّازمين و هو الخيار و أثبت الأخر و هو الأرش فلا- يدلّ إثبات الأرش على إثبات الملزوم مضافا الى أنه لم يفرق فى إثبات الأرش بين خروجها ثيبا أو بكرا و لو كان إثبات الأرش من باب كونها عيبا لم يكن لإثباته فى صورة خروجها بكرا وجه نعم كلام الفاضل المقداد فى التنقيح يميل الى كونها عيبا (- مط-) و كذا كلام الشهيد الثانى (- ره-) فى (- لك-) و (- الروضة-) و هو الذى احتمله فى محكى (- س-) قال فى التنقيح لقائل أن يمنع كونها ليست عيبا لأنها خارجة عن الخلقه الطبيعيه بالنقصان و ينقص ثمن الجاريه بسببها و لانصّ على أنّها ليست عيبا فما المانع من جعلها عيبا انتهى و توضيحه أنّ الضابط المنصوص يقتضى كونها عيبا لأنه قال كلّ ما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب و البكاره كانت فى أصل الخلقه فنقصت و العرف (- أيضا-) لعلّه حاكم بكونها عيبا فيثبت عليها جميع احكام العيوب من الردّ و الأرش و نوقش

ص: ١٢٦

في هذا الاستدلال بأن كون العيب ما زاد عن خلقته الأصليّة أمّا جاء من خبر ابن مسلم الضّعيف بابن ابى ليلى و لا جابر له هنا فيبقى الأصل محكما وفيه أوّلا أنّ الضّعف قد انجبر بتلقّيهم له بالقبول و لا يعتبر الموافقة للشّهرة في كلّ مورد شخصى لصيرورته بتلقّيهم له بالقبول بمنزلة خبر صحيح و ثانياً أنا لو أغمضنا عن الضّابط المنصوص كفانا صدق العيب عرفا على الثبوت و هو كاف في لحوق احكام العيب عليها و دعوى أنّ للإمام (- مط-) حقيقة ثانويّة اعتباريّة مقدّمة على الحقيقة الأصليّة فالثبوت فيهنّ على طبق الحقيقة الثانويّة فليست عيبا فيهنّ و البكارة صفة كمال فيهنّ كما سمعته من الماتن (- ره-) عند الكلام في حقيقة العيب ممنوعة لا يساعد عليها الوجدان ان لم يساعد على خلافها كدعوى أنّ العيب أنّما يوجب الخيار إذا لم يكن غالبا في افراد الطّبيعة بحسب نوعها أو صنفها و ان غلبت في نوعها بل لعلها أوضح معنا إذ الفرق بين الصّغيرة المجلوبة و غير المجلوبة كالمقطوع بعدمه و غلبة الثبوت في الكبيرة غلبة صنفية (- أيضا-) كغلبة البكارة في الصّغيرة مع أنّها في الصّغيرة على طبق الخلقه الأصليّة و أنّما عرضت الغلبة في خصوص الكبيرة منهّن و ليست هناك غلبة نوعيّة في القدر المشترك بينهما كى تكون الصّنفية مقدّمة عليها كما هو واضح كوضوح ضعف ما قيل من ان البكارة صفة كمال بالنسبة الى غير العاجز لا يصيرها صفة نقص بالنسبة اليه و ممّا ذكرنا ظهر الوجه فيما حكاها في (- كره-) عن بعض الشافعيّة و نفى عنه الباس من القول بكونها عيبا في الصّغيرة دون الكبيرة

قوله طاب ثراه بل في (- ير-) (- اه-)

و عن كشف الرموز أنّه لا خلاف بين الأصحاب في أنّ الثبوت ليس عيبا يوجب الردّ و أنّما اختلف عباراتهم في اشتراط البكارة انتهى قوله طاب ثراه و نسبه في (- لك-) (- اه-)

و في (- ثق-) أنّه أطلق جمهور الأصحاب انّ الثبوت ليس عيبا و في الكفاية أنّه أطلق الأكثر ذلك

قوله طاب ثراه و استدللّ عليه (- أيضا-) (- اه-)

استدلّ بعضهم بوجهين آخرين أحدهما أنّ الأصل في العقد اللّزوم خرج ما إذا وجد ما علم كونه عيبا فيرجع فيما شكّ في كونه عيبا إلى أصالة عدم كونه عيبا فتحكم أصالة اللّزوم و فيه أنّ ضابط كلّما نقص عن خلقته فهو عيب مزيل للشكّ المأخوذ في موضوع أصالة اللّزوم الثّاني الإجماع تميّك به في مفتاح الكرامة حيث قال حجّة المشهور نفى الخلاف الظاهر في الإجماع كنسبة إلى الأصحاب الى ان قال الإجماع معلوم و على تقدير أنّ القاضى مخالف فخلافه نادر على أنّه لم ينسب اليه الخلاف من الأساطين إلّا الشّهيد (- ره-) في (- س-) حيث قال يشعر به مذهب القاضى انتهى و هو كما ترى

قوله طاب ثراه برواية سماعه المنجبره بعمل الأصحاب (- اه-)

لو كان قد جعل العمل معاضدا لكان أولى من جعله جابرا ضرورة كون السند من قسم الموثق إذ قد رواها الشّيخ (- ره-) بإسناده عن احمد بن محمّد عن الحسين بن سعيد عن ذرعة بن محمّد عن سماعه و الإضمار غير قادح لكونه ناشئا من تقطيع الأخبار سيما في اخبار سماعه من أنّه مسند الى ابى عبد الله عليه السّلام في بعض النسخ

قوله طاب ثراه و أمّا رواية سماعه فلا دلالة لها على المطلوب (- اه-)

مضافا الى معارضتها بخبر يونس الآتى إنشاء الله تعالى

قوله طاب ثراه و لعلّ هذا هو مراد المشهور (- أيضا-) و يدلّ على ذلك (- اه-)

في هذا الاستدلال نظر إذ كما انّ ثبوت الأرش عند تخلف شرط البكارة يمكن ان يكون لكون الثبوت عيبا فكذا يمكن ان يكون لخصوص النّص الآتى كما أشار إليه هو (- ره-) (- أيضا-)

قوله طاب ثراه بل المشهور كما في (- س-) على ثبوت الأرش إذا اشترط البكارة (- اه-)

قد اختلف الأصحاب فيما لو اشترط بكارة الأمة و بانت ثبوتها على أقوال أحدها عدم ثبوت شيء من الردّ و الأرش (- مط-) و هو ظاهر

(- ية-) و (- ف-) و عبارة الكامل المحكيه في (- لف-) و هي قوله ان ابتاعها على أنها بكر فوجدها ثيبا لم يكن له ردّها و لا أرش في ذلك انتهى و في (- ية-) أنّ من اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيبا لم يكن له ردّها و لا الرجوع على البائع بشيء من الأرش لأنّ ذلك قد يذهب من العلّة و التزوّه انتهى ثانيها ثبوت الردّ و هو خيرة (- يع-) و (- فع-) و (- شاد-) و اللّمعنة و غيرها و ظاهر الأوّلين كصريح الآخرين عدم ثبوت الأرش ثالثها ثبوت الأرش دون الردّ و هو ظاهر عبارة المهذّب للقاضي المحكيه المتقدّمة أنّفا من قوله ان اشترى جارية و لم يشترط أنّها بكر أو ثيب فخرجت ثيبا أو بكرا لم يكن له خيار و كان له الأرش انتهى و يوافق ما في (- ط-) من قوله روى أصحابنا أنّه ليس له الخيار و له الأرش انتهى رابعها ثبوت الردّ و الأرش جميعا و هو خيرة (- ثر-) و (- كره-) و (- لف-) و التنقيح و (- مع صد-) و (- لك-) و (- الروضة-) و محكى كشف الزموز و (- ير-) و الاستبصار و الجامع و تعليق (- شاد-) و غيرها ثمّ أنّ أرباب هذا القول منهم من أطلق كالحلّي و غيره و منهم من قيّد ذلك بما إذا علم سبق التيبوبة على العقد قال في (- لف-) التحقيق أنّا نقول ان علم سبق التيبوبة على العقد تخير المشتري بين الردّ و الأرش ان لم يكن تصرّف و له الأرش ان تصرّف و ان لم يعلم لم يكن له أرش و لا ردّ ثمّ قال و لنعلم ما قال أنّه هو الظاهر من كلام الشيخ (- ره-) و إياه أعنى لأنّ تعليقه يعطى ذلك حيث قال فإنّ ذلك يذهب بالعلّة و التزوّه انتهى ما في (- ية-) كما انتهى ما هنا من كلام العلّامة (- ره-) و ربّما وصف في (- لك-) و (- ثق-) و خيارات الفقيه الغروي و محكى (- س-) هذا القول بالشهرة هذا ما عثرنا عليه من أقوال المسئلة حجة الأوّل لعلّها أصالة اللزوم و أنت خبير بان دفاعها بما دلّ على ثبوت الخيار بتخلّف الشرط نعم لا بأس في بادي النّظر بالتمسك في ذلك بموثقة سماعه المزبورة أنّفا و المناقشة في سندها بكون ذرعة و سماعه واقفيين و الإضمار كما صدر عن العلّامة (- ره-) في (- لف-) لا وجه له لأنّهما و إن كان واقفيين إلّا أنّهما موثقان و الموثقة حجة على الأظهر و الإضمار غير قادح بعد الوثوق بكون منشئه تقطيع الأخبار فالأولى المناقشة في دلّالته بأنّ التعليل بان ذهاب البكارة يكون في حال مرض أو بأمر يصيبها أوضح شاهد على كون مورد عدم ثبوت شيء من الردّ و الأرش ما إذا لم يعلم سبق التيبوبة على العقد و هو مسلمّ فيكون الخبر دليلا على القول الرابع حجة القول الثّاني أمّا على ثبوت الردّ فما دلّ على ثبوت الخيار بتخلّف الاشتراط و أمّا على عدم ثبوت الأرش فالأصل بعد منع كون التيبوبة عيبا و دعوى اختصاص الأرش بالعيب ممنوعه صغرى و كبرى كما ستعرف إنشاء الله تعالى و حجة القول الثالث أمّا على عدم ثبوت الردّ فالأصل و أمّا على ثبوت الأرش فما رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن إسماعيل بن مرار عن يونس في رجل اشترى جارية على أنّها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرّد عليه فضل القيمة إذا علم أنّه صادق و أنت خبير بأنّه مع كونه أخصّ من المدعى صاحب هذا القول غير مانع من إفادة أدلّته خيار الاشتراط ثبوت الردّ و الأصل لا يقاومها حجة القول الرابع أمّا على ثبوت الردّ فأدلّته خيار تخلّف الشرط و أمّا على ثبوت الأرش فخير يونس بعد اعتضاده أو انجبار عدم نسبه الى امام بالشهرة و أمّا على اختصاص الردّ و الأرش بما إذا علم سبق التيبوبة العقد فأمّا في جانب الردّ فهي ان تخلّف الشرط لا يعلم إلّا بالعلم بعدم حصول التيبوبة بعد القبض إذ عند الشكّ في سبق التيبوبة العقد فالأصل تأخرها و عدم حصول سبب الفسخ فما لم يعلم حصول سبب الخيار لم يثبت و أمّا في جانب الأرش فهو ظهور التعليل في الموثق و صراحة القيد في خبر يونس في ذلك كما لا يخفى و قد يستدلّ على

ص: ١٢٧

ثبوت الأرش في الفرض بأن فوات البكارة مِمَّا يؤثر في نقصان القيمة تأثيراً بيناً و يردّ بأنّ الأرش جزء من الثمن و هو لا يوزّع على الشّروط و على أيّ حال فالقول الأخير أجود و الله العالم تنبيهات الأول أنا و ان جعلنا أرباب القول الرابع فرقتين مطلقه لثبوت الأرش و الردّ و مقيدة بما إذا علم سبق الثبوت العقد الّا أنّ أرباب القول الثاني (- أيضاً-) (- كك-) الا ترى أنّ منهم المحقق في (- يع-) و قد خصّ ثبوت الردّ بصورة العلم بل لا يبعد دعوى أنّ كلّ من أثبت شيئاً من الردّ و الأرش أو كليهما يريد بذلك الثبوت في صورة العلم دون الجهل ضرورة عدم معقولية إثباتهما أو أحدهما في صورة الجهل بتخلّف الشّروط و لعلّه من هنا نفى كاشف الظلام الخلاف في عدم ثبوت شيء منهما في صورة الجهل حيث قال مازجا بالشرائح و ان جهل ذلك لم يكن له الردّ بلا خلاف حكاية و تفصيلاً لأنّ ذلك قد يذهب بالخطوة و بالعلمة و التزوة انتهى و قد سبقه في نفى الخلاف في ذلك صاحب الرياض (- ره-) و لعلّه مراده بالتقل الثاني أنّه يثبت كونها حال البيع ثبوتاً بالإقرار و بالبينّة و بقرب زمان الاختيار لزمان البيع بحيث لا يمكن عادة تجدد الثبوت فيه كما هو واضح الثالث أنّ عدم ثبوت الردّ في صورة الجهل بتأخّر الثبوت عن العقد ليس لأصالة عدم تأخرها لما تقرّر في محلّه من عدم الدليل على حجّية الأصل المذكور و معارضتها بأصالة عدم التقدّم بل لأصالة لزوم العقد و برأيه ذمّة البائع بعد التسليم الظاهر في أنّه تمام الحق كما هو واضح الرابع أنّه قال الفقيه الغروي (- ره-) أنّ الثبوت تطلق على معنيين أحدهما الموطوءة و هو الذي يظهر من صدر عبارة (- يه-) و المجمع و تقابلها البكر و هي التي لم تمسّ و هي المرادة في مسئلة سكوتها عند طلبها و في مسئلة الأولياء الثاني ذهاب العذرة و لو بحر فوص أو نزوة أو فضّ بإصبع و نحوه و تقابلها البكر من البكارة و هي العذرة و المراد بها التحام الفرج كما في آخر عبارة (- يه-) و المجمع و هي المرادة من باب ردّ العشر و نصف العشر في الإماء و الغالب إرادته في مهر المثل و الظاهر من معناها عندهم الأوّل و مبنى الأخير على الغالب و بناء على الوجه الأوّل لا يضّر زوال التحام فرجها بغير الوطى و ان علم تقدّمه على العقد فضلاً عن ان يشكّ فيه و بناء على الثاني يضّر الأوّل لا يضرّ زوال التحام فرجها بغير الوطى و ان علم تقدّمه على الأقوى عدم تمسّكا بأصالة لزوم العقد كما في صورة جهل تاريخها و جهل تاريخ زوال البكارة و العلم بتاريخ العقد

قوله طاب ثراه ثمّ أنّه نسب في (- كره-) إلى أصحابنا (- اه-)

قال في (- كره-) لو شرط البكارة فكانت ثيباً قال أصحابنا إذا اشتراها على أنّها بكر فكانت ثيباً لم يكن له الردّ لما رواه سماعة قال سألته عن رجل باع جارية على أنّها بكر فلم يجدها على ذلك قال لا يردّ عليه و لا يجب عليه شيء أنّه يكون يذهب في حال مرض أو أمر يصيبها و الأقوى عندي أنّه إذا شرط البكارة فظهر أنّها كانت ثيباً قبل الإقباض يكون له الردّ أو الأرش و هو نقص ما بينها بكراً و ثيباً و ان تصرف لم يكن له الردّ بل الأرش لأنّه شرط سائغ يرغب فيه العقلاء فكان لازماً فاذا فات و جب ان يثبت له الخيار كغيره و يحتمل الرواية و فتوى الأصحاب على أنّه اشتراها على ظاهر الحال من شهادة الحال بالبكارة و غلبة ظنّه من غير شرط انتهى ما في (- كره-)

قوله طاب ثراه و لو شرط الثبوت (- اه-)

قد صرح بثبوت الخيار بين الردّ و الإمساك مجاناً في الفرض في (- كره-) و (- عد-) و (- مع صد-) و (- لك-) و (- الروضة-) و غيرها عملاً بقاعدة خيار تخلّف الشّروط بعد كون الشّروط المذكور مشروعاً لكونه عقلاً من حيث إمكان تعلق غرض به للعجز عن افتضاض البكر أو غيره و قول الماتن (- ره-) لأنّه قد يقصد الثيب لغرض صحيح مسوق لبيان كون الشرط مشروعاً صحيحاً لتشمله أدلّة الشّروط و أنّما جعلنا الإمساك مجاناً نظراً الى عدم تعقّل الأرش بعد زيادة القيمة بالبكارة و اختار في (- ط-) و محكي (- ير-) عدم ثبوت الخيار أصلاً بكون ضدها صفة كمال و فيه أنّ صحّة الشّروط و ثبوت الخيار بتخلّفه غير مقيدة بعدم كون ضده صفة كمال حتّى يلزم من فوات القيد هنا فوات المقيّد

قوله طاب ثراه ذكر في (- كره-) و (- عد-) (- اه-)

قد اُفتي بذلك في (- لف-) و محكى (- ير-) و (- س-) (- أيضا-) و خالف في ذلك الشيخ (- ره-) في (- ف-) حيث قال إذا كان العبد غير مختون فلا- خيار فيه صغيرا كان أو كبيرا و قال الشافعي إن كان صغيرا لا خيار به و إن كان كبيرا كان له الخيار لأنه يخاف عليه من قطعه فأمّا الجارية فلا- خلاف أنه لا خيار فيها انتهى و حكى الفتوى بذلك عن (- ط-) و القاضي (- أيضا-) حجة الأول أنه زيادة عن مجرى المعتاد عند الناس و أنّ فيه خطرا على المشتري لأنه يجب ختانه عليه فرّما أدى الى التلف و لا تدليس أعظم من ذلك و إذا ثبت الخيار بتدليس ينقص بعض الصّفات فبالأولى ان يثبت في تدليس يؤدى الى إتلاف العين و لا (- كك-) الصّغير و الأمة لعدم اعتباره فيهما و أنت خبير بأن شيئا من الوجهين لا يثبت المرام اما الأول فلكون المدار على الزيادة عن أصل الخلقة لا- المعتاد عند الناس و اما الثاني فلأنه لا يثبت الكليّة بل يختصّ بما إذا تحقّق الخوف على وجه لا يرغب في بذل ما يبذل بإزائه و حجة الثاني أصالة صحّة العقد و لزومه بعد عدم كون الختان عيبا و الأولى ما في المتن من التفصيل بينما إذا تحقّق الخوف و بينما إذا لم يتحقّق بثبوت حكم العيب على الأول دون الثاني ثمّ أنه قال في مفتاح الكرامة أنّ المراد بالصّغير هنا ما دون البلوغ نظرا الى أنّ ذلك أنّما يجب في البالغ و المرجع إلى عادة الشّرع إذا وجدت بيقين و من ثمّ لم يعتبر الختان في الأمة و ان اعتيد فلا- معنى للرجوع الى مقتضى العادة الغالبة حتّى لو كان السنّ دون البلوغ يغلب فيه وقوع الختان و ردّ به لما عرفت انتهى قلت الأولى في ذلك هو الرجوع الى العرف لأنه المرجع في أمثال ذلك

قوله طاب ثراه الغير المجدرّ

الجدري بفتح الجيم المعجمة و ضمّها و فتح الرّاء على التقديرين معروف و المجدرّ و المجدور من فيه ذلك

[مسألة عدم الختان في العبد الكبير من العيوب]

قوله طاب ثراه فظاهر (- عد-) (- اه-)

قال في (- عد-) و عدم الختان في الكبير دون الصّغير و الأمة و المجلوب من بلاد الشرك مع علم المشتري بجهله انتهى و هو بمفهوم القيد يدلّ على ما غراه الماتن (- ره-) اليه بناء على ما هو الأظهر في إعراب العبارة من قراءة المجلوب مجرورا عطفا على الأمة ليكون المعنى أنّ عدم الختان في الكبير المجلوب من بلاد الشّرك ليس بعيب مع علم المشتري بجلبه لأنه لا ختان في بلاد الشّرك هكذا فسّره الشهيد (- ره-) فيما حكى عنه و تبعه في (- مع صد-) و ربّما احتمل في محكى الحواشى عطفه على الكبير و هو مع عدم مناسبة للتقييد يحتاج الى تقدير مخالف للأصل

[مسألة عدم الحيض من العيوب]

قوله طاب ثراه عدم الحيض ممّن شأنها الحيض (- اه-)

قد صرّح بكون ذلك عيبا جماعه بل في (- لك-) و (- ثق-) ان عليه الأكثر و في الكفاية أنه الأشهر و في الرياض أنّ عليه كافّة المتأخّرين و عن كشف الرموز أنّ الأصحاب بين مفت و ساكت إلّا المتأخّر يعنى الحلّى و في كشف الظلام أنه المشهور بين المتقدمين و المجمع عليه بين كافّة المتأخّرين و في الجواهر أنه المشهور نقلا و تحصيلا بل لا خلاف أجده فيه إلّا من العجلى قوله طاب ثراه لأنه خروج عن المجرى الطبيعي (- اه-)

فإنّ النقص أعّم من نقص العيب و نقص الصّفة و (- أيضا-) فالحيض وصف مطلوب يترتّب عليه قبول الحمل و صحّة المزاج

قوله طاب ثراه و لقول الصادق (- اه-)

أشار بذلك الى الصحيح الذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن عدة من أصحابه عن سهل بن زياد و احمد بن محمد

ص: ١٢٨

جميعا عن ابن محبوب عن مالك بن عطية عن داود بن فرقد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى الى آخر ما في المتن قوله طاب ثراه و ليس التقييد بمضى ستة أشهر (- اه-)

قد سبقه في هذا المقال ثانياً الشهيدين (- ره-) في (- لك-) فقال و في دلالة على اعتبار الستة أشهر نظر فإنه عليه السلام إنما علق الحكم على حيض مثلها و أراد به نفى الصغر و الياس و إن كان ذلك مستفادا من إثبات الإدراك و نفى كونه عن كبر فإن المعلوم أن مثلها تحيض في تلك المدة و أقل منها و السؤال وقع عن تأخر الحيض ستة أشهر و الجواب لم يتقيد به و (- ح-) فلو قيل بثبوت الخيار متى تأخر حيضها عن عادة أمثالها في تلك البلاد كان حسنا انتهى و أجاب عنه في مفتاح الكرامة بأن معنى الخبر أنه إن كان أمثالها سنا مع الاتفاق في البلد و المزاج في الجملة يوجد منها الحيض دونها يكون ذلك فيها عيبا مع حبس الحيض ستة أشهر لا من كبر فكانت دالة على حكم من تأخر ستة أشهر مع كون أمثالها تحيض مع عدم الكبر لأن الإشارة بذلك الى حبس حيضها ستة أشهر فكان الجواب مقيدا بذلك و هذا هو الذي فهمه العلماء المتقدمون و ليس فيها دلالة على حكم الأقل من ستة أشهر نفيا و لا إثباتا انتهى و ان شئت قلت ان ضمير أمثالها في قول الإمام عليه السلام ليس راجعا الى مطلق الأمة بل الى الأمة المذكورة في السؤال الموصوفة بمضى ستة أشهر عليها و هي لا تحيض فلا يكون الجواب شاملا إلا لما ذكر في السؤال فيكون من تخصيص الجواب لا من تخصيصه اللهم إلا ان يقال ان ذلك في كلامه عليه السلام و إن كان إشارة الى عدم الحيض المقيد بكونه في ستة أشهر فلا يرد ما في (- لك-) إلا ان قوله عليه السلام فهذا عيب ظاهر في أنه جعل المدار على تسميته عيبا و من المعلوم عدم توقفه على مضي الستة أشهر و (- ح-) فالواجب الرجوع الى حصول صدق العيب عرفا و هو عدم تحيضها في مدة تحيض ذوات أسنانها الموافقات لمزاجها في تلك المدة لكن الإنصاف ان قوله عليه السلام فهذا عيب ليس المراد به أنه عيب عرفا كى يكون بمنزلة العلة بالحكم و يسرى الحكم في مورد صدق العيب عرفا بل المراد أنه عيب شرعا فيكون عدم الحيض أقل من ستة أشهر مسكوتا عن حكمه كما لا يخفى و من هنا يسقط ما سمعته من (- لك-) و قد نفى في الرياض البعد عما في (- لك-) ثم قال بل يثبت بمضى مدة تحيض فيها ذوات أسنانها في تلك البلاد ثم قال و منها ينقذ الوجه فيما ذكره بعض الأصحاب من ان عدم تحيض الحديثة البلوغ في المدة المذكورة ليس عيبا يوجب الرد بالبديهة فإن أمثالها لم يحضن فيها غالبا في العادة و يمكن ان ينزل على ذلك عبارة المتن و جماعة انتهى ما في الرياض و أراد بالبعض المحقق الأردبيلي (- ره-) فإنه قال ينبغي ان لا يكون مجرد بلوغ تسع سنين و التأخر ستة أشهر موجبا لذلك لأنه قد عرف بالتجارب أنه متأخر عن عشر سنين و عن اربع عشر سنة بل ينبغي النظر إلى أمثالها سنا؟؟؟ و مع الاتفاق بالبلد و بالمزاج في الجملة فإن وجد منها دونها يكون عيبا انتهى و أقول ان ما ذكره المحقق المذكور لا ينافي ما ذكره الأصحاب لأنهم عبروا بكونها في سن من تحيض و التعبير في النص بالمدرسة التي بمعنى من أدركت الطمث فتأمل و أوضح من ذلك قوله عليه السلام فهذا عيب فإن البديهة قاضية بأنه لا يكون عدمه عيبا إلا إذا كان في السن المتعارف حصوله فيه لا مطلق جواز وقوعه شرعا فإنه كان السؤال عن المدرسة فملاحظة ذلك مع تقييده في الجواب بعدم الكبر مما يستفاد منه ذلك كما لا يخفى

قوله طاب ثراه ثم ان حمل الرواية (- اه-)

هذا تعريض بصاحب الجواهر (- ره-) حيث قال يجب تقييد الرد بما إذا لم يتصرف في هذه المدة و إلا كان له الأرش كغيره من العيوب إذ احتمال استثناء ذلك منها بان التصرف لا يسقطه لإطلاق الرد في الصحيح المزبور مع استبعاد عدم التصرف في هذه المدة مخالف لظاهر الفتاوى و للأدلة السابقة على تعيين الأرش معه المرجحة بها عليه و إن كان التعارض من وجه انتهى ما في الجواهر و ما ذكره موجه و اعتراض الماتن (- ره-) عليه ممكن الدفع بان المراد ليس مطلق التصرف بل التصرف الدال على الرضا فتأمل ثم كما ينبغي التقييد بعدم التصرف فكذا ينبغي التقييد بما إذا لم يكن حال الشراء عالما بعيها و ما إذا لم يكن عدم الحيض مستندا الى سبب حادث عند المشتري بعد ثلثة الحيوان ضرورة ان العلم بالحال يسقط اثر العيب و حدوثه في الثلاثة موجب لكون الضمان على البائع

بمعنى انفساخ العقد على المشهور

قوله طاب ثراه و ظاهر الحلى فى (- ثر-) عدم العمل بمضمون الرواية رأسا

قال فى (- ثر-) قد روى أنّ من اشترى جارية لا تحيض فى مدّة ستّة أشهر و مثلها تحيض كان له ردّها لأنّ ذلك عيب هذا إذا لم يتصرف فيها أورد ذلك شيخنا (- ره-) فى نهايته من طريق الواحد إيرادا لا اعتقادا انتهى و هو كالنصّ فى عدم عمله بالرواية

[مسألة فى أن الإباق من العيوب]

قوله طاب ثراه الإباق عيب بلا اشكال و لا خلاف (- اه-)

قد نفى معرفة الخلاف فيه فى مفتاح الكرامة و الجواهر و محكى (- ير-) و ادعى فى (- ط-) الإجماع على أنّ له الخيار و يدلّ على كونه عيبا حكم العرف بذلك ضرورة كونه بحكم التالف بل هو أبلغ من السرقة لغيره لأنّه سرقة لنفسه فى الحقيقة

قوله طاب ثراه و يدلّ عليه صحيحه أبى هشام الآتية فى عيوب السنّة (- اه-)

هكذا وجدت فى النسخة المصححة من المتن و هو سهو من قلمه الشريف أو قلم الناسخ و الصحيح أبى همام بالميم بعد الهاء ثمّ أنّه (- ره-) لم يف بما وعده و لم يورد الرواية فى طى اخبار عيوب السنّة و المراد بها هى الصّحيحة التى رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن يحيى و غيره جميعا عن احمد بن محمّد بن حنبل عن أبى همام قال سمعت الرضا (- ع-) يقول يردّ المملوك من احداث السنّة من الجنون و الجذام و البرص فقلت كيف يردّ من احداث السنّة قال هذا أول السنّة فإذا اشترت مملوكا فحدث شىء من هذه الخصال بينك و بين ذى الحجّة رددته على صاحبه فقال له محمّد بن على فالإباق قال ليس الإباق من ذا إلا ان يقيم البيّنة أنّه كان أبق عنده

قوله طاب ثراه لكن فى رواية محمّد بن القيس (- اه-)

أشار بذلك الى الصحيح الذى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسن بن محمّد بن سماعه عن صفوان عن عاصم بن حميد عن محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام قال قضى علىّ عليه السّلام أنّه ليس فى إباق العبد عهدة إلا ان يشترط المبتاع و مثله ما رواه هو (- ره-) بإسناده عن الصّيفار عن احمد بن محمّد بن عيسى عن ابن ابى عمير عنّ رواه عن محمّد بن أبى حمزة عنّ حدّثه عن أبى جعفر عليه السّلام قال ليس فى الإباق عهدة و حملها على ما أشار إليه الماتن (- ره-) بقرينه صحيح أبى همام متعين للزوم حمل المطلق على المقيّد بل فى قوله عليه السّلام فى صحيح محمّد بن القيس إلا ان يشترط المتاع نوع اشعار بكون مورد الخبر هو الإباق بعد العقد و بالجملة فالردّ به أنّما هو إذا كان حاصل قبل العقد و بعده قبل القبض أو بعد القبض قبل التصرف و قبل انقضاء زمان الخيار فلو كان حاصل بعد العقد و القبض و التصرف أو قبل التصرف بعد التلثة لم يجز الردّ بلا كلام ضرورة أنّ العيب أنّما يوجب الردّ إذا كان حادثا عند البائع أو عند المشتري فى زمان الخيار كما تقدّم و أنّما قيّدنا عدم ترتّب الأثر على الإباق عند المشتري بما إذا لم يكن فى زمان الخيار نظرا الى كون ضمان المبيع فى زمان الخيار على البائع إلا ان يكون قد تصرف المشتري بعد العلم بالعيب قوله طاب ثراه من الشكّ فى كونه عيبا (- اه-)

و أصالة اللزوم بعد الشكّ المذكور محكمه الى ان يحصل اليقين بسبب الخيار و هو الاعتياد و قد حكى هذا القول فى (- لك-) و (- الروضة-) عن بعض الأصحاب و عقبه فيهما بتقويته

قوله طاب ثراه وفاقا لظاهر (- يع-) (- اه-)

قال فى (- يع-)

ص: ١٢٩

الإباق الحادث عند المشتري لا يردّ به العبد اّما لو أبق عند البائع كان للمشتري ردّه انتهى و وجه الظهور تعليقه الحكم على الإباق عند البائع الصادق على الإباق مرّة

قوله طاب ثراه لكون ذلك نقصا (-اه-)

مضافا الى إطلاق صحيح ابي همام المتقدم

قوله طاب ثراه و لا يشترط إباقه عند المشتري قطعا (-اه-)

يعنى انّ الإباق الكائن عند البائع موجب للخيار من دون توقّف تأثيره على تجدد الإباق من المملوك عند المشتري لإطلاق النصّ و الفتوى و صدق العيب على الإباق عند البائع فروع الأول أنّه لو تاب الأبق و حصلت له ملكة الطاعة ثمّ بيع ففي الردّ بالإباق السابق وجهان من إطلاق النصّ و الفتوى و استصحاب كونه عيبا و من الأصل و انّ ذلك كالعيب الحادث الزائل قبل العقد الثّاني انّ مقتضى ما قلناه من كون الإباق عيبا هو عدم اختصاص أثره بالردّ خاصيّة بل يتخيّر بين الردّ و الأرش لأنّه حكم العيب (- مط-) الثّالث أنّه لو شرط المشتري انّ له الخيار ان أبق العبد عنده بعد زمان الخيار أو قبله بعد التصرف صحّ الشرط و لزم العمل به مع ضبط المدّة كما في سائر الشّروط و في قوله عليه السّلام في مرسل أبي حمزة المتقدم أنّ ان يشترط المبتاع اشارة اليه كما لا يخفى

[مسألة الثفل الخارج عن العادة في الزيت و البذر من العيوب]

قوله طاب ثراه الثفل الخارج عن العادة في الزيت و البذر (-اه-)

الثفل بالضمّ و الثافل ما استقرّ تحت الشّيء من كدره قاله جمع من أهل اللّغة و المراد بالزيت دهن الزيت و بالبذر دهن بذر الكتان كما قاله جمع فالمضاف و هو الدّهن و ما أضيف إليه البذر و هو الكتان محدوفان و قد يقال أنّه دهن البزر و يطلق البزر على الدّهن قال في الصّيحاح البزر بزر البقل و غيره و دهن البزر و بالكسر أفصح انتهى و في القاموس البزّار بيع بزر الكتان اي زيتته انتهى و في المصباح بزر البقل و نحوه بالكسر و الفتح لغه و لا يقوله الفصحاء اّلا بالكسر فهو أفصح و الجمع بزور انتهى ثمّ لا يخفى عليك انّ البزر هنا بالزّاء أخت الزّاء و ربّما يظهر من مجمع البحرين أنّه بالذّال المعجمة حيث قال و من كلام الفقهاء الثفل في البذر عيب و هو بفتح الباء و كسرهما مفسّر بدهن الكتان (-اه-) و قد ذكر ذلك في مادّة ب ذ ر و لكنّه سهو من قلمه كما لا يخفى على المتتبع ثمّ انّ الماتن (-ره-) احترز بالخارج عن العادة عن الثفل الغير الخارج عن المعتاد فإنّه لا يوجب ردّا و لا أرشا علم بالمشتري أم لا كما صرح بذلك جمع قاطعين به بل في التّرياض و كشف الظّلام استظهار الإجماع عليه للأصل و العمومات السّليمة عن المعارض اّما لأنّ ذلك ليس بعيب أو لأنّ جريان العادة بذلك يجعله بمنزلة الشرط و داخلا تحت إطلاق البيع و لا مجال (-ح-) لاحتمال فساد البيع لمكان جهالة قدر المبيع المقصود بالذّات كما قد يتسارع ذلك في بادي الإنظار إلى الخيال ضرورة ان الشّأن في ذلك كالشّأن في معرفة مقدار السّن و ظرفه جملة من دون العلم بالتفصيل فيكون مثل ذلك غير قادح مع معرفة مقدار الجملة لصدق المعلوميّة (-ح-) و المناقشة بأنّ كفاية معرفة وزن السّمّن بظرفه خارجة بالإجماع كما تقدّم أو مفروضة في صورة انضمام الظرف المفقود هنا لأنّ الدردى غير متممّل كما صدرت من الماتن (-ره-) لا وجه لها ضرورة أنّه يكفي في تصحيح البيع المذكور العمومات بعد حمل التّهي عن الغرر بحكم التبادر على ما لم يندرج تحت جملة معروفة كما في الشّعير مع ما فيه من التراب و التّين و غير ذلك و لو قدح الكثير لقدح القليل لعدم الفرق بعد اتّحاد باب الشّبهة الغير المنفكّ عنها شىء لو بنى على تلك المداقه و من هنا ظهر الجواب عن تفرقة (-قده-) بين السّمّن مع ظرفه و بين السّمّن مع درده ضرورة أنّه لو تمّ ما ذكره من الفرق فيما ذا يفرق بين السّمّن مع ظرفه و بين الشعير مع ترابه و تبته فتدبر ثمّ انّ لازم إطلاق صحيح ميسر الآتى إيجاب الدردى الغير الخارج عن العادة (-أيضا-) الخيار لأنّه عليه

السِّلام علق ثبوت الردّ على عدم العلم بالدردي و مثله عبارة (- ية-) و (- ثر-) و محكى الجامع و (- ير-) و لكن التأميل الصّيا دق يشهد بخلافه ضرورة أنّه إذا جرت العادة بمقدار من الدردي أوجبت العادة كونه معلوما فاندراج فيما يعلم به الذي نفى عليه السلام في الزّواية الخيار فيه ثمّ أنّ التفل المعلوم وجوده في الزيت لا يوجب الردّ و لا الأرش سواء كان خارجا من العادة أو موافقا لها كما صرح بذلك جمع منهم المحقّق (- قدّه-) بل في الزّياض و كشف الظلام و غيرهما نفى الخلاف فيه و الوجه في ذلك أصالة الزّوم مضافا الى صحيح ميسر المتقدّم و الى أنّه عند الخروج عن العادة و إن كان عيبا عرفا و عادة بالضرورة لكن اقدمه عليه على علم منه منع من تحقّق خياره فيه و مثله ما لو أقدم على شرائه من غير علم منه لكنّه تصرّف بعد العلم بالحال فإنّه يسقط بذلك خياره كما هو واضح قوله طاب ثراه يثبت به الردّ و الأرش (- اه-)

قد صرح بذلك جمع كثير بل نفى وجدان الخلاف فيه في الجواهر و الأصل في ذلك صدق العيب عليه عرفا و كونه على غير أصل وضعه و طبيعته الجارية بين النّاس قوله طاب ثراه و في رواية ميسر (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه و عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن ابن ابي عمير و عليّ بن حديد جميعا عن جميل بن درّاج عن ميسر عن أبي عبد الله عليه السّلام قال قلت له رجل اشترى ذقّ زيت فوجد فيه درديا قال فقال إن كان يعلم أنّ ذلك يكون في الزيت لم يرده و ان لم يكن يعلم أنّ ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه و هي صحيحة على الأظهر لأنّ رجال السّند الى ميسر بن عبد العزيز أصحّاء و اما هو فقد وثقه عليّ بن الحسن بن فضال و روايه جميل الذي هو ممّن قام الإجماع على تصحيح ما يصحّ عنه مؤيد لذلك قوله طاب ثراه زقّ زيت يجد درديا

الزّق بالزّاي المعجمة المكسورة ثمّ القاف المشدّدة الظرف و في المصباح أنّ بعضهم يقول ظرف زيت أو قير و الدردي من الزيت و غيره ما يبقى في أسفله قاله في المجمع قوله طاب ثراه نعم في رواية الشكوني (- اه-)

قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن التّوفلي عن الشكوني عن جعفر صلوات الله و سلامه عليه قوله طاب ثراه عكّه

العكّه بتثليث العين إنيّه السّمن

قوله طاب ثراه فوجد فيها ربّا

الرّب بضمّ الزّاء المهملة ثمّ الباء الموحّدة المشدّدة دبس الرطب إذا طبخ و قبل الطبخ هو صفر قاله في المصباح و غيره قوله طاب ثراه و هذه الزّواية بظاها مناف (- اه-)

يمكن الجواب عن ذلك بعد عدم كون الرّب من الثقل في شيء بأنّ حكمه عليه السّلام بان له بمقداره سمنا لعلّه من جهة أنّ المبيع مقدار كلّى في الدّمة و المدفوع و فاء عنه فلمّا تبين كونه ناقصا و جب على البائع إكماله و اما لو كان المبيع هو الموجود الخارجى الذي في هذه العكّه على أنّه كذا فظهر ناقصا فقد سبق البحث فيه و إنّ له الخيار بين قبوله بجميع الثمن و بين فسخ البيع لأنّ ذلك من تخلف الشرط لا- من تبعض الصّيفة و لا- من بيع المعيب و لو سلّم ظهور النصّ في ذلك فلا- محيص من حمله على ذلك و نحوه لقصوره سندا عن الخروج به عن القواعد و وصفه بالصّحة كما صدر من صاحب الجواهر (- ره-) سهو من قلمه الشّريف قوله طاب ثراه نقصا في الزيت من حيث الوصف (- اه-)

(١١) كما لو كان ممتزجا بالزّيت غير ممّيز منه و كان قد أورث الكدر فيه

قوله طاب ثراه موجب للردّ أو الأرش

(١٢) إلى هنا عبارة (- ير-)

قوله طاب ثراه و ان لم يفد أا نقصا في الكم (- اه-)

(١٣) كما لو كان مميزا من الزيت منفصلا نازلا إلى أسفل الظرف مثلا

قوله طاب ثراه فيلحق بما سيجيء في الصورة الثالثة (- اه-)

(١٤) أراد بها الصورة الثالثة من صور ما لم يفد أا نقصا في الكم و هي التي يذكرها بقوله و لو باعه ما في العكّة من الزيت

ص: ١٣٠

على أنه كذا و كذا رطلا فتبين نقصه عنه (-هـ) و ذلك لأنه لما كان إطلاق شراء العكّة بمنزلة اشتراطهما كون ما في العكّة زيتا و المفروض علمهما بوزن الزيت مع العكّة الذي هو بمنزلة العلم بوزن المظروف شرعا كان ذلك ممّا يلحق بما لو باع ما في العكّة من الزيت مع اشتراطهما كون الزيت كذا و كذا رطلا فاذا ظهر ناقصا كان للمشتري تخلف الوصف أو الجزء على خلاف فتدبر

[مسألة في أن مطلق المرض من العيوب و أن بعضه يرد إلى سنة]

قوله طاب ثراه هذا هو المشهور (-هـ)

أشار بذلك الى خلاف بعضهم في بعض الأربعة فإنّ الجنون لم يخالف فيه بل و لا استشكل فيه احد و استشكل في الجذام في (- لك-) و في البرص المحقق الأردبيلي (- ره-) و خالف في القرن جمع تسمع ذكرهم إنشاء الله تعالى

قوله طاب ثراه ففي رواية علي بن أسباط (-هـ)

أشار بذلك إلى القوي الذي رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن الحسين بن محمد بن معلى بن محمد بن علي بن أسباط عن ابي الحسن الرضا عليه الاف التحية و الثناء قال سمعته يقول الخيار في الحيوان ثلثة أيام للمشتري و في غير الحيوان ان يتفرقا و احداث السنة ترد بعد السنة إلى آخر ما في المتن و الى صدر الرواية أشار الماتن بقوله في حديث خيار الثلثة يعني خيار ثلثة أيام الحيوان

قوله طاب ثراه و في رواية ابن فضال (-هـ)

قد رواها الصيّدوق (- ره-) في محكي الخصال عن محمد بن علي ماجيلويه عن محمد بن يحيى عن محمد بن احمد عن محمد بن عيسى عن ابن فضال عن ابي الحسن الثاني صلوات الله و سلامه عليه و متنها على ما في المتن

قوله طاب ثراه و في الكافي (-هـ)

رواية (- يب-) و الكافي مخالفة لرواية الخصال و ذلك ان الكليني (- ره-) رواها عن عدّه من أصحابه عن سهل بن زياد عن ابن فضال عن ابي الحسن الرضا صلوات الله و سلامه عليه قال تردّ الجارية من اربع خصال من الجنون و الجذام و البرص و القرن القرن الحدبة إلا أنّها تكون في الصيّد تدخل الظهر و تخرج الظهر و رواه في (- يب-) بإسناده عن سهل عمّن عرفت إلا أنّه قال و القرن و الحدبة لأنّها تكون في الصيّد تدخل الظهر و تخرج الظهر و رواه في (- يب-) بإسناده عن سهل عمّن عرفت إلا أنّه قال و القرن و الحدبة لأنّها تكون في الصيّد تدخل الظهر و تخرج الظهر و رواه في (- ره-) في حواشي الكافي ان ذكر الحدبة في رواية ابن فضال على تقدير رواية الكافي الظاهر أنّه تفسير للقرن و هو خلاف المعروف بين الفقهاء و اللغويين بل فسروا بأنه شيء كالسن يكون في الفرج يمنع الجماع و على رواية (- يب-) تكون معطوفة على الأربع و هو بعيد و قيل المراد به ان القرن و الحدبة مشتركان في كونهما بمعنى التوتو لكن أحدهما في الفرج و الآخر في الصدر و لا يخفى بعده و بالجملة يشكل الاعتماد على هذا التفسير هذا كلام المجلسي (- ره-) بتغيير يسير و على منواله جرى في (- ثق-)

قوله طاب ثراه و في الصحيح عن محمد بن علي (-هـ)

رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن محمد بن عبد الحميد عن محمد بن علي عن الرضا عليه الاف التحية و الثناء قال سمعته يقول يردّ المملوك إلى آخر ما في المتن و بمضمونه صحيح ابي همام المتقدم عند الكلام في إباق المملوك

قوله طاب ثراه و احتمال بعض كونه الحلبي (-هـ)

هذا البعض هو المحقق الأردبيلي (- ره-)

قوله عليه السلام هذا أول السنة (-هـ)

الظاهر ان المشار اليه بقوله عليه السلام هذا أول السنة آخر ذي القعدة حيث جعل آخر السنة ذي الحجة و (- ح-) فجعل آخر ذي

القعدة أول السنة باعتبار كونه زمان المخاطبة و صدور الرواية و مثل ذلك شائع عرفا حيث تراهم عند المثال يجعلون أول المدّة حين التكلّم و ربّما حكى عن العلّامة المجلسي (- ره-) أنّه فسّر الرواية بأنّه إذا كان البيع أول المحرّم قال لأنّه أول السنة و المراد انتهاء ذى الحجة ثمّ قال و احتمال كون سنتها كالزكاة احد عشر شهرا بعيد انتهى و أنت خير بأنّ ما ذكره من التفسير مثل ما استبعده من الاحتمال في البعد لعدم ظهور قوله و بين ذى الحجة إلّا في أولها و جعل أول السنة أول المحرّم لمجرّد كونه أول تبدل التاريخ ممّا لا وجه له فما قلناه متعيّن و الله العالم

قوله طاب ثراه و من هنا استشكل المحقّق الأردبيلي في الجذام (- اه-)

هذا سهو من قلمه الشّريف لأنّ المحقّق الأردبيلي (- ره-) أنّما استشكل في البرص دون الجذام و أمّا الجذام فالمستشكل فيه هو الشهيد الثاني (- ره-) في (- لك-) حيث قال يبقى في حكم الجذام إشكال فإنّه يوجب العتق على الثاني قهرا كما سيأتي و (- ح-) فإن كان حدوثه في السنة دليل على حدوثها قبل البيع لأنها تكمل في البدن سنة ثمّ تخرج فيكون عتقه على البائع فيكشف ظهوره عن بطلان البيع فلا يتّجه الخيار و ان عمل على الظاهر كان حدوثه في ملك المشتري موجبا لعتقه قبل ان يختار الفسخ إذ ليس له اختيار حتّى يتحقّقه و متى تحقّقه حكم بعتقه شرعا قبل الفسخ فيشكل جوازه بعد العتق و قد تقدّم نظيره ثمّ أنّه (- ره-) أجاب عن الإشكال بقوله و يمكن حلّه بأنّ الحكم بعتقه بالجذام مشروط بظهوره بالفعل كما هو ظاهر النصّ و لا يكتفى بوجوده في نفس الأمر فلا يعتق على البائع قبل بيعه لعدم ظهوره و لا بعده قبل الفسخ لعدم ملكه و عتقه عن المشتري موقوف (- أيضا-) على ظهوره و هو متأخّر عن سبب الخيار فيكون السابق مقدّما فيتخير فان فسخ عتق على البائع بعده و ان اختار الإمضاء عتق على المشتري بعده فينبغي تأمل ذلك انتهى كلامه علا مقامه و أنت خير بان كلّا من الإشكال و الجواب منظور فيه أمّا الجواب فيأتي وجه النظر فيه في كلام الماتن (- ره-) و أمّا أصل الإشكال فيه أولا- ما أشار إليه في مفتاح الكرامة و الجواهر و غيرهما من زبر الأواخر من أنّه لا إشعار في شيء من التّصوّر بأنّ الفسخ بهذه العيوب لمكان ظهور سبقها عند البائع حتّى يتّجه القول بسبق الخيار فإنّ ابن إدريس الذي هو الأصل في هذا الإشكال قال في (- ثر-) أنّ الدليل على المسئلة الإجماع و ما بنا حجة الى ما قاله شيخنا في مقنعه من أنّ أصول هذه الأمراض يتقدّم ظهورها سنة و لا يتقدّمها أكثر من ذلك لأنّ هذا يؤدّي الى بطلان البيع لأنّ البائع باع ما لا يملك لأنّ الرّقيق ينعق بالجذام من غير اختيار مالكة و أمّا الشارع حكم بأنّ الرّقيق يردّ من هذه العيوب ما لم يتصرّف فيه ما بين شرائه من سنة انتهى و ثانيا ما في (- ثق-) من أنّ الانعتاق بالجذام و نحوه أمّا هو في الملك المستقرّ الذي لا يتعقّب خيار و لا فسخ و ما نحن فيه ليس (- كك-) فإنّه مراعى بمضى السنة سالما من العيوب المذكورة إذ مع ظهورها في هذه المدّة فله ردّه فهو غير مستقرّ و ملخّص البحث ان هذه الروايات مع كثرتها و صحّة بعضها صريحه في الردّ بهذه العيوب التي من جملتها الجذام و قد اتّفتت على الردّ به على أنّ ما ذكره من الخيار في الصّورة المذكورة سيأتي إنشاء الله تعالى ما فيه و ما روى في الانعتاق بالجذام أمّا هو رواية السكوني و إن كان ظاهرهم الاتفاق على القول بها و هي تضعف عن معارضة هذه الأخبار و لو ثبتت المعارضة و المنافاة فالواجب العمل بهذه الأخبار و حمل رواية السكوني على استقرار الملك قال و بذلك يظهر ما في قوله تفريعا على ما قدّمه فان فسخ عتق على البائع بعده و اين هذا التفصيل من ظاهر الأخبار المذكورة و هي أنّما تضمّنت الردّ بظهور احد هذه العيوب خاصّة انتهى و ربّما يظهر من بعضهم تسليم الإشكال في الجملة و القول بالانعتاق و استحقاق المشتري الرّجوع على البائع بالثمن و بانفساخ العقد من رأس حينئذ من دون حاجة الى الفسخ لأنه قد تلف يعيب مضمون على البائع فهو كالعمى في الثلاثة و حينئذ فيكون المراد بالردّ في نصوص المقام الأعمّ منه و من الردّ بالخيار و قد يحتمل ان لا يكون انفساخا فله الخيار (- ح-) بين فسخ العقد و الرّجوع بالثمن و بين الإمضاء و المطالبة بالأرض لكن يجب (- ح-) عدم ملاحظة الحرّية فيقوم عبدا صحيحا و عبدا مجذوما إذ على تقدير ملاحظتها لا تبقى لها قيمة فلا جهة (- ح-) للأرض بل يتعيّن كونه انفساخا كما في كلّ عيب مذهب للمائيّة كما تبه على ذلك في الجواهر ثمّ قال و لعلّ ذلك لازم على ما ذكره في (- لك-) (- أيضا-) فيما لو منع مانع من

ص: ١٣١

ردّه من حدوث عيب و نحوه ثمّ أجذم فإنّه لا- محيص له (-ح-) عمّا ذكرنا من القول بالانفساخ قهراً أو اختيار الأرش على الطريق المذكور انتهى و أقول لا يخفى عليك إباء ظاهر الأخبار عن الانفساخ قهراً الذي التزم به البعض المذكور بل ظاهر قوله عليه السّلام رددته في الأخبار المشار إليها أنّها هو الفسخ دون الانفساخ و أو هن من ذلك جعل الردّ بمعنى الفسخ بالنسبة الى غير الجذام و بمعنى الانفساخ بالنسبة اليه و الذي يقتضيه التدبّر المقرون بالنسبة أنّها هو القول بإيجاب الجذام كالجنون الخيار لأنّ هذه الأخبار قد نطقت بالخيار بحدوث الجذام ما بين العقد و بين سنة و خبر السّكوني دلّ على إيجاب الجذام الاعتناق و إطلاقه يشمل السّنة و ما بعدها فالنسبة بينهما هي العموم من وجه فيحمل خبر السّكوني على الحدوث بعد السّنة أو يحكم بأنّ تقدّم سبب الخيار يوجب توقّف الاعتناق على إمضاء العقد و لو في غير المقام و بالجملة فرغ اليد عن الأخبار المذكورة المؤيّدّة بعمل كافّة الطائفة ممّا لا وجه له أصلاً بقى هنا شيء و هو أنّنا قد أشرنا إلى استشكال المحقّق الأردبيلي (-ره-) في البرص و لا بدّ من نقل اشكاله قال (-ره-) و في البرص اشكال لورود أنّ العهدة فيه ثلثة أيام و في رواية عبد الله بن سنان المتقدّمة في خيار الحيوان عن ابي عبد الله صلوات الله و سلامه عليه عهدة المبيع في الرّقيق ثلثة أيام إن كان بها حبل أو برص أو نحو هذا و عهده السّنة من الجنون فما بعد السّنة فليس بشيء و الظاهر أنّها صحيحة إذ ليس فيه من به شيء إلّا الحسن بن علي الوشاء الظاهر توثيقه من كتب الرّجال و لهذا قد سمّي ما هو فيه بها و الأصل أدلّة لزوم البيع يؤيّدّه و يمكن حمل غيرها على استحباب قبوله للبائع أو الثّانية على كراهة ردّه و ان جازوا و لعله اولى من الحمل الأوّل و أنسب بالعبارة و يوافق المشهور (-فت-) انتهى و أجاب عنه في (-تق-) بترجيح اخبار المقام على حسن بن سنان بالصّحّة و الكثرة و الاعتضاد باتّفاق الأصحاب على عدّ البرص هنا ثمّ احتمال كون لفظ البرص في الحسنه تحريف مرض من بعض الرّواة قال فإنّ قرب التحريف من احد هذين اللفظين إلى الآخر ممّا لا- ينكر انتهى و أقول ما ذكره من رجحان اخبار المقام على الحسنه في غاية المتانة بناء على المعارضه و ربّما يمكن منع المعارضه من أصلها نظراً أنّ المراد بالخبل و البرص و نحوهما في الموثقة أنّها هو السّابق كما يشهد به التعبير بكان و المقارنه بالخبل الغير المتبيّن في ثلثة أيام فمورد الحسنه أنّها هو ثبوت الخيار بالبرص السّابق على العقد إذا علم به قبل انقضاء الثّلاثة و لا تعرّض في ذلك لحال البرص الحادث بعد العقد أو بعدها إلى سنة فتبقى اخبار المسئلة عن المعارض سليمة

قوله طاب ثراه و ليس التعارض من باب المطلق و المقيد (-اه-)

بل هو من باب السّكوت و البيان كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و فيه انّ ظاهر هذه الأخبار (-اه-)

حاصل هذا الإيراد إفساد مبناه اعنى تأخّر ظهور الجذام عن سبب الخيار و وجه الفساد أنّ سبب الخيار ليس إلّا ظهور الجذام و ليس شيئاً آخر متقدّماً عليه كي يتمشّى ما ذكره الموجّه من تأخّر العتق عن الظهور المتأخّر عن سبب الخيار بل سبب الخيار و سبب الاعتناق كلاهما ظهور الجذام و توهم أنّ سبب الخيار أنّها هو العقد و سبب الاعتناق هو ظهور الخيار ساقط لأنّ السّبب عبارة عمّا استند اليه المسبّب و الخيار غير مستند الى العقد بل الى ظهور الجذام كما لا يخفى و قد لوح الى ما ذكرنا في مفتاح الكرامه بقوله بعد نقل جواب (-لك-) قد تأملنا ذلك فلم نعرف الوجه الوجيه في تأخّر ظهوره عن سبب الخيار إذ الظاهر أنّ سبب الخيار ظهور احد هذه الخصال كما يظهر من الأخبار منتهى و سبقه الى ذلك صاحب (-تق-) (-ره-)

قوله طاب ثراه لعدم قيام المال بعينه (-اه-)

أشار بذلك الى الضّابط المستفاد من مرسله جميل المتقدّمة في الثّاني من مسقطات هذا الخيار و هو التصرف

قوله طاب ثراه و الإجماع المدعى في (-ثر-) و الغنيّه (-اه-)

قد نسب جواز ردّ الرّقيق من الجنون و الجذام و البرص الحادثه بين العقد و بين سنة الى أصحابنا تارة و ادعى الإجماع عليه اخرى و

نسبه الى الشارع ثالثة و ادعى فى الغنية الإجماع على ان الرقيق عبدا كان أو امه يردّ من الثلاثة المذكورة الحادثة إلى مدّة سنة إذا لم يمنع من الردّ مانع

قوله طاب ثراه ثمّ أنّ زيادة القرن ليس فى كلام الأكثر (- اه-)

بل وقع الاقتصار فى غالب كلماتهم منها المقنعة و (- ية-) و الوسيلة و (- شاد-) و غيرها على ذكر الثلاثة الأوّل و لكن حكى القول بكون ذلك من احداث السّنة عن الإسكافى و الشهيد (- ره-) فى (- س-) و ابن سعيد فى الجامع و حجّتهم مستفيض الأخبار مثل خبر علىّ بن أسباط و خبرى ابن فضال المتقدّمة و بها يرفع اليد عن حجّة المنكر و هو أصالة اللّزوم بعد خلوّ صحیحة أبى همام عنه مع وروده فى مقام التهديد و الضّبط لهذه الأمور فإنّ الأصل ينقطع بالتّصوص المشار إليها و خلوّ صحیح ابى همام لا يضّرّ بعد وجوده فى المستفیضة فإنّ الصّحیحة (- ح-) ساكنة و المستفیضة ناطقة به و النّاطق مقدّم على السّاکت و لا يضّرّ عدم نفاء سند المستفیضة بعد تجاير بعضها ببعض بل فى مجمع الفائدة أنّ المظنون كون محمّد بن على هو الحلبي فيصحّ السّند قلت مضافا الى وجود القرن فى الصّحیحة (- أيضا-) على رواية الشيخ (- ره-) فى محكى (- يب-)

قوله طاب ثراه ثمّ أنّ ظاهر إطلاق الأخبار (- اه-)

قلت يظهر من الأصحاب فى سقوط خيار احداث السنة بالتصرّف أقوال أحدها سقوط الردّ بمطلق التصرّف و ثبوت الأرش و هو خيرة (- ثر-) و (- عد-) و (- شاد-) و (- لك-) و محكى (- س-) و ظاهر (- مع صد-) و غيرها و الأصل فى ذلك إطلاق ما دلّ على سقوط الخيار بالتصرّف بل فى (- ثر-) هنا دعوى الإجماع على السّيقوط و حيث أنّ كلامه قد تضمّن نكتا لطيفة أجبته إيراد برمته قال (- ره-) بعد التفرقة بين العيوب بثبوت الخيار بالحادث بعد العقد من الثلاثة دون غيرها من العيوب و التعلّق فى ذلك بالإجماع ما لفظه و لئن خطر بالبال و قيل الفرق بينها و بين غيرها من العيوب هو أنّ غيرها من العيوب بعد التصرّف ليس للمشتري الردّ و العيوب الثلاثة له الردّ بعد التصرّف فافتقرت هذه العيوب من هذا الوجه الّذى ذكرتموه قلنا له هذا خلاف إجماع أصحابنا و مناف لأصول المذهب لأنّ الإجماع حاصل على أنّ بعد التصرّف فى المبيع يسقط الردّ بغير خلاف بينهم و الأصول مبنيّة مستقرّة على هذا الحكم فان قيل فما بقى لاستثنائهم العيوب الثلثة و أنّما تردّ بها الرّقيق ما بين الشّراء و بين سنة معنى و لا فائدة قلنا الفائدة و المعنى هو الوجه الّذى قدّمناه ليسلم هذا الإجماع و الأصول الممهّدة لأنّ الكلام و الأخبار فى الردّ إلى سنة من الثلاثة العيوب مطلق لم يذكر فيه تصرّف او لم يتصرّف و الشارع إذا خاطبنا بخطاب مطلق يجب علينا ان نحمله على إطلاقه و عمومه ألا ان يكون تخصيص و تقييد لغوى أو عرفى أو شرعى فيرجع فى إطلاقه إليه لأنّ المطلق يحمل على المقيّد إذا كان الجنس واحدا و العين واحدة و الحكم واحد كما قال الله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَ الدَّمُ وَ لَحْمُ الْخِنْزِيرِ فاذا سئلنا عن دم السّيمك هل هو نجس أم لا فجوابنا بأجمعنا أنّه ظاهر فان استدلّ عليها بالآية المتقدّمة التّى أطلق

ص: ١٣٢

الدّم فيها و دم السيمك دم غير خلاف قلنا فقد قال الله تعالى في أية أخرى أو دماً مشفوحاً فقيده بالسيفح و دم السيمك غير مسفوح فيجب ان يحمل المطلق على المقيّد لأنه حكم واحد و عين واحدة و جنس واحد فان قيل هذا قياس و القياس عندكم باطل قلنا معاذ الله ان يكون ذلك قياساً بل أدلة مقررّة في أصول الفقه ممهّدة عند من احكم أصول هذا الشأن و (- كك-) قد يخصّ العام بالأدلة و نحكم بالخاصّ على العامّ و أمثلة ذلك كثيرة مذكورة في مظانها انتهى ثانياً عدم سقوط الردّ هنا بالتصرّف (- مط-) و هو الذي يقتضيه إطلاق المقنعة و (- ية-) و الوسيلة و الغنية و الأصل في ذلك إطلاق الأخبار المزبورة كما أشار الى ذلك في مجمع الفائدة بقوله انّ الأخبار الدالة على الردّ هنا خالية عن قيد عدم التصرّف بل هو ظاهر الردّ مع التصرّف (- أيضاً-) لبعد عدم التصرّف سنة و لو يمثل اسقنى ماء و أغلق الباب في مملوك اشتراه للخدمة كما مرّ غير مرّة و لأنّ عدم التفصيل في مثله يفيد العموم بل نصّ في ذلك فلا يبعد استثناء هذه العيوب (- أيضاً-) من عدم جواز الردّ مع التصرّف مع أنّه قد تقدّم عدم نصّ صريح في المنع كلياً و على تقديره (- أيضاً-) يجوز التخصيص هذه الرواية و ليس تقييد هذه بعدم التصرّف بأولى من عدم تقييد تلك بعدم هذه العيوب و استثناءها منه بل الظاهر انّ هذه أولى لما تقدّم من البعد و لكن القائل به غير ظاهر و هم اعرف انتهى و ردّ بأنّه لا استبعاد في حمل الإطلاق على صورة عدم التصرّف بعد ان لم يكن جواباً للسؤال عن أمر واقع و فيه نظر يظهر وجهه إنشاء الله تعالى ثالثاً السقوط بالتصرّف المغيّر للعين أو الصّيفة دون غيره و هو ظاهر (- يع-) حيث قال هذا الحكم يثبت مع عدم الإحداث فلو أحدث ما يغيّر عينه أو صفته ثبت الأرش و سقط الردّ انتهى و اعترض في (- لك-) على المحقّق (- ره-) بقوله الأجداد انّ مطلق التصرّف مانع من الردّ كغيرها من العيوب و ان لم يوجب تعييراً انتهى و فيه ما مرّ عند الكلام في التصرّف المسقط من انّ المسقط أنّما هو التصرّف المغيّر للعين أو الصّيفة دون مطلق التصرّف و (- ح-) فأخبار الباب تقيّد بما دلّ على السقوط بالتصرّف المغيّر للعين و الصّيفة و يبقى إطلاقها بالنسبة إلى التصرّف الغير المغيّر للعين أو الصّيفة محكما و توهم انّ النسبة بين هذه الأخبار و بين ما دلّ على السقوط بالتصرّف هي العموم من وجه لشمول إطلاق هذه الأخبار لصورتى التصرّف و عدمه و شمول ما دلّ على السقوط بالتصرّف المغيّر لما إذا كان العيب من أحداث السّنة أو غيره و لا مرجح في البين مدفوع بأنّ النسبة بين جميع اخبار الردّ بالعيب و بين دليل سقوط الردّ بالتصرّف المغيّر على هذا هي العموم من وجه فتقيدهم الأدلة بالثاني يكشف عن فهمهم حكومه الثاني على الأدلة نظراً الى كون إطلاق أخبار الردّ بالعيب وارداً أمور بيان مجرد سبب العيب للردّ فلا إطلاق له يشمل صورتى التصرّف و عدمه حتّى تكون النسبة هي العموم من وجه فكذا فيما نحن فيه لا إطلاق لهذه الأخبار يشمل صورتى التصرّف المغيّر و عدمه لكنّ الإشكال من جهة أخرى هنا و هو انّ مورد ما دلّ على مانعيّة التصرّف المغيّر من الردّ انما هو العيوب المتعارفة السابقة على العقد فلا يشمل أحداث السّنة فمانعيّة التصرّف هنا لا يكون الّا للكشف عن الرضا بالتصرّف الكاشف مانع دون غيره و لا يكشف التصرّف إلّا إذا كان بعد العلم بحدوث أحد الأحداث لا قبله و على هذا فالحقّ هو التفصيل بين التصرّف السابق على حدوث شيء من العيوب الأربعة المذكورة أو اللاحق على الحدوث و السابق عن علم المشتري به و بين التصرّف الكاشف عن الرضا بعد الحدوث و العلم به بالسقوط في الأخير دون غيره أما السقوط في الأخير فواضح و أما عدم السقوط في غيره فلاستصحاب الخيار و أصالة عدم السقوط و إطلاق الأخبار بعد اختصاص دليل السقوط بالتصرّف بغيره إذ ليس الّا النصّ أو الدلالة على الرضا و لا ريب في اختصاص مورد الأول بصورة تأخر التصرّف عن العلم بالعيب بل اختصاصه بغير العيوب الأربعة و أما الثاني فاخصاصه بصورة التأخر واضح لعدم دلالة التصرّف السابق على الحدوث أو العلم بالحدوث على الرضا عرفاً بالوجدان فتدبر بقي هنا أمور متعلّقة بأحداث السّنة ينبغي التنبيه عليها الأولى انّ الظاهر كون الردّ بأحداث السّنة رخصة لا عزيمة بمعنى انّ العقد لا يفسد بذلك بل يثبت له الخيار بين الردّ و الإمساك

و الوارد في تلك الأخبار و إن كان جملة خبريّة مستعملة في الإنشاء و مقتضى ذلك الوجوب الّا انّ وقوعها موقع توهم الخطر للزوم البيع يفيد الإباحة بل لنا منع كون الجملة مستعملة في مقام الإنشاء بل هي خبريّة سيقّت لبيان مجرد استحقاق الردّ و على اى حال فلا

ينبغى التأمل فى كون المراد الخيار الثانى ان الأخبار كما ترى قد خلت عن ذكر الأرش لو اختار الإمساك عند عروض شىء من الأحداث المذكورة فى ضمن السنة بل الواقع فيها أنما هو ثبوت الرد ولا دليل على الأرش و الأصل برأيه ذمة البائع منه و ما دل على ثبوت الأرش فى العيب لو اختاره المشتري منصرف الى العيب المتعارف الحاصل قبل القبض و انقضاء خيار التلث و شموله لإحداث السنة غير معلوم و الأصل عدمه و قد جزم بما قلناه فى (- ثق-) حيث قال ان ظاهر الأصحاب هو أنه بظهور احد هذه العيوب فى ضمن السنة يتخير بين الرد و الأخذ بالأرش كما هو قضيه خيار العيب و الروايات المذكورة على كثرتها أنما تضمنت الرد خاصية و هى موافقة للروايات التى قدمنها فى خيار العيب حيث أنها أنما تضمنت الرد خاصية و اما الأرش فأنما هو فى صورة التصرف المانع من الرد انتهى و لكن ظاهر الجواهر إرسال ثبوت الأرش لو اختار الإمساك حتى قبل التصرف إرسال المسلمات و عدم الدليل عليه مع كونه على خلاف الأصل كاف فى بعده فتدبر الثالث أنه لو حدث شىء من العيوب المذكورة بعد انقضاء السنة من العقد لم يكن إشكال فى عدم ثبوت الخيار للمشتري لأصالة لزوم بعد اختصاص مورد الأخبار بالحادث فى السنة و التوقيت فيها بالسنة مضافا الى قوله عليه السلام فى صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه عند الكلام فى البرص فما بعد السنة فليس بشىء الرابع ان السنة هل هى ظرف لحدوث العيب حتى يجوز الفسخ بعدها بالعيب الحادث فيها أم لا بل هى ظرف للحدوث و الفسخ جميعا وجهان استظهر بعضهم الأول بل فى كشف الظلام استظهار اتفاق الأصحاب على ان حدوث احد هذه الأشياء فى ضمن السنة مما بين العقد و انتهاء السنة موجب للخيار فيما بعد السنة (- أيضا-) اما مطلقا أو بشرط ان لا ينافى الفورية على اختلاف الرأيين فى حكم الخيار من الفور أو التراخى و اما اخبار المسئلة فعلى أقسام فمنها ما يفيد بإطلاقه الوجه الأول مثل صحيح ابى همام حيث أطلق فيه الرد من الأحداث التى ظرفها سنة العقد و مثله خبر محمد بن على و منها ما يفيد الثانى مثل خبر ابن فضال المتقدم حيث ان قوله عليه السلام فى أربعة أشياء خيار سنة ظاهر فى كون السنة ظرفا للخيار (- أيضا-) (- فت-) و منها ما ينافى ذيله صدره مثل خبر على بن أسباط حيث قال عليه السلام فى صدره ان أحداث السنة ترد بعد السنة و قال عليه السلام فى ذيله فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم ان يرد على صاحبه الى تمام السنة من يوم اشتراه فان الصير صريح فى الوجه الأول و الذيل ظاهر فى الوجه الثانى و أنما جعلناه ظاهرا و الصير صريحا لاحتمال ان تكون الغاية فى الصير غاية لتأثير الحدوث فى الرد لا غاية لنفس الرد و (- ح-) فصراحة الصدر تحكم على ظهور الدليل و يؤيد بإطلاق صحيح ابى همام و خبر محمد بن على فيترجح بذلك الوجه الأول و يقصده باستظهار

ص: ١٣٣

الاتفاق المزبور فتدبر جيدا

[خاتمة في ذكر عيوب متفرقة]

قوله طاب ثراه خاتمة في عيوب متفرقة

قلت هناك أمور أخر عدت من العيوب لم يذكرها الماتن (- ره-) ولا بأس بالتعرض لها فمنها ظهور المملوك المشتري خنتى فان ذلك عيب قطعاً لصدق المعيوب عليه عرفاً مضافاً الى دلالة الضابط المزبور عليه ومنها التخنيث وقد ادعى في (- ط-) الإجماع على كونه عيباً وهو على ما في الصيحاء والقاموس والمصباح الثنى والانعطاف واللين وعن المازنى ان المخنث الذى تشبه بالنساء فى اطلاقهن وكلامهن وحركاتهن وحكى نحوه عن الشهيد (- ره-) فى الحواشى وحكى عن العياذ ذلك مع زيادة ان ذلك اما خلقه أو تصنعاً من الفسقة وفى (- مع صد-) انه الممكن من نفسه قلت هو على التفسير الأخير عيب جزماً إذا كان ذلك عادة له لحكم العرف بكونه عيباً لكن فى مفتاح الكرامة نفى وجدان من فسره بذلك من الفقهاء وأهل اللغة قال وفى (- كره-) مخنثاً أو ممكناً من نفسه فعطف بأو الدال على المغايرة انتهى واما على التفاسير الأخر فلا ينطبق عليه الضابط المزبور و (- ح-) فان حكم العرف بكونه عيباً واما كان للنظر مجال ومنها الجهر وهو مرض فى العين أثره عدم البصر فى الشمس والعشاء وهو سواء البصر بالليل أو عدم البصر أصلاً والخفش وهو صغر العينين مع ضعف البصر والحفظ وهو خروج مقلّة العين وكون ذلك كله عيوباً ممّا لا اشكال فيه بعد قضاء العرف بذلك ومنها الجب وهو استيصال الخصية والخضاء وهو سلّ الخصيتين وقد صرح بكون كل منهما عيباً جماعاً قاطعين به بل فى (- لك-) و ظاهر (- كره-) و (- مع صد-) الاتفاق عليه وكفانا فى ذلك حكم العرف بذلك مضافاً الى انطباق الضابط المنصوص عليه من غير فرق بين إيجابهما نقص القيمة أم لا- لما مرّ من عدم الدليل على تخصيص التقيصه والزيادة بالمنقصتين للمالئيه ولزم ذلك ثبوت كل من الأرش والردّ فى ذلك وقد مرّ بعض الكلام فيه ونقل وجهين آخرين فيه وعرفت ان نظر من منع من ثبوت حكم العيب عليه من الردّ والأرش الى ما بنى عليه من اعتبار إيجاب نقص المالئيه فى الزيادة والنقص المثبتين للعب وفيه أولاً ما مرّ من منع اعتبار ذلك و ثانياً ما فى مفتاح الكرامة من منع عدم نقص المالئيه بهما قال (- ره-) لا ريب فى نقص قيمة المجبوب والخصي عند التجار وأصحاب الأشغال لعجزهما عن أكثر أفعال الفحول من نسل وغيره واما يرغب إليهما بعض افراد الناس كالحكام والسلاطين لرؤيه نساين ودخولهما عليهن وهذا نفع ألقى الشارع منفعته وجعل ذلك النقصان وما ترتب عليه حراماً لأنّ حرمة الخضاء فى الآدمى محلّ وفاق وفى غير الآدمى ظاهر نهايه الأحكام الإجماع عليه حيث قال منع علمائنا من خضاء الحيوان والذى وجدناه قائلاً بالمنع فى غير الآدمى أنّما هو القاضى والتقى والمصرّحون بالجواز من المتأخرين كثيرون واما حرمة ما ترتب على ذلك اعنى نظر الخصي إلى مالكته فقد حكى عليها الإجماع فى (- ف-) و ظاهر فقه القرآن ولم نجد مخالفاً قبل (- المصنف-) (- ره-) فى (- لف-) فقد اتضح أنّهما ناقضان نقصاً مالئياً الى ان قال ومنه يعرف الحال فى الخصي غير الآدمى على انه لا يجزى فى الزكاة ولا فى الهدى ولا الأضحيه انتهى لكن الإنصاف عدم نقص المالئيه فيهما لأنّ حرمة الفعل و حرمة ما يترتب عليه لا يقتضى مقصده بعد كون القيمة بيد الناس و زيادة قيمة المملوك بالجبّ والخضاء عندهم بالوجدان والأمر فى غير الآدمى أوضح فالأولى ما قلناه من منع اختصاص الزيادة والتقيصه بالمنقصتين للمالئيه فلا تذهل ومنها استحقاق القتل فى الردّة أو القصاص والقطع بالسريقة والجنايه والاستسعاء فى الدين ويتصور الاستسعاء فى الدين كما فى مفتاح الكرامة فيما إذا استدان بغير اذن مولاه على قول بعض الأصحاب وفيما إذا أفسد العبد مالاً لاخر فضمنه المولى فى بيعه وعلى أى حال فقد صرح بكون ذلك عيباً جماعاً بل فى (- كره-) الإجماع عليه صريحاً ولعلّ الأصل فى ذلك قضاء العرف بذلك لكونه فى معرض التلف و أى عيب أعظم من ذلك ومنها

كون الضيعة منزل الجنود و ثقيل الخراج عدّهما في (- كره-) من العيوب و لعلّ ذلك لأنّهما يقللان الرغبات و ينقصان المائيّة و فيه تأمل نعم لو صدق عليه العيب عرفا اتجه ذلك و قد يقال انه لا فرق في الخراج بين

أخذه بظلم أو غيره و المراد بثقله ان يكون فوق المعتاد في أمثال ذلك و في (- مع صد-) انّ مثله ما إذا صار للظلمة عليها سبيل خارج عن العادة و لو بمزّة و عن بعض العامّة إلحاق ما لو كان الى جانبها قصّار يؤذى بصوت الدقّ و يززع الأبنية و فيه خفاء و منها بول الكبير على الفراش عبدا كان أو امه و قد صرّح بكونه عيبا جماعه بل في الجواهر أنّه المشهور و في (- كره-) أنّه عيب عندنا و الأصل في ذلك كونه مرضا و قد مرّ الإجماع على كون المرض عيبا مضافا الى قضاء العرف بكونه عيبا و لكن خالف في ذلك الشيخ (- ره-) و القاضي قال في (- ف-) إذا كان العبد يبول في الفراش لا يثبت فيه الخيار سواء كان صغيرا أو كبيرا و قال الشافعي يثبت الخيار في الكبير دون الصغير و قال أبو حنيفة يثبت في الجارية دون العبد دليلنا ما قلناه من أنّه لا دليل على أنّ ذلك عيب يوجب الردّ انتهى و أقول أيّ دليل امتن من حكم العرف بكونه عيبا نعم ما افتى به أبو حنيفة من التفرقة بين العبد و الأمة بناء على استحساناته في غاية السقوط كسقوط ما عن بعض الشافعيّة من تحديد الصغر الغير المحدود معه البول على الفراش عيبا بسبع سنين بل المرجع في ذلك العرف و لعلّ التحديد للكشف عنه لكنّه غير مطّرد كما لا يخفى و منها الزنا و السرقة و في ذلك وجوه أحدها كون كلّ منهما عيبا (- مط-) صرّح به في (- مع صد-) و هو قضيه إطلاق محكي (- ير-) و الجامع و (- س-) و في (- ط-) أنّه إذا وجدته سارقا كان له الخيار إجماعا انتهى ثانيها عدم كون ذلك عيبا و به صرّح في (- ف-) بالنسبة إلى الزنا حيث قال إذا اشترى عبدا أو امه فوجدتهما زانين لم يكن له الخيار و قال الشافعي له الخيار و قال أبو حنيفة في الجارية له الخيار و في العبد لا خيار له دليلنا ما قلناه في المسئلة الأولى سواء انتهى و أراد بما قاله أصالة صحّة العقد و عدم الدليل على ثبوت الخيار ثالثها التفصيل بين الاعتياد و عدمه بكونهما عيين على الأول دون الثاني و هو صريح (- عد-) و ربّما نسب في (- كره-) الوجه الأوّل إلينا و هو الّذي رجّحه في (- مع صد-) حيث قال ظني أنّ الاعتياد غير شرط لأنّ الإقدام على القبيح مرّة يوجب الجريه عليه و يصير للشيطان عليه سبيل و لترتب وجوب الحدّ الذي لا يؤمن معه الهلاك عليها و على هذا يكون شرب الخمر و التبيذ عيبا كما في (- ير-) و (- س-) و قد مال في (- كره-) الى عدمه انتهى و أقول أنّ الضابط المنصوص ساكت في المقام فينحصر الأمر في العرف و الظاهر صدق العيب عرفا على اعتياد شيء من المحرّمات و أمّا المرّة الواحدة فصدق العيب عليها مشكل و أصالة اللزوم محكمه و قد يحمل إطلاق (- ف-) عدم كونه عيبا على صورة عدم الاعتياد و أمّا ما قد يستأنس به لكون ارتكاب الكبيرة عيبا (- مط-) من أنّه يقتل صاحبها في الثالثة أو الرابعة ففيه أنّ القتل في الثالثة أو الرابعة لا يجعل المرّة الأولى عيبا بل يكون العيب فعله ثالثا أو رابعا مع معلوميته وقوع الحدّ عليه و أمّا بناء على عدم شرعيته إجراء الحدود في زمان الغيبة أو شرعيته و القطع بعدم وقوعه فلا يكون عيبا في المرّة الثالثة و الرابعة (- أيضا-) ثمّ على القول الأوّل و الثالث لو حصلت التوبة الخالصة المعلوم صدقها ففي زوال الحكم بالخيار وجهان من زوال سببه و من استصحاب ثبوته و ربّما علّل الزوال في مفتاح الكرامة

ص: ١٣٤

بأنه إذا ثبتت التوبة الصادقة كما فرض انتفى الفسق و ثبتت العدالة الموجبة للإمامة و قبول الشهادة فأى عيب يبقى بعد ذلك و فيه نظر و ربما فصل كاشف الظلام بأنه إن كانت التوبة متحققة قبل العلم و لم يعلمها إلا بعده فالظاهر أنه يزول معها الخيار و ان تحققت بعده فالظاهر بقاء الخيار و أنت خير بأنه تفصيل بين محل النزاع و الخارج عن حريمه إذ فى صورة حصول التوبة قبل العلم لا سبب للخيار من رأس حتى يصح دعوى زوال الخيار بالتوبة و الكل متفقون (-ح-) على عدم ثبوت الخيار فيكون مرجع التفصيل الى اختيار بقاء الخيار كما لا يخفى و منها البخر و الذفر و الصنان اعنى التتن أو رائحة الإبط و فى كون ذلك عيبا ووجه أحدها كونه عيبا (- مط-) و هو مقتضى إطلاق محكى الجامع و القاضى و الحلى و العلامة فى (- كره-) و (- ير-) و الشهيد (- ره-) فى محكى (- س-) و غيرهم ثانيها كونه عيبا إذا لم يكن قابلا للعلاج و هو صريح (- عد-) ثالثها كونه عيبا فى الجارية دون العبد لكن يثبت به الخيار فيه لأنه خارج عن الأمر الطبيعى كالعيب و هو خيرة العلامة فى (- لف-) رابعها نفي كون ذلك عيبا و هو المحكى عن (- ف-) و (- ط-) و قد يقال ان عموم ما دل على ان نقصان الوصف كالعين بالنسبة إلى أصل الخلقه و الخروج عن الأمر الطبيعى يقوى الوجه الأول و ان إطلاق الشيخ (- ره-) عدم كونه عيبا مبنى على ارادة النجر الناشى من صفرة الأسنان الزائلة بالاستياك و نحوه دون ما يكون عن خلل فى المعدة فإنه عيب فى الأمة بلا ريب و فى العبد على الظاهر لكونه من الخروج عما يقتضيه أصل الطبيعة و التقيد بعدم قبوله للعلاج لا وجه له لأن جملة من العيوب كالامراض و نحوها قابلة للعلاج و لم يقيدوا كونها عيبا بعدم القبول للعلاج إلا ان يكون المراد بالقبول للعلاج الزوال بسرعة و سهولة لا- ما يحتاج الى الدواء و طول العناء و (- ح-) يكون البخر الغير المعدود من العيوب العارض من وسخ الأسنان و تخيل كون العارض الزائل بسرعة (- أيضا-) عيبا نظرا إلى أنه قد يسار العبد و يكلمه فيؤذيه ساقط و الأولى إحالة ذلك كله الى العرف لأنه المرجح فى أمثال المقام و لاختلافه بالنظر الى الموارد فقد يعدون البخر العارض الزائل فى مملوك عيبا و قد لا- يعد الثابت فى آخر من العيوب و منها العسر و هو العمل باليسار مع ضعف اليمنى عكس المعتاد و قد صرح بكونه عيبا فى (- مع صد-) و محكى (- ير-) و (- س-) و استشكل فيه فى (- عد-) و توقّف فى (- كره-) و الإيضاح من خروجه عن مجرى الطبيعى فكان كخلو الركب عن الشعر و من حصول المنافع المقصودة من اليمين و كون ذلك من الخروج عن مجرى الطبيعى ممنوع فتحكم أصالة اللزوم إلا ان يحكم العرف بكونه عيبا فيتبع و منها الحمق البين فقد قيل بكونه عيبا و هو غير بعيد للنقص عن مجرى الطبيعى للغالب و منها الاستحاضة فقد قيل بكونها عيبا لكونها مرضا و فيه تأمل و منها نجاسة ما يحتاج تطهيره الى مئونة أو منقضا للعين فقد عد ذلك من العيوب و منها كثرة السه و النسيان للخروج عن مجرى الطبيعى و منها الشلل و الخرس و البكم و فقد احد الحواس و كونه ذا قروح أو أثليل أو بهق أو كونه أبيض الشعر فى غير أوانه و نحو ذلك لكون جملة منها خروجا عن المجرى الطبيعى و جملة أخرى من المرض

قوله طاب ثراه قال فى (- كره-) ان الكفر ليس عيب (- اه-)

قد صرح بعدم كونه عيبا فى (- ط-) و (- عد-) و محكى الجامع و (- ير-) و موضع من المهذب (- أيضا-) بل فى (- لف-) أنه المشهور للأصل بعد عدم خروجه بذلك عن الطبيعة الأصلية و خالف فى ذلك الإسكافى فحكم فيما حكى عنه بكونه عيبا و هو المحكى عن الشيخ (- ره-) و موضع آخر من المهذب و عن الشهيد (- ره-) فى (- س-) و الحواشى تقوية ذلك و فى (- لف-) أنه غير بعيد عن الصواب لأنه نقص فى التصرف إذ لا يتمكن من عتقه و لا و طئه و لا تزويجه بالمسلمة و استشكل فى ذلك فى (- مع صد-) من أنه ليس خارجا عن مجرى الطبيعى و من ان قوله عليه السلام كل مولود فإنه يولد على الفطرة يدل على خروجه عنه و فيه منع دلالة قوله عليه السلام على كون مجرى الطبيعة الإسلام ثم ان محل النزاع انما هو الكفر الذى يقرا اهله عليه فمثل الارتداد الموجب لهدر الدم عيب قطعاً لكونه فى معرض التلف و كذا محل البحث ما إذا لم يشترط الإسلام و لما ثبت بتخلفه الخيار دون الأرش لاختصاصه بالعيب و مثل الاشتراط ما إذا اقتضاه إطلاق العقد و لعله الى ذلك ينظر تقوية الماتن (- ره-) كونه موجبا للرد فى

غير المجلوب مع تصريحه بعدم كونه عيبا و عدم ثبوت الأرش

قوله طاب ثراه و ذكر في (- كره-) ان الصيام و الإحرام (- اه-)

قد صرح بذلك في (- عد-) و (- س-) و (- ير-) (- أيضا-) لفقد الضابط و قد خالف في ذلك الشهيد (- ره-) في محكي الحواشي فعدها من العيوب و لعله التخيل كونها كحصى اليوم و فضل في موضع آخر من (- كره-) بأن الأمة لو ظهرت معتدة فإن كان زمان العدة قصيرا جدا فلا خيار له لأنه لا يعد عيبا و لا ينقص المائيه و لا الانتفاع به و إن كان طويلا احتمل ثبوت الخيار لتفويته منفعة البضع بهذه المدة فكان كالمبيع لو ظهر مستأجرا و قال ان استعقب فسخ التزويج عده كان التزويج و الأ فلا انتهى قوله طاب ثراه أو ولد زناء (- اه-)

قد عد كون المملوك و ولد زناء من العيوب في (- س-) و احتمل في محكي الحواشي كونه عيبا في الجارية لحصول النقص في نسب الولد و تطرق ضعف في اعتقاده لما ورد من ان ولد الزنا لا ينجب و أنه لا بطهر إلى سبعة أبطن و ضعفه الكركي بأن المقصود من الجارية المائيه لا الاستيلاء و ليس هذا بخارج عن مجرى الطبيعي قوله طاب ثراه أو زهيدا

قال في المصباح المنير زهد في الشيء و زهد عنه (- أيضا-) زهدا و زهادة بمعنى تركه و اعرض عنه فهو زاهد و الجمع زهاد و يقال للمبالغة زهيد بكسر الزاء و تثقيل الهاء الى هنا فلتحتم هذا المجلد حامدا مصليا و قد انتهى الحال بي إلى هنا في الثلث الأخير من ليلة السبت التاسع و العشرين من شهر شعبان المعظم من شهر سنة ألف و ثلثمائة و ثلث و عشرين مع ضيق الحال و تشتت البال و اختلال الخيال بسبب عوارض الدهر الخوان التي أعظمها فقد الأبوين قدس سرهما و كثرة الدين فمن وجد فيه خللا فليصلحه قربة الى الله تعالى و ليعذرني لأنى كنت و الحمد لله تعالى على كل حال لو كان غيرى عليها لملم و عجز عن تحرير صفحته واحده و الحمد لله تعالى على كل حال و الصلوة و السلام على النبي و الآل و يأتى إنشاء الله (- تعالى-) الكلام فى المجلد اللآحق فى الأرش مستعينا من خالق العرش و الحمد لله رب العالمين و الصلوة و السلام على محمد و إله الطيبين الطاهرين

ص: ١٣٥

[في الأرش و تعريفه]

إشارة

القول في الأرش

بسم الله الرحمن الرحيم و به نستعين الحمد لله على جزيل نعمه و الصي لموه و السيلام على أشرف رسله محمّد و إله المشتقين من نوره سيما ابن عمّه و صهره و خليفته و الرحمه و الرضوان على فقهاينا و رواه أحاديثنا و مشايخنا الحافظين لشرعه و طريقته و بعد فيقول العبد المفتقر إلى رحمه الله الغني عبد الله المامقاني عفى عنه ربّه ابن الشيخ (- قدّه-) أنّ هذا هو المجلد الثاني من تعليقنا على خيارات الشيخ المحقق الأنصاري قدس الله نفسه الزكية المسمى بنهاية المقال في تكمله غاية الآمال و فّقنا الله تعالى لإتمامه و نفعنا به و سائر إخواننا المؤمنين إنّه لطيف بعباده قادر على إنفاذ مراده

قال الشيخ الإمام الماتن أنار الله تعالى برهانه و أعلى في التروضات مقرّه و مقامه القول في الأرش و هو لغه كما في الصي حاح و عن المصباح و (- يه-) (- اه-)

قال في الصي حاح الأرش ديه الجراحات انتهى و قال في المصباح المنير أرش الجراحة ديتها و الجمع أروش مثل فلس و فلوس و أصله الفساد يقال أرشت بين القوم إذا أفسدت ثم استعمل في نقصان الأعيان لأنه فساد فيها انتهى و قال في النهاية الأثيرية قد تكرر فيه اى في الحديث ذكر الأرش المشروع في الحكومات و هو الذي يأخذه المشتري من البائع إذا أطلع على عيب في المبيع و أروش الجنايات و الجراحات من ذلك لأنهما جابره لهما عما حصل فيها من النقص انتهى و أقول أنّ ظاهر عبارة الصي حاح أنّ الأرش حقيقة في ديه الجراحات و لازمه كونه مجازا في غيرها و ظاهر عبارة المصباح كونه حقيقة في الفساد و أنّ ديه الجراحات و تفاوت ما بين القيمتين و نحوهما من مصاديقه فيكون من الاشتراك و ظاهر عبارة (- يه-) عكس عبارة الصي حاح اعنى كونه حقيقة في أرش العين مجازا في أرش الجراحات و الجنايات أو مشتركا بينهما فكلماتهم هنا مضطربة

قوله طاب ثراه و عن القاموس أنّه الدية (- اه-)

قال في تاج العروس مازجا بالقاموس ما لفظه الأرش الدية اى ديه الجراحات سمى أرشا لأنه من أسباب النزاع و قيل أنّ أصله الهرش نقله ابن فارس الى ان قال و قال أبو منصور أصل الأرش الخدش ثم يقال لما يؤخذ ديه لها أرش و أهل الحجاز يسمونه النذر الى ان قال و الأرش طلب الأرش و قد أرش الرجل كعنى طالب بأرش الجراحة قال الصاغانى و عن ابى نهشل الأرش الرشوة رواه عنه شمر و لم يعرفه في أرش الجراحات و قد تكرر ذكر الأرش المشروع في الحكومات و هو ما نقص العيب من الثوب سمى بذلك لأنه سبب للأرش و الخصومه و النزاع يقال بينهما أرش اى اختلاف و خصومه و قال القتيبي الأرش ما يدفع بين السيلامه و العيب في السيلعه لأنّ المبتاع للثوب على أنّه صحيح إذا وقف فيه على خرق أو عيب وقع بينه و بين البائع أرش اى خصومه و اختلاف و هو من الأرش بمعنى الإغراء تقول أرشت بين الرجلين إذا أغريت أحدهما بالآخر و أوقعت بينهما الشرّ فسمى ما نقص من الثوب أرشا إذا كان سببا للأرش و الأرش الإعطاء و قد أرشه أرشا أعطاه أرش الجراحة انتهى فتدبر جيدا

قوله طاب ثراه منها ما نحن فيه (- اه-)

أراد (- ره-) بما نحن فيه ما صدر من الفقهاء (- رض-) في تفسير اللفظ قال في (- عد-) الأرش جزء من الثمن نسبته إليه كنسبه نقص قيمه المبيع عن الصي حاح انتهى و قال في مفتاح الكرامه أنّه قصد بذلك الرد على بعض الجمهور حيث قالوا هو نقص قيمه المعيب و قد يظهر ذلك من على بن بابويه و الصدوق فورد عليهم أنّه لو كان (- كك-) لزم أخذ الثمن و المثلن و قد نهى عنه النبي

صلى الله عليه وآله بقوله لا- يجمع بين العوض و المعوض لوحد انتهى ثم أنه قد صرح جمع كثير من الأصحاب بأن طريق معرفة الأرش و أخذه ان يقوم المبيع صحيحا تارة و معيبا اخرى و ينظر فى نسبة النقيصة من القيمة و يأخذ من الثمن بتلك النسبة فلو اشتراه بمائة ثم ظهر معيبا و قوم صحيحا بثمانين و معيبا بأربعين أخذ البائع نصف الثمن و هو خمسون لأن نسبة الأربعين إلى الثمانين على النصف و لو اشتراه بخمسين و قوم صحيحا بمائة و معيبا بخمسين استرد من الثمن بنسبة الخمسين إلى المائة و هو النصف فيؤخذ فى المثال خمس و عشرون لا الخمسون و الوجه فى ذلك ظاهر ضرورة ان الذى فات عليه بسبب العيب إنما هو نسبة ما بين القيمتين من الثمن و لكن ربما يظهر من جملة من عبائر القدماء (- قدهم-) ان المأخوذ تفاوت ما بين القيمتين (- مط-) من دون نسبة الى الثمن قال فى المقنعة يقوم الشيء صحيحا و يقوم معيبا و يرجع الى البائع بقدر ما بين الثمنين انتهى و نحوه ما فى (- ية-) و ما حكى عن والد الصيديق (- ره-) و لعله الى رد هؤلاء أورد الجمهور الموافقين لهم فى ذلك أشار الحلبي (- ره-) بقوله فى (- ثر-) هذا مما يغلط فيه بعض الفقهاء فيوجبون الأرش بين القيمتين و العجب من الشيخ (- ره-) أنه مع توضيحه الحال فى (- ط-) و بيان فساد هذا القول كيف اختار فى (- ية-) ذلك قال فى (- ط-) و طريق ذلك يعنى الأرش ان تقوم الجارية صحيحة فإذا كانت تساوى ألفا ثم قومت معيبة فاذا قيل تسعمائة فقد علمنا أنه نقص عشر قيمتها فيرجع بعشر ثمنها و إنما قلنا يرجع بما نقص من الثمن دون القيمة لأنه لو رجع بما نقص من القيمة لأدى الى ان يجتمع للمشتري الثمن و المثلن جميعا و هو إذا اشترى من رجل جارية تساوى ألفى درهم بألف درهم و وجد بها عيبا نقص نصف قيمتها و هو ألف درهم و حدث عنده عيب آخر يمنع من ردّها فإنه لو رجع بما نقص من العيب من القيمة لوجب ان يرجع بنصف الألفين درهم فيحصل عنده الثمن و هو ألف درهم و المثلن هذا لا يجوز و يخالف ذلك إذا غصب جارية فاقتضاها فإنه يلزمه ما نقص من قيمتها إجماعا لأنه لا يؤدى الى اجتماع البدل و المبدل انتهى و لا يخفى عليك ان ما ذكره دليلا إنما هو صغرى الدليل و اما الكبرى فمطوية لغاية وضوحها و هى ان الجمع بين الثمن و المثلن غير مشروع و كيف كان فما فى (- ية-) فاسد لما ذكر و لعل الذى دعاه الى ذلك متابعه ظاهر جملة من الأخبار مثل قوله عليه السلام فى خبر طلحة بن زيد المتقدم فى مسألة العلم بعيب الأمة المشتراه بعد وطبها تقوم و هى صحيحة و تقوم و بها الداء ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصيحة و الداء و قوله عليه السلام فى صحيح منصور و لكن يردّ عليه بقدر ما نقصها العيب و قوله عليه السلام فى صحيحة محمد بن مسلم المزبورة هناك و لكن تقوم ما بين العيب و الصيحة فيردّ و قوله عليه السلام فى خبر عبد الرحمن المتقدم هناك و ردّ البائع عليه قيمة العيب و قوله عليه السلام فى خبر محمد بن ميسر المتقدم هناك و لكن يرجع بقيمة العيب و قوله عليه السلام فى خبر النخاس المذكور هناك و (- لك-) ان تأخذ قيمة ما بين الصيحة و العيب و لكنك خير بأن الحق ما قلناه لما مرّ و (- ح-) فهذه الأخبار مع عدم صراحتها فى المخالفة اما ان تنزل كعبائر الجماعة المتقدم ذكرهم على الغالب من شراء الشيء بقيمته ليكون التفاوت بين قيمة الصيحة و قيمة العيب مساويا لما نسبة الى الثمن كنسبة قيمة الصيحة الى المعيب و اما ان يوجه الأخبار بكون المراد بردّ فضل ما بين الصيحة و الداء ردّ ما نسبة الى الثمن كنسبة قيمة الصيحة الى قيمة المعيب بقرينه أخبار آخر صراح فى كون الأرش جزء من الثمن نسبتة إليه كنسبة نقص قيمة المعيب عن الصحيح

دون تفاوت ما بين القيمتين (- مط-) و ذلك مثل قوله عليه السلام فى صحيحة عبد الله بن سنان المتقدم فى الموضع المشار اليه و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب و قوله عليه السلام

ص: ١٣٦

فى صحیحة زرارة المزبورة هناك و كان یضع له من ثمنها بقدر عیها لكن الإنصاف عدم صراحة هذين الخبرين و ما ضاهاهما (-) أيضا-) فالحمل على الغالب من مساواة الثمن للقيمة اليومية للمبيع اولى كما تبّه عليه الماتن (-) ره-)

[فى أن الضمان بعين بعض الثمن أو بمقدار منه]

قوله طاب ثراه نعم یشکل الأمر فى المقام من جهة أخرى (-) اه-)

یمكن الجواب عن هذا الإشکال بوجه آخر و هو انّ ضمان المعاوضة و إن كان یقتضى انفساخ المعاوضة بالنسبة إلى الفئات المضمون فى مقابله الا انّ الدلیل الدال على الصّحة اخرج الفرض عن تحت القاعدة

قوله طاب ثراه مع انّ ظاهر جماعه عدم تعینه منه (-) اه-)

قد صرّح جمع بعدم كون الأرش جزء من الثمن و المثلن و لذا لو نذر بیع شیء لم یف یاعطائه أرشا و لا یجرى علیه حکم العرف من اشتراط التقابض فى المجلس و نحو ذلك

قوله طاب ثراه لأصالة عدم تسلط المشتري (-) اه-)

لا یخفى علیک حكومة استصحاب السلطنة بالتقرير الآتى على أصالة عدم تسلط المشتري على شیء من الثمن

قوله طاب ثراه مضافا إلى إطلاق قوله علیه السلام فى روايتى حمّاد (-) اه-)

فیه انّ الإطلاق قد سبق لبيان حکم آخر و هو مجرد إثبات الأرش و لا تعرّض فیه لما نحن فیه بوجه

قوله طاب ثراه عدی ما یتراءى من ظاهر التعبير (-) اه-)

ربّما یخطر بالبال وجه آخر لوجوب كون التیدارك بجزء من عین الثمن بوجه آخر هو انّ ظهور العیب كاشف عن عدم لزوم البیع بالنسبة الى ذلك الجزء من الثمن بل هو مترنزل فان اختار الفسخ عاد الیه جمیع الثمن و ان اختار الإمضاء و طالبه بالأرش عاد الیه

الجزء من الثمن فكما أنه لو اختار الردّ كان له مطالبة البائع بعین الثمن إن كان باقيا لاستصحاب بقاء سلطنته علیه فى الجملة فكذا لو اختار الإمضاء و مطالبته بالأرش له مطالبة البائع بعین الجزء من الثمن للاستصحاب فتأمل

قوله طاب ثراه و استظهر المحقق الثانى (-) اه-)

قال فى (- مع صد-) فى شرح قول العلامة (-) ره-) فى (-) عد-) و لو اختلف الجنسان فله الأرش ما دام فى المجلس فان فارقاه فإن أخذ الأرش من جنس السّليم بطل فیه و ان كان مخالفا صحّ انتهى ما لفظه مقتضى الحكم الواقع فى عبارة (-) المصنف-) (-) ره-) هنا

أمور الى ان قال الثانى أنه لا یتعیّن كونه من جنسها لظاهر قوله و إن كان مخالفا و قد صرّح فى (-) یر-) بذلك ثمّ قال و یشکل بانّ الحقوق المائیة انما یرجع فیها الى التّقدین فكیف الحقّ الواجب باعتبار نقصان فى أحدهما انتهى

قوله طاب ثراه و یمکن دفع هذا الإشکال (-) اه-)

یمکن المناقشة فى هذا الدّفع بأنّه لو كان مثل ما ذكره من التّوجیه مخرجا للحقّ عن كونه مائيا للزم عدم وجود حقّ مالى أصلا إذ ما من حقّ مالى الا و یمکن تكلف مثل ما ذكره فیه

قوله طاب ثراه و على الثانى فینبغى بطلان البیع (-) اه-)

الوجه فى ذلك ظاهر ضرورة انّ العوض قد أخذ فى موضوع المعاوضة فالجمع بین الثمن و المثلن ینافیهِ فتأمل جیدا فإنّه دقیق نافع

[فى أن معرفة كيفية الأرش بمعرفة قيمته الصحيح والمعيب]

قوله طاب ثراه يعرف الأرش بمعرفة قيمته الصحيح والمعيب (-) اه-)

اعلم انهم قد ذكروا فيما هو المدار من وقت تقويم الصحيح والمعيب وجوها أحدها أنّ المدار على القيمة حال العقد اختاره الشهيدان (- رهـما-) فى (- لك-) و محكى الحواشى و المحقق الثانى و الفاضل الورع الأردبيلى (- ره-) و غيرهم نظرا الى أنّ الثمن يومئذ قابل للمبيع و هو وقت دخوله فى ملكه و وقت استحقاقه الأرض ثانيها اعتبار قيمته حين القبض و هو الذى حكاها فى محكى (- ير-) عن الشيخ (- ره-) نظرا إلى أنه يوم دخول المبيع فى ضمانه و حين استقرار الملك إذ المبيع فى معرض الانفساخ لو حصل التلف و يضعف بأن ذلك لا دخل له فى اعتبار القيمة (- ح-) مع كون استحقاق الأرض قبله و عبارة و ضحى وقت القبض أنّما يصحّ اعتباره ان لو كان الضمان حاصلًا بسبب مقارن للقبض و ما نحن فيه ليس (- كك-) ضرورة حصول الضمان للأرض بنفس العقد فى الواقع كما لا يخفى ثالثها اعتبار أقلّ الأمرين من قيمة يوم العقد و يوم القبض حكاها فى (- لك-) عن الشيخ (- ره-) و هو خيرة أكثر الشافعية كما قيل و ربما غرى فى مفتاح الكرامة إلى فخر الدين (- ره-) فى الإيضاح الميل اليه و عبارة الإيضاح لا يساعد ذلك و علل هذا الوجه فى الإيضاح بأنه المتيقن و توضيحه ما فى (- مع صد-) و غيره من أنّ القيمة إن كانت يوم البيع أقلّ فالزيادة حدثت فى ملك المشتري و لأنّ يوم البيع وقت الاستحقاق و إن كان يوم القبض أقلّ فالتقص من ضمان البائع لأنه وقت الاستقرار و يضعف بأنّ القلم لا دخل لها إذ المدار على وقت اشتغال الذمّة بالأرض و لا ريب فى أنه فى أول انات الدخول فى ملك البائع رابعها كون المدار على القيمة حال استحقاق الأرض باختياره أو بحصول المانع من الردّ احتمله فى الجواهر و جعله اولى من الاحتمالين السابقين نظرا الى أنّ ذلك الوقت هو وقت استحقاق الأرض إذ قبله كان البائع مختيرا بين الردّ و الأرض فهو غير مستحقّ على التعيين و لذا لا تشتغل به ذمّة البائع بخصوصه ألّا مع أحد الأمرين و يضعف بأنه لا منافاة بين ان يكون ذلك (- ح-) وقت الاستحقاق و كون المستحقّ هو الأرض فى زمن البيع أو غيره و عدم استحقاقه للأرض على التعيين قبل اختياره له لا يقتضى ما ذكره بعد كشف اختياره للأرض عن استحقاقه له من حين العقد فتأمل خامسها ما احتمله بعض مشايخ العصر (- قده-) من اعتبار الأقلّ من زمان البيع الى زمن الاستحقاق لخصوص الأرض لأصالة البراءة من الزائد عليه كما هو الشأن فى نظائره و لاستصحاب ملكه الثابت بالعقد بناء على أنه جزء من الثمن مع أصالة عدم تسلط المشتري على انتزاع ما زاد عليه منه و لا على مطالبته البائع بذلك الى غير ذلك من الأصول السالمة عن المعارض سادسها اعتبار الأكثر من حين البيع الى حال الاستحقاق احتمله (- أيضا-) بعض مشايخ العصر (- قده-) نظرا الى عدم العلم بتدارك العيب المضمون ألّا بذلك و فيه نظر فتأمل جديدا فرعان الأول أنّ ما ذكر من اعتبار وقت العقد أنّما هو حيث تكون القيمة وقت العقد مضبوطة معروفة و اما إذا لم تعلم القيمة فإن علم مغايرتها لوقت النزاع لم يمكن ألّا الصلح و ألّا فقد رجح الحكم بالمساواة فيهما أخذًا بأصالة عدم تغيير الحال (- فت-) الثانى انه لو كان العيب الذى يراد استعماله أرشه حادثا فى زمن الخيار مثلا بناء على استحقاق الأرض فالمتجه كما فى الجواهر ملاحظة القيمة حين حدوثه أو حال تعيين استحقاقه بالاختيار أو التصرف مثلا و أقول الحال هنا هى الحال فى العيب السابق لاتحاد المناط فى المقامين غاية ما هناك ابدال يوم البيع بيوم حدوثه و ابدال يوم القبض بيوم انقضاء الخيار فلا تذهل

قوله طاب ثراه و ان احتمل فى غير الأول الاكتفاء بالواحدة (- اه-)

هذا الاحتمال قوى إذا أورد قول الواحد الوثوق و الاطمئنان لا لما ذكره من لزوم الجرح للمنع من الشخصى منه و عدم اعتبار النوعى و لا- لاعتبار الظنّ فى مثل ذلك لعدم الدليل على اعتباره بل لعموم ما دلّ على قبول قول العادل خرج منه ما كان من قبيل الشهادة و بقى الباقي بل لنا نفى اعتبار العدالة (- أيضا-) و الاكتفاء بالوثوق من كلام غير العادل ضرورة دوران أفعال العقلاء فى أمور معاشهم مدار الوثوق و الاطمئنان مضافا الى الأصل بعد عموم ما دلّ على اعتبار قول المقوم و المميز و نحوهما

قوله طاب ثراه فى كفاية الظنّ أو الأخذ بالأقلّ وجهان (- اه-)

(١١) أظهرهما الثانى لأنّ الأصل برأيه ذمّة البائع عمّا زاد عن القدر المتيقن فانّ العلم

ص: ١٣٧

بالبراءة أنما هو يعتبر بمقدار العلم بالشغل و اشتغال ذمة البائع بما زاد عن الأقل غير معلوم فتدبر قوله طاب ثراه مسئلة لو تعارض المقومون (-ه-)

قد كنت سابقا عند مذاكرتي متن الكتاب رأيت ان كلامه (-قده-) في اختلاف المقومين و تصوير الأرش غير خال من الغموض و لتوقفه على المحاسبة يصعب افهام المبتدى كما هو حقه في مجلس المباحثه و ان ما يفهمه اليوم قد ينسأه الى الغد و يعيد السؤال فخطر في البال القاصر ان اشرح عبارته شرح المزج و أضيف إليه ما ينبغي إضافته تسهيلا للمبتدئين و تيسيرا للمدرسين و المباحثين و إذ قد آل الأمر في هذا التعليق بي إلى هنا رأيت ان أغير أسلوب الكلام و اصرف النظر إلى آخر المسئلة من التعليق و أدرج هنا الشرح المزبور ففعلت متوكلا على الله تعالى قال الماتن (-ره-)

[في تعارض المقومين و طريق تحصيل التفاوت بين القيمتين]

مسئلة لو تعارض المقومون

في قيمة المتاع المبيع المنكشف عيه الذي اختاره المشتري إمضاء العقد الواقع عليه مع الأرش فهناك احتمالات أحدها ما صدر احتمال من جمع و اليه مع مستنده أشار الماتن (-ره-) بقوله فيحتمل تقديم بينة الأقل للأصل

أى أصالة برأيه ذمة البائع عما زاد على الأقل و أصالة عدم استحقاق المشتري ما زاد على ذلك فان البيع وقع صحيحا و المتيقن أنما هو اشتغال ذمة البائع بأرش العيب في الجملة فليس عليه إلا ما علم اشتغاله به و هو الأقل و الأصل برأيه ذمته عما زاد على ذلك و عدم استحقاق المشتري للزائد و من ذلك ظهر سقوط توهم ان ذمة البائع قد اشتغلت بالأرش يقينا و اليقين بالاشتغال يستدعي اليقين بالبراءة وجه السقوط ان المعتبر أنما هو اليقين بالبراءة عن القدر الذي تعين الاشتغال به و الاشتغال بما زاد عن الأقل غير متيقن كى يعتبر اليقين بالفراغ منه كما لا يخفى على المتأمل و ثانيها تقديم

بينه الأكثر لأنها مثبتة للزيادة

و فيه ان بينة الإثبات إنما تقدم حيث كانت بينة النفي ساكتة عن الزيادة و اما إذا كانت نافية لها كما في الفرض فكلا فالأولى تعليقه باستصحاب ضمان الأرش ما لم يدفع الأ-كثر فإن الاستصحاب حاكم على أصالة البراءة المستدل بها لتقديم الأقل فتأمل و ثالثها الرجوع الى

القرعة لأنها لكل أمر مشته

ظاهرا معلوم واقعا و الحال هنا على هذا المنوال و نوقش في ذلك بما ستسمع من (-المصنف-) (-ره-) من حكومة قاعدة الجمع على قاعدة القرعة و فيه ما ستسمع إنشاء الله تعالى و رابعها

الرجوع الى الصلح لتثبت كل من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرة و المورد غير قابل للحلف لجهل كل منهما
اي كل من المتبايعين اللذين اختار كل منهما قول احد المقومين
بالواقع

فيتعين الصلح لا- يقال لا- معنى لما ارتكبه من إرجاع ضمير التثنية إلى المتبايعين لاستلزامه عدم انطباق الكلام على العنوان لأن الاختلاف أنما هو بين المقومين لا بين البائع و المشتري لأننا نقول ان استلزامه لعدم الانطباق ممنوع ضرورة أنه عند اختلاف المقومين لما كان البائع يختار بمقتضى الطبع الأقل و المشتري الأكثر فيختلفان فلذا عاد الضمير إليهما مع أنا لو أرجعنا الضمير الى البيئتين لم يصحّ تعليل كون المورد غير قابل للحلف بجهل كل منهما بالواقع بل كان اللازم تعليله بأن البيئتين لا تكلف بالحلف و ليست تلك من

وظيفتها فحيث علل بعدم القابلية للحلف علم عود الضمير الى المتبايعين و كيف كان فيرد هذا الوجه اعنى تعين الصلح أنه لا مقتضى للصلح بعد تعين قول مدعى الأقل للأصل أو لزوم الجمع مضافا الى ان عدم إمكان الحلف (- مط-) ممنوع أنه قد يكون المتدعيان من أهل الخبرة فيديعان العلم بكون القيمة ما ذكره بينه و خامسها التساقط و الرجوع الى الأصل اما لكونه مقتضى القاعدة عند تعارض الدليلين أو الأمارتين و اما لقصور دليل حجة البيئه عن صورة شمول التعارض و سادسها

تخير الحاكم لامتناع الجمع و فقد المرجح

و فيه ان الجمع ممكن و هو الوجه السابع فى المسئلة و قد تبه عليه (- المصنف-) (- ره-) بقوله

و لكن الأقوى من الكل ما عليه

الشيخ المفيد (- ره-) فى المقنعة و المحقق فى (- يع-) و (- فع-) و العلامة فى المختلف و محكى سائر كتبه و الشهيدان و المحقق الثانى و غيرهم بل نسب إلى الأصحاب تارة و الى

المعظم

أخرى

من وجوب الجمع بينهما

(١١) اى بين البيئتين

بقدر الإمكان

(١٢) لأنه عمل بالجميع فى الجملة و لا ظلم فيه على أحدهما بل هو عدل بينهما إذ لا ترجيح لأحدهما على الآخر و

لأن كلا منهما حجة شرعية يلزم العمل بها فاذا تعذر العمل به فى تمام مضمونه و جب العمل به فى بعضه

(١٣) و كون حق التعبير تأنيث الضميرين المجرورين بالباء و الضمير المضاف اليه كلمة المضمون و الضمير المضاف اليه كلمة البعض

و كيف كان

فاذا قومه أحدهما بعشرة فقد قوم كلا من نصفه المشاع بخمسة و إذا قومه الآخر بثمانية فقد قوم كلا من نصفه المشاع بأربعة فيعمل

بكل منهما فى نصف المبيع و قولاهما و إن كانا متعارضين فى النصف (- أيضا-) كالكل فيلزم بما ذكر

(١٤) من الجمع

طرح كلا القولين فى التصفين

(١٥) جميعا

الآن طرح قول كل منهما فى النصف مع العمل به فى النصف الآخر أولى فى مقام أدلة العمل بكل بينه من طرح كليهما أو إحداهما

رأسا و هذا معنى قولهم ان الجمع بين الدليلين و العمل بكل منهما و لو من وجه اولى من طرح أحدهما رأسا و لذا جعل

(١٦) الشهيد الثانى (- ره-)

فى تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة الحكم بالتصنيف فيما لو تعارضت البيئتان فى دار فى يد رجل يدعيها كل منهما

(١٧) حيث قال فى القاعدة الثامنة و التسعين أنه إذا تعارض دليلان فالعمل بهما و لو من وجه اولى من إسقاط أحدهما بالكليته لأن

الأصل فى كل واحد منهما الأعمال فيجمع بينهما بما أمكن لاستحالة الترجيح من غير مرجح و من فروع القاعدة ما إذا اوصى بعين

الى ان قال و منها ما إذا قامت البيئه بأن جميع الدار لزيد و قامت أخرى بأن جميعها لعمر و كانت فى يدهما أو لم يكن فى يد واحد

منهما فإنها تقسم بينهما انتهى ما فى تمهيد القواعد و إذا ثبت ذلك هناك كان ما نحن فيه (- كك-)

بل ما نحن فيه أولى بمراعاة هذه القاعدة من الدليلين المتعارضين فى أحكام الله تعالى لأن الأخذ بأحدهما كليته و ترك الآخر (-

كك-) فى التكاليف الشرعية الإلهية لا ينقص عن التبعض من حيث مراعاة حق الله سبحانه لرجوع الكل الى امتثال أمر الله سبحانه

بخلاف مقام التكليف بإحقاق حقوق الناس و ان فى التبعض مراعاة للجميع و لو فى الجملة و لعل هذا هو السرّ فى عدم تخير الحاكم عند تعارض أسباب حقوق الناس فى شىء من الموارد
(١٨) هذا

و

(١٩) لكن

قد يستشكل ما ذكرنا تارة بعدم التعارض بينهما عند التحقيق لأن مرجع بيّنة النفى الى عدم وصول نظرها و حدسها إلى الزيادة فيبيّنة الإثبات المدعية للزيادة سليمة
(٢٠) عن المعارض

و اخرى بأنّ الجمع فرع عدم اعتضاد احدى البيّنتين بمرجح و أصالة البراءة هنا مرجحة للبيّنة الحاكمة بالأقلّ
(٢١) فيلزم تقديمها على بيّنة الأكثر و لا وجه للجمع بين الراجح و المرجوح

و ثالثه بأنّ فى الجمع مخالفة قطعية

(٢٢) لكلّ من البيّنتين فى نصف المال

و إن كان فيه موافقة قطعية

(٢٣) لكلّ منهما فى النصف الآخر

لكن التخيير الذى لا يكون فيه ألا مخالفة احتمالية اولى منه

(٢٤) هذه هى وجوه الإشكال فى القول بالجمع بين البيّنتين

و يندفع

(٢٥) الوجه

الأول بأنّ المفروض ان بيّنة النفى تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعا و ان بذل الزائد فى مقابل المبيع سفه

(٢٦) فلا معنى لجعل البيّنة بيّنة النفى من قبيل لا ادري بل هى من قبيل ادري العدم و (-ح-) فلا تكون بيّنة الإثبات للزيادة سليمة بل مبتلاه بمعارضه بيّنة الأقلّ

و يندفع

(٢٧) الوجه

الثانى بما قرناه

(٢٨) فى مبحث التعادل و التراجيح من مباحث

الأصول من انّ الأصول الظاهرية لا تصير مرجحة للأدلة الاجتهادية

(٢٩) لأنّ الأصول ناظرة

ص: ١٣٨

إلى الظاهر و الأدلة الاجتهادية ناظرة إلى الواقع فلا نسخيه بينهما حتى يصح جعل أحدهما مرجحا للآخر

بل

أتما

تصلح

الأصول

مرجعا في المسئلة لو تساقط الدليلان من جهة ارتفاع ما هو مناط الدلالة فيهما لأجل التعارض كما في الظاهرين المتعارضين كالعالمين من وجه المطابق أحدهما للأصل

حيث يرفع اليد عنهما و يرجع الى الأصل لا أنه يرجح أحدهما بالأصل

و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل

من حيث ان إمكان الجمع بينهما يحفظهما عن التساقط

و الحاصل ان بينة الزيادة تثبت امرا مخالفا للأصل و معارضتها بالأخرى التافية لها لا توجب سقوطها بالمرّة لفقد المرجح فيجمع بين النفي و الإثبات في التصفين و يندفع

الوجه

الثالث بانّ ترجيح الموافقة الاحتمالية الغير المشتملة على الموافقة القطعية المشتملة عليها أتما هو في مقام الإطاعة و المعصية الراجعتين الى الانقياد و التجزى حيث ان ترك التجزى أولى من تحصيل العلم بالانقياد بخلاف مقام إحقاق حقوق الناس فانّ مراعاة الجميع أولى من إهمال أحدهما رأسا و ان اشتمل على اعمال الأخر إذ ليس الحق فيهما لواحد كما في حقوق الله سبحانه

ثمّ أنه لما كانت قاعدة القرعة مميّزة للواقع معيّنة للحقّ الصّحيح من البيّنيتين و كان لازم تعين الحقّ و تميّز الواقع زوال موضوع الجمع من حيث حصول الموافقة المنزلة بحكم ما نطق بكون القرعة لكلّ أمر مشكل منزلة الموافقة القطعية تصدى الماتن (- قد-ه) لتوهين القرعة هنا و إتقان الجمع فقال

انّ قاعدة الجمع حاكمه على دليل القرعة

و سبقه في هذه الدّعوى غيره و قد وقع الاحتجاج على ذلك بوجهين أحدهما ما ذكره بعضهم من انّ الجمع لما كان عملا بالدليلين كان مقدّما على العمل بالواقع لتقدّم ما هو قاعدة في تشخيص الدليل على ما هو قاعدة ظاهريّة في تشخيص الحكم الشرعي الفرعي و فيه من الضعف ما لا يخفى فإنّه لا يعقل تقدّم الدليل على الواقع فانّ الدليل انما يتبع لكشفه عن الواقع فمع إمكان تحصيله لا يبقى للرجوع الى الدليل وجه مضافا الى إمكان الإقراع بين البيّنيتين لتعيين إحداهما فيكون رجوعا الى ما يشخص الدليل بخلاف الجمع فإنّه ليس تشخيصا للدليل بل هو قاعدة ظاهريّة في مقام العمل ثانيهما ما ذكره الماتن (- ره-) بقوله

لأنّ الأمور به هو العمل بكلّ من الدليلين لا بالواقع المرّد بينهما إذ قد يكون كلاهما مخالفا للواقع

نعم لو كان انحصار الواقع فيهما ثابتا لكان للإقراع بينهما لتشخيص نفس الواقع المرّد بينهما وجه و إذ ليس فليس

فهما

اي البيّنيتين المتساويتين

سببان مؤثّران بحكم الشّارع في حقوق الناس فيجب مراعاتها و اعمال أسبابها بقدر الإمكان على النهج الذي ذكرنا من التنصيف في المبيع

و أنت خبير بما في هذا التعليل من النّظر اما أولا فلأنّه أخصّ من المدعى لإمكان العلم بعدم خروج الواقع عنهما فيتعيّن (- ح-) القرعة

لتميز الواقع و اما ثانيا فلانّ ترجيح احد البيئتين المتعارضتين بالقرعة ممّا استفاض به النصّ عن أهل البيت عليهم السّلام و ان شئت رويانا لك عدّة منها فمن تلك الجملة الحسن بمثنى المذى رواه الكليني (- ره-) عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن مثنى الحنّاط عن زرارة عن أبي جعفر عليه السّلام قال قلت له رجل شهد له رجلان بأنّ له عند رجل خمسين درهما و جاء اخران فشهدا بأنّ له عنده مائة درهم كلّهم شهدوا في موقف قال أقرع بينهم ثمّ استحلف الذين أصابهم القرعة باللّه أنّهم يشهدون بالحقّ و منها الصحيح الذي رواه هو (- ره-) بإسناده عن موسى بن القاسم و علي بن الحكم جميعا عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلم قال كان علي عليه السّلام إذا أتاه رجلان يختصمان بشهودهم عددهم سواء و عدلهم سواء أقرع بينهم على أيّهما تصير اليمين و كان يقول اللهمّ ربّ السّموات السّبع و ربّ الأرضين السّبع كان له الحقّ فادّه اليه ثمّ يجعل الحقّ للذي يصير عليه اليمين إذا حلف و منها الصحيح الذي رواه الصدوق (- ره-) بإسناده عن البيزنطي عن داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السّلام في شاهدين شهدا على أمر واحد و جاء اخران فشهدا على غير المذى شهدا الأوّلان و اختلفوا قال يقرع بينهم فأيتهم قرع عليه اليمين فهو اولى بالقضاء و منها ما رواه الكليني (- ره-) عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن فضال عن داود بن ابي يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السّلام في رجل كانت له امرأة فجاء رجل بشهود أن هذه الامرأة امرأة فلان و جاء اخران فشهدا أنّه امرية فلان فاعتدل الشهود و عدلوا فقال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو المحقّ و هو اولى بها و منها الصحيح الذي رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي قال سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن رجلين شهدا على أمر و جاء اخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا قال يقرع بينهم فأيتهم قرع فعليه اليمين و هو اولى بالحقّ و منها الموثق الذي رواه هو (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن الحسن عن ذرعة عن سماعة قال ان رجلين اختصما الى عليّ عليه السّلام في دابة فزعم كلّ واحد منهما انها نتجت على مذوده و اقام كلّ منهما بينة سواء في عدد فأقرع بينهما سهمين فعلم السهمين كلّ واحد منهما بعلامه ثمّ قال اللهمّ ربّ السموات السّبع و ربّ الأرضين السّبع و ربّ العرش العظيم عالم الغيب و الشهادة الرّحمن الرّحيم أيّهما كان صاحب الدابة و هو اولى بها فاسئلك ان تقرع و يخرج سهمه فخرج سهم أحدهما ففضى له بها الى غير ذلك من الأخبار الكثيرة المثبتة للقرعة في خصوص تقديم احدي البيئتين بها عند تعارضهما و قد عمل بها ابن ابي عقيل و لم يثبت إعراض الأصحاب عنها اعراضا موهنا لها و قد قررنا في المطارح انّ الأعراض موهن لا انّ عملهم شرط حتّى يناقش هنا بعدم تحقّق عملهم و إطلاقها بل عموم بعضها الناشى من ترك الاستفصال يشمل صورة احتمال كون الواقع مخالفا لكلتا البيئتين فسقط ما في المتن من المناقشة في القرعة باحتمال كون الواقع خارجا عنهما جميعا مع انّ جريان القرعة لا يختصّ بصورة وجود واقع يعلم مطابقه احد الطرفين له فإنّها تجرى فيما لا واقع فيه أصلا فضلا عمّا إذا كان واقع يحتمل مخالفته لطرفي الشبهة جميعا و ما تداوله في (- الروضة-) و غيرها من انّ القرعة إنّما تجرى فيما إذا اشتبه ظاهرا و كان معلوما واقعا منظور فيه ضرورة ان من جملة الموارد التي أفتوا فيها بالقرعة تعيين حصّة كلّ من الشريكين بعد قسمة المال المذى كان مشاعا بينهما مع انّ لازم الشركة المشاعة عدم تعيين شىء من العين لأحدهما واقعا (- أيضا-) ثمّ ان تمسكنا في المقام ليس بعمومات القرعة حتّى يناقش فيها بوهنها من جهة كثرة ورود التخصيص عليها الموجب لذلك الوهن توقّف العمل بها على جابر من الأصحاب و نحوه و لم يحرز العمل هنا بل مستندها هي الأخبار المزبورة الخاصّة بتعارض البيئتين فلا وجه لتركها و توهم عدم جريان تلك الأخبار في المقام من حيث كون موردها صورة إمكان اليمين بعد تعيين المرجع من البيئتين و لا يمكن الحلف هنا لعدم علم الطرفين بالواقع مدفوع أولا بأنّ جملة من الأخبار و ان ذكر

فيها اليمين الا انّ جملة أخرى مطلقة فأنخذ بالمطلقات و تؤيدها بما ذكر فيه اليمين و ثانيا على فرض تسليم اختصاصها بصورة إمكان اليمين يمكن التمسك بها في صورة إمكان اليمين بسبب كون الطرفين من أهل الخبرة و قطع كلّ منهما بصحة ما ذكرته بينة و يتمّ في صورة عدم إمكان اليمين بعدم القول بالفصل و بالجملة فلا عذر لنا في ترك تلك الأخبار و إذ قد أخذنا بها و أحرزنا بها ما يلزم الأخذ به شرعا من البيئتين لم يبق تعارض فلا يبقى للجمع موضوع هذا كلّ مضافا الى انّ ما ذكره من الجمع مستلزم لارتكاب ما هو

أبعد من الواقع فإنّ احتمال المطابقة للواقع فى كلّ من البيئتين أزيد من احتمالها فى ما تركّب

ص: ١٣٩

من الأخذ بقول كلّ منهما فى النّصف و توجيه الماتن (- ره-) للجمع بما مرّ مدفوع بأنّه و إن كان أخذنا بكلّ منهما فى النّصف أّأ أنّه بعد التأمل بالنظر الى كون المجموع مبيعا واحدا طرح للبينتين جميعا فى المجموع و بالجمله

فالقول بالترجيح بالقرعة متعين و الله العالم ثمّ انّ الماتن (- ره-) لما اختار الجمع بينهما تصدى لتوضيح الكلام فى طريق الجمع فقال انّ المعروف

بين القائلين به من الأصحاب

فى

طريق

الجمع بين البيّنات

هو

الجمع بينهما فى قيمتى الصّحيح فيؤخذ من القيمتين

اللتين ذكرهما المقومان من الطرفين

للصّحيح نصفهما

نائب عن فاعل يؤخذ

و

(- أيضا-) يؤخذ

من الثلث ثلثها و من الأربع ربعها و هكذا فى المعيب

أى يؤخذ من القيمتين المذكورتين للمعيب نصفهما و من القيم الثلث له ثلثها و من الأربع ربعها و هكذا

ثمّ

بعد ذلك

يلاحظ النسبة بين

نصف القيمتين للصّحيح

المأخوذ

(١١) قيمة

للصّحيح و بين

(١٢) نصف القيمتين للمعيب

المأخوذ

(١٣) قيمة

للمعيب و يؤخذ بتلك النسبة فإذا كان إحدى قيمتى الصّحيح اثنى عشر و الأخرى ستّة و إحدى قيمتى المعيب أربعة و الأخرى اثنين

(١٤) جمعت الاثنى عشر مع الستّة فصارت ثمانية عشر و

أخذ للصّحيح

(١٥) نصفها أعنى

التسعة

(١٦) و جمعت الأربعة و الاثنان فصارت ستة

و

(١٧) أخذ

للمعيب

(١٨) نصفها اعنى

الثلثة و

(١٩) من البيّن انّ

التفاوت

(٢٠) بين التسعة و الثلاثة

بالتلثين فيكون الأرش ثلثي الثمن

(٢١) و هذا الطريق هو الذى افاده غير واحد و نوقش فيه بأنه لا- داعى إلى النصف بل لو أخذ مجموع القيمتين من الطرفين مع الاختلاف فيهما أو ضعف الطرف الذى اتفق عليه المقومان بعد أخذ مجموع القيمتين من الطرف المختلف فيه مع الاختلاف في أحدهما و لوحظ النسبة كفى ففى المثال يجمع الاثنى عشر و الستة فتصير ثمانية عشر و يجمع الأربعة و الاثنان فتصير ستة و تلاحظ النسبة بين الستة و الثمانية عشر و التفاوت بالتلثين فلا داعى إلى تنصيف القيمتين بعد الجمع من كل من الطرفين لأن نسبة الكل الى الكل عين نسبة النصف الى النصف

و يحتمل الجمع

(٢٢) بين الصحيح و المعيب

بطريق آخر و هو ان يرجع الى البيّنة فى مقدار التفاوت

(٢٣) و ذلك بان تلاحظ النسبة بين صحيح كل منها و معيها فالتفاوت بين الاثنى عشر و الأربعة بالتلثين و كذا بين الستة و الاثنى

و يجمع بين البيّنات فيه

(٢٤) اى فى التفاوت

من غير ملاحظة القيم

(٢٥) فيؤخذ من البائع ثلثا الثمن

و هذا الطريق الثانى منسوب الى الشهيد (-رہ-) على ما فى (-الروضه-)

(٢٦) حيث قال فيها و قيل ينسب معيب كل قيمة إلى صحيحها و يجمع قدر النسبة و يؤخذ من المجتمع بنسبتها و هذا الطريق منسوب

الى المصنّف (-رہ-) انتهى ما فى (-الروضه-) و عن إيضاح النافع اختيار ذلك قائلا أنه الحقّ و ان الأول ليس بجيد انتهى

و حاصله

(٢٧) اى حاصل طريق الشهيد

قد يتحد مع طريق المشهور كما فى المثال المذكور فان التفاوت بين الصحيح و المعيب على قول كل من البيّتين بالتلثين كما ذكرنا

فى الطريق الأول و قد يختلفان كما إذا كانت إحدى قيمتى الصحيح اثنى عشر و الأخرى ثمانية و قيمة المعيب على

(٢٨) قول المقوم

الأول عشرة و على

(٢٩) قول المقوم

الثانى خمسة فعلى

(٣٠) الطريق

الأول

(٣١) المشهور تجمع قيمتا الصحيح و هما اثنا عشر و ثمانية فتصير عشرين و نصف و

يؤخذ نصف مجموع قيمتى الصحيح

(٣٢) و

اعنى

(٣٣) بنصفهما

العشرة

(٣٤) و تجمع قيمتا المعيب و هما العشرة و الخمسة فتصير خمسة عشر و نصف و

و

(٣٥) يؤخذ

نصف قيمتى المعيب و هو

(٣٦) اى نصفهما

سبعة و نصف فالتفاوت

(٣٧) بين العشرة و السبعة و نصف

بالزيع فالأرش

(٣٨) (-ح-) فالأرش

ربع الثمن

(٣٩) المسمى

اعنى ثلثه من اثنى عشر لو فرض الثمن اثنى عشر و على

(٤٠) الطريق

الثانى

(٤١) و هو طريق الشهيد (-ر-)

يؤخذ التفاوت بين الصحيح و المعيب على احدى البيتين

(٤٢) اعنى البيئة المقومة للصحيح باثنى عشر و للمعيب بعشرة

بالسدس

(٤٣) لانّ التفاوت بينهما اثنان هما سدس الاثنى عشر

و على

(٤٤) البيئة

الأخرى

(٤٥) و هى التى قومت الصحيح بثمانية و المعيب بخمسة

ثلثة أثمان

(٤٦) لأن الثمانية تزود على الخمسة بثلاثة اثمان و مجموع التفاوتين من الاثنى عشر المجمعول ثمنا ستة و نصف لأن ثلثة اثمان الاثنى عشر أربعة و نصف و ذلك لأن ثلثة اثمان الثمانية ثلثة و ثلثة اثمان الأربعة واحد و نصف و المجمعول أربعة و نصف و السدس من الاثنى عشر اثنان فإذا أضيف ذلك الى الأربعة و نصف صارت ستة و نصفاً

و ينصف المجمعول

(٤٧) مجموع التفاوتين

أعنى ستة و نصف من اثنى عشر جزءاً و يؤخذ نصفه و هو ثلثة و ربع و قد كان

(٤٨) التفاوت

فى

(٤٩) الطريق

الأول ثلثة و قد ينقص عن

(٥٠) الطريق

الأول كما إذا اتفقا على ان قيمة المعيب ستة و قال إحداهما قيمة الصحيح ثمانية و قال الأخرى عشرة فعلى

(٥١) الطريق

الأول

(٥٢) المشهور

يجمع القيمتان

(٥٣) للصحيح أعنى الثمانية و العشرة فيكون المجمعول ثمانية عشر

و يؤخذ نصفهما

(٥٤) و هى

تسعة و نسبته

(٥٥) اى نسبة التسعة و ذكر الضمير باعتبار العدد

إلى الستة

(٥٦) المجمعولة قيمة للمعيب فى قولهما جميعاً

بالثلث

(٥٧) فيؤخذ من اثنى عشر إذا كانت هى الثمن ثلثها و هى أربعة

و على

(٥٨) الطريق

الثانى

(٥٩) المنسوب الى الشهيد (- ره-)

يكون التفاوت على احد البيتين ربعاً

(٦٠) لأن الستة تنقص عن الثمانية ربع

و على

(٦١) البينة

الأخرى خمسين

(٦٢) لأن الستة تنقص عن العشرة بخميسها

فيؤخذ نصف الزرع و نصف الخمسين فيكون ثمنا و خمسا و هو ناقص عن الثلث بنصف خمس

(٦٣) لأنه إذا كان الثمن اثني عشر كان ثمنه واحدا و نصفا و خمسه اثنين و خمسين و من المعلوم ان النصف عبارة عن خمسين و

نصفا فاذا جمعنا المجموع يصير ثلثه و أربعة أخماس و نصف خمس و هو ينقص عن ثلث الاثنى عشر و هو أربعة بنصف الخمس و

توضيح هذا المقام ان الاختلاف

(٦٤) بين البيتين

اما ان يكون فى الصحيح فقط مع اتفاقهما على المعيب و اما ان يكون فى المعيب فقط

(٦٥) مع اتفاقهما على الصحيح

و اما ان يكون فيهما فان كان

(٦٦) الاختلاف بينهما

فى الصحيح فقط كما فى المثال الأخير

(٦٧) يعنى قوله و قد ينقص عن الأول كما إذا اتفقا على ان قيمة المعيب ستة و قالت إحداهما قيمة الصحيح ثمانية و قال الأخرى أنها

عشرة فعلى الطريق المشهور ان شئت جمعت الصحيحتين فصارت ثمانية عشر و المعيتين فصارت اثني عشر و التفاوت بينهما الثلث و

هو الأرش و ان شئت أخذت نصف الصحيحتين و هى تسعة و نسبة الى المعيبة و هى ستة و التفاوت بالثلث و هو الأرش و على طريق

الشهيد (-ر-) يلاحظ التفاوت بين الستة و الثمانية و هو الزرع و بين الستة و العشرة و هو الخمسان و يجمع التفاوت و ذلك من

الاثنى عشر المفروض كونه ثمنا خمسة و خمسان لأن ربع الاثنى عشر ثلثه و خمسيه أربعة و أربعة أخماس و المجموع سبعة و أربعة

أخماس ثم تسقط نصف الزرع و الخمسين و هو الثمن و الخمس من الاثنى عشر و به يحصل الاختلاف بين الطريقتين لان التفاوت

على الطريق المشهور هو الثلث و هو الأربعة من الاثنى عشر و على هذا الطريق أربعة إلا نصف خمس لأن ثمن الاثنى عشر واحد و

نصف و خمسه اثنان و خمسان و المجموع ثلثه و نصف و خمسان و هى تنقص عن الأربعة بنصف خمس بل ربما ذكر (- المصنف-

(-ر-) ان

الظاهر التفاوت دائما

(٦٨) قال

لأنك قد عرفت ان الملحوظ على الطريق المشهور نسبة المعيب

(٦٩) و هو فى المثال الأخير ستة

إلى مجموع قيمتى الصحيح

(٧٠) حق العبارة النصف مفردا مضافا الى القيمة المثناة أى نصف قيمتى الصحيح

المجوعول

(٧١) ذلك النصف

قيمة منترعة

(٧٢) من القيمتين فان مقتضى الطريق المشهور فى المثال الأخير نسبة الستة الى التسعة التى هى نصف الثمانية و العشرة اللتين هما

قيمتا الصحيح و النسبة بينهما الثلث اعنى الثلاثة

و

(٧٣) هذا بخلافه

على الطريق الأخر

(٧٤) المنسوب الى الشهيد (- ره-) فإنّ الملحوظ فيه أنّما هو

نسبة المعيب

(٧٥) أعنى السّنة

الى كلّ من القيمتين

(٧٦) و هما الثمانية

ص: ١٤٠

و العشرة اى باعتبار تفاوت صحيح كّل من القيمتين و معيهما ففى المثال التفاوت بين الستة و الثمانية بالربع و هو اثنان و بين الستة و العشرة بالخمسين أعنى أربعة فيؤخذ من الاثنى عشر المفروض ثمانا ربع و هو ثلثة و خمسان و هما أربعة و خمسان فالمجموع سبعة و أربعة أخماس و نصفه أربعة إلا نصف خمس و قد كان التفاوت على طريق المشهور أربعة لأنها ثلث الاثنى عشر ثم أنه (-ر-) لما ذكر نسبة المعيب الى كّل من القيمتين وصفها بأنها

المستلزمة لملاحظة أخذ نصفه

اى نصف الصحيح

مع نصف الصحيح الآخر ليجمع بين البيتين فى العمل و المفروض فى هذه الصورة ان نسبة المعيب

و هى الستة

إلى

التسعة التى هى

مجموع نصفى قيمتى الصحيح التى هى طريقة المشهور مخالفة لنسبة نصفه

اى ثلثة التى هى نصف الستة التى هى قيمة المعيب

الى كّل من النصفين

و هما الأربعة و الخمسة و ذلك

لأن

نسبة الستة إلى التسعة بالثلث و نسبة الثلثة إلى الأربعة التى هى نصف إحدى قيمتى الصحيح بالربع و الى الخمسة التى هى نصف القيمة الأخرى للصحيح بالخمسين و من البين مغايرة الثلث لكّل من الربع و الخمسين و الى ذلك أشار الماتن (-ر-) بتعليل مخالفة النسبة بين الطريقتين بان

نسبة الكلّ

يعنى الستة

إلى الكلّ

يعنى التسعة

تساوى نسبة

الثلاثة التى هى

نصفه

اى نصف الستة

الى كّل من نصفى ذلك الكلّ و هو الأربعة و النصف فى المثال

(١١) فكما انّ التفاوت بين الستة و التسعة بالثلث فكذا التفاوت بين الثلاثة و بين الأربعة و نصف بالثلث و

لا

(١٢) (-كك-) نسبة الثلاثة التى هى نصف الكلّ

الى كّل من النصفين المركّب منهما ذلك الكلّ

(١٣) و هى الستة

كالأربعة

(١٤) التي هي نصف الثمانية التي هي إحدى قيمتي الصحيح

و الخمسة

(١٥) التي هي نصف القيمة الأخرى للصحيح فإنها اعنى نسبة نصف الكل الى كل من النصفين المركب منهما ذلك الكل لا تساوى نسبة الكل الى الكل لأن نسبة الكل الى الكل بالثلث و نسبة الثلاثة التي هي نصف الكل إلى الأربعة التي هي إحدى النصفين المركب منهما الكل بالربع و الى الخمسة التي هي النصف الآخر بالخمسين و الثلث غير الربع و غير الخمسين بل النصف المنسوب الى احد بعضى المنسوب إليه كالأربعة نسبتته مغايرة لنسبة الى البعض الآخر أعنى الخمسة و هكذا غيره من الأمثلة

(١٦) التي تظهر بالتأمل ثم ان ما ذكره كله انما هو فيما إذا كانت البيئة اثنتين و لو كانت ثلثا كما لو اتفقت على ان قيمة المعيب ستة و قالت إحداهما أنها صحيحة ثمانية و قالت الثانية أنها عشرة و الثالثة أنها اثنتا عشر فإن شئت جمعت القيم الصحيحة فصارت ثلثين و أخذت ثلثها و هي عشرة و جعلتها الصحيحة و نسبتها إلى المعيبة و هي الستة و التفاوت بالخمسين فتأخذ خمسى الثمن أرسا و ان شئت كزرت المعيبة ثلثا فصارت ثمانية عشر و نسبتها الى الثلاثين و التفاوت (- أيضا-) بالخمسين فتأخذ خمسى الثمن هذا على المشهور و اما على طريقة الشهيد (- ره-) فتجمع تفاوت ما بين الستة و الثمانية و هو الربع و ما بينها و بين العشرة و هو الخمسان و ما بينها و بين الاثني عشر و هو النصف و تأخذ ثلث الجميع و تأخذ من الثمن بحسابه و يظهر بين الطريقتين تفاوت (- أيضا-) ففيما إذا كان الثمن اثني عشر تأخذ على طريق المشهور أربعة و أربعة أخماس لأنها خمسا الاثني عشر و على طريق الشهيد (- ره-) فربع الثمن ثلثه و خمسه أربعة و أربعة أخماس و نصفه ستة و المجموع ثلثة عشر و أربعة أخماس و ثلثها أربعة و ثلثه أخماس فالتفاوت خمس ثم ان هذا كله هو الكلام في صورة الأولى و هو ما إذا كان الاختلاف في الصحيح فقط و اما الصورة الثانية أعنى كون الاختلاف في المعيب فقط كما إذا اتفقا على ان قيمتها الصحيحة اثني عشر و اختلفت في المعيبة فقالت إحداهما هي عشرة و قالت الأخرى أنها ستة فطريق أخذ التفاوت ايا على المشهور فاما بتنصيف المعيتين و نسبة النصف إلى الصحيحة فيظهر التفاوت بالثلث لأن التفاوت بين الثمانية التي هي نصف الستة عشر التي هي مجموع المعيتين و بين الاثني عشر التي هي قيمة الصحيح هو الثلث و اما بجمع القيمتين فتكون ستة عشر و تكرير الصحيحة فتكون أربعة و عشرين و التفاوت بينهما (- أيضا-) بالثمانية التي هي ثلث الأربع و العشرين و اما على طريق الشهيد (- ره-) فبنسبة العشرة إحدى المعيتين الى الاثنا عشر القيمة الأخرى و أخذ التفاوت و هو السدس و نسبة الستة التي هي القيمة الأخرى للمعيب إلى الاثني عشر و أخذ التفاوت و هو النصف و التفاوت بينهما بالثلث فان السدس ثلث النصف و (- ح-) فيتحذ الطريقان بل ربما استظهر المصنف (- ره-) عدم التفاوت دائما حيث قال

و إن كان الاختلاف في المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقتين أبدا لأن نسبة الصحيح الى نصف مجموع قيمتي المعيب على ما هو طريق المشهور مساوية لنسبة نصفه

(١٧) أي نصف الصحيح

الى نصف إحداهما

(١٨) أي نصف إحدى القيمتين المعيتين

و نصفه الآخر

(١٩) أي النصف الأخرى للصحيح

الى نصف

(٢٠) القيمة

الأخرى

(٢١) للمعيب و ذلك

كما إذا اتفقا على كون الصّحيح اثنى عشر

(٢٢) و اختلفا فى المعيب

فقالا إحديهما المعيب ثمانية و قالت الأخرى ستّة فإن تفاوت

(٢٣) ما بين

السبعة

(٢٤) الّتى هى نصف الثمانية و الستّة اللّتين هما قيمتا المعيب

و

(٢٥) بين

الاثنى عشر التى هى قيمة الصّحيح

(٢٦) أنّما هو السّدس و الرّبع فإنّ سدس الاثنى عشر اثنان و ربعها ثلثه و المجموع خمسة و هى التفاوت بين السبعة و الاثنى عشر و هذا

التفاوت المأخوذ على الطريق

المشهور مساو لنصف مجموع تفاوت الثمانية مع الاثنى عشر لأنّ نسبة الأولين

(٢٧) يعنى الثمانية و الاثنى عشر

بالثلث و

(٢٨) نسبة

الآخرين

(٢٩) يعنى الستّة مع الاثنى عشر

بالنصف و نصفهما

(٣٠) اى نصف الثلث و النصف

السّدس و الرّبع و هذا بعينه تفاوت السبعة و الاثنى عشر

(٣١) كما عرفت و لو كانت البيّنات ثلثا و اتفقت على الاثنى عشر صحيحا و اختلفت فى المعية فقالت الأولى أنّها عشرة و قالت الثانية

أنّها ثمانية و قالت الثالثة أنّها ستّة كرّرت الصّحيحه ثلثا فصارت ستّة و ثلثين و ضمت القيم المعية فصارت أربعة و عشرين و أخذت

ثلثها ثمانية و نسبتها الى الثلاثين أو جمعت السّدس و النّصف و الثلث و أسقطت ثلثه من الثمن فإنّ التّفاوت هو الثلث (- أيضا-) و

هكذا و اما الصّورة الثّالثة فقد تعرض لها الماتن (- ره-) بقوله

و ان اختلفا فى

(٣٢) كلّ من

الصّحيح و المعيب على كلتا البيّنتين فيّتحّد الطريقان دائما كما إذا قومه إحديهما صحيحا باثنى عشر و معيا بستّة و قومها الأخرى

صحيحا بستّة و معيا بثلاثة فإنّ نصف الصّحيحين أعنى التسعة

(٣٣) نصف الاثنى عشر و الستّة

تفاوته مع نصف مجموع المعيين و هو الأربعة و نصف

(٣٤) نصف الستّة و الثّلاثة

عين نصف تفاوت الاثنى عشر مع الستة و الستة مع الثلثة

(٣٥) و ذلك لاني تفاوت التسعة مع الأربعة و نصف النصف و تفاوت الاثنى عشر مع الستة (- أيضا-) النصف و تفاوت الستة (-

أيضا-) مع الثلاثة النصف

و الحاصل ان كل صحيح (-ح-) ضعف المعيب فيلزمه كون نصف الصحيحين ضعف نصف المعيين

(٣٦) هذا إذا أتحدت النسبة

و

(٣٧) اما

ان اختلفت النسبة فقد يختلف الطريقتان و قد يتحدان و قد تقدم مثالهما في أول المسئلة

(٣٨) فلا نطيل بالإعادة و لو كانت البيئات ثلاثا فقالت احديها ان قيمته اثنا عشر صحيحا و عشرة معيبا و الثانية عشرة صحيحا و ثمانية

معيبا و الثالثة ثمانية صحيحا و ستة معيبا فالقيم الصحيحة ثلاثون و المعيبة أربعة و عشرون و التفاوت بينهما ستة هي خمس القيم

الصحيحة فيرجع بخمس الثمن و هو اثنان و خمسان من الاثنى عشر هذا على الطريق المشهور و اما على طريق الشهيد (-ر-) فيجمع

سدس الثمن و هو

ص: ١٤١

اثنان من الاثنى عشر و خمسة و هو اثنان و خمسان و ربعه و هو ثلثة فيكون المجموع سبعة و خمسين فيسقط من الثمن ثلثها و هو اثنان و خمسان و ثلث الخمس فيزيد على الطريق المعروف بثلث الخمس في المثال و قد يتحد الطريقان (-ح-) فيما إذا كانت احدى القيمتين اثنا عشر صحيحا و أربعة معييا و الأخرى سته صحيحا و اثنان معييا فانّ التفاوت النصف على كل منهما و كذا لو كانت الأولى سته معييا و الثانية ثلثة معييا فانّ التفاوت النصف على كل منهما و لو كانت الأولى ثمانية معييا و الثانية أربعة فانّ التفاوت الثلث على كل منهما و هكذا هذا تحرير القولين في كيفية الجمع بين البيئتين و ما بينهما من النسبة و قد وقع الاحتجاج على الطريق المشهور بخبر عبد الله بن عمر الوارد في الأضحى قال كنا بمكة فأصابنا غلاء في الأضحى اشترينا بدينار ثمّ بدينارين ثمّ بلغت سبعة ثمّ لم توجد بقليل و لا- كثير فوقع هشام المكارى الى ابى الحسن عليه السلام فأخبره بما اشترينا و انا لم نجد فوق وقع عليه السلام انظروا الى الثمن الأول و الثانى و الثالث فاجمعوا ثمّ تصدقوا بمثل ثلثة و قد عمل به الأصحاب في محلّه بل قالوا انّ الضابط ان تجمع القيمتان أو القيم و يتصدق منسوبه إلى القيم بالسوية من الثلث الثلث و من الأربع الربع و هكذا و اقتصر بعضهم على الثلث أنما هو لمتابعة الرواية و الّا فالمراد ذلك و هو قريب مما قلناه بل لعل مقتضى اختلاف البيئات هو تعدد القيم باعتبار تفاوت الرغبات فيكون كالشئ الواحد الذى له قيم متعدده و مقتضى العدل الجامع بين حق المشتري و البائع هو ما ذكره الأصحاب و تضمنه الخبر المذكور فليست المسئلة (-ح-) من تعارض البيئات كى يجرى فيها حكمه هكذا أفاد جمع من الأواخر منهم صاحب الجواهر و فيه نظر ظاهر ضرورة و وضوح الفرق بين المبحث و بين مورد الخبر أمّا أولًا- فلكون مورد النصّ مميّا هو من حقوق الخالق و مفروض البحث من حقوق المخلوق و الفرق بينهما بين و أمّا ثانيا فلانّ ظاهر الخبران القيم فى الأضحى المتعدده واقعا بحسب تعدد الأزمنة فلما تعددت الأضحى سقط الخطاب بها فجعل الشارع المتصدق بالقيمة المنتزعة من تلك القيم الواقعية بدلا عنها تعديدا و اين ذلك من تعدد الطرق الظاهرية للقيمة المتحده فى الواقع كما هو المفروض هنا و احتجوا الخيرة الشهيد (-ره-) بان فيه اعمال كل من البيئتين ببعض ما قامت عليه من التفاوت على وجه لا- يفضل أحدهما عن الأخر ضرورة كونه هو الذى اختلفت البيئات فيه و التقويم مقدمه له لا أنه ينتزع قيمة جديدة خارجة عن المجموع كما هو مقتضى الطريق الأول إذ هو ليس جمعا فيما اختلفت فيه البيئات من التفاوت الذى هو على مقتضى احديها الثلث مثلا و على مقتضى الأخرى الربع مثلا بل اللاتق بعد القطع بانحصار التفاوت فى أحد الأمرين و لم يعلم به على الخصوص تنصيف مقتضى كل من البيئتين و الحكم بكونه الأرش اعمالا لكل منهما فى النصف و ربّما تصدى (-المصنف-) (-ره-) (لتتقيح رجحان هذا الطريق بناء على المبانى فقال ما لفظه

ثمّ انّ الأظهر بل المتعين فى المقام هو الطريق الثانى المنسوب الى الشهيد (-ره-) وفاقا للمحكى عن إيضاح (-فع-) حيث ذكر ان طريق المشهور ليس بجيد و لكنّه

لم يذكر وجهه و يمكن إرجاع كلام الأكثر إليه كما سيجىء و وجه تعين هذا الطريق انّ أخذ القيمة من القيمتين يعنى من القيمتين الصحيحتين أو القيمتين المعيبتين فعدّ كل قيمتين قيمة و ملاحظه النسبة بين نصف الصحيحتين و نصف المعيبتين على طريق المشهور أو أخذ

النسبة المتوسطة من النسبتين
يعنى نسبة كل صحيح إلى معييه
على الطريق الثانى

لا يخلو من احد وجهين لانه

أما

ان يكون

للجمع بين البيئتين

أو البيئات

بأعمال كل

واحد

منهما

أو منها

فى نصف العين كما ذكرنا

مفصلاً

و أما

(١١) ان يكون

لأجل ان ذلك توسط بينهما

(١٢) اى بين البائع و المشتري

لأجل الجمع بين الحقين

(١٣) اى حقهما

بتنصيف ما به التفاوت نفا

(١٤) لنصف الزيادة التى يدهيها إحديهما

و إثباتا

(١٥) لنصف الزيادة التى ينكرها الأخرى

على التهج الذى ذكرناه أخيرا فى الجمع بين البيئتين كما يحكم بتنصيف الدرهم الباقى من الدرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع

أحدهما المراد بينهما من عند الودعى

(١٦) من دون تفريط

و

(١٧) لو

لم تكن هنا بيئة تشهد لأحدهما بالاختصاص بل و لا ادعى أحدهما اختصاصه بالدرهم الموجود فعلى الأول

(١٨) يعنى كون أخذ القيمة من القيمتين للجمع بين البيئتين

فالألزام و إن كان هو جمع نصفى قيمتى الصحيح و المعيب

(١٩) اى نصف قيمتى الصحيح و نصف قيمتى المعيب و لذا اثنى النصف و القيمة فى العبارة ثم قال

كما فعله المشهور

(٢٠) ثم بين طريق الجمع بقوله

بان يجمع

(٢١) و لا يخفى ان الجمع هنا ليس على معناه اللغوى و هو الضم حتى يصير المجموع عشرين بل المراد به ان يلاحظ كل من العددين

و هما

الاثنى عشر و الثمانية المفروضتان قيمتين للصحيح فى المثال المتقدم

(٢٢) عند قوله فى أوائل الكلام و قد يختلفان (-ه-)

و يؤخذ نصف إحديهما

(٢٣) كالتى مثلا نصف الاثنى عشر

قيمة نصف المبيع صحيحا

(٢٤) فقوله قيمة مفعول ثان للأخذ مضاف الى لفظ النصف فهو فى تقدير اللام فكأنه قال و يؤخذ نصف إحديهما قيمة لنصف المبيع

و نصف الأخرى

(٢٥) كالأربعة نصف الثمانية

قيمة للنصف الأخر منه

(٢٦) أى من المبيع

و لازم ذلك

(٢٧) أى لازم هذا الجمع و الملاحظة و الأخذ هو

كون تمام المبيع بعشرة

(٢٨) لأن الستة نصف الاثنى عشر و الأربعة نصف الثمانية إذا جمعنا صار المجموع عشرة

و

(٢٩) قوله

يجمع

(٣٠) معطوف على قوله يجمع فى قوله بان يجمع الاثنى عشر و الثمانية فهو منصوب بان و معناه (- أيضا-) الملاحظة دون الضم

فالمعنى و ان يجمع

قيمتا المعيب أعنى العشرة و الخمسة و يؤخذ لكل نصف من المبيع المعيوب نصف من أحدهما و لازم ذلك كون تمام المبيع بسبعة

و نصف

(٣١) لأنه إذا أخذ نصف العشرة و هى خمسة و نصف الخمسة و هو اثنان و نصف كان المجموع سبعة و نصفا

الأنه لا ينبغى ملاحظة نسبة المجموع من نصفى إحدى القيمتين أعنى العشرة

(٣٢) أراد بإحدى القيمتين القيمة الصحيحة و هى و إن كانت قيمتين لمقومين الأنه بعد جمعهما و أخذ نصفهما صار كأن نصفهما

قيمة و ثنى النصف باعتبار كون الجمع بين إحدى الصحيحتين مع نصف الصحيحة الأخرى ثم أشار الى المنسوب اليه بقوله

الى المجموع من نصف

(٣٣) القيمة

الأخرى أعنى سبعة و نصفا كما نسب الى المشهور

(٣٤) و أراد بالقيمة الأخرى قيمة المعيب المستفادة من القيمتين للمعيب بأخذ نصف كل منهما وليته ثنى النصف هنا كما ثناه فى قوله

من نصفى إحدى القيمتين (-ه-) ثم أنه (-ه-) أخذ فى تعليل قوله لا ينبغى بقوله

لأنه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الأخر و جب ملاحظة التفاوت بالنسبة الى كل من النصفين صحيحا و معييا

و أخذ الأرش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه و معييه

(٣٥) ضرورة انّ الجمع بين البيئتين يقتضى الأخذ بقول كلّ منهما فى نصف المبيع و لازمه لزوم مراعاة التّفاوت على النحو الذى ذكره
و (-ح-) و
فالعشرة

(٣٦) الحاصلة من الجمع بين الصّحيحين أعنى الاثنى عشر و الثمانية و تنصيفهما
ليست قيمة لمجموع الصّحيح الّا باعتبار انّ نصفه

(٣٧) اى نصف المبيع

مقوم لستّه و نصفه الآخر بأربعة

(٣٨) و مجموع الستّة و الأربعة عشرة

و كذا السبعة و نصف

(٣٩) الحاصلة من الجمع بين القيمتين للمعيب أعنى العشرة و الخمسة

ليست قيمة لمجموع المعيب

ص: ١٤٢

ألا باعتبار أنّ نصفه مقوم بخمسة و نصفه الآخر باثنين و نصف

و جمعهما سبعة و نصف

فلا وجه

لما هو مقتضى الطريق المشهور

من أخذ تفاوت ما بين مجموع العشرة

التي هي قيمة الصحيح

و السبعة و نصف

التي هي قيمة المعيب

بل لا بدّ من أخذ تفاوت ما بين الأربعة

التي هي قيمة نصف المبيع المقوم صحيحا بها

و الاثنين و نصف

الذي هو قيمة نصف المبيع المقوم معيا بها الكائن ذلك التفاوت

لنصف المبيع و تفاوت ما بين الستة

قيمة النصف الآخر للمبيع المقوم صحيحا بها

و الخمسة

قيمة النصف الآخر للمبيع المقوم معيا بها الكائن ذلك التفاوت

للنصف الآخر

من المبيع و إذا أخذنا التفاوت على هذا الوجه كما هو طريق الشهيد (- ره-) كان التفاوت بين الأربعة نصف الثمانية و الاثنين و

نصف نصف الخمسة ثلثة أثمان لأنّ الأربعة ثمانية انصاف و الاثنين و نصف خمسة انصاف و التفاوت ثلثة انصاف و كان التفاوت بين

الستة و الخمسة سدس فيؤخذ من البائع ثلثة اثمان الثمن و سدسه أرشا للمبيع فلو كان الثمن في المثال اثني عشر أخذ من البائع ثلثة و

ربع لأنه يؤخذ من الستة نصف الاثني عشر سدسه و هو واحد و من الستة الأخرى ثلثة أثمانها و هي اثنان و ربع لأنّ ثلثة أثمان الأربعة

واحد و نصف و ثلثة اثمان الاثنين ثلثة أرباع و المجموع اثنان و ربع و ذلك مع الواحد ثلثة و ربع و حاصل العلة التي رجح الماتن (-

ره-) بها طريق الشهيد (- ره-) هو أنّ في طريقه اعمال كلّ من البيئتين ببعض ما قامت عليه من التفاوت على وجه لا يفضل أحدهما

عن الآخر ضرورة كونه هو الذي اختلفت البيئات فيه و التقويم مقدّمه له لانه يتترع قيمة جديدة خارجة عن المجموع كما هو مقتضى

طريق المشهور إذ هو ليس جمعا فيما اختلف فيه البيئات من التفاوت المذى هو على مقتضى إحداهما الثلث مثلا- و على مقتضى

الأخرى الربع مثلا بل اللائق بعد القطع بانحصار التفاوت في أحد الأمرين و لم يعلم به على الخصوص تنصيف مقتضى كلّ من البيئتين

و الحكم بكونه الأرش اعمالا لكلّ منهما في النصف و

توهم أنّ حكم شراء شيء

موصوف بأنه

تغاير قيمتا نصفه

(١١) اي كانت قيمة أحد نصفه غير قيمة النصف الآخر كما في المقام

حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد مالين معينين مختلفين في القيمة صحيحا و معيا

(١٢) و ذلك

بان اشترى عبدا و جارية

(١٣) صفقة

بائنى عشر فظهر

(١٤) جميعا

معيين و

(١٥) الحال انّ

العبد يسوى أربعة صحيحا و اثنين و نصف معييا و الجارية تسوى ستة صحيحة و خمسة معيبة فإنه لا شك في انّ اللّازم في هذه

الصّورة ملاحظة مجموع قيمتى الصّفقة صحيحة و معيبه أعنى العشرة

(١٦) الحاصلة من جمع القيمتين الصّححتين و هما الأربعة و الستة

و السبعة و نصف

(١٧) الحاصلة من جمع القيمتين المعيتين و هما الاثنان و نصف و الخمسة

و أخذ التّفاوت

(١٨) بين العشرة و السبعة و نصف

و هو الرّبع من

(١٩) أصل

الثمان

(٢٠) المسمّى أعنى الاثنى عشر

و هو

(٢١) اى ربع الثمن المسمّى

ثلثة إذا فرض الثمن اثنى عشر

(٢٢) و حقّ العبارة رفع الاثنى بالالف لكونه نائب فاعل لفرض كما لا يخفى و هذا الذى ذكرنا

هو طريق المشهور فيما نحن فيه

(٢٣) فطريق المشهور هو المتعين دون طريق الشهيد (- ره-) مدفوع خبر لقوله و توهم (- ره-) و التقدير انّ توهم ما ذكر

مدفوع بانّ الثمن

(٢٤) و هو الاثنى عشر مثلا

فى المثال

(٢٥) الذى ذكره المتوهم

لما كان موزعا على العبد و الجارية بحسب قيمتها

(٢٦) السوقيّة

فإذا أخذ المشتري ربع الثمن

(٢٧) يعنى الثلاثة

أرشا فقد أخذ للعبد ثلثة اثمان قيمته و للجارية سدسه

(٢٨) أى سدس قيمتها فكان عليه تأنيث الضمير

كما

(٢٩) لا يخفى و هذا الذى ذكرنا

هو الطريق المختار لأنه أخذ

(٣٠) من الثمن

من تقابل الجارية أعنى سبعة و خمسا سدسه و هو واحد و خمس و من مقابل العبد أعنى أربعة و أربعة أخماس ثلثة اثمان و هو واحد و أربعة أخماس

(٣١) و توضيح ذلك أنه إذا فرض القيمة الصحيحة للعبد أربعة و القيمة الصحيحة للأمة ستة كان الفرق بينهما خمسا للعبد خمسان و للأمة ثلثة أخماس لأن الأربعة مع الستة تصير عشرة و خمسا هما أربعة و ثلثة أخماسها ستة فيلزم ان يجعل للعبد من الثمن المسمى خمسا و للأمة ثلثة أخماسه و خمسا الاثنى عشر المجمعول ثمنا فى المثل أربعة و أربعة أخماس لأن خمسى العشرة أربعة و خمسى الاثنى عشر أربعة أخماس و أيضا ثلثة أخماس الاثنى عشر سبعة و خمس لأن ثلثة أخماس العشرة ستة و ثلثة أخماس الاثنى عشر خمسة أخماس من الستة أخماس واحدا وضعه على الستة فتصير سبعة و يبقى خمس فيصير المجموع سبعة و خمسا فاتضح ما ذكره من ان مقابل الجارية سبعة و خمس و مقابل العبد أربعة و أربعة أخماس أى سبعة و خمس من اثنى عشر و أربعة أخماس من اثنى عشر و اما ان سدس الشبعة و خمس واحد و خمس فظاهر لأن سدس الستة واحد و سدس الواحد و خمس خمس و اما ان ثلثة اثمان الأربعة و أربعة أخماس واحد و أربعة أخماس فلان ثلثة اثمان الأربعة واحد و نصف و ثلثة اثمان الأربعة أخماس خمس و نصف خمس لأنه إذا فرض الأصل ستين كان أربعة أخماسه ثمانية و أربعين لأن خمس الستين اثنى عشر فاذا كرر الاثنى عشر اربع مرّات صارت ثمانية و أربعين و ثلثة اثمان الأربعين خمسة عشر و ثلثة اثمان الثمانية ثلثة و المجموع ثمانية عشر و خمس الستين اثنا عشر و نصف خمسة ستة و المجموع ثمانية عشر فتبين ان ثلثة اثمان الأربعة أخماس خمس و نصف خمس و إذا أضفت ذلك الى الثلاثين نصف الستين صارت ثمانية و أربعين و ذلك أربعة أخماس الستين و إذا أضفت الأربعة أخماس إلى الواحد صارت واحدا و أربعة أخماس و ذلك المطلوب و إذ قد عرفت ذلك فاعلم أن

الثلاثة التى هى ربع الثمن

(٣٢) المسمى أعنى الاثنى عشر

منطبق على السدس

(٣٣) المأخوذ من مقابل قيمة الجارية

و ثلثة اثمان

(٣٤) المأخوذ من مقابلة قيمة العبد و وجه الانطباق ان السدس واحد و خمس كما عرفت و الثلثة الأثمان واحد و أربعة أخماس فإذا جمعتهما صارتا ثلثة و هذا

بخلاف ما نحن فيه فإن المبدول فى مقابل كل من التصفين المختلفين بالقيمة أمر واحد و هو نصف الثمن

(٣٥) و التعدد و الاختلاف أنما حصل من تعدد المقومين و اختلافهم

فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كل من الجارية و العبد فى المثل المفروض بثمان مساو للآخر بان اشترى كلا منهما بنصف الاثنى عشر فى عقد واحد أو عقدين فلا يجوز (-ح-) أخذ الربع من اثنى عشر بل المتعين حينئذ ان يأخذ من ستة الجارية سدس

(٣٦) لأنه مقتضى تقويم صحيحها بستة و معيها بخمسة و التفاوت بينهما بالسدس

و من ستة العبد اثنان و ربع

(٣٧) لأنه مقتضى تقويم صحيحه بأربعة و معيه باثنين و نصف و التفاوت بينهما بثلاثة اثمان فيجمع الواحد و الاثنان و ربع

فيصير مجموع الأرش ثلثة و ربعا و هو المأخوذ في المال المتقدم على الطريق الثاني

(٣٨) كما أسبق ذكره عند قوله في صدر المقال و قد يختلفان كما إذا كانت إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر و الآخر ثمانية (-اه-)

و قد ظهر ممّا ذكرنا

(٣٩) كله

أنه لا فرق بين شهادة البيّنات بالقيم أو شهادتهم بنفس النسبة بين الصّحيح و المعيب و ان لم يذكروا القيم

(٤٠) لاتحادهما في النتيجة كما هو ظاهر ثم انه (-قده-) لما ورد عند الشروع في وجه أظهرية طريق الشهيد (-ره-) بين ان يكون

أخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور للجمع بين البنتين باعمال كلّ منهما و بين ان يكون ذلك لأجل الجمع بين الحقين و

استوفى الكلام على الشق الأول أراد الكلام على الشق الثاني فقال (-ره-) انّ

هذا كله إذا كان

ص: ١٤٣

مستند المشهور فى أخذ القيمة الوسطى

هو

العمل بكلّ من البيئتين فى جزء من المبيع و اما إذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقيين على ما ذكرناه أخيرا بأن ينزل القيمة الزائدة

التي قوم المبيع بها احدى البيئتين

و يرتفع الناقصة

التي قومته بها الأخرى حتى تكون القيمتان جميعا

على حدّ سواء فالمتعين الطريق الثانى أيضا

يعنى طريق الشهيد (-ر-)

سواء شهدت البيئتان بالقيمتين

كان قالت إحداهما أنه صحيحا باثنى عشر و معينا بثمانية و قالت الأخرى أنه صحيحا بستة و معينا بأربعة

أم شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب

كان قالت إحداهما ان النسبة بين الصحيح و المعيب بالسدس و قالت الأخرى بثلاثة اثمان و

أما إذا شهدتا بنفس التفاوت فلاّنه إذا شهدت إحداهما بأن التفاوت بين الصحيح و المعيب بالسدس و هو الاثنان من الاثنى عشر

المفروض ثمانا

و شهدت الأخرى بأنه

أى التفاوت

بثلاثة اثمان

و هى الأربعة و نصف من الاثنى عشر المفروض ثمانا و هذا هو الأقرب الى المطلوب و أهل بعد فرض الثمن اثنى عشر فما فى المتن

من قوله

و هو الثلاثة من ثمانية

لا يخلو من مناقشة و على اى حال فاذا شهدتا (-كك-)

زدنا على السدس

(١١) و هو اثنان المجعولة فى كلام البيئته الأولى

ما ينقص من ثلثة اثمان

(١٢) و ذلك ان التفاوت بين سدس الاثنى عشر و هو اثنان و بين ثلثة اثمانه و هو أربعة و نصف اثنان و نصف فينصف هذا التفاوت و

يجعل نصفه و هو واحد و ربع على الاثنى المجعول تفاوتا فى كلام الأولى و يبقى نصفه الأخر و هو واحد و ربع على حاله

و

(١٣) إذا فعلنا ذلك

صار كل واحد من التفاوتين بعد التعديل سدسا

(١٤) و هو اثنان

و نصف سدس

(١٥) و هو واحد

و ثمنه

(١٦) اى ثمن السدس و هو ربع الواحد

و هو

(١٧) اى السدس و نصفه و ثمنه

من الثمن المفروض أعنى اثنى عشر ثلثه و ربع

(١٨) لان مجموع الاثنين و الواحد و ربع الواحد يصير ثلثه و ربعا و (-ح-) فيكون التفاوت ثلثه و ربعا

كما ذكرنا سابقا

(١٩) هذا إذا شهدت البيئتان بنفس التفاوت

و

(٢٠) اما

ان شهدت البيئتان بالقيمتين

(٢١) اى شهدت كل منهما بقيمتين صحيحة و معيبة

فمقتضى الجمع بين حقى البائع و المشتري فى مقام إعطاء الأرش و أخذه

(٢٢) الإعطاء من البائع و الأخذ من المشتري

تعديل قيمتى كل من الصّحيح و المعيب بالزيادة و النقصان بأخذ قيمة

(٢٣) المتّصفه بكون

نسبته الى المعيب

(٢٤) و اللازم تأنيث الضّمير المضاف إليه النسبة لعوده إلى القيمة و على كل حال فيعتبر كون نسبة تلك القيمة إلى المعيب

دون نسبة القيمة الزائدة و فوق نسبة

(٢٥) القيمة

الناقصة فيؤخذ من الاثنى عشر

(٢٦) المجمولة فى شهادة الأخرى قيمة للصّحيح

و العشرة من الثمانية و الخمسة

(٢٧) المجمولة قيمة للمعيب

قيمتان

(٢٨) نائب فاعل لقوله يؤخذ أى يؤخذ قيمتان إحديهما

للصّحيح و

(٢٩) الأخرى

للمعيب

(٣٠) متصفتان تلك القيمتين بان

نسبة إحديهما إلى الأخرى

(٣١) يعنى نسبة كل صحيح إلى معيبه

تزيد على السدس بما

(٣٢) اى بمقدار

ينقص من ثلثة اثمان

(٣٣) بسبب أخذ نصف زيادتها على السدس و جعل ذلك على السدس بيان ذلك أنه إذا كان تفاوت احد الصّحيحين مع معييه السدس و تفاوت الآخر مع معييه ثلثة اثمان كان مقتضى التّعديل الأخذ من ثلثة اثمان للسدس بمقدار يتساويا فى النسبة ففى المثال يؤخذ سدس الاثنى عشر و هو اثنان و ثلثة أثمانه و هو أربعة و نصف و يجمع فيصير ستّة و نصفًا و ينصف فيصير ثلثة و ربعًا و (-ح-) فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب بسدس و نصف سدس و ثمن سدس

(٣٤) و ذلك بان يجعل القيمة الصّحيحة ستّة و المعيبة أربعة و ربعًا فالستّة تزود على الأربعة و ربعًا بسدس و هو واحد و نصف سدس و هو نصف الواحد و ثمن سدس و هو ربع الواحد فمجموع الزيادة اثنان الّا ربعًا فيؤخذ هذا المقدار من التفاوت أرشًا فإذا كان الثمن اثنى عشر درهما كان الأرش ثلثة و ربعًا لأنّ العدد الذى تزود الاثنى عشر عليه بسدس و نصف سدس و ثمن سدس أنّما هى تسعة إلّا ربعًا فتلك الزيادة فى صورة كون الثمن اثنى عشر هو الأرش

و من هنا يمكن إرجاع كلام الأكثر

(٣٥) المتضمّن للطريق الأول المشهور

الى الطريق الثانى

(٣٦) الذى عليه الشهيد (-ر-)

بان يريدوا من أوسط القيم المتعدّدة للصّحيح و المعيب القيمة المتوسطة بين القيم لكلّ منهما

(٣٧) اى من الصّحيح و المعيب

من حيث نسبتها

(٣٨) اى نسبة تلك القيمة المتوسطة

إلى قيمة الآخر فيكون مرادهم من أخذ قيمتين للصّحيح و المعيب

(٣٩) أخذ

قيمة متوسطة من حيث نسبة إحداهما إلى الأخرى بين أقوال جميع البيّنات المقومين للصّحيح و الفاسد و ليس فى كلام الأكثر أنّه يجمع قيم الصّحيح و ينتزع منها قيمة و (-كك-)

(٤٠) يجمع

قيم المعيب

(٤١) و ينتزع منها قيمة

ثمّ تنسب احدى القيمتين المنتزعتين إلى الأخرى

(٤٢) على التفصيل المتقدّم الا ترى الى كلام الشيخ المفيد (-ر-) كيف خلى عن ذلك حيث

قال فى المقنعة فإن اختلف أهل الخبرة عمل على أوسط القيم انتهى و نحوه فى (-يه-) و

(٤٣) قال المحقّق (-ر-)

فى (-يع-) عمل على الأوسط

(٤٤) فتريه خلى عن تفسير الوسط بالوسط من حيث العدد و من الممكن إرادتهم الوسط من حيث النسبة

و بالجملة فكلّ من عبّر بالأوسط يحتمل ان يريد الوسط من حيث النسبة لا من حيث العدد

(٤٥) لكن الإنصاف أنّ خلوّ كلام جمع من تفسير الوسط بالوسط من حيث العدد كخلوّها عن تفسيره بالوسط من حيث النسبة لا

يقدر بعد نقل جمع الوسط من حيث العدد عن المشهور و كفى بالشهيد الثانى (- ره-) المتقن فى النقل ناقلا للقول المشهور فى قبال قول الشهيد (- ره-)

هذا مع

(٤٦) ان غايه ما يعلل به جعل القولين واحدا و النزاع متفيا هو

ان المستند فى الجميع هو ما ذكرنا من وجوب العمل بكل من البيتين فى قيمه نصف المبيع

(٤٧) و هو كما ترى لا- يقضى باتحاد القولين لان النزاع انما هو فى ان العمل بكل من البيتين فى قيمه نصف المبيع هل يحصل

بالطريق المشهور أو بطريق الشهيد (- ره-) فالنزاع ثابت معنى لا انه لفظي

نعم لو لم يكن بينه أصلا لكن علمنا من الخارج

(٤٨) بقرائن قطعيه

ان قيمه الصحيح اما هذا أو ذاك و (- كك-) قيمه المعيب

(٤٩) اما هذا أو ذاك فان قلنا بالتعيين بالقرعه كما هو الحق فهو

و

(٥٠) ان

لم نقل بالقرعه أو الأصل

(٥١) الجارى فى كل مورد بحسبه

فاللازم (- ح-) الاستناد فى التنصيف الى الجمع بين الحقين على هذا الوجه و قد عرفت ان الجمع

(٥٢) يحصل

بتعديل التفاوت لأنه الحق دون خصوص القيمتين المحتملتين

(٥٣) هذا ما عندنا

و الله العالم

(٥٤) بحقائق احكامه و إذ قد تم ما التزمنا فيه بشرح المزج فلنعد الى اسلوبنا السابق و هو التعليق فنقول قال الماتن (- ره-)

[فى الشروط التى يقع عليها العقد]

القول فى الشروط (- اه-)

(٥٥) لما كان ثبوت الخيار بتخلف الشرط متوقفا على فهم حقيقه الشرط و شروط صحته و كان الكلام فى ذلك مطولا عدل عما

جرى عليه الى هنا من تعداد الخيارات الى جعل الكلام فى الشروط مستقلا و ذكر ثبوت الخيار بتخلفه فى عداد احكامه و الشروط

جمع الشرط كالعقود جمع العقد و يجمع الشروط على الشرائط (- أيضا-) كما صرح به بعض اللغويين و ربما يظهر من المصباح ان

جمع الشرط شروط و ان الشرائط جمع الشريطة بمعنى الشرط قال فى المصباح و جمع الشرط شروط مثل فلس و فلوس و الشريطة فى

معناه و جمعها شرائط انتهى

قوله طاب ثراه و هو بهذا المعنى (- اه-)

(٥٦) احترز به عن الشرط بالمعنى الثانى حيث جعله اسما جامدا

قوله طاب ثراه فى البيع و غيره (- اه-)

(٥٧) لا يخفى عليك ان الموجود فى القاموس انما هو كلمه نحوه بدل غيره و الفرق بينهما ظاهر لشمول كلمه الغير للعقود الجائزه (-

أيضا-) بخلاف كلمة نحوه أا ان يريد

ص: ١٤٥

جعل استدلالهم بعموم المؤمنون عند شروطهم في فروع الباب موافقا لإرادة الثاني يعنى الإلزام و الالتزام لثلا يلزم استعمال المشترك في كلماتهم في معنييه أو حمل اللفظ على معنييه الحقيقي و المجازى و أقول قد عرفت ان الشرط ليس الا بمعنى الرّبط و ان كلاً من المعنيين العرفيين و الاصطلاحيين مأخوذ من ذلك فلا حاجة الى ما ذكره كله

قوله طاب ثراه و على كلّ تقدير ففى الأخبار عنه (-ح-) بقوله ثلثة أيام مسامحة (-اه-)

وجه المسامحة أن ثلثة أيام ظرف للخيار فلا يحمل على لفظ الشرط بل اللازم على الاحتمال الأوّل تقدير لفظ الخيار قبل كلمة الثلثة ليكون التقدير هكذا ما المقرّر من الشرع فى الحيوان و الملزوم به المتبايعان قال عليه السّلام خيار ثلثة أيام و على الاحتمال الثانى تقدير لفظه المدة قبل الشرط ليكون التقدير ما مدّة الخيار فى الحيوان قال ثلثة أيام

قوله طاب ثراه نعم فى بعض الأخبار فى الحيوان كله شرط ثلثة أيام و لا يخفى توقفه على التوجيه مقتضى العدول عن إثبات المسامحة فى الأخبار بقوله ثلثة أيام الى ما ذكره بعد كلمة نعم هو عدم المسامحة فى هذه الفقرة و عدم التوقف على التوجيه مع انه لا حاجة الى التقدير فى هذه الفقرة لكون معناه انّ فى الحيوان كله خيار ثلثة أيام فيكون قد سقطت كلمة العدم قبل كلمة توقّفه من قلم الناسخ أو الماتن (-قده-) و على فرض كون العبارة على ما سطرت فالغرض من التوقّف على التوجيه لم يعلم

[فى شروط صحة الشرط]

إشارة

قوله طاب ثراه الكلام فى شروط صحّة الشرط (-اه-)

ينبغى قبل الأخذ فى ذلك بيان أمور لها تعلق بهذا الباب الأوّل انّ الظاهر كون المراد بالشرط فى المقام ما كان من الشرائط المستقبلية دون الماضية و المقارنة كما ينبى عنه اشتراط الإباحة و المقدورية و نحوهما فلو قال بعتك العبد بشرط ان يكون حبشياً خرج عن مفروض البحث و (-ح-) فيكون اشتراط الماضى و المقارن داخلا فى خيار الرّؤية أو الوصف أو العيب أو التّدليس فى بعض الأحيان و ربما جعلوا محقق الوقوع فى المستقبل كطلوع الشمس قسيما للشرط و سمّوه بالصّفه كما لا يخفى الثانى انه قد يخطر بالبال فى بادى النظر فى المقام اشكال هو انّ صحّة الشرط و لزومه موقوفان على صحّة العقد و صحّة العقد موقوفة على التنجيز فيه و الشرط ينافى التنجيز فيلزم من وقوع الشرط فساد العقد و من فساد العقد فساد الشرط و ما يلزم من وجوده عدمه فهو باطل و الجواب انّ القادح هو التعليق فى الإنشاء و الحاصل بالشرط أنّما هو التعليق فى المنشأ و من هنا يقال انه لا ريب فى انّ الإنشاء لا يقبل التعليق بمعنى تعليق نفس الإنشاء إذ ليس له مدلول وراء لفظه و أنّما يحصل بلفظه كالأخبار فلو علّق كان كالأخبار بأنّه سينشئ بعد ذلك فلا إنشاء بالفعل كما انه لا- كلام فى تعليق المنشأ سواء كان على معلوم الوقوع أو مشكوكه أو مظنوننه لأنّ المنشأ كما ينشأ مقيّدا مرّة و مطلقا اخرى (-كك-) ينشأ معلقاً مرّة و منجزاً اخرى و التّريديد و التشكيك فى وقوع المعلق عليه لا يقدره فإنّه لا يعود إلى الإنشاء لأنّه قد حصل الجزم به على احد التقديرين و كون كلّ من التقديرين غير مجزوم به فى الواقع لا ينافى ذلك و لهذا صحّ ان كان مالى الغائب سالما فهذه زكاته و الما فنافله فى العبادات التى شرطها الجزم بالنسبة و من ذلك دخول المأموم فى الصّلموة مع الشك فى إدراك الإمام راعا و الاستصحاب لا يفيد جزما و نحو ذلك هذا و لكن قد يقال انّ العقود لا يجوز التعليق فيها و لو باعتبار المنشأ لأنّها مبتدئة على وقوع أثارها من حينها و نحن نقول انه إن كان على ذلك إجماع أو كان مفاد صيغ العقود ذلك أو كان التعليق و لو باعتبار المنشأ منافيا للعقد و الا فلنظر فيه مجال واسع بل منع اكيد و قد يريد جواز التعليق فى المنشأ تجويز الأصحاب إجارة الدار بعد

سنة و ما ادعاه العلامة (-رہ-) من الإجماع على صحة التوكيل لو قال أنت وكيلي في بيع عبدى إذا قدم الحاج وغير ذلك إلا ان يقال ان شيئا من ذلك لا يقتضى المدعى لان مقارنه وقوع آثار الصيغ لها حاصله فيها لان ملك ما بعد سنة حاصل للمستأجر الآن وترتب عليه ثمرات الملك بعد سنة من الآن فيجوز له إجارتة من غيره بعد سنة الآن و اما قدوم الحاج فهو قيد للبيع لا للتوكيل و لهذا نقل العلامة (-رہ-) أيضا الإجماع على عدم جواز تعليق الوكالة على شرط و لا وصف فالإنصاف قدح التعليق (- مط-) و (- ح-) فيجاب عن الإشكال بمنع اقتضاء الشرط في ضمن العقد التعليق ضرورة أن مشترط عتق العبد مثلا لا يعلق البيع على العتق و الالدار من حيث توقف العتق على الملك فلو علق حصول البيع على حصول العتق لدار بل الاشتراط إلزام فى العقد مشروع أثره لزوم العتق بعد حصول البيع و ربما يكشف عما قلناه من كون الاشتراط غير التعليق قول الفاضل المقدار (-رہ-) فى التنقيح عقد البيع قابل للشرط لا للتعليق على الشرط اما الأول فلعوم قوله صلى الله عليه و آله المؤمنون عند شروطهم و لأدلة وجوب الوفاء بالعهد و اما الثانى فلأنه يعتمد الرضا لقوله تعالى إلا أن تكون بجارة عن تراض منكم و لا رضاء الا مع الجزم و لا جزم مع التعليق لأنه يعرضه عدم الحصول و لو قد علم حصوله كالمعلق على الوصف نحو ان طلعت الشمس أو جاء الشهر لان الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه و افراده فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد انتهى حيث تراه جعل الشرط غير التعليق على الشرط فليتدبر الثالث انه قد يقال ان الشروط فى العبادات الصيرفة غير سائغة فشرط السفر و الحضر فى الصوم و شرط الاعتكاف و الإحرام على خلاف القاعدة و الظاهر ان المراد به فيها معنى الإلزام و الالتزام على سبيل الاستقلال لا على سبيل الزبط و الانضمام و يحتمل ان يكون صوريا محضا و اما الإيقاعات فلا تدخل فيها الشروط لان الشرط بحسب العقد يستدعى إيجابا و قبولا و هما منتفیان فيها و اما الشرط فى

العتق فإنما هو للدليل على خلاف القاعدة و اما العقود اللازمة بالأصل فلا خلاف و لا إشكال فى جريان الشروط فيها بل الاجتماع بقسميه عليه و الأخبار به عموما و خصوصا مستفيضه بل متواتره معنى و اما العقود اللازمة بالعارض فقد مثل لها بعضهم بالهبة المعوضة و للرحم و للثواب و حكم بأنه يجرى فيها حكم اللمازم بالأصل قال و أما تفرقان فى الأثر فإن الشرط فى العقود اللازمة بالذات توجب الخيار بالتخلف عنها بخلاف اللازمة بالعرض فإن الظاهر ان الإخلال به فيها لا يوجب إلا العصيان و أقول أولا ان التمثيل لللازم بالعرض بالهبة المعوضة و للرحم و للثواب لا وجه له بل هى من اللمازم بالذات لوقوعها لازمة من حين حدوثها لا أنها تقع جائزة ثم يعرضها للزوم و ثانيا ان التفرقة بين اللمازم بالذات و اللمازم بالعرض بثبوت الخيار بتخلف الشرط المذكور فى ضمن الأول دون الثانى لا وجه له ضرورة ان ملاك ثبوت الخيار بتخلف الشرط موجود فيهما على السواء و التفرقة مما لا شاهد عليها فتدبر و اما العقود الجائزة من الجانبين و إن كانت فعليّة فلا يلزم الوفاء بالشرط المذكور فى ضمنها إذ لا معنى للزوم التابع مع جواز المتبوع لكونه من مزية الفرع على الأصل نعم فائدة الشرط فيها الوجوب مع قيد الاستمرار على المشروط فيكون من قبيل الوجوب الشرطى و اما

ص: ١٤٦

العقود الجائزة من جانب و اللأزمة من آخر ففي الشرط المذكور في ضمنها وجوه أحدها اللزوم لعمومات الشّروط خرج الشرط المذكور في ضمن العقد الجائز من الطرفين بالإجماع و بقي الجائز من طرف واحد تحت العموم ثانيها عدم اللزوم (- مط-) نظرا إلى أنّ العموم لا يشمل الفرض بعد كون الشرط عبارة عمّا التزم به في ضمن عقد و كون غيره وعدا و استلزام لزوم الشرط مع عدم لزوم العقد المذكور فيه الشرط مزية الفرع على الأصل ثالثها ملاحظة حكم كل جانب بالنسبة إليه نظرا إلى أنّ من كان العقد لازما من طرفه قد التزم بالمعاملة و التزم بالشرط في ضمنها فلزوم الشرط من جانبه لا يستلزم مزية الفرع على الأصل بخلاف من كان العقد جائزا من جانبه فان محذور مزية الفرع على الأصل قائم في جانبه فتدبر الرابع أنّ الشرط ليس تعليقا للعقد و لا لدوامه و لا للزومه و أنّما هو إلزام آخر مرتبط بالعقد فلا- يفترق الحال بين ذكره بلفظ الشرط أو بأدواته مع قصد عدم التعليق لكن ربّما يظهر من بعض الأصحاب عدم جواز ذكره بالإدارة و اعتبار كونه بلفظ الشرط و لعلّ ذلك لصراحة الأداء في التعليق مع انه غير مقصود و مطابقتها الدال للمدلول معتبرة في العقود و الشرط يرجع إلى كفيّة في العقد الخامس انه قد اشتهر على السنة الفقهاء (- رض-) أنّ الشّروط كأحد العوضين في جميع الأشياء و قد يقال انه ليس على ظاهره بل المراد بذلك شبهها بالعوض في بعض الوجوه كثبوت الخيار عند عدمها كما في تبعض الصّيفة و أمثاله و لذلك تصحّ في المنافع و الحقوق و لا يعط عليها الثمن و ان تفاوت الثمن و المثل من أجلها نقصا و زيادة من البائع و المشتري كالأجل و يجتزى فيها من العلم بما يجتزى به في الصّيلح أو المعاطاة و العقود الجائزة كما يبني عن ذلك شرط ضمان الغرامة و اشتراط الحمل و إسقاط الخيارات و شرط النفقة للخادم و مئونة الدابة و أنّ كل ما يقترضه للمعاملة بينهما و شرط الزكاة على المشتري من حاصل الزرع و شرط اجرة الوزان و الميزان و الكيلة و المكيال و التقاد و نحوها و دعوى خروج ذلك كلّ بالدليل لا وجه لها و كفانا في ذلك عموم أدلّة الشّروط بل و عموم أدلّة العقود بالنسبة إليها و ان تقيّدت بالنسبة إلى نفسها كما في البيع بنواهي الغرر فما يظهر من تضاعيف كلمات كثير منهم من أنّ الشّروط بمنزلة الثمن فيكون حكمه حكمه على اختلاف احكامه باختلاف العقود فيعتبر في شرط البيع ما يعتبر في ثمنه و في شرط الصّيلح ما يشترط في ثمنه و هكذا ليس على ظاهره ظاهرا و ألّا فلا- دليل عليه و احتمال كونه كالثمن في البيع (- مط-) و لا يختلف باختلاف العقود فيكون في باب الصّيلح اسوء من ثمنه بعيد جدّا كما لا يخفى

[أحد الشروط في صحة الشرط كونه داخلا تحت القدرة]

قوله طاب ثراه ان يكون داخلا تحت قدرة المكلف (- اه-)

الغرض من ذلك اعتبار كونه مقدورا له عادة و لا يضّر في ذلك احتمال عروض المانع منه فيما بعد ذلك كما أنّه لا ينفع احتمال عروض القدرة بعد ذلك فيما كان غير مقدور عادة فعلا فما لا يخلد تحت قدرته عادة و ليس من فعله لا يجوز اشتراطه و ذلك كجعل الزرع سنبلًا حيث أنّه من فعل الله (- تعالى-) و كذا لا يجوز اشتراط ما كان فعل غيره ممن لا سلطنة له عليه مثل عبده فلو شرط عليه عمل عبده صحّ لعدّ العرف إياه قادرا عليه بسبب قدرته على إلزام عبده به بخلاف ما لو شرط عمل أجنبيّ فإنّه لا يدخل تحت قدرته عادة فيكون اشتراطه سفها نعم لا- بأس به إذا كان مرجع اشتراط فعل الغير إلى تسبب المشروط عليه اقدام ذلك الغير على ذلك العمل كما لو قال بعثك هذا و اشترطت عليك ان تستأجر زيدا لان يخيظ ثوبي مع كون استيجاره زيدا للخياطة ممكنا عادة و نظير ذلك ما لو باعه الزرع و التزم بان يخدمه إلى ان يصير سنبلًا و كذا لو باع البسر و التزم بان يخدمه إلى ان يصير تمرا بقي هنا شيء و هو أنّه ان باع شيئا و اشترط المشتري على أجنبيّ في ضمنه عملا و التزم ذلك الأجنبيّ بذلك فالأظهر عدم لزوم ذلك الشرط لأنّ الشرط عبارة عن التزم في ضمن التزم آخر مع اتّحاد الملتزم بهما جميعا و اللزوم أنّما يلحق الاتّزام الثاني بسبب اتّصاف الاتّزام الأوّل به و لذا قلنا بعدم لزوم الشرط في ضمن العقد الجائز لاستلزام مزية الفرع على الأصل فالالاتّزام من الأجنبيّ المذكور لا

يندرج في عنوان الشرط حتى يشمل عموم النبوي صلى الله عليه وآله بل هو و عدلا يجب الوفاء به بل يستحب فما صدر من بعضهم من استظهار لزوم ذلك نظرا إلى شمول النبوي له اشتباه فتدبر قوله طاب ثراه لكن ان المراد به (- اه-)

قد سبقه في هذا الاستظهار الشهيد (- ره-) في بعض حواشيه كما ستسمع عبارته و فيه نظر ظاهر لان مجرد كون اشتراط حدوث فعل مباح من المشروط عليه مما لا يرتكبه العقلاء لا يمنع من تعرض الفقهاء (- رض-) لعدم صحته و استبعاد بيانه من شأن الفقهاء لا وجه له لان شأن الفقيه تميز ما يجوز و يصح مما لا يجوز و لا يصح سواء كان عدم الصحة لعدم كونه عقلايا أو لجهة أخرى و لهذا قال في (- لك-) بعد نقل هذا الاستظهار عن الشهيد (- ره-) انه حسن ان أرادوه و ان اشترك الأمران في البطلان انتهى فان ظاهره التأمل في إرادتهم ذلك و هو في محله سيما بالنسبة إلى عبارة (- يع-) الآتية و نحوها مما اشتمل الجعل على ضمير يعود إلى البائع قوله طاب ثراه قال الشهيد في محكي حواشيه عبارته المحكية

هكذا المراد به اي باشتراط جعل الزرع سنبلًا و البسر تمرا اشتراط ان يجعل الله الزرع سنبلًا له لا اشتراط ان يجعله البائع سنبلًا فان ذلك و ان كان باطلا (- أيضا-) الا انه غير مراد هنا لأنهم إنما يفرضون ما يجوز ان يتوهم العاقل لا ما يمنعه انتهى قوله طاب ثراه مضافا إلى عدم الخلاف فيه (- اه-)

قد احتج بعضهم للشرط المذكور بالإجماع و فيه ان المحصل منه غير حاصل و المنقول ليس بحجة كما نقحنا القول في ذلك في المطارع هذا مع ظهور الخلاف في ذلك من الشيخ و القاضي كما سيشير اليه الماتن (- ره-) و يتصدى للتوجيه و ستعرف ما في التوجيه إنشاء الله (- تعالى-)

قوله طاب ثراه عدم القدرة على تسليمه (- اه-)

هذه الجملة خبر لقوله فالوجه و حاصله التمسك لاعتبار الشرط المذكور بقاعدة الغرر و فيه منع الغرر بذلك سيما مع الجبر بالخيار و ربما استدلل بعضهم لاعتبار الشرط المذكور بوجه آخر و هو مخالفته للكتاب و السنة بل و العقل (- أيضا-) لاستحالة إمضاء الشارع لذلك بل المنع منه لعله أولى من المنع عن الشرط المحلل للحرام و أنت خبير بان لازم ذلك رجوع هذا الشرط إلى اشتراط عدم المخالفة للكتاب و السنة فلا يكون لتخصيصه بالعنوان و جعله شرطا آخر في قبال ذلك وجه فالأولى في نظري القاصر تعليل الشرط المذكور بان ما يدخل تحت قدرة المكلف و لا يرجع إلى إرادته و مشيئته مما يحتمل الوقوع و عدم الوقوع فيكون مرجع اشتراطه في ضمن العقد تعليقا للعقد على حصوله و التعليق في العقود مبطل لها و يمكن تعليقه بان ما لا يدخل تحت قدرة المكلف لا يعقل التزامه بإيجاده فإن التزم كان التزامه لغوا و كذبا فلا يؤثر بل ربما يمكن استفادة هذا الشرط في صحة الشروط من أدلة الشروط نظرا إلى ان الشرط هو الإلزام و الالتزام فمعنى قوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم لزوم التزم المؤمنين بالزاماتهم و التزاماتهم و اقدمهم على أدائها و هذا المعنى غير متأ في ما لا يدخل

ص: ١٤٧

تحت قدرته ضرورة عدم صحته أمر غير القادر على شيء به فالشرط المذكور لا ريب في اعتباره في صحة الشرط ولا اشكال قوله طاب ثراه و يمكن توجيه كلام الشيخ (- ره-) (- اه-)

فيه ان ظاهر كلام الشيخ و القاضي المحكيين ابيان عن هذا التوجيه و المدار في تشخيص الوفاق و الخلاف انما هو على ظواهر كلماتهم كما لا يخفى

قوله طاب ثراه الا ان يحمل على صورة الوثوق (- اه-)

قد يعترض عليه بان هذا الوثوق قد يحصل بالنسبة إلى فعله تعالى و لو بدعاء و نحوه فينبغي على ما ذكره الحكم بصحته (- أيضا-) و لا- أظنه يلتزم بذلك و مجرد غلبة الوثوق في فعل غيره تعالى و عدمها في فعله (- تعالى-) غير قاض بالفرق بينهما مع انه لا فرق بين اشتراط بيعه (- مط-) و على زيد فيما يرجع إلى القدرة و عدمها مع ظهور إجماعهم على صحة الأول فكذا الثاني فالمدى يظهر ان الجميع مما يدخل في قدرته و لو لانه الجزء الأخير من العلة عند اجتماع غيره من الأجزاء و الشرائط أو لإمكان تحصيله و لو بالوسائط البعيدة و ذلك كاف في ذلك نعم لو انكشف عدم قدرته عليه أصلا تبين عدم صحته من حين الاشتراط كما لو نذر فعل شيء بزعم القدرة عليه فتبين عدمه إذ هما مشتركان في الإلزام بالمقدور واقعا كسائر الملزومات الشرعية و العادية بخلاف تجدد العجز عنه بعد القدرة عليه فإنه قد يسقط على الخيار كما جزم به بعضهم فتأمل و لو لا ادارة الحكم مدار صحة توجيهه بالأمر بالإتيان به فإن كان توجيه الخطاب صحيحا كان اشتراطه جائزا و الا فلا

قوله طاب ثراه و من افراد غير المقدور ما لو شرط (- اه-)

قد صرح بفساد نحو هذا الشرط جمع من الأواخر معللين بعدم دخول ذلك تحت قدرته لكون المرجع فيه الشرع و الأولى تقرير الدليل بان أدلة الشروط لا تفيد الا كونه من الملزمات لما هو فعل مشروع جائز كالنذر و العهد لا أنه مؤسس و مشرع لما علم عدم مشروعيته أو شك فيه و (- ح-) فلا- يصح الاشتراط لما علم شرعيته و بالجملة فالصحيح من الشرط هو اشتراط ما علم من دليله حصوله بطلاق ما يدل على الالتزام به و على هذا فلا- يجوز اشتراط فراق الزوجة من غير طلاق نعم يصح اشتراط إيقاع الصيغة المقتضية للطلاق و نحوه و يجوز اشتراط الوكالة و تحمل كلفة الأعمال و ان لم يذكر صيغة بل يستحق العمل عليه بنفس الشرط لعدم توقف حل استيفائه منه عليها إذ لا ريب في جواز تبرعه به و قبوله منه بل ربما قيل بجواز اشتراط ملك عين مخصوصة و أنه يملكها بنفس الشرط من غير حاجة إلى تجديد عقد الهبة لأنها من العقود الجائزة التي لا يعتبر فيها لفظ خاص فيكفي (- ح-) عبارة الشرط مع القبول في تحقق أثرها كاشتراط الوكالة و غيرها ألما أنه ربما استشكل صاحب الجواهر (- ره-) في حصول الملك قبل القبض لاعتباره فيها قال و (- ح-) يكون المراد بما في الشرط من الملك ملك ان يملك ثم قال اللهم الا ان يقال أنها في الفرض كالهبة المعوضة بناء على اشتراط الملك فيها بالقبض ثم قال فتدبر جيدا فان ذلك كله كما ترى ضرورة وفاء دليل الشرطية بصحة اشتراط آثار العقود على وجه يلحقه حكم العقد الذي لا يتناول الشرط نعم قد يقال بصحة اشتراط اثر العقد الذي لا دليل على انحصار سببه في العقد الذي هو من أسباب حصوله كالملك الذي ليس في الأدلة ما يقتضى انحصار سببه في الهبة و نحوها و إن كان الهبة تفيده لا- أنه منحصر فيها فهو (- ح-) ملك شرطي لا ملك الهبة التي هي اسم للعقد المخصوص المعلوم عدم كون الشرط منه بل لعل الحرية (- أيضا-) (- كك-) فيصح اشتراطها على وجه يكون هو السبب في حصولها و ليس ذلك من العتق الذي هو عبارة عن الإيقاع المخصوص و (- ح-) فالضابط في الأثر الذي يجوز اشتراطه هو ما لا دليل على انحصاره في سبب خاص من عقد أو إيقاع و إن كان يحصل بهما فيشمله (- ح-) عموم المؤمنون و اما ما دل على انحصاره في السبب المخصوص الذي هو عقد أو إيقاع فلا يصح اشتراطه للتعارض من وجه و لا ترجيح و الأصل عدم ترتب الأثر انتهى كلامه علا مقامه و هو جئد في الغاية و بما ذكره يظهر الحال في المشكوك ضرورة تحكم أصالة عدم ترتب الأثر و عدم ارتفاعها الا بجريان عموم الشروط المتوقف على العلم بقابلية

المشروط للاشتراط الغير الحاصل بالعموم بعد البناء على عدم جواز التمسك بالعمومات في الشبهات المصادقية و لعل ذلك يزداد وضوحا فيما يأتي إنشاء الله تعالى

[الثاني من شروط صحة الشرط كون الشرط سائغا في نفسه]

قوله طاب ثراه الثاني ان يكون الشرط سائغا في نفسه (-اه-)

اعتبار هذا الشرط مما لا خلاف فيه ينقل و لا اشكال يحتمل لوضوح عدم معقولية لحوق إمضاء الشارع بالحرام و في موثق إسحاق الآتي كفاية لكن في جعل هذا الشرط شرطا مستقلا مغايرا لاشتراط عدم المخالفة للكتاب و السينة نظر ظاهر فان غير السائغ مخالف للكتاب و السينة فكان يغني عن هذا الشرط اشتراط عدم المخالفة الا ان يكون ذكر اشتراط عدم المخالفة للكتاب من باب ذكر العام بعد الخاص و لكن ذلك لا- يكون عذرا في ذكر الخاص و هو اشتراط عدم تحليل الحرام و عدم تحريم الحلال و لعلهم تبعوا التصوص في ذكرهما عنوانين و في تفسير المحلل للحرام و المحرم للحلال مسالك يأتي الإشارة إليها من الماتن (-ره-) و يأتي منا شرحه إنشاء الله تعالى

[الثالث من شروط صحة الشرط أن يكون فيه غرض عقلائي]

قوله طاب ثراه بمكيال معين أو ميزان معين (-اه-)

غرضه المكيال المعين من افراد المكيال المتساوية في المقدار و الميزان المعين من افراد الموازين المتساوية في المقدار و الا فالتعيين في صورة اختلاف المكيال و الموازين لازم فضلا عن ان يكون جائزا

قوله طاب ثراه و الوجه في ذلك ان مثل ذلك لا يعد حقا (-اه-)

يمكن تعليل ذلك بوجه آخر و هو ان الإمضاء إنما لحق العقود و الشروط العقلية فالعقد أو الشرط الذي لا غرض معتدا به فيه للعقلاء لا يستعقب الأكثر لكونه خارجا عن العمومات الممضية داخلا تحت أصالة الفساد و عدم الاعتبار

قوله طاب ثراه و لو شك في تعلق غرض صحيح به حمل عليه (-اه-)

لعل الوجه في ذلك ان الأصل في كل عقد أو شرط صدر من عاقل بالغ هي الصحة و التضمن للغرض الصحيح و المانع من جريان العمومات انما هو اللغو و الخلو عن الفائدة فإذا شك في وجود المانع أحرز عدمه بالأصل لكن هذا انما هو بناء على كون الخلو عن الغرض العقلائي المعتد به مانعا كما هو مقتضى مستند الشرط المذكور و اما لو كان التضمن للنفع المعتد به شرطا فالأصل يقتضى خلاف ذلك لان الأصل عدم حصول الشرط كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و لاستغراق أوقاته بالخدمة (-اه-)

و هذا بخلاف العبد المسلم فإنه لا يجب عليه الخدمة في أوقات العبادات الموقته المضيقه

قوله طاب ثراه و من ان الإسلام يعلو (-اه-)

لعل نظره في التمسك بالنص إلى ان اشتراط كون العبد كافرا إعلاء للكفر و فيه نظر ظاهر لمنع كونه إعلاء له لأن المقصودية في البيع لا تقتضى العلو في الرتبة و المانع من صحة الشرط انما هو الخلو عن الفائدة و الغرض تعلق الغرض بالشرط المذكور فيصح

[الرابع من شروط صحة الشرط أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنة]

قوله طاب ثراه ففي النبوي المروي صحيحا (-اه-)

الذي عثرت عليه بهذا المضمون هو ما رواه الشيخ (-ره-) بإسناده عن علي بن إسماعيل الميثمي عن حماد عن عبد الله بن المغيرة

عن ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل قال لامرئته ان نكحت عليك أو؟؟؟ فهى طالق قال ليس بذلك شىء ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا- يجوز ذلك له ولا- عليه و طريق الشيخ (-ره-) الى على بن إسماعيل صحيح و كذا من بعد على بن إسماعيل و اما

ص: ١٤٨

هو فحسن كالصحيح و لعل الماتن (-ره-) عثر عليه من طريق صحيح فوصفه بالصحة قوله طاب ثراه و فى المروى موثقاً (-اه-)

أشار بذلك إلى الموثق الذى رواه الشيخ (-ره-) بإسناده إلى الصفار عن الحسن بن موسى الخشاب عن غياث بن كلوب عن إسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام انّ عليّ بن أبي طالب عليه السلام كان يقول من اشترط لامرئته شرط (-إلخ-) ما فى المتن

قوله طاب ثراه و فى صحيحه الحلبي (-اه-)

لم أقف للحلبي على رواية إلا واحدة منها لا يخلو من تغاير لما فى المتن و سندها ضعيف بعليّ بن حديد و هى ما رواه الشيخ (-ره-) (بإسناده عن احمد بن محمد بن عيسى عن عليّ بن حديد عن ابى المعزى عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجلين اشتركا فى مال و ربحا فيه ربحا و كان المال دينا عليهما فقال أحدهما لصاحبه أعطنى رأس المال و الريح لك و ما قوى فعليك فقال لا بأس به إذا اشترط عليه و إن كان شرطاً يخالف كتاب الله فهو ردّ إلى كتاب الله عزّ و جلّ الحديث و لعلّ الماتن (-ره-) وقف على ما غفلنا عنه

قوله طاب ثراه و فى صحيحه ابن سنان (-اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (-ره-) عن عدّة من أصحابه عن سهل بن زياد و احمد بن محمد جميعاً عن ابن محبوب عن عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول من اشترط (-اه-)

قوله طاب ثراه و فى صحيحه أخرى (-اه-)

قد رواها الشيخ (-ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن نضر بن سويد عن عبد الله بن سنان عن ابى عبد الله عليه السلام قال المسلمون عند شروطهم (-اه-) و له صحيحه ثلثة رواها الشيخ (-ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن ابن سنان قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشرط فى الإمام لا تباع و لا توهب قال يجوز ذلك غير الميراث فإنها تورث لأنّ كلّ شرط خالف الكتاب باطل

قوله طاب ثراه و فى رواية محمد بن قيس (-اه-)

هذه الرواية حسنة و قد رواها الصدوق (-ره-) بإسناده عن محمد بن قيس مع زيادة قوله و أصدقته هى بعد قوله تزوج امرئيه

قوله طاب ثراه و فى معناها مرسله ابن بكير (-اه-)

قد رواها الكليني (-ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن محمد عن ابن فضال عن ابن بكير عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام

قوله طاب ثراه و فى رواية إبراهيم بن محرز (-اه-)

لا يخفى عليك كونها أجنبية عن مفروض البحث فلا وجه لعدّها من جملة؟؟؟ المسئلة لعدم كون موردها من الشرط فى ضمن العقد بل هو تفويض كما لا يخفى

قوله طاب ثراه فاشترط و لاء المملوك انما جعل فى النبوى مخالفاً لكتاب الله بهذا المعنى (-اه-)

و ذلك لأنه ليس فيما بأيدينا من الكتاب ما يخالف ذلك و أنّما هو مخالف للسنة التى قال عليه السلام فى بيانها الولاء لمن أعتق هذا و لكن قد يقال انّ خبر إبراهيم بن محرز و؟؟؟ مسلم ظاهر ان فى كون المراد بالكتاب القران المجيد حيث ساق عليه السلام بعد بيان فساد الشرط المخالف للكتاب الآيات و عليه فيلزم تقييد إطلاق الأخبار المذكورة الدالة على جواز كلّ شرط لم يخالف الكتاب بحسنه محمد بن قيس المزبورة الناطقة بفساد الشرط بمخالفتها للسنة لكن الإنصاف ان لا تعارض بين النبوى و بين خبرى إبراهيم و

ابن مسلم لأنّ ظاهر النبويّ كون الكتاب مطلق ما كتبه الله على عباده من احكام الدّين فيشمل ما في الكتاب و ما في السّنة و ظاهر الخبرين كون ما في الكتاب ممّا كتبه الله تعالى فلا- تعارض بينهما فيعمل بهما و يحكم بكون كتاب الله تعالى مطلق ما كتب الله تعالى بل يمكن المناقشة في ظهور الخبرين في كون المراد بالكتاب القران إذ ليس فيهما الا الاستدلال على بطلان الشرط بالآية بل الأوّل أجنبيّ من الفرض بالمرّة كما عرفت

قوله طاب ثراه لكن ظاهر النبوي و إحدى صحيحتي ابن سنان (- اه-)

تصدير العبارة بكلمة لكن لا وجه له لعدم ارتباطها بسابقتها و كون ما فيها مطلباً آخر ثمّ إنّ وجه ظهور النبوي و الصّحيفة الأولى لابن سنان في اعتبار الموافقة واضح امّا في النبوي فلجعله (- ص-) عدم كون الشرط في كتاب الله مانعاً من صحّته و امّا في صحيح ابن سنان فلتقيده الشروط بالموافقة لكتاب الله تعالى بخلاف بقيّة الأخبار حيث جعلت المخالفة للكتاب مانعاً من صحّة الشرط قوله طاب ثراه نظراً إلى موافقه ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته (- اه-)

فالموافقة للكتاب (- ح-) ليست على ظاهرها و هي الموافقة بالخصوص بل أعمّ منه و من الموافقة لعموماته كما لا يخفى قوله طاب ثراه و فيه أنّ ما ذكر لا يوجب الانحصار فان التّزام (- اه-)

(١١) لا يخفى عليك أنّ ما ذكره من الجواب غير متّجه ضرورة أنّ مخالفة التّزام فعل الحرام للكتاب المحرّم له لا يستلزم مخالفة التّزام ترك المباح (- أيضاً-) للكتاب و القائل أنّما ادّعى عدم مخالفة التّزام ترك المباح للكتاب و الموجب قد اعترف (- أيضاً-) بذلك و فعل الحرام و ان كان مخالفاً للكتاب أمّا انه من قبيل مخالفة نفس المشروط و الملتزم للكتاب و أمّا الالتزام بالحرام فليس مخالفاً للكتاب لعدم الدّليل على حرمة نفس الالتزام و انما المحرّم نفس الملتزم به امّا الخبر المزبور الدال على كون اشتراط ترك التّزوج و التّستري مخالفاً للكتاب فيأتي الوجه فيه إنشاء الله تعالى قوله طاب ثراه ثمّ ان المراد بحكم الكتاب و السّنة (- اه-)

(١٢) غرضه بذلك بيان معنى المخالفة للكتاب و السّنة و تفسيرها على وجه يرتفع ما يخطر ببال الناظر في الأخبار المزبورة المشترطة في صحّة الشرط عدم مخالفته للكتاب و السّنة من الإشكال و تقرير الإشكال أنّه إن كان المراد بالمخالفة المنافاة لما دل على ذلك من عموم الكتاب و السّنة و إطلاقاتهما لزم ان يكون كلّ شرط مخالفاً للكتاب و السّنة فان من شرط في البيع ان يعطيه ديناراً زائداً على ثمن المبيع فقد خالف عموم الكتاب و السّنة الدالين على عدم وجوب ذلك و (- كك-) من شرط عليه عتق المبيع أو بيعه من زيد أو شرط خياراً في البيع و نحو ذلك فقد شرط ما يخالف ما دلّ من الكتاب و السّنة على عدم لزوم العتق و البيع و لزوم العقد فأين الشرط الغير المخالف لهما و لا يزم ذلك هو الاستثناء المستغرق الموجب للبطلان و إن كان المراد من المخالفة مخالفة الأحكام المنجزة في الكتاب و السّنة التي لا يصحّ فيها اشتراط خلافها فيكون المعنى أنّ ما خالف ما دلّ من الكتاب و السّنة على حكم غير قابل لاشتراط خلافه و لا يزمه ان كلّ مقام لا- ندري ان هذا ممّا يمكن اشتراطه أو لا- يمكن لا- يجوز لنا التمسك بعموم المؤمنون عند شروطهم لأنّ عموم الشرط أنّما هو في مقام لم يكن إطلاق الكتاب و السّنة قاضياً بعدم جواز شرط خلافه و نحن لا نعلم ذلك إلا بعد العلم بصحّة اشتراط خلافه و الفرض أنّه (- أيضاً-) يتوقّف على شمول هذه العمومات فيلزم الدّور و ان علم من الخارج جواز اشتراط خلافه أو عدم جوازه فلا بحث فيه و لازم هذا الكلام سقوط هذه العمومات من الحجية بالمرّة مضافاً إلى أنّ المعيار في معرفة المنجز من حكم الكتاب و السّنة و ما يجوز فيه اشتراط الخيار غير موجود فإنّ ظاهر ما اقتضاه الكتاب و السّنة هو تسلّط الناس على أموالهم و برأيه ذمهم عن التّكليف و لزوم العقد و نحو ذلك و من اين يعلم أنّ هذا مقيد بما إذا لم يشترط خلافه أو مطلقاً قابل للتقييد أو غير قابل و غاية ما في الباب تعارض عمومات الشروط مع ما دلّ من الكتاب و السّنة على الحكم بالعموم من وجه و كما يمكن تقديم جانب الكتاب يمكن ترجيح جانب الشروط و توهم أنّ التعارض فرع التكافؤ و ليس لأنّ أدلّة الأحكام مطلقة و عمومات الشروط مقيدة بعدم المخالفة للكتاب و السّنة

ص: ١٤٩

فحيث وقع التعارض يسقط دليل الشرط لأنه من موارد المخالفة مدفوع بما ذكر من استلزام ذلك بطلان الشرط بأجمعها لعدم خلوها عن المخالفة الكتاب بعموم أو خصوص و حيث أشكل الحال بما ذكر تصدى جمع من الأواخر للكلام في معنى المخالفة للكتاب والسنة على وجه يرفع الإشكال و لهم في ذلك طرق و مسالك أحدها ما في المتن و حاصله اختيار الشق الثاني و الجواب عن اشكال الدور بإحراز عدم قضاء إطلاق الكتاب و السنة بعدم جواز شرط خلافه و أصالة عدم المخالفة الرجعة إلى أصالة عدم ثبوت الحكم على وجه لا يقبل تغييره ثم التمسك بعموم المؤمنون عند شروطهم و أنت خبير بما في تمامية هذا الأصل من النظر و ذلك لإمكان ان يقال ان مجرى الأصل إنما هو حيث ثبتت المخالفة لتحكم الشرعي و كان الشك في ان الحكم المخالف هل هو قابل للتغيير أم لا فأصالة عدم المخالفة لا مجرى لها إذ لا شك في المخالفة بل الشك في القابلية للتغيير فالأصل عدم القابلية و اما أصالة عدم ثبوت الحكم على وجه لا يقبل التغيير بالشرط فلا مجرى لها (- أيضا-) بعد وضوح ثبوت الحكم و رجوع الشك إلى قابلية للتغيير و عدم قابليته فإن الأصل إنما يجرى في مورد الشك فإذا كان الشك في الفصل لا يجرى الأصل في الجنس باعتبار دخول الفصل فيه فإنه إذا علم كون حيوان في الدار و شك في كونه ناطقا أم لا لا يجرى أصالة عدم وجود الحيوان الناطق بل أصالة عدم كون الحيوان ناطقا فكذا هنا لا يجرى أصالة عدم ثبوت الحكم على وجه لا يتغير لمعارضتها بأصالة عدم ثبوته على وجه يتغير بل إنما يجرى أصالة عدم قابليته للتغيير و لا مجال للتعلق بأصالة عدم منع المخالفة الخاصة من صحة الشرط أما أولا فللدلالة النصوص على قدح المخالفة و اما ثانيا فلكون أصالة عدم القابلية للتغيير سببية لأن الشك في منع المخالفة الخاصة ناشئ من الشك في القابلية للتغيير بالشرط كما لا يخفى فالحق ان المدار في المخالفة المقتضية لفساد الشرط مخالفته للحكم الثابت بعموم الكتاب أو السنة أو خصوصهما مطلقهما أو مقيدهما مع ثبوت عدم قابلية ذلك الحكم للتغير بمغير من شرط و نحوه و (-ح-) نقول ان الشرط على أقسام فمنها ما هو موافق للكتاب و السنة و لا إشكال في صحته و منها ما هو مخالف للحكم الشرعي الظاهر من دليله عدم التغيير بشيء من الشرط و نحوه و هذا لا إشكال في فساده و منها ما خالف الحكم الظاهر من دليله القابلية للتغيير بالشرط و هذا لا إشكال في صحته و منها ما خالف الحكم المشكوك في كونه على وجه يقبل التغيير أم لا و هذا هو محل الإشكال و التوقف و عدم البناء على صحته فالشرط المخالف للحكم الشرعي وضعيا كان أو تكليفيا لا يصح إلا إذا علم من دليله القابلية للتغيير بالشرط أو علم من دليله كونه حقا لا حكما محضا فما شك في قابليته للتغيير لا يصح بعد وجود المخالف له من الكتاب و السنة و على أي حال فاصل الإشكال يرتفع باختيار الشق الأول و منع اللزوم بفهم القابلية بالتغيير من جملة من أدلة الأحكام أنفسها فضلا عما قام الدليل من نص أو إجماع على جوازه حيث يكون ذلك قرينة على قابلية الحكم المخالف له للتغير كما لا يخفى و ان شئت تبهناك على بعض ما يقتضيه التأمل مثل أنه عليه السلام حكم بفساد اشتراط كون الطلاق و الجماع بيد المريء في رواية محمد بن قيس المزبورة و بكونها مطلقة قهرا ان تزوج عليها أو تسرى أو هجرها في خبر ابن مسلم المتقدم و حكم بصحة اشتراط ان لا يطلقها أو لا يتزوج عليها مع اقتضاء الكتاب و السنة جواز التزوج و التطلق فكما ان اشتراط كونها مطلقة مخالف لقوله (- تعالى-) فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ كما أفاده الإمام عليه السلام فكذا اشتراط ان لا يتزوج عليها مخالف للآية فيشكل الحال في تجويز الثاني و المنع من الأول و حله و الله العالم ان جواز النكاح للرجال الثابت بالآية قابل للتبدل كما يكشف عن ذلك حرمة مع الضرر مثلا فجوز عليه السلام اشتراط تركه و اما المنع من اشتراط كونها مطلقة ان تزوج عليها فتعليقه عليه السلام له بالآية لعله صوري و إنما المنع من صحته منافاته لكون الطلاق بيد من أخذ بالساق الظاهر دليله في عدم القابلية للتغيير و بالجملة فالتميز بين الموارد يحتاج إلى فهم صائب وفقنا الله تعالى و إيتاك لذلك ثانيها ما سلكه الفقيه الغروي (- ره-) من ان المتبادر من مخالفة الكتاب و السنة مخالفة

ما ثبت منهما بالخصوص على نحو نعلم ان الحكم (- كك-) من دون تعلقه بشيء آخر و ان هذه العبارة ليست الا كقوله اطلع أباك إلا فيما خالف الشرع أو قول الرجل لصديقه أتى أطيعك و اسمع قولك إلا فيما خالف أمر الله تعالى فان معناه ان أمر الأب أو المولى

أو الصيديقي مثلاً (- أيضاً-) من الملزمات سواء كان يلزم الشرع أو بالتزام المكلف بنفسه و يكون المراد ان مع قطع النظر عن الأمر و نهيه يلاحظ الشرع فان كان للشرع أمر و نهى و جعل في هذه الواقعة فالمتبع ذلك و ان كان الشارع رخص في ذلك أو سكت و لم يحكم بأحد الطرفين فالمتبع في ذلك أمرك فكذا في الشرط فان مقتضى الدليل ان الشرط (- أيضاً-) من الملزمات لأحد الطرفين أما الفعل أو الترك فان كان هناك للشارع حكم بأحد الطرفين إلزاماً فلا عبرة بالشرط لو خالفه كتعارض اطاعة المولى و الأب مع اطاعة الشارع و ان لم يكن (- كك-) فالمتبع الشرط قال هذا واضح لا اشكال فيه فنقول أما الأحكام الشرعية وضعية كانت أو تكليفية لو اشترط تغييرها عمياً هي عليها كاشتراط حرمة الماء أو حلّ الخمر أو عدم ضمان الغاصب أو عدم كون البيع مملّكا و نحو ذلك فلا ريب في بطلانه و لا- يحتاج إلى إدراجه في مخالفة الكتاب و السنة بل ليس معنى المخالفة مثل ذلك إذ الأحكام ليست في قدرة المكلفين و شرط أمر غير مقدور باطل إذ الشرط يجب الوفاء به كالعقد و لا يشمل دليل الشرط نحو ذلك حتى يحتاج إلى الاستثناء و هذا ممياً لا- يتفوه به أجنبي عن الفن فضلاً عن الفقيه النبيه و اى معنى لقولك بعتك و شرطت ان لا تكون الصلوة واجبا أو الجنائية عمداً غير موجب للقصاص إذ المقصود من الشرط الوفاء و هذا غير مقدور حتى يوفى به و كون المراد بمخالفة الكتاب ذلك كلام يضحك التكلّي و حيث ان الشرط انما هو في الأمور المقدورة فيرجع الأمر إلى اشتراط الفعل أو الترك لا تغيير نفس الحكم فاذا صار (- كك-) فنقول شرط الفعل يوجب إلزامه و شرط الترك يوجب لزوم الترك فإن كان الفعل المشروط حراما كشرب الخمر و نكاح الخامسة فالشرط مخالف للسنة أو للكتاب و (- كك-) لو كان الترك المشروط ممنوعاً منه كشرط ان لا تصلى أو لا تصوم أو لا تطأ زوجتك الدائمة سنة و نحو ذلك و اما لو كان الفعل أو الترك ممّا رخص فيه كطلاق الزوجة و بيع الدار و أكل الزمان و القعود يوم الجمعة في الدار و المسير إلى مكان و نحو ذلك ممّا لا أمر للشارع فيه و لا نهى فيجوز اشتراط فعله و تركه من دون اشكال و ليس داخل في مخالف الكتاب و السنة و قولنا ان اشتراط عدم التسرى و نحو ذلك ممّا خالف السنة انما هو لنص خاصّ و بالجملة فحاصل المراد ان كلّ شرط لو قطع النظر عن لزوم الشرط و لوحظ الشرع لم يرد فيه ما يدل على الإلزام فيه بفعل أو ترك فلا مانع من اشتراطه كما لا- مانع من اشتراط ما يوافق الشرع في لزوم الفعل أو الترك فيكون كالتنذر على فعل الواجب أو ترك الحرام فيصح لأنّ علل الشرع معرّفات

ص: ١٥٠

لا مانع من اجتماعها ثالثها ما سلكه الفاضل التراقي (- قده-) و يأتي إنشاء الله تعالى نقل كلامه عند اشارة الماتن (- ره-) اليه مریدا ببعض مشايخه المعاصرين إياه و الحق ما عرفت

قوله طاب ثراه مثل رواية منصور بن يونس (- اه-)

قلت يوافقها في المؤدى خبر منصور بن بزرج المتقدم في شرح قوله (- قده-) و قد أطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض اخبار النكاح فراجع و تدبر

قوله طاب ثراه فيمكن حمل رواية محمد بن قيس (- اه-)

الظاهر انه سهو من قلمه الشريف و ان الصحيح رواية ابن مسلم بدل محمد بن قيس لأنها التي يجرى فيها الحمل الذي ذكره و اما خبر محمد بن قيس فصريح في عدم كون المشروط وقوع الفراق بنفس التزويج بل التزويج سبب لسلطنتها على تطبيق نفسها متى شئت نعم لمحمد بن قيس رواية أخرى قريبة في المؤدى لخبر ابن مسلم المتقدم يحتمل ارادة الماتن (- ره-) برواية محمد بن قيس تلك بزعم ان ما نقله تلك و هي ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن محمد بن الحسين عن الحسن بن علي بن يوسف الأزدي عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرية و شرط لها ان هو تزوج عليها امرية أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طلق فقضى في ذلك ان شرط الله قبل شرطكم فان شاء و في لها بما اشترط و ان شاء أمسكها و اتخذ عليها و نكح عليها و توضيح القول في اشتراط ان لا يتزوج عليها أو لا يتسرى انه لا خلاف في بطلانه و قد ادعى الاتفاق عليه كاشف اللثام و ادعى الإجماع عليه في (- ف-) و الأصل في ذلك خبر محمد بن قيس المذكور و خبر ابن مسلم المتقدم في كلام الماتن (- ره-) و ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن علي بن إسماعيل الميثمي عن حماد عن عبد الله بن مغيرة عن ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل قال لامرئته ان نكحت عليك أو تسريت فهي طالق قال ليس ذلك بشيء ان رسول الله (- ص-) قال من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له و لا عليه لكن ربما يمكن المناقشة في ذلك بان حكمه عليه السلام بفساد الشرط انما هو لأدائه إلى وقوع الطلاق قهراً مع أنه بيد من أخذ بالساق لا لاشتراط ان لا يتزوج عليها و لا يتسرى و يشهد به حكمه عليه السلام بصحة اشتراط ان لا يتزوج عليها و لا يتسرى في جملة من الأخبار فمنها الصحيح الذي رواه الكليني (- ره-) عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن صفوان عن العلاء بن رزين عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يقول لعبدته أعتقتك على ان أزوجك ابنتي فإن تزوجت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار فأعتقه على ذلك أو تسرى أو تزوج قال عليه شرطه و منها الصحيح الذي رواه الصدوق (- ره-) بإسناده عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله يعني البصري أنه سئل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لغلامه أعتقتك على ان أزوجك جاريتي هذه فان نكحت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار فأعتقه على ذلك فنكح أو تسرى عليه مائة دينار و يجوز شرطه قال يجوز شرطه قال و قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل أعتق مملوكة على ان يزوجه ابنته و شرطه عليه ان تزوج أو تسرى عليها فعليه كذا و كذا قال يجوز و منها الموثق الذي رواه الكليني (- ره-) عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابي عمير عن الحسين بن عثمان و محمد بن أبي حمزة جميعاً عن إسحاق بن عمار و غيره عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يعتق مملوكة و يزوجه ابنته و يشترط عليه ان أغارها أن يرده في الرق قال له شرط بيان الظاهر ان الإغارة من الغيرة بالكسر و هي كما في المجمع نفرة طبيعية تكون عن بخل مشاركة الغير في أمر محبوب له فتكون الإغارة (- ح-) كناية عن التزوج و التسرى و بالجملة فهذه الأخبار جوزت اشتراط عدم التزوج و التسرى و (- ح-) فيقع التعارض بين الأخبار و يجمع بينها بحمل الناطقة بفساد الشرط على ما إذا اشترط وقوع الطلاق قهراً ان تزوج عليها أو تسرى و المصححة على ما لو أطلق الاشتراط أو شرط غرامته بشيء ان أوقع الشرط فان قلت ان الحمل المذكور لا يتمشى لظهور الأخبار المزبورة أولاً في فساد شرط عدم التزوج و عدم التسرى من حيث هو بل خبر ابن مسلم كالصريح في ذلك حيث استشهد عليه السلام في الإفساد بآتي حل

التزويج و التسرى مع ان المراد بالطلاق فيها ليس هو الطلاق المصطلح بل هو بمعناه اللغوي يعنى انه شرط انفساخ النكاح ان تزوج عليها أو تسرى و ذلك غير مخالف للكتاب بل كل مشروط ينتفى بانتفاء شرطه فالظاهر ان بين الطائفتين تعارضاً لكن إطباق الأصحاب على فساد الشرط يوهن هذه الأخبار قلت الإنصاف أنه لا تعارض بين الطائفتين أصلاً ضرورة ان مفاد الطائفة الأولى فساد اشتراط ان لا يتزوج عليها أو لا يتسرى و مفاد الثانية اشتراط غرامه شىء ان تزوج عليها أو تسرى و بينهما تبايناً كلياً فان مطلوب المشترط على الأول عدم وقوع التزوج و التسرى منه أصلاً و لا ريب في مخالفته للكتاب بخلاف الثاني فان مطلوب المشترط فيه الغرامه إن تسرى أو تزوج من دون نظر إلى أصل عدم وقوع التزوج و التسرى و لا ريب في عدم مخالفته للكتاب بوجه و حيث انتفى التعارض تعين الأخذ بالطائفة الأولى في محل البحث و العمل بالأخرى في موردها نعم ينافي ذلك خبر منصور المزبور لكن عن الاستبصار حملة على التقيّة لموافقة ذلك العامة و عن (- يب-) الجواب بالفرق بين النذر و الشرط قوله طاب ثراه (- فت-)

لعله أشار بذلك إلى تضعيف الحمل نظراً إلى ظهور الخبر في سببته الشرط لوقوع الطلاق قوله طاب ثراه فان ما دل على أنه لا يملك ولد حرّ (- اه-)

هذه الفقرة قد وردت في روايه سماعه و هي ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن البروفرى عن احمد بن إدريس عن احمد بن محمد عن أبى أيوب عن سماعه قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوكه أتت قوماً و زعمت أنها حرّة فتزوجها رجل منهم و أولدها ولداً ثمّ ان مولاهاهم أتاهم فأقام عندهم البيّنة أنها مملوكه و أقرت الجارية بذلك فقال تدفع إلى مولاها هي و ولدها و على مولاها ان يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير اليه قلت فان لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به قال يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤدّيه و يأخذ ولده قلت فان أبى الوالدان يسعى في ثمن ابنه قال فعلى الإمام ان يفتديه و لا يملك ولد حرّ و قد حكى المحقق الكركى في مع (- صد-) عن المحققين ضبط كلمة الحرّ بالتونين دون الإضافة و قال في وجه الاستدلال به على عدم صحّة اشتراط الحرّية بأن النكرة في سياق التّفى للعموم و المعنى و لا- يملك الولد المحكوم بحريته بحال ثمّ أورد على نفسه بأن المشروط حرّيته محكوم برقيته ثمّ أجاب بأنّه حرّ بدون الشرط فلا يكون الشرط سبباً لرقبته بنصّ الحديث و أقول قد ذكرنا عند التعرض لتفصيل المسئلة في مبحث نكاح الإماء من منتهى المقاصد ان الظهورات في الألفاظ تدور مدار الافهام و ان ضبط المحققين لها بالتونين لا يكون حجّة بعد ظهور العبارة في الإضافة فإنّه لا يخفى على أرباب الذوق السليم كون الإضافة أليق بالاستدلال على لزوم فداء الإمام عليه السلام له ضرورة أنّه على التونين يحتاج إلى مقدّمة أخرى و هي ان هذا الولد حرّ بخلافه على الإضافة فإنّه يدلّ على المطلوب و للمانع ان يمنع من حرّيته و (- ح-) فما في التنقيح من انّ من أضاف فقد وهم لا وجه له ثمّ ان المشهور بين الأصحاب هو صحّة اشتراط رقيه الولد بل لم ينقل في ذلك خلاف إلى زمان المحقق

ص: ١٥١

و لكن لم نجد لهم في ذلك مستندا صحيحا و الأظهر هو عدم الصِّحة وفاقا للمحقق و الشهيد الثانيين و صاحبى الكفاية و الحدائق لظهور الرواية في عدم إمكان رقية ولد الحر في الشريعة مضافا إلى أن الولد ليس ملكا للحر من الأبوين ليصح اشتراطه للمولى و كما لا يصح رقية من ولد حرّا فكذا من سيولد حرّا لانتفاء السِّلطنة في الموضوعين و يؤيد ففى السِّلطنة أن الوالد لو أقر برقية ولده لم ينفذ هذا الإقرار على الولد و توضيح القول في المسئلة يطلب من منتهى المقاصد

قوله طاب ثراه و منها ارث المتمتع بها (-اه-)

قد اختلفوا في إرث المتمتع بها فالمشهور العدم للتصوص المستفيضة و قال القاضى بالثبوت (- مط-) و علم الهدى بالثبوت الأ مع اشتراط عدمه ثمّ أنّ القائلين بعدم الثبوت عند الإطلاق اختلفوا في صحّة اشتراط الإرث على قولين قال بكلّ منهم جمع و وصف كلّ منهم بالشهرة و ان وصف المحقق الثبوت بالأشهرية و عدم الصحة و ان كان مقتضى القاعدة من حيث أنّ الاشتراط ليس بسبب شرعى جعلى الثبوت الإرث و أنّ أسباب الإرث محصورة و ليس هذا منها و ما ليس بسبب شرعى لا يمكن جعله سببا و لا مقتضى للتوارث هنا إلا الزوجية فان صدق على المتعة الزوجة التي دلت الآية و الرواية على ثبوت الإرث لها ورثت على كلّ حال و ان لم يشترط ثبوته و بطل شرط نفيه و ان لم تصدق عليها الزوجة لم يثبت الإرث بالاشتراط لأنه شرط تورث من ليس يوارث و لكن خرجنا عن القاعدة بالنصوص الناطقة بالتوارث مع الاشتراط الكاشفة عن قابلية عدم التوارث الثابت في المتعة للتغير بالشرط ففى الصّحيح الذى رواه الكليني (- ره-) عن على بن إبراهيم عن أبيه عن احمد بن محمد بن محمّد بن ابى نصر عن ابى الحسن الرضا عليه السلام قال تزويج المتعة نكاح بميراث و نكاح بغير ميراث ان اشترطت كان و ان لم تشترط لم يكن و رواه الحميرى فى محكى قرب الإسناد عن احمد بن محمد بن عيسى عن احمد بن محمد بن نصر و الصّحيح الذى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد عن عاصم بن حميد عن محمد بن مسلم قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام كم المهر يعنى فى المتعة فقال ما تراضيا عليه إلى ان قال و ان اشترط الميراث فهما على شرطهما و اما ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن البرقى عن الحسن بن الجهم عن الحسن بن موسى عن سعيد بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يتزوج المريّة متعة و لم يشترط الميراث قال ليس بينهما ميراث اشترط أو لم يشترط فقد حملة الشيخ (- ره-) فى الاستبصار على كون المراد بالاشتراط فيه اشتراط عدم الميراث اى اشترط عدم الميراث أو لم يشترط و الذى يقرب هذا الحمل أنّ الذى يظهر من الأخبار أنّ عدم الميراث كان يذكر سابقا فى ضمن عقد المتعة فيحتمل ان يكون المراد بالاشتراط ما كان متعارفا من اشتراط عدم الميراث لكنه يبعده ظهوره بقريئة السئلة فى اشتراط الميراث فالأولى ترجيح الصّحيح المزبورة بالأصحية و الأكثرية و الموافقة لعموم المؤمنون عند شروطهم و اما الطعن فى سند خبر سعيد بان طريقة البرقى و هو مشترك بين ثلثة محمد بن خالد و أخيه الحسن و ابنه احمد و الكل ثقةا على قول الشيخ (- ره-) و لكن النجاشى ضعّف محمّدا و قال ابن الغضائرى حديثه يعرف و ينكر و يروى عن الضّعفاء و يعتمد المراسيل و إذا تعارض الجرح و التعديل فالجرح مقدّم و ظاهر حال النجاشى أنّه أضبط الجماعة و أعرفهم بحال الرجال و اما ابنه احمد فقد طعن فيه كما طعن على أبيه من قبل و قال ابن الغضائرى كان لا يبالي عمّن أخذ و نفاه احمد بن محمد بن عيسى من قم لذلك و لغيره كما صدر ذلك كله من شيخ (- لك-) حتى أنّه قال بعد ذلك أنّ حال هذا النسب المشترك مضطرب لا تدخل روايته فى الصّحيح انتهى فلا وجه له لأنّ أحمد بن محمد بن محمد فى السند أنّما هو ابن عيسى بقريئة رواية محمد بن احمد بن يحيى عنه و من المقرر أنّ أحمد بن محمد بن محمد بن عيسى إنّما يروى عن محمد بن خالد البرقى لا ابنه احمد و لا أخيه الحسن فالاشترائك قد ارتفع بالقريئة و قد وثقه الشيخ و العلامة فى (- خلاصة-) و يشهد بصحة روايته احمد بن محمد بن عيسى عنه مع أنّه ارتكب بالنسبة إلى من يروى عن الضّعفاء ما ارتكب و كذا القميون و العجب أنّه حكى عنه فى حواشيه على (- الروضة-) أنّ قول (- جش-) لا يقتضى الطعن فيه نفسه بل فى من يروى عنه انتهى فكيف أخذ به هنا و تقدّم الجرح (- مط-) ممنوع بل المدار على الرجحان الشخصى الموجود هنا و

الأضبطية مرجوحه هنا بما عرفت فالأظهر صحه السند و توضيح القول في المسئلة يطلب من مبحث نكاح المتعه من منتهى المقاصد قوله طاب ثراه و منها أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان في العارية (-ه-)

قد ادعى اتفاق النص و الفتوى على ذلك في (-ث- و ادعى الإجماع عليه في (-ف- و الغنية و (-ك- و (-مع صد-) و (-ل- و غيرها و الأصل في ذلك النصوص الخاصية المستفيضة مثل قول الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمه إلا ان يكون اشترط عليه و إلا فالحكم المذكور مخالف للقاعدة لا للمناقشة في شمول عموم المؤمنون عند شروطهم له بمخالفة الضمان لمقتضى العارية إذ فيه ان عدم الضمان إنما هو مقتضى إطلاق عقد العارية و منافاة الشرط لإطلاق العقد غير ضائر بل لأن الشرط في ضمن العقد الجائر غير لازم و إلا للزم مزية الفرع على الأصل و من بين ان عقد العارية من العقود المتفق على جوازها فكيف يلزم الشرط في ضمنه و يزيد ذلك وضوحاً بملاحظة أنه لو وقع شرط مباح آخر غير اشتراط الضمان في عقد العارية لا يلتزمون بلزوم الوفاء به مع ان التفرقة بين الشروط في ذلك لا معنى له و توضيح المسئلة زيادة على ذلك يطلب من عارية منتهى (-صد-)

قوله طاب ثراه و اشتهر عدم جوازه في الإجارة (-ه-)

قد وصف ذلك بالشهرة في الجواهر و هداية الأنام و بالاشهرية في الكفاية و الرياض و الدلائل و استندوا في ذلك إلى أصالة برأيه ذمة المستأجر من الضمان مع عدم التعدي و التفريط و عموم ما دل على عدم ضمان المستأجر العين المؤجرة بعد مخالفة الشرط المذكور لمقتضى عقد الإجارة فإن مقتضاها عدم ضمان المستأجر العين المؤجرة ما لم يتعد أو يفرط و أنت خير بان اشتراط الضمان إنما ينافي مقتضى إطلاق عقد الإجارة لا مطلقها و من العجب أنهم مع تجويزهم اشتراط الضمان في العارية كيف منعوا من اشتراط الضمان هنا مع أنهما من واد واحد من هذه الجهة فكما ان مقتضى الإجارة عدم ضمان المستأجر فكذا مقتضى عقد العارية هو عدم ضمان المستعير لغير الذهب و الفضه فكيف جاز هنا و لم يجر هناك و لا تعارض بين عمومات الشروط و عمومات عدم ضمان المستأجر حتى ترجح الاولى بالشهرة فإن عمومات الشروط تخصيص عمومات عدم ضمان المستأجر فإن قلت ان جواز الشرط المذكور في العارية إنما هو لدليل خاص فلا يمكن إلحاق الإجارة بها بعد حرمة القياس في مذهبنا قلت انا لا نثبت الحكم بالقياس بل بعمومات الشروط بل لو جرينا على الإلحاق لجاز هنا من باب أولوية الإجارة بمعنى الشرط المذكور فيها من حيث ان العارية مع كونها عقداً جائزاً غير قابل للزوم الشرط المذكور فيه إذا لم اشتراط الضمان فيه كانت الإجارة التي هي عقد لازم أولى بذلك مع أنه لا حاجة إلى الإلحاق لورود النص

ص: ١٥٢

الخاص بجوازه مثل ما رواه الحلبي نقلا عن كتاب موسى بن بكر عن العبد الصالح عليه السلام قال سألته عن رجل استأجر ملاحا وحملة طعاما في سفينته و اشترط عليه ان نقص فعليه فقال جائز قلت فربما زاد قال يدعى هو أنه زاد فيه قلت لا قال فهو لك و من هنا قال بصحة الشرط المذكور جمال المحققين في حاشية (- الروضة-) و استظهره في الرياض و مال اليه المحقق الأردبيلي (- ره-) و الفاضل الخراساني بل قالاه به و ادعى الإجماع عليه في طي ضمان الصانع ما يهلكك تحت يده من الانتصار فان قلت ان الكلام إنما هو في اشتراط ضمان المستأجر للعين الموزعة و الخبر إنما دل على ضمان الموجد متاع المستأجر الموضوع في عين المؤجرة باشتراط الضمان فالخبر أجنى عن محل البحث قلت يتم المطلوب بعدم القول بالفضل مع ان المناط ضمان الأمين للعين التي هي امانة في يد آخر (- فت-) و ان شئت توضيح الحال زيادة على ذلك فراجع اجارة منتهى (- صد-) قوله طاب ثراه أو عدم مشروعيته (- اه-)

عطف على قوله عدم ضمانه في نفسه من غير اقسام عليه يعني ان الإشكال ينشأ من الشك في ان مقتضى أدلة عدم ضمان الأمين عدم ضمانه في نفسه من غير اقسام عليه حتى لا ينافي إقدامه على الضمان و الشك في ان مقتضى أدلة عدم ضمانه هو عدم مشروعية ضمانه و تضمينه و لو بالأسباب كالشرط في ضمن عقد تلك الأمانة أو غير ذلك قوله طاب ثراه و الأشهر على الجواز (- اه-)

كلمة على هنا زائدة لأن الأشهرية وصف القول دون الأشخاص فكان حق التعبير ان يقول و الأشهر الجواز أو يقول الأكثر على الجواز ثم الجواز و الصيحة خيرة الشيخ (- ره-) في (- يه-) و القاضي في محكي المهذب و ابن حمزة في الوسيلة و ابن سعيد في محكي الجامع و العلامة في (- لف-) و الشهيد في اللعة و ظاهر غاية المراد و الفاضل المقداد في التنقيح و ثاني الشهيد في (- الروضة-) و ظاهر (- لك-) و فاضل الكفاية و غيرها بل في الرياض أنه الأشهر و حجتهم على ذلك أمور الأول ان ذلك شرط مقصود للعقلاء و الأغراض تتعلق باللبث في المنازل و الاستيطان في البلدان التي حصل بها الأنا و النشو و ملازمة الأهل و رعايتهم ومصالحتها و ذلك أمر مهم فجاز شرطه في النكاح توصيلا إلى هذا الغرض المطلوب المشتمل على الحكمة الواضحة الثانية عموم المؤمنون عند شروطهم الثالث الصحيح الذي رواه الكليني (- ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد و عبد الله ابني محمد بن عيسى عن ابن ابي عمير عن هشام بن سالم عن ابي العباس عن ابي عبد الله (- ع-) في الرجل يتزوج المرية و يشترط ان لا يخرجها من بلدها قال يفي لها بذلك أو قال يلزمه ذلك و يؤيده ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الصفار عن الحسن بن موسى الخشاب عن غياث بن كلوب عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام ان علي بن أبي طالب (- ع-) كان يقول من شرط لامرئته شرطا فليف لها به فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما قوله طاب ثراه و جماعة على المنع (- اه-)

فمنهم الشيخ (- ره-) في الخلاف و محكي (- ط-) و الحلبي (- ره-) في (- ثر-) و فخر المحققين فيما حكى عنه و المحقق الثاني (- ره-) في مع (- صد-) و احتج على ذلك في الخلاف بالإجماع و الأخبار و في (- ثر-) بأنه شرط مخالف للكتاب و السنة لأن الاستمتاع بالزوجة في الأزمنة و الأمكنة حق للزوج في أصل الشرع و كذا السلطنة له عليها في ذلك حق له ثابت فاذا شرط ما يخالفه و جب ان يكون باطلا و أقول اما الإجماع فيرده وجود الخلاف فيه من جمع بل و منه في (- يه-) و اما الأخبار فلم نقف عليها و قد بينا مرارا أن إرسال المضمون الزاجع إلى اجتهاد المرسل و فهمه غير قابل للحجية بالانجبار مع عدم وجود الشهرة الجابرة هنا و اما حجة الحلبي فقد ردّها في (- لف-) بمنع وجوب خروجها معه (- ح-) فإنه المتنازع و ليس وجوب الخروج مع عدم الشرط مقتضيا لوجوبه معه و لم يرد ابن إدريس على الدعوى شيئا و كل شرط فإنه يمنع مباح الأصل و لا يكون باعتبار ذلك منافيا للكتاب و السنة قوله طاب ثراه فان لم يحصل له بنى على أصالة عدم المخالفة (- اه-)

قد عرفت ما في هذا الأصل من النظر

قوله طاب ثراه ثمَّ انَّ بعض مشايخنا المعاصرين بعد ما خصَّ الشرط (-ه-)

أراد بهذا البعض النراقي فإنَّه قال في عوائده انَّ المراد بشرط خالف الكتاب أو السَّنة ان يشترط اى يلتزم امرًا مخالفًا لما ثبت من الكتاب أو السنة وهو يشترط ضدَّ ذلك الحكم و خلافه اى يكون الشرط امرًا مخالفًا لما ثبت في أحدهما سواء كان من الأحكام الطليبيَّة أو الوضعيَّة و ذلك كما إذا ثبت من الكتاب و السَّنة ان أمر المريء ليس بيدها فيشترط ان يكون أمرها بيدها و ثبت انَّ الطَّلاق بيد الزَّوج فيشترط ان لا يكون الطَّلاق بيده و ثبت انَّ النَّاس مسلَّطون على أموالهم فيشترط ان لا يكون مسلَّطًا على أمواله أو على مال معين و ثبت انَّ الخمر حرام فيشترط ان يكون حلالًا و ثبت انَّ المال المشتبه حلال فيشترط ان يكون مال مشتبه حرامًا و ثبت انَّ النظر إلى زوجته حلال فيشترط ان يكون حرامًا و ثبت انَّ المبيع للمشتري و الثمن للبائع فيشترط ان لا يكون له إلى غير ذلك قال و اما اشتراط ان لا يتصرَّف المشتري في المبيع مدَّة معلومة فهو ليس مخالفًا للكتاب و السَّنة إذ لم يثبت فيهما تصرُّفه حتى يكون شرط عدم تصرُّفه شرطًا مخالفًا لأحدهما بل أنَّما ثبت جواز تصرُّفه و المخالف له عدم جواز تصرُّفه فلو اشترط يكون باطلاً اما اشتراط عدم التصرُّف فهو ليس مخالفًا للكتاب و السَّنة فان قلت ثبت من الكتاب و السنة جواز التصرُّف فيما يشترطه و الشرط يستلزم عدم جوازه فهو (- أيضا-) مخالف للكتاب و السَّنة قلت لا نسلم انَّ الشرط يستلزم عدم جواز التصرف لأنَّ المشروط هو عدم التصرف دون جوازه نعم إيجاب الشارع للعمل بالشرط يستلزم عدم جواز التصرُّف و ليس المستثنى في الأخبار شرط خالف إيجابه أو وجوبه كتاب الله أو السَّنة بل شرط خالف ذلك الشرط الكتاب و السَّنة و الشرط هو عدم التصرُّف فان قلت هذا يصحَّ إذا كان الشرط في المستثنى بمعنى المشروط و اما إذا كان بالمعنى المصدرى حتى يكون المعنى إلزام خالف كتاب الله تعالى و السَّنة فيكون شرط عدم التصرُّف (- أيضا-) (- كك-) إذا كان التزامه يخالف جواز التصرُّف الثابت من الكتاب و السَّنة قلنا لا نسلم ان التزام عدم التصرُّف يخالف جواز التصرُّف ما لم يثبت جواز عدم التصرُّف ما يلزم به و اما شرط فعل شيء ثبت حرمة من الكتاب و السَّنة أو ترك شيء ثبت وجوبه أو جوازه منهما فهو ليس شرطًا مخالفًا للكتاب و السَّنة إذا لم يثبت من الكتاب و السَّنة فعله أو تركه بل حرمة فعله أو تركه و لكن يحصل التعارض (-ح-) بين ما دلَّ على حرمة الفعل أو الترك و بين أدلَّة وجوب الوفاء بالشرط فيجب العمل على مقتضى التعارض فما وجد فيه مرجح من إجماع و نحوه أخذ به و ما لم يكن فيه مرجح يعمل بما يقتضيه القواعد و الأصول هذا ما افاده الفاضل المذكور و نوقش فيما ذكره أولًا- بأن تفسير المخالفة بثبوت حكم بهما فيشترط ضده ان أريد بذلك ثبوت الحكم بهما على وجه لا يمكن اشتراط خلافه يعنى علم ان الشرط لا يغيِّره كما هو ظاهر الأمثلة من الطَّلاق و نحوه فذلك يوجب عدم جواز التمسك بعموم الشروط فى شيء من المقامات إذ المعنى (-ح-) صحَّة الشرط

ص: ١٥٣

فيما ليس (- كك-) في نفس الأمر فما لم يعلم جواز الشرط لا يمكن فيه الاشتراط و معه فلا نفع للعمومات و احتمال إرادة إخراج ما علم مخالفته للكتاب و السنة فالمشكوك فيه يصح اشتراطه و ان دلّ على خلافه ظاهر كتاب أو سنة لاحتمال تقيدهما بعدم اشتراط الخلاف بعيد عن ظاهر الدليل مضافاً إلى كمال بعد فهم الحكم المنجز من الكتاب و السنة بحيث لا يقبل التقييد باشتراط الخلاف فإنه لا يكاد يتحقق لتوقفه على التصريح فإن الإطلاق و نحو ذلك لا يفيد هذا المعنى و ان أريد ثبوت الحكم في ظاهر الكتاب و السنة و ان كانت قابلة للتقييد فإخراج ما خالف مثل ذلك استثناء مستغرق و ثانياً بان اشتراط كون الخمر حلالاً و الماء حراماً و نحو ذلك لا دخل له في الشروط في ضمن العقود فان ذلك مبني على غرض المتعاقدين و تغيير الأحكام لا غرض للمتعاقدين فيه و فهم اشتراط تغيير الأحكام من قوله إلا ما خالف الكتاب و السنة في غاية البعد عن اللفظ مع شهادة جملة من الشروط المخالفة المذكورة في الأخبار على خلافه و ثالثاً بان ظاهر كلامه ان المراد من المخالفة هو المخالفة بالمطابقة دون ما يخالفها بالتلازم و نحو ذلك و لا ريب في ان اشتراط عدم التصرف في المال أيضاً مخالف للكتاب و السنة فان مقتضاهما تصرف المالك في ملكه و قوله ان عدم التصرف غير مناف مردود بان عدم تصرفه بطريق اللزوم مناف لذلك و المقصود بالشرط إلزام عدم التصرف لا عدم التصرف و لو اختياراً و لا وجه لقوله ان إلزام الشارع يقتضيه لأن كل حكم ثابت بالشرط إنما يقتضيه إلزام الشرع و إلا فالشرط لا يثبت حكماً فلو قال بشرط ان لا يظأ الزوجة أو لا يتسرى عليها أو نحو ذلك لكان الحكم المنافي هنا (- أيضاً-) لإلزام الشرع فان ما ثبت من الشرع هو جواز الوطى و التسرى و عدمهما لا ينافي جوازهما مع أنهم عدوها من الشرط المخالف للكتاب و السنة و رابعاً بأن إخراج شرط ترك الواجب أو فعل المحرم من مخالف الكتاب و السنة بديهى الفساد لأن الواجب و المحرم إن كان دليهما اقتضى الوجوب و الحرمة (- مط-) بحيث لا يمكن اشتراط خلافه بمعنى عدم تبدل الحكم به فيصير الشرط مخالفاً للكتاب و السنة مثل الطلاق قطعاً و ان لم يكن (- كك-) فيتعارض الدليلان كما ذكره لكن الفرض ان دليل الشرط مقيد بعدم مخالفته لهما فكيف يعقل التعارض فأينما وقع التعارض ابتداءً ظهر بطلان الشرط لأنه داخل في مخالف الكتاب نعم لو كان عموم الأمر و النهى (- أيضاً-) مقيداً بما إذا لم يشترط في البيع خلافه لزم التكافؤ بين المتخالفين و الفرض أنه ليس (- كك-) فكيف يمكن ان يقال بتعارض دليل الشرط مع إطلاق الكتاب و السنة القاضيين بالوجوب و التحريم و على فرض الإمكان فقد يتفق فيهما (- أيضاً-) ما ثبت عدم جواز تبدله بالشرط فلم لا يكون داخلاً في مخالف الكتاب و خامساً بما في المتن

قوله طاب ثراه و ممياً ذكرنا من انقسام الأحكام الشرعية المدلول عليها في الكتاب و السنة على قسمين يظهر لك معنى قوله عليه السلام (- اه-)

قد اختلف انظار الفقهاء (- رض-) في فهم المراد بالاستثناء على مسالك تضمنت عبارة الماتن (- ره-) الإشارة إلى ثلثة منها أحدها ما سلكه بقوله فان المراد بالحلال و الحرام فيها ما كان (- كك-) بظاهر دليله (- اه-) ثانيها ما حكاه بقوله و ربما قيل في توجيه الزوايه و توضيح معناها (- اه-) ثالثها ما حكاه عن الفاضل القمي (- ره-) و هنا مسالك أخر لا بأس بالإشارة إليها أحدها ما عن بعضهم من انه مجمل لأن كل شرط فهو ملزم لأحد الطرفين و لازم ذلك كون كل شرطاً محرماً لحلال أو محلاً لحرام فان اشتراط عدم الفسخ يوجب تحريم الفسخ الحلال و كذا اشتراط عدم إخراج الزوجة من بلدها و اشتراط خيار الفسخ يوجب تحليل الحرام فان الفسخ لو لا الشرط كان حراماً و على هذا فيلزم الاستغراق في الاستثناء و فساده و ان كان يشهد بعدم كونه مراداً إلا ان القرينة على تعيين المراد يورث الإجمال و لازم هذا الكلام ان عمومات الشروط (- أيضاً-) ساقطة عن الحجية لأنها مخصّصة بالمجمل على هذا الفرض فلا بد في إثبات صحته كل شرط من دليل خاص من نص أو إجماع و مثل هذا الخبر (- ح-) الخبر الوارد في ان الصلح جائز بين المسلمين إلا ما أحل حراماً أو حرّم حلالاً- ثانيها ما سلكه الفقيه الغروي (- قده-) من ان تحليل الحرام و تحريم الحلال ليس المتبادر منه تغيير الأحكام الإلهية كما زعم بل المراد منه المنع عمّا هو حلال شرعاً و الإلزام بما هو محرّم شرعاً و لا شبهة في ان ما

كان حرمة و حليته منوطتين بحصول العقد لم يتحقق بعد فاشترط المنع عما لو كان العقد (- مط-) لاقتضى جوازه أو الرخصة فيما لو كان العقد مطلقا لاقتضى المنع عنه ليس من هذا الباب وهذا لا غبار عليه و اما ما هو محلل أو محرم بأصل الشرع فنقول إذا شرط المنع من الأول و الإلزام بالثاني فمرة يكون الرخصة في فعل المحلل معلوما بحيث لا يقبل المنع بأمر آخر كالصيام الواجب و نحو ذلك و كذا المنع عن فعل المحرم كشرب الخمر و هذا القسم لا بحث في دخوله تحت الرواية و عدم جواز مثل هذا الشرط و مرة يكون الرخصة و المنع مطلقين لا يعلم أنهما هل هما قابلان للتقييد بأمر آخر ملزم أم لا (- فح-) يتعارض ما دل من الشرط على إلزامه أو منعه و ما دل من الشرع على تحريمه أو جوازه مثلا- إذا قال بعتك و شرطت عليك ان تعتق عبدك نقول عدم العتق كان حلالا بأصل الشرع و الشرط قد حرمه عليه و لو قال بعتك و شرطت ان يكون سكنى دارك لى سنة فقد حلل لنفسه ما كان حراما عليه و نظائر ذلك (- أيضا-) مِمَّا يَحْرَمُ وَيَحْلُلُ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبِينَ فَعَلًا وَ تَرَكَ مَا لَمْ يَكُنْ (- كك-) على هذا القياس و هذا الذى أوقع الإشكال و حلّه ان عدم العتق كان حلالا (- مط-) أو بشرط عدم وجود ملزم للعتق فإن كان من الأول فلا بحث لنا فيه و قد ذكرنا ان بعد معلومته ذلك فلا بحث في بطلان الشرط و إن كان من الثاني فنعلم ان وجود ملزم للعتق ممكن شرعا و عدم العتق ليس حلالا (- مط-) بل في بعض الصور فنقول لا ريب في ان مع قطع النظر عن الاستثناء يقضى دليل الشرط بلزوم العتق جائنا عدم جواز اشتراط ما يحرم الحلال فنقول لا نسلم كون عدم العتق بعد الاشتراط حلالا حتى يكون الشرط محرما له و بعبارة أخرى احتمال كون الشرط ملزما و عدمه يوجب الشك في ان الترك للعتق حلال أم لا لأن ذلك من تغاير الموضوع و متى لم يعلم ثبوت الحل و الحرمة على الموضوع بقول مطلق لا يكون تخلف ذلك تحريما للحلال أو عكسه فالمسلم أنما هو حليته عدم العتق ما لم يكن هناك ملزم فاذا جاء دليل الشرط و كان ملزما فقد خرج الحلال عن موضوعه الذى كان فيه حلالا و تبدل إلى موضوع آخر فلم يكن الحلال حراما بهذا الشرط ابدا و (- كك-) نقول ان حرمة سكنى الدار الذى للغير ليس على إطلاقه بل حيث لا يكون هناك أمر محلل من اذن و نحوه و أخذ الشرط ذلك مع قبول الأخر يخرج ذلك عن كونه سكنى دار الغير بدون اذنه و بعبارة أخرى تبدل الموضوع المحرم إلى موضوع محلل بأصل الشرع و يلزمه لا أنه يحلل الحرام فان الحلال و الحرام لا يتبدلان بذلك و بالجملة عمدة الإشكال ان كل شرط محلل لما هو حرام بدونه و محرم لما هو حلال بدونه فكيف يمكن استثناء القسمين و الحل ان المراد منهما كون الشرط محللا- لما هو حرام بمعنى اقتضائه الرخصة فيما منعه الشارع و محرما لحلال بمعنى اقتضائه المنع عما رخص فيه الشرع و هذا لا يكون الا مع بقاء موضوع الحكمين بحاله كالحلال المطلق الذى لا يمكن تحريمه بوجه

ص: ١٥٤

و الحرام (- كك-) و اما الأمور التي لها حلية و حرمة قابلة للزوال بتغيير وصف أو حالة أو نحو ذلك فلو جاء شيء حلل الحرام أو حرّم الحلال بمعنى تغييره له من حالته السابقة إلى حالته أخرى مغايرة لها في الحكم فإنّ ذلك لا يعدّ تحليلاً للحرام بل هو تحليل للحلال كأنقلاب سائر الموضوعات الخارجية إذ لا شبهة في ان مال الغير ينقلب من الحرمة إلى الحلّ بإذن المالك كأنقلاب الخمر خلاً فيصير الحاصل ان الشرط الممنوع منه ما كان مرخصاً لحرام لا يمكن تقليبه حالاً بهذا الشرط و نحوه و ما كان مانعاً عن حلال لا يمكن المنع عنه بملزم من الملزمات و هذه العبارة لو أطلقت في العرف لكان معناه ذلك فإنّ الرّجل إذا قال لصديقه أطيعك في كلّ أمر ما لم تحلّ عليّ حلالاً- و لم تحرّم عليّ حلالاً- لا يستفاد منه ألا ما كان حلالاً أو حراماً لا يمكن التخلّف و التجاوز عنه و لو امره الصديق بأكل خبز خاص أو نهاء عن شرب ماء بالخصوص لم يكن منافياً لكلام ذلك أصلاً و اما مثل عدم جواز اشتراط عدم التسرى أو عدم التزوج عليها فليس بطلانه بمجرد ما دلّ على عدم جواز تحريم الحلال إذ لنا ان نقول لا نسلم حلية التسرى و التزويج بقول مطلق بل ما لم يكن هناك ملزم بالترك و لكن الدليل على عدم جواز مثل ذلك و عدم مشروعية إلزام ترك ذلك و الحاصل انّ موارد النصوص شاهدة على ان المراد بالتحريم و التحليل عبارة عن ورود الحكم بعد الشرط على ما كان يرد عليه مخالفه قبل الشرط من دون لزوم تغيير موضوع و تبدل ممكن شرعاً و إن كان كلّ شرط مغيّراً للموضوع في الجملة في كلّ مقام لكن غرضي كون ذلك تغييراً قابلاً لتغيير الحكم هذا كلام الفقيه الغروي (- قده-) و أشار بقوله كما زعم في صدر كلامه إلى ردّ كلام الفاضل النراقي الآتي نقله من الماتن (- قده-) و أراد بالإشكال الذي التزم أولاً بوقوعه اشكال عدم صحة شيء من الشروط على ما قرره إذ ما من شرط ألاّ و هو محرّم لما هو حلال و ملزم لترك ذلك المحلّ و حاصل ما ذكره في دفعه انّ مطلق الحلال لا ينافي المنع للشرط لإيجاب الاشتراط بانقلاب الموضوع فلا يلزم تحريم الحلال إلّا في مورد قيام الدليل على عدم قابلية حلال لان يكون ممنوعاً بالاشتراط و لكن لا يخفى عليك ان الإمام عليه السلام في مقام إعطاء الضابطة و على ما قرره لا يبقى لهذا الضابط مصداق إذ أيّ حلال قام الدليل على عدم قابليته الشرط لا؟؟؟ حلّه و احداث المنع منه و قد تبّه على هذا الإشكال الماتن (- ره-) حيث انّ مسلكه مأخوذ من هذا المسلك و إليه مرجعه و مثاله و ظاهره الالتزام بالإشكال و سنذكر لك ما فيه ثالثها ما سلكه بعضهم من انّ المراد بالحلال و الحرام ما هو (- كك-) بأصل الشرع من دون توسط العقد بمعنى ان حلية الشيء قد تكون بعد حصول العقد كحلية التصرف و الانتفاع و نحو ذلك في المبيع و نحوه و (- كك-) الحرمة كعدم جواز فسخ العقد و عدم جواز استرجاع العوض و نحو ذلك و قد يكون الحلّ و الحرمة في شيء ثابتاً على وجه لا- دخل له بالعقد كحلية الماء و حرمة الخمر و نظائر ذلك فإن كان من قبيل الأوّل فجاز تحريم الحلال و تحليل الحرام فيه و إن كان من قبيل الثاني فليس ذلك فيه بجائز و استشهد على ذلك باتفاقهم على صحّة شرائط خاصّة تكون منافية لمقتضى العقد كاشتراط عدم الانتفاع مدّة معيّنة و سقوط خيار المجلس و الحيوان و ما شاكله و لا ريب في انّ قبل الشرط بمقتضى العقد يحل الانتفاع (- مط-) و الرد في زمان الخيار و يحرم بعده فقد حرّمت الشّروط ما كان حلالاً بتوسط العقد قبله و على هذا فالضابط في الشروط التي لم تحرّم الحلال بأصل الشرع و بالعكس هو الجواز ألاّ ان يمنع منه مانع من نصّ أو إجماع و أورد على هذا التفسير الفاضل النراقي أولاً- بأنّه تخصيص بلا دليل و تقييد بلا مفيد و ردّه في العناوين بالمنع حيث وجه ذلك بأنّ الحلّ و الحرمة الحاصلين بالعقد بعد لم يحصل فلو وقع العقد خالياً عن الشرط أوجب هذا الحلّ و الحرمة و اما لو وقع مقيداً بالشرط فليس فيه تحليل لحرام و تحريم لحلال لأنّ الحكم يقع من أوّل الأمر (- ح-) على الحلّ أو الحرمة و لا يكون هناك شيء محرّم يحلّ بالشرط بل يصير هو حلالاً ابتداءً نعم لو لم يكن هناك شرط و العقد

وقع على إطلاقه لكان حراماً و هو لا ينفع في ذلك و كذلك في تحريم الحلال فإنّ من شرط في الإجارة مثلاً ان لا يسكنها غيره لم يحرم حلالاً- لأنّ حليّة إسكان الغير أتمّما هو فرع وجود الإجارة (- مط-) غير مقيد بالشرط و الفرض أنّه وقع مقيداً من الأصل فوقع الإسكان غير مأذون فيه حتى يحرم بالشرط بخلاف ما لا ربط له بالعقد فإنّ الحلال (- ح-) حلال لا ربط له بالعقد و كذا المحرّم

فاشترط ترك الأول و فعل الثاني موجب للتحليل و التحريم المبطلين للشرط و ثانياً بأنه يوجب التفرقة بين اشتراط سكنى البائع مدّة معينة في دار باعها و بين اشتراط سكنها في دار أخرى للمشتري غير تلك الدار في تلك المدّة و جواز الأول و عدم جواز الثاني و هو ليس (- كك-) و كذا يستلزم الفرق بين اشتراط عدم الانتفاع بالمبيع مدّة و بين عدم الانتفاع بغيره ممّا هو من مال البائع أو المشتري و هو مما لا وجه له

قوله طاب ثراه ثمّ أنّه يشكل الأمر في استثناء الشرط (- اه-)

قد يقال انّ منشأ هذا الاشكال أنّما هو جعل الحلال الذي يكون الشرط محرّماً له الواقع في عبارة الحديث عبارة عن جائز الطرفين و (- ح-) فيندفع الإشكال بجعل الحلال في الرواية عبارة عن مطلق الجائز فيشمل الواجب المطلق (- أيضاً-) مثل اشتراط ترك ما يجب على الزوج من الحقوق الثابتة للزوجة من حيث الزوجية كترك للاتفاق عليها و القسم لها بناء على وجوبه و ترك الخروج من مسكنها لأداء ما وجب عليها من حجة أو صلّة رحم عند إيجاب العقوق و هكذا و كذا يشتمل اشتراط المداومة على ترك النوافل و ترك زيارة المشاهد المشرفة مما يعلم من مذاق الشرع انّ الرخصة في فعلها لازمة فتأمل قوله طاب ثراه و لذا ذكر في مثال الصلح المحرّم للحلال ان لا ينتفع بماله (- اه-)

قال في (- لك-) فسر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حرّ أو استباحة بضع بلا سبب لإباحة غيره أو ليشربا أو أحدهما الخمر و نحو ذلك و تحريم الحلال بان لا يظأ أحدهما حليلته أو لا ينتفع بماله و نحو ذلك و الاستثناء على هذا متّصل لأنّ الصلح على مثل هذه باطل ظاهراً و باطناً و فسر بصلح المنكر على بعض المدعى أو منفعتة أو بدله مع كون أحدهما عالماً ببطلان الدّعوى كما سبق تحريره و الاستثناء عليه يكون منقطعاً للحكم بصحّته ظاهر أو أنّما هو فاسد في نفس الأمر و الحكم بالصّحّة و البطلان أنّما يطلق على ما هو الظاهر و يمكن كونه متّصلاً نظراً إلى بطلانه في نفس الأمر و هذا المثال يصلح للأمرين معاً فإنّه محلّل للحرام بالنسبة إلى الكاذب و محرّم للحلال بالنسبة إلى المحق انتهى و قد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتاب الصلح من منتهى المقاصد فراجع و تدبّر قوله طاب ثراه و بين ترك الوطى الذي ورد جواز اشتراطه (- اه-)

أشار بذلك إلى ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن عليّ بن محبوب عن احمد بن محمّد بن محمّد بن سنان عن محمّد بن عمّار عن سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت له رجل جاء إلى امرئته فسألها أن تزوجه نفسها فقالت أزوجك نفسى على ان تلمس منى ما شئت من نظر و التماس و تنال منى ما ينال الرجل من أهله إلّا أنّك لا تدخل فرجك في فرجى و تلذذ بما شئت فإنّى أخاف الفضيحة قال ليس له منها إلّا ما اشترط و عنه عن احمد بن محمّد بن محمّد بن إسماعيل عن محمّد بن عبد الله بن زرارة عن محمّد بن أسلم الطبرى عن إسحاق بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت له رجل تزوج بجارية عاتق على ان لا يفتضها ثمّ

ص: ١٥٥

أذنت له بعد ذلك قال إذا أذنت له فلا بأس

قوله طاب ثراه و كذا بين ترك شرب العصير المباح الذي ورد عدم جواز الحلف عليه (- اه-)

هذه الرواية لم أقف عليها في مظانها من كتب الأخبار و إنما عثرت على ما رواه محمد بن مسعود العياشي في تفسيره عن عبد الله بن سنان قال سألته عن رجل قال امرئته طالق أو مماليكه أحرار إن شربت حراما و لا حلالا قط فقال أما الحرام فلا يقربه ان حلف أو لم يحلف و اما الحلال فلا- يتركه فإنه ليس لك ان تحرم ما أحل الله ان الله يقول لا- تحرموا طيبات ما أحل الله لكم دل على جواز تحريم الحلال باليمين و لا يضرم كون مورد السؤال الحلف بالطلاق و العتاق

قوله طاب ثراه و ربما قيل في توجيه الرواية (- اه-)

هذا القائل هو الفاضل النراقي (- قده-) في عوائده فإنه قال ان فاعل حرم و أحل هو الشرط فالمستثنى شرط حرم ذلك الشرط الحلال أو أحل الحرام و هذا إنما يتحقق مع اشتراط حرمة حلال أو حلية حرام لا مع اشتراط عدم فعل حلال فإنه لو قال بعثك هذا و شرطت عدم جواز التصرف في المبيع أو حرمة أو حلية النظر إلى وجه زوجته يكون الشرط حرم الحلال أو أحل الحرام بخلاف ما لو قال و شرطت عدم التصرف في المبيع فإن الشرط لم يحرم التصرف نعم لو أجاز الشارع ذلك الشرط فإجازته و إيجاب الوفاء به حرم الحلال و لم يقل إلا شرط حرم إيجابه حلالا و التفصيل ان معنى قوله المسلمون عند شروطهم إلا شرط حرم حلالا أو أحل حراما اما ان إلا شرط حرم و جوب الوفاء به شرعا الحلال إلى آخر عبارة العوائد المنقولة في المتن مع إسقاط يسير غير محل

قوله طاب ثراه لا افهم معنى محصلا لاشتراط حرمة الشيء (- اه-)

هذا الاعتراض مأخوذ من صاحب العناوين فإنه قال في مقام الاعتراض على صاحب العوائد ان أدلة الشروط لا تدل على الشروط الغير المقدورة و من المعلوم ان تغيير الأحكام ليس في قدره المتشارطين و لا- معنى لقوله بعث بشرط ان يكون الخمر حلالا- فان ذلك شيء لا يحتمل دخوله تحت أدلته حتى يحتاج إلى استثناءه ثم قال و بالجملة بطلان مثل هذا الشرط مما لا خفاء فيه و لكن ليس معنى قولنا ما أحل حراما أو حرم حلالا ذلك لأنه خلاف المتبادر قطعا و دعوى ان ما عدى ذلك يوجب التقدير ممنوعة فإنه لو شرط ترك فعل واجب أو فعل شيء محرم فلا ريب في ان الشرط أوجب تحليل الحرام بل هو حلل حراما و من العجب أنه ذكر في شرط ترك الواجب أو المباح أو شرط فعل الحرام ان الشرط (- ح-) لا- يكون محللا و محرما بل إيجاب الشارع الوفاء يوجب ذلك فلا يسند ذلك إلى الشرط إلى ان قال ان معنى عبارة الاستثناء ان يكون الشرط و الإلزام محللا للحرام الواقعي لا ان يبذل الحكم بالحرمة على الحكم بالحلية و بعبارة أخرى الظاهر من ذلك ان تحليل الحرام عبارة عن تحليله مع بقاءه على حرمة واقعا و ظاهرا و تحريم الحرام عبارة عن تحريمه مع كونه حلالا- كذلك و ليس معناه إلا الإلزام بالفعل في الأول و بالترك في الثاني و اما تغيير الحكم بان يجعل الحرام حلالا في أصل الواقع و بالعكس فلا يسمى تحليليا للحرام بل هو تبديل حكم الحرمة بالحل و هذا المعنى واضح عند العرف هذا كلامه علامه مقامه

قوله طاب ثراه و للنظر مواضع من كلامه مجال (- اه-)

قلت من مواضع النظر عدّة اشتراط فعل المرجوحات و ترك المباحات و فعل المستحبات من المحرم للحلال فان سقوط ذلك واضح و منها جعله المستثنى مسوقا للمنع من احداث قاعدة كلية فإن فيه أنه خلاف ظاهر الرواية و منها تخصيصه الحلال و الحرام الواقعيين في الرواية بالكلية مع أنهما وقعا منكرين فيشملان الكلّي و الجزئي كما لا يخفى

[الخامس من شروط صحة الشرط أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد]

قوله طاب ثراه ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد

قد صرح باعتبار هذا الشرط جمع بل نفى الخلاف فيه في الغنية حيث قال ان من الشروط الفاسدة بلا خلاف ان يشترط ما يخالف مقتضى العقد مثل ان لا يقبض المبيع ولا ينتفع به انتهى بل في هداية الأنام ان الإجماع بقسميه عليه قوله طاب ثراه مثلاً المعروف عدم جواز المنع عن البيع والهبة في ضمن عقد البيع (- اه-)

ظاهر العبارة أنه مثل لما اتفقوا على عدم جوازه و ان جواز اشتراط عتقه بعد البيع مثال لما اتفقوا على جوازه ولكن لا يخفى عليك عدم تحقق الاتفاق على المنع من اشتراط عدم البيع والهبة و سينقل هو (- ره-) عن العلامة الاستشكال فيه و عن بعض من تأخر عنه القول بصحته و توضيح المقال ان المشهور بين الأصحاب هو فساد اشتراط ان لا يبيع المبيع أو لا يهبها أو لا يعتقها أو لا يطأها بل قد استظهر من بعضهم دعوى الإجماع عليه و علوه بمنافاة هذه الشروط لمقتضى العقد إذ مقتضى العقد ان يكون ملكه و من لوازم الملك هو تسلطه على البيع والهبة و العتق و الوطى و أقول اما الإجماع فغير محقق بل و لا منقول صريحا بل هو معلوم العدم و كفاك كاشفا عن عدمه استشكال العلامة (- ره-) في بطلان اشتراط عدم البيع و العتق و تأمل المحقق في (- فع-) في فساد اشتراط عدم بيع الأمانة و هبتها إذ كيف يحتمل غفلتهما عن إجماع الأصحاب مع أنّهما خريتا هذه الصناعة و محققاها و علامتاها فلو كان هناك إجماع لم يكونا ليستشكلا و بعد ذلك فلا يصغى إلى احتمال الإجماع في المسئلة و اما تعليل المنع بالمنافاة لمقتضى العقد ففي غاية الوهن أما أولا فلما ستعرف (- إن شاء الله-) (- تعالى-) من عدم تسليم اشتراط صحة الشرط بعدم مخالفته للعقد إلا إذا عاد عليه بالنقض كاشتراط عدم الملك في المبيع و الثمن و اشتراط عدم التسلط على التصرف بوجه و اما اشتراط ان لا يعتق أو لا يبيع أو لا يطأ أو لا يهب فليس شىء منها مناقضا لأثر العقد فان مقتضى العقد انما هو التسلط على التصرف في الجملة و هو حاصل و لا دليل على كون مقتضاه التسلط على جميع التصرفات (- مط-) حتى العقد المشروط فيه عدم بعض التصرفات كيف لا و لو تم ما ذكرت للزم عدم صحة اشتراط كون منفعة الدار المؤجرة قبل البيع للمستأجر إلى انقضاء الإجارة و التالى مقطوع البطلان فكذا المقدم و اما ثانيا فلانه قد ورد النص بجواز اشتراط ترك البيع والهبة الا ترى إلى الصيحيح الذى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن عبد الله بن سنان قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشرط فى الإمام لا تباع و لا توهب قال يجوز ذلك غير الميراث فإنها تورث لان كل شرط خالف الكتاب باطل فإنه كما ترى صريح الدلالة واضح المقالة فى جواز اشتراط ترك البيع والهبة فلو كان مقتضى العقد بهذا المعنى مضرا قادحا لم يكن يحكم عليه السلام بصحة الشرط و يؤيده ما تقدم من الخبرين المتقدمين أنفا المجوزين لاشتراط عدم الوطى فى النكاح فإنه لو كان منافاة مقتضى العقد مع عدم عوده اليه بالنقض قادحا لم يكن لتجويز اشتراط عدم الوطى فى النكاح وجه فان قلت ان مما شاع و ذاع ان أعراض الأصحاب مما يسقط الخبر عن الحجية و قد نفى كاشف الرموز العثور على عامل بالرواية فما بالك؟؟؟؟ بمضمون هذه الأخبار قلت ان أعراض الأصحاب عنها ممنوع كيف و قد تأمل فى المسئلة كل من عثر عليها كالفاضلين فى (- كره-) و (- فع-) و عدم وجدان العامل بها على فرض التسليم غير ظاهر فان القادح انما هو بنائهم على الأعراض لا مجرد عدم ظهور عملهم سيما بعد احتمال عدم عثورهم عليه و بنائهم فى الإفساد على ما زعموه

ص: ١٥٦

من مخالفة الشروط المذكورة لمقتضى العقد و قدح المخالفة و لو لمقتضى إطلاق العقد فان قلت ان بنيت في تصحيح اشتراط عدم البيع و الهبة و الوطى على الصحيحة و الخبرين فعلى ما ذا تعتمد في تصحيح اشتراط عدم العتق و أمثاله قلت حيث جاز اشتراط عدم البيع و الهبة كشف ذلك عن عدم قدح مخالفة الشرط لمقتضى إطلاق العقد فالحكم في غير مورد النص بالمناط القطعي الذي هو غير القياس الظني بل لو لا الخبر المزبور لكفانا النص المجوز لاشتراط عدم الوطى في استفادة عدم قدح مخالفة الشرط لمقتضى إطلاق العقد في صحته ضرورة أن منافاة اشتراط عدم الوطى في النكاح لمقتضى إطلاق العقد أظهر من منافاة اشتراط عدم الوطى في بيع الأمة لمقتضى عدم إطلاق عقد البيع ضرورة أن وضع النكاح للوطى دون وضع شراء الأمة هذا مع أننا لو تنزلنا عن ذلك كله و تركنا الرواية فلسنا زاعمين بفساد الشروط المذكورة و لا مستوحشين من الانفراد بعد وجود عمومات الشروط السالمة عن المعارض إذ ليس ما يحتمل المعارضة إلا توهم المنافاة لمقتضى العقد الذي عرفت و ستعرف ما فيها فالحق صحة الشروط المذكورة و أمثالها و العلم عند الله (- تعالى -)

قوله طاب ثراه و جواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصل أو وقفه

قد صرح بجواز اشتراط عتق المملوك في بيعه جمع كثير قاطعين به بل في الرياض و الجواهر و هداية الأنام و محكى غاية المرام نفى الخلاف فيه و في المهذب البارع أن عليه علمائنا اجمع و في (- ط -) و الغنية و غاية المراد و (- لك -) و محكى الإيضاح و غيرها الإجماع عليه و قد اختلفوا في دليل ذلك فرقتين فجماعة منهم تمسكوا بعمومات الشروط من غير معارض لعدم منافاة الشروط المذكور لكتاب و لا سنة و عدم كونه محرما لحلال و لا محللا لحرام و اخرون زعموا اقتضاء القاعدة فساد الشرط المذكور لمنافاته لمقتضى العقد فلا يندرج تحت العمومات فتكلفوا الاحتجاج له تارة بالإجماع و اخرى بأن العتق مبنى على التغليب لأن عناية الشارع بفك الرقبة بأدنى سبب يقتضيه تعرف من تتبع مسائل العتق و من دلائل ابتناؤه على التغليب ثبوت السراية إلى المجموع بالشقص و نحن نقول أولا- أن كون اشتراط العتق منافيا لمقتضى العقد ممنوع إذ ليس مقتضاه إلا الملكية و هي حاصلة و إلا لم يصح العتق بل شرط العتق من الشروط المؤكدة لمقتضى العقد ضرورة أنه لا- عتق إلا في ملك فاشتراط عتقه مؤكد لانتقاله إلى المشتري كما لا يخفى و ثانيا على فرض تسليم المنافاة أننا نمنع البطلان بمثل هذه المنافاة كما مر و يأتي (- إن شاء الله -) (- تعالى -) و ثالثا أنه بعد تسليم المنافاة و الإذعان بافسادها للشرط لا معنى للاستدلال بكون العتق مبنيا على التغليب بعد ما تحقق من أنه لا عتق إلا في ملك و ذلك لأن مقتضى تسليم المنافاة و تسليم ابطالها للشرط هو الحكم بعدم الانتقال و التغليب إنما هو فيما يملك لا في مال للأجنبي محضا و إلا للزم نفوذ عتق احد لعبد غيره و لا يلتزم بذلك احد بعد ما ورد النص و قام الإجماع على أنه لا عتق إلا في ملك فالحق هو تمامية دلالة العمومات و موافقة صحة اشتراط العتق للقاعدة و الإجماع دليل آخر أو مؤيدا للعمومات لظهور كونها مستند المجمعين و تنقيح الكلام في أطراف المقال يستدعي التنبيه على أمور الأول أنهم بعد اتفاقهم على جواز اشتراط عتق المملوك في بيعه اختلفوا في إطلاقه و تقييده على قولين أحدهما أنه يجوز (- مط -) سواء شرط عتقه عن المشتري نفسه أو أطلقه أو شرط عتقه عن البائع و هذا هو الذي يقتضيه إطلاق جمع منهم المحقق في (- يع -) و قد قطع به اخرون بل ظاهر (- كره -) الإجماع عليه حيث قال يجوز اشتراط العتق (- مط -) و بشرط ان يعتقه عن المشتري و به قال الشافعي اما لو شرط العتق عن البائع فإنه يجوز عندنا خلافا للشافعي لأنه شرط لا ينافي الكتاب و السنة انتهى ثانيهما اختصاص الجواز بما إذا شرط العتق عن المشتري نفسه أو أطلق و اما لو شرط عتقه عن البائع فلا يصح و به افتى اخرون منهم الشهيدان في (- لك -) و (- الروضة -) و محكى (- س -) و الفاضل المقداد (- ره -) في محكى التنقيح و قد يستفاد ذلك من العلامة (- ره -) في (- عد -) من حيث أن مفهوم قوله لو باعه العبد بشرط العتق (- مط -) أو عن المشتري صح هو عدم جواز اشتراطه عن البائع حجة الأول عمومات أدلية الشروط و إطلاق معاهد الإجماعات المزبورة و حجة الثاني أنه لا عتق إلا في ملك و البائع بعد الثقل ليس مالكا فيكون الشرط مخالفا للسنة مضافا إلى منافاته لمقتضى العقد قلت أما المنافاة لمقتضى العقد

فممنوعه بعد كون اشتراط العتق مؤكدا للملك و اما المخالفة بالسنة فيمكن المناقشة فيها بان المعنى انما هو المشتري و هو مالك حين العتق و عود ثواب العتق إلى الغير لا يخرج المالك عن كونه معتقا لكن الإنصاف ان يكون العتق عن البائع غير عود ثوابه اليه بل المراد بعنقه عنه هو وقوع العتق عنه وفاء لنذر أو كفارة أو قربة إلى الله (- تعالى-) و اين ذلك من إهداء ثوابه اليه فالحق ان الرواية تقتضى فساد اشتراط عتقه عن المالك و قد يجاب عنها بان غايتها الدلالة على وجوب تحقق الملك فى العتق و هو أعم من ان يكون المعتق عنه هو المالك أو غيره و لا دلالة فيها على اشتراط ملك المعتق عنه فى صحة العتق و رد بمنافاة ذلك لما فهمه الأصحاب من الرواية من اشتراط ملك المعتق عنه فى الصحة كما يظهر من تكلفاتهم دخوله فى ملك المعتق عنه آنا ما ليصح عتقه عنه و إن كان قد يقال ان هذا الصحيح شغل ذمة المعتق عنه بالقيمة لا للعتق لكن تعليلهم التكليف المذكور بالخبر ينافى ذلك و إن كان يحصل معه (- أيضا-) شغل الذمة و (- ح-) فينتج الاستدلال بالرواية على

المنع فتدبر و ربما وجه الجواز فى الجواهر بعد تسليم اشتراط ملكية المعتق عنه فى صحة العتق بان اشتراط العتق عن البائع اشتراط لإدخاله فى ملكه ثم عتقه عنه قال و لا بأس به بعد ان لم يكن الشرط بيعه عليه لعدم توقف العتق المشترط عليه انتهى و فيه ان اشتراط إدخاله فى ملكه ثم عتقه عنه و ان لم يكن اشتراطا لبيعه عليه لكنهما متساويان فى الفساد لان المنع من اشتراط بيعه عليه ليس الا لاستلزامه الدور و هذه العلة موجودة فى اشتراط إدخاله فى ملكه فكلاهما من واد واحد فلا وجه لإبطال أحدهما و تصحيح الآخر بل كان الأولى عليه منع عدم جواز الأول لمنع الدور كما يأتى عند الكلام فى الشرط البائع من شروط صحة الشرط (- إن شاء الله-) (- تعالى-) الثانى انه لا إشكال فى جواز اشتراط عتقه عن المشتري نفسه تبرعا و مجانا و كذا لو شرط عتقه عن كفارة المشتري فإنه يصح و فى (- لك-) ان فائدة الشرط التخصيص لهذا العبد بالإعتاق و فى الجواهر ان فائدة عدم اجزاء العتق تبرعا عن الشرط إذا كان للبائع غرض بذلك قلت و له فائدة ثالثة هى إرادة تحصيل برأيه ذمة المشتري سريعا لتساهله لولاه الثالث ان اشتراط العتق عليه لا يمنع من نية القربة لكون الحال فيه هى الحال فى العبادات المستأجرة عليها و كذا لزوم العتق عليه بالشرط لا يخرج عن كونه تبرعا كما فى العبادات المستحبة المستأجر عليها فإنها قبل الإجارة كانت مستحبة فلزمت بالإجارة فاللزم العرضى لا ينافى الاستحباب الذاتى و لا يخرج العمل عن كونه مستحبا الرابع ان فيمن يستحق العتق المشروط وجوه و احتمالات تأتى

ص: ١٥٧

(- إن شاء الله-) (- تعالى-) عند تعرض الماتن (- ره-) لذلك عند التعرض لجواز إسقاط المشروط له الشرط في المسئلة السادسة من المسائل التي يذكرها عن قريب في طي مسئلة حكم الشرط الصحيح و الفاسد فانظر الخامس أنه هل يجوز للمشتري ان ينوى العتق المشروط عليه على وجه الإطلاق عن العتق الواجب عليه كفارة عن محرّم أو لا الأظهر ذلك لأن المشروط عليه أنما هو المهية المطلقة فله إيجادها في ضمن فرد خاص نعم لو شرط عليه العتق استحبابا لم يجز له العتق عن الكفارة لتغاير المهيتين بالوجوب و التدب و ربما فصل في ذلك في (- لك-) حيث قال اما عتقه عن الكفارة فإن قلنا الحقّ فيه لله تعالى لم يجز كالمنذور و ان قلنا أنه للبائع (- فكذاك-) ان لم يسقط حقه و ان أسقط جاز لسقوط وجوب العتق (- ح-) و كذا ان قلنا أنه للعبد و على ما اخترناه لا يصح (- مط-) انتهى و أراد بما اختاره اجتماع الجهات فيه كما يأتي نقله إنشاء الله تعالى و الحقّ ما قلناه من الفرق بين كون المشروط العتق المطلق فإنه يحصل في ضمن الكفارة بخلاف ما لو شرط العتق ندبا السادس أنه ربما اعتبر في (- لك-) في حصول الوفاء بشرط العتق ان يوقعه المشتري بسبب مباح و فرع عليه عدم حصول الوفاء بما إذا نكل به فانعتق عليه قهرا و هو ممّا لا بأس به اما أولا فلان ظاهر الشرط و المتبادر منه انما هو وقوع مشروطه مباشرة بالقصد اختيارا و ليس الانعتاق القهري منه و الانعتاق بالتنكيل قهري و إن كان سببه و هو التنكيل اختياريا فإنه يصدق و الحال هذه ان العتق ليس باختيارى و اما ثانيا فلان هنا لو كان فردا من افراد الشرط لكان محرّما مخالفا لكتاب الله عزّ و جلّ فلا يلزم كما تقدّم هذا و لكن لا يخفى عليك إمكان المناقشة في ذلك كلّ بانّ المشروط إذا كان مطلق العتق كان المطلوب هو المهية فيحصل بأى سبب كان و ان عصى بالتنكيل و اما الوجهان ففي الأول انّ المباشرة و الاختيار في السبب كاف في كون المسبب واقعا عن مباشرة و اختيار و الّا لم تكف الصيغة الواقعة عن مباشرة و اختيار لمحض كون العتق واقعا بها قهرا فالحال في التنكيل هي الحال في الصيغة كما لا يخفى و في الثاني ان فساد الشرط لو قيد وقوعه بالتنكيل لا يقتضى عدم حصول البراءة مع عدم التقييد بعد ان كان المشروط مطلق العتق الحاصل بأى سبب من أسبابه وجد و حصل و بالجملة فعدم كفاية العتق بالتنكيل في حصول الوفاء بشرط العتق و ان صرح به في محكى (- كره-) و الإيضاح و الحواشى و (- س-) و المهذب البارع و غاية المرام و (- مع صد-) و مجمع الفائدة و غيرها الّا ان سبيله غير ظاهر و طريقه غير واضح و الوجهان المزبور ان غير تامين و كذا ما تمسك به في الإيضاح من أنه كلّما يجزى عن العتق المطلق المشتراط صحّ اشتراطه بالتعيين بطريق الأولوية و يلزمه قولنا كلّما لم يصحّ اشتراطه بالتعيين لم يجز عن العتق المطلق المشتراط و هذا لا يصلح اشتراطه بالتعيين فلا يجزى عن العتق المطلق المشتراط و هو المطلوب فإنّ فيه منع ان كلّما لم يصحّ اشتراطه بالتعيين لم يجز عن العتق المطلق فإنه عين الدعوى و كذا ما تمسك به من انه لو ذكره صريحا لم يصحّ الشرط فاذا لم يذكره فأولى ان لا يدخل في الشرط فإنّ فيه منع الأولوية نعم ما تمسك به من انصراف الإطلاق إلى السبب المباح لا بأس به ان تمّ فتأمل جيدا السابع أنه صرح جماعة منهم شيخ (- لك-) بان ظاهر الشرط يقتضى إيقاع المشروط مجانا و فرغوا عليه عدم حصول الوفاء بشرط العتق فيما لو أعتق و شرط على المعتق عوضا من خدمته أو غيرها و هو في محله و توضيح ذلك أنهم ذكروا فيما إذا أعتق المشروط عليه العتق و شرط على المعتق عوضا من خدمة أو غيرها وجوها أحدها عدم حصول الوفاء من المعتق بالكسر بشرط العتق لانصراف الشرط إلى العتق مجانا فيتخيّر البائع (- ح-) بين فسخ البيع و إمضائه لإيجاب تخلف الشرط الخيار و (- ح-) فان فسخ نفذ العتق لبنائه على التغليب و رجع البائع بقيمة العبد كالتالف و هذا الوجه هو خيرة العلامة في (- كره-) ثانيها عدم حصول الوفاء و تخيّر البائع بين الإمضاء و بين الفسخ و الرجوع بعين العبد لفساد العتق بوقوعه على خلاف ما وجب ثالثها حصول الوفاء لفساد شرط العوض فيبقى العقد صحيحا مجانيا و الوجه الأول هو الأوجه بعد بناء العتق على التغليب و عدم الدّاعي إلى فساد شرط العوض و يمكن ان يخرج في المسئلة وجه رابع و هو حصول الوفاء مع صحّة العقد و صحّة شرط العوض في ضمنه لمنع انصراف الإطلاق إلى المجانية بل المراد بالمطلق الماهية و لا ريب في حصولها و لو مع الشرط (- فت-) الثامن انّ الشهيد الثاني (- ره-) قال في (- لك-) ان ظاهر الشرط يقتضى إيقاعه مباشرة ثمّ قال بعد شطر له من الكلام أنه هل يشترط وقوعه عن المشتري

مباشرة أم يكفي وقوعه (- مط-) وجهان و تظهر الفائدة فيما لو باعه بشرط العتق فعلى الأول يحتمل بطلان البيع لأن شرط العتق مستحق عليه فلا يجوز نقله إلى غيره و صحته مع تخير البائع ثم ان أعتق المشتري الثاني قبل فسخه نفذ و قدر كالتالف و الّا أخذه و على الثاني يصح كما أعتقه بوكيله و الذى يدل عليه الإطلاق و الحكم فى باقى الشروط أنه لا يقتضى مباشرتها بنفسه الّا مع التعين و هذا الشرط لا- يزيد على غيره انتهى و نوقش فيه أولا- بمنافاة ذكره الوجهين لما جزم به قبل ذلك بسطر من اقتضاء ظاهر الإطلاق المباشرة و ثانيا بأن إلحاق هذا الشرط بباقى الشروط مما لا ريب فيه بالنسبة إلى اجزاء الوكيل فيه لصدق الوفاء بالشرط عليه لغه و عرفا و ليس عتق المشتري الثاني فعلا للمشتري الأول كى يصدق عليه الوفاء بالشرط بخلاف فعل الوكيل فإنه يعدّ فعلا له عرفا و لغه و كون العتق بسبب اشتراطه عليه لا يعدّ عرفا فعلا للمشتري و ان كان مستحقا له كما هو واضح و ربما أورد عليه فى الجواهر بوجه ثالث هو أنه لا وجه لاحتمال البطلان على الأول و إن كان هو خيرة محكى (- ير-) و (- كره-) و المهذب البارع إذ لا ينقص عن بيعه من دون اشتراط العتق الذى صرح هو (- ره-) و غيره بأن للبائع إمضائه قال فى (- عد-) و (- س-) و (- كره-) و (- مع صد-) و (- الروضة-) (انه لو باع العبد المشروط عليه عتقه أو وقفه تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء اى فان فسخ بطلت هذه العقود بل قد يقال بالصحة حتى مع الفسخ فتكون له القيمة (- ح-) نحو ما سمعته فى الخيار اللهم الّا ان يقال ان ذلك إذا لم يكن الشرط فى العين المتصرف بها اما هى كالعبد المشروط عتقه مثلا فقد يفرق بينه و بين الخيار بتعلق الحق فيه بالعين كالرهن بخلافه و (- ح-) فعلى ذلك يتجه ما فى (- لك-) من البطلان بناء على ارادة عدم النفود منه (- فت-) فإنه قد يقال أنه لا دليل على اقتضاء تعلق الشرط بالعين عدم تأثير البيع الذى يقتضى الإطلاق صحته و ترتب أثره عليه نعم باعتبار ثبوت الحق بالعين بعده لاستصحابه يتجه تسلط من له الشرط على فسخ التصرف المزبور المنافى لنفود الشرط الذى جعل الشارع المؤمن عنده و قال ان شرطه فيفسخه (- ح-) و يطالب المشتري بإنفاذ شرطه كما فى غيره من الحقوق السابقة على العقود المتعلقة بها كالشفعة و أرش الجنائى و تعلق حق الدين بالتركة و نحو ذلك و به يترجح (- ح-) على ما دل على لزوم التصرف اللاحق الذى حصل فى العين مستحقا فيها ذلك و (- ح-) يتجه بقاء البيع الأول على اللزوم بناء على اعتبار تعذر الوفاء بالشرط فى تزلزله لا مجرد عدم الوفاء به و ربما كان ما ذكرناه محتمل عبارة (- س-) قال و لو أخرجه أى العبد المشروط عتقه ببيع أو هبة أو وقف فللبائع فسخ ذلك كله بناء على كون المراد ان له فسخ هذه

ص: ١٥٨

التصرّفات دون البيع الأوّل و له إمضاءها بإسقاط حقّه من الشرط نعم ظاهر غيره بل صريح بعض أنّ له فسخ هذه التصرّفات بفسخ البيع الأوّل فيترتب عليه فسخها ان لم يسقط حقّه من الشرط و هو لا يخلو من وجه بناء على ثبوت الخيار للبائع في البيع الأوّل بمجرد عدم وفاء المشتري بالشرط و (-ح-) فالمتّجه كونه مخيرا على الوجهين فتأمّل جيّدا فإنّ ذلك عين التحقيق في المسئلة و هو الموافق للقواعد و ان لم أجده محرّرا هذا كلام صاحب الجواهر (-ر-ه) بطوله و عليك بالتدبر في معانيه حتى يظهر لك ما فيه التّاسع أنّه هل يثبت للمشروط عليه بالعتق ولاء أم لا وجهان جزم بأولهما في (-ع-د) و الإيضاح و (-ع-ص) و غيرهما و احتمل الثاني في (-ك-ر) و (-س-) و غيرهما حجّة الأوّل عموم قولهم صلوات الله عليهم أجمعين الولاء لمن أعتق و حجّة الثاني أنّه عتق و واجب بعقد البيع فلا يستعقب ولاء لتخصيص عمومات الولاء بالعتق المنسوب ورد بأنّه ليس من الواجب الذي ينتفى معه الولاء ضرورة أنّ له الإخلال بالشروط المشترطة في البيع من عتق و غيره فالعتق في الحقيقة مستند إلى اختياره فيكون متبرعا فيستعقب الولاء و أقول أنا لو سلّمنا وجوب العتق عليه بالشرط فليس كلّ واجب غير مستعقب للولاء ضرورة ظهور الأخبار الناطقة بعدم استعقاب العتق الواجب الولاء المخصّصة للعمومات في الواجب بالشرط و نحوه تحت العمومات فالقول الأوّل (-ح-) هو الأظهر و الله العالم ثمّ على المختار لا يجوز اشتراط كون الولاء المذكور للبائع لما قام عليه الإجماع و نظقت به النصوص من عدم جواز اشتراط البائع كون الولاء له و قد مرّ الخبر المتضمّن لقضية بريرة فتذكر العاشر أنّه هل يجوز لكلّ من البائع و المشتري اقالة البيع و استقالته قبل العتق أم لا وجهان أظهرهما الأوّل لعمومات الإقالة و الاستقالة و منشأ الثاني تعلق حقّ الغير بالعتق و إن كان تبعا لحقّ البائع و فيه أنّه لا وجه لبقاء التابع مع زوال المتبوع و لا لمنعه من ازاله المتبوع كما لا يخفى و من هنا ظهر جواز الفسخ بالخيار لدى الخيار منهما بشرط أو عيب أو مجلس أو نحو ذلك الحادى عشر ان الظاهر أنّ للمشتري استخدام المملوك قبل العتق بل و له الاستمتاع بالجارية حتى بالوطى لعدم منافاة ذلك كلّه لحقّ البائع فلا مخرج لعموم تسلط الناس على أموالهم و عموم ما ملكت أيما نهم و (-ح-) فلو تعيبت أو حملت منه ثمّ أعتقها فقد وفى بالشرط و صحّ عندنا لعدم خروجها بالاستيلاء عن ملكه خلافا لبعض العامة فممنع من عتقها نظرا إلى استحقاتها العتق في الجملة فلا يكون عتقه لها عتقا تبرعا و ضعفه في غاية الظهور

قوله طاب ثراه و منها ما ذكره في (-س-) في بيع الحيوان (-ه-)

أقول قد اختلفوا في جواز اشتراط كون الرّبح بين الشريكين و الخسران على أحدهما في عقد الشركة على قولين اختار علم الهدى الصّيحة محتجبا على ذلك بإجماع الطائفة حيث قال و ممّا انفردت به الإمامية القول بأنّ المشترّكين مع تساوى ماليهما إذا تراضيا بان يكون لأحدهما من الرّبح أكثر ممّا للآخر جاز ذلك و (-ك-ك-) إذا تراضيا بأنّه لا وضيعة على أحدهما أو أنّ عليه من الوضيعة أقلّ ممّا على الآخر جاز (-أيضا-) الى ان قال دليلنا الإجماع المتكرّر انتهى و خالف في ذلك ابن زهرة في الغنية فأفتى ببطلان الشرط المذكور بل ظاهر (-ك-ر-) إرسال ذلك المسلّمات حجّة القول الأوّل أمور الأوّل إجماع الانتصار و هو كما ترى الثاني عمومات العقود الثالث عمومات الشروط بعد عدم مخالفة الشرط المذكور للكتاب و لا لمقتضى العقد من حيث أنّ كون الخسران عليهما مقتضى إطلاق عقد الشركة لا مطلقه نعم يمكن المناقشة في التمسك بعمومات الشروط بأنهم قد التزموا من غير خلاف بينهم ينقل بأنّ الشرط الذي يلزم الوفاء به انما هو ما كان في ضمن عقد لازم و ان الشرط في ضمن العقد الجائر وعد محض لا يجب الوفاء به بل يستحب و تسالموا على كون عقد الشركة في العقود الجائزة فلا يتم الاستدلال نعم لو شرطا ذلك في ضمن عقد آخر لازم أمكن الالتزام بصحّته و لزوم الوفاء به لكنّه خارج عن حريم النزاع الرّابع صحيح رفاعه قال سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلا في جارية له فقال ان ربحنا فيها فلك نصف الربح و إن كانت وضيعة فليس عليك شيء فقال لا ارى بدا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجارية و يمكن المناقشة في ذلك بأنّه خارج عن الشركة المصطلحة لكون الجارية لأحدهما و الشركة المصطلحة لا تكون إلّا إذا كان من كلّ منهما مال و لو فرض كون المراد بالمشاركة المذكورة بيع صاحب الجارية نصفها من صاحبه و اشتراط

قسمه الرّبح بينهما و اختصاص صاحب الجارية بالخسران كان ذلك من الشرط في ضمن عقد لازم و الغرض الاشرط في ضمن عقد الشركة فتغاير الدليل و المدعى حجة القول الثاني ان الشرط المذكور مخالف لمقتضى عقد الشركة فيفسد و فيه ما مرّ من أنه مناف لمقتضى إطلاق الشركة لا مطلقاً لأننا نمنع كون ثبوت الخسران عليهما من لوازم مطلق عقد الشركة بل هو من لوازم إطلاقه فالحق ان الشرط المذكور لا مانع من صحته نعم لا نسلم لزومه لكونه في ضمن عقد جائز و هو عقد الشركة إذ لا يعقل لزوم الشرط مع جواز العقد فلو فرض اشرطه في ضمن عقد لازم آخر كان الأظهر صحته و لزومه و الله العالم قوله طاب ثراه و منها ما اشتهر بينهم (- اه-)

قد تقدّم الكلام في ذلك و فيما بعده من اشرط عدم إخراج الزوجة من بلدها و اشرط توارث الزوجين في المتعة عند إشارته (- قده-) إليها عند الكلام في معنى المخالفة للكتاب و السنة فراجع قوله طاب ثراه و لأجل صعوبة دفع ما ذكرنا من الإشكال (- اه-)

قد اضطربت كلماتهم في بيان المراد بالمخالفة لمقتضى العقد و لهم في ذلك مسالك و الذى يقتضيه النظر هو ان يقال ان الشرط إن كان مناقضاً للعقد و رافعاً لما هو مقتضى ذاته و ما لا تتحقق ماهيته الأ به كاشترط عدم الملك في العقود المملّكة و عدم حلّ شيء من الاستمتاع في النكاح و عدم السلطنة على الانتفاع في الإجارة و نحو ذلك فلا إشكال في فساده للوجهين اللذين استدللّ بهما في المتن و غيره و ان لم يناقض حقيقة العقد فإن كان مخالفاً للكتاب و السنة على التفسير المتقدم فلا إشكال في فساده (- أيضاً-) و اما إذا نافي مقتضى إطلاق العقد فلا إشكال في عدم إيجابه الفساد و لا ضابط كلياً لتمييز ذلك و الإحالة إلى نظر الفقيه و ما يفهمه من الأدلة على النحو الذى ذكره الماتن (- ره-) هو الوجه و الله العالم

[السادس من شروط صحة الشرط أن لا يكون الشرط مجهولاً]

قوله طاب ثراه الشرط السادس ان لا يكون الشرط مجهولاً (- اه-)

تحقيق القول في المقام ان الشرط المجهول على قسمين أحدهما ما يؤدى جهالته إلى جهالة أحد العوضين مثل اشرط تأجيل أحد العوضين مدّة مجهولة و الآخر ما لا يؤدى جهالته إلى جهالة شيء من العوضين و الفرق بين القسمين في غاية الظهور فإنه لو قال بعتك هذا بألف إلى سنة بشرط أنه ان حدث كذا في خلال المدّة كان الثمن خمسين أدى جهالة الشرط إلى جهالة الثمن من حيث هو عوض بخلاف ما لو قال بعتك بألف إلى سنة بشرط أنه ان حدث كذا في خلال السنة وهبت إلى خمسمائة منها أو أسقطتها فإنه لا يوجب الجهل في العوض لأن العوض هو الألف و شرط هبة العوض أو إسقاطه لا يوجب جهل العوض و كذا لو قال بعتك بمائة مؤجلاً إلى سنة و شرطت أنه ان حدث كذا كان الثمن معجلاً عنده جاء الجهل في العوض و لو قال بعتك بمائة مؤجلاً إلى سنة

ص: ١٥٩

بشرط أنه ان حدث كذا أعطيتك الثمن عنده لم يدخل الجهل في العوض إلى غير ذلك من الأمثلة و إذ قد عرفت ذلك نقول أما القسم الأول فلا- ريب في بطلانه لبطلان العقد المتوقف على صحته صحة الشرط و لا أظن وجود خلاف في ذلك بل قيل ان عليه علمائنا اجمع لشمول النهي عن بيع الغرر لذلك قطعاً و أما القسم الثاني ففي صحته و فساده و جهان بل قولان حجة الأول عمومات الشروط من غير معارض و حجة الثاني ان النهي عن الغرر في البيع شامل للعقد ذي الشرط المفروض فيه الغرر و ان لم يصدق على الشرط أنه بيع أو منه أو ثمن أو منه لأن المراد النهي عن الغرر في عقد البيع و لو بالنسبة إلى ما فيه من الشرط كما هو واضح و أنت خبير بما فيه ضرورة ان المتبادر من النهي انما هو النهي عن إيقاع العقد على ما فيه غرر و ليس الشرط ممّا وقع عليه العقد قطعاً و انما هو إلزام في ضمنه بشيء آخر و ان لم يكن وقوع البيع عليه كالأعمال و نحوها و دعوى ان جهالته تستلزم جهالة أحدهما دائماً لأن له قسطاً منه عندهم عهدتها على مدعيها إذ قد يكون الشرط غير ملحوظ للمتعاقدين على وجه يبذل بعض الثمن لأجله و لعله من هنا فرق في (- كره-) في حمل الحيوان و بعض الدجاجه و ما للعبد المجهول المقدار بما حكاه عنه الماتن (- ره-) و أوضح من دعوى شمول النهي للفرض سقوطاً دعوى اندراج كل شرط في اسم كل عقد وقع فيه فان صحه السلب عنه أقوى شاهد على خلافها بعد عدم الدليل على المساواة في الحكم و كذا دعوى استلزام جهالة الشرط الجهالة فيهما نظراً إلى ان له مدخلة فيهما ضرورة أنها دعوى محضه لا شاهد عليها في العرف و لا اللغة و لا الشرع و مدخليته التي هي بمنزلة الداعي لا تقتضى ذلك قطعاً و لا يندرج بسببها في دليل منع الجهالة في الثمن و المثمن كما هو واضح فهو (- ح-) قسم من الملزمات برأسه و ان اعتبر في إلزامه وقوعه في ضمن عقد لازم كما تبه على ذلك في الجواهر ثم قال و لذا صحّ اشتراط ما لا يصحّ وقوع العقد المشترط فيه عليه كاشتراط المنفعة و نحوها في عقد البيع و العين في عقد الإجارة و تصفح ما ذكره الأصحاب من صحه اشتراط الزهن و الضامن و العتق و نحو ذلك مع ان في مطلقها جهالة لا تغتفر في نظيره في البيع انتهى و بالجملة ففساد الشرط المجهول جهالة ايله إلى العلم غير مؤدية إلى جهالة شيء من العوضين محل تأمل بل منع و عمومات الشروط محكمة و قد تبهنا في الأمر الخامس من الأمور التي صدرنا بها مبحث الشروط على سقوط دعوى كون الشرط كأحد العوضين في جميع الاحكام فتذكر و اما الجهالة التي لا تؤل الى العلم فقد يوجه فيها البطلان نظراً إلى أنه مثار النزاع و لم يعهد نظيره في الشرع بل المعلوم منه خلافه فتأمل جيداً ثم انه قد ظهر ممّا مرّ النظر فيما في العناوين من ان الشرط لما كان مرتبطاً بالعقد فيكون بمنزلة وصف مأخوذ في أحد العوضين من جهة المعاوضة و حكمه بمنزلة أصل العوضين فكما ان العوض لو كان مجهول الوصف تبطل المعاملة للزوم الغرر فكذلك الشرط إذا تجهل بنفسه أو شرط على نحو يوجب تزلزلاً و تردداً في العوض قابلاً للتقص و الزيادة يبطل لأن ذلك راجع إلى أصل العوض و لا فرق في الجهالة بين كونها في أصل المفهوم أو العين و بين كونها في المجموع المركب المقصود و لو باعتبار المعتمد و قصد القاصد انتهى فانّ ما ذكره حقّ بالنسبة إلى الجهالة المؤدية إلى جهالة أحد العوضين دون غير المؤدية إليها كما عرفت نعم قد أجاد (- قده-) فيما افاده بعد ذلك من ان الشرط المذكور حيث بطل فإنما يبطل حيث كان ذلك العقد ممّا لا يقبل الجهالة لأن إبطال هذا الشرط للعقد و كونه باعثاً على تخلف شرطه صار سبباً لبطلانه فيدور مدار ذلك فإن كان العقد ممّا يداق فيها كالبيع و الإجارة و نحو ذلك يبطل فيه اشتراط ما يؤدي إلى الجهالة و إن كان ممّا يتحمل الجهالة كالصلح مثلاً فلا بأس فيه بذلك لكن ذلك يتبع مقدار التحمل فان كان يتحمل الجهالة الآئله إلى العلم كما في الصلح على ما نختاره (- فكذلك-) في الشرط فيجوز اشتراط ما يوجب جهالة (- كك-) و إن كان يتحمل الجهالة (- مط-) فيجوز اشتراط ما يوجب الجهالة كيف كانت كما لا يخفى على المتأمل

[السابع من شروط صحة الشرط أن لا يكون مستلزماً لمحال]

قوله طاب ثراه و الّا جاء الدور (- اه-)

فيه منع ظاهر لأن المتوقف على ملكه إنما هو بيعه و ملكه و ملكه غير موقوف على بيعه بل إنما هو متوقف على شرائه فللوقوف غير الموقوف عليه فلا دور

قوله طاب ثراه و قد تقدّم تقرير الدّور مع جوابه في باب النقد و النسيئة (- اه-)

هذا سهو من قلمه الشريف و حق العبارة كلمه يأتي بدل كلمه تقدّم و ظنى انه كان أولاً كتابه هذا على غير هذا الترتيب و كان مبحث النقد و النسيئة مقدّما على مبحث الشروط ثمّ أخره و ذهل عن هذه العبارة و قد ذكر الدور و جوابه في المسئلة الأخيرة من مسائل النقد و النسيئة عند التعرض لحكم بيع الشيء من غيره بشرط ان يبيعه المشتري من البائع فلاحظ

[الثامن من شروط صحة الشرط أن يلتزم به في متن العقد]

قوله طاب ثراه لان المشروط عليه ان إنشاء التزام (- اه-)

قد وقع الاستدلال لعدم كفاية تواطئهما على الشرط قبل العقد من دون ذكرهما إياه فيه بوجوه هذا أحدها و الثاني انه لا حقيقة شرعية للشرط فلا- محيص عن حمل خطابه عند إطلاق اللفظ و تجرّده عن القرائن على المعنى العرفي و اللغوي للشرط لأن الله تعالى ما أرسل رسولا إلّا بلسان قومه و العرف و اللّغة متطابقان على عدم إطلاق الشرط على الالتزام الابتدائي من غير عقد و من بين أن لحوق العقد على التواطى من غير اشارة فيه إلى الشرط لا يخرج عن كونه التزاما ابتدائيا و الوجه فيما ادّعيناه من تطابق العرف و اللّغة ظاهر أما الأول فلوضوح انه لو قيل شرط فلان على نفسه كذا لم يتبادر منه إلّا الشرط الصّمنى و اما الثاني فلقول صاحب القاموس الشرط إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه فان ظاهره كون استعماله في الإلزام الابتدائي مجازا فلا يصار اليه إلّا بقريئة (- فت-) الثالث انّ من بين عدم حصول النقل و الانتقال بالقصد وحده بل إنما شرع اللفظ لإظهار ما في الضمير فلا يؤثر اللفظ الإنشائي إلّا ما افاده ظاهره فاذا لم يشير إلى الشرط في ضمن العقد لم يكن الملزم حاصلًا فلا يؤثر الزّابع أصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط الغير المذكور في العقد و أصالة عدم ثبوت الخيار بتعذّره الخامس أنّك قد سمعت منّا في مقدّمات المبحث انّ الشرط في العقد أنّما هو بمعنى الرّبط و احداث العلقه بين العقد و ما شرط و لازم ذلك عدم إطلاقه على الإلزام المستقلّ الّذى لا ربط له بشيء آخر فالارتباط يقتضى وقوعه بحيث لا يتم العقد قبله و لا يقع هو قبل العقد لأنّ كلّا منهما يستلزم الاستقلال و هو خلاف موضوع الشرط على ما مرّ فما تقدّم على العقد و تأخر عنه لا عبرة به لفوات الارتباط و إن كان مقصودا حال العقد إذ القصد الخالي عن الدّلالة لا عبرة به لكونه من قبيل الدّواعى الّتى لا تؤثر شيئًا بالنسبة إلى العقد بل قد يظهر من كثير من عبارتهم في كثير من المقامات عدم اعتبار ما أضمر في العقد إضماما و بنى عليه العقد لقريئة حالية أو مقالية و انّ الشرط بمنزلة الصّيغة لا بدّ من التصريح به و إن كان فيه نظر ضرورة دخول ذلك تحت إطلاق الشروط فتشمله الأدلّة فإنّ أمر الشرط لا يزيد على العوضين و قد اجترى به فيهما و إلّا لما اكتفى بقبلت وحده السادس رواية ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال (- ع-)

ص: ١٦٠

إذا شرطت على المريء شرطاً فرضيت به و أوجبت التزويج فادد عليها شرطك الأول بعد النكاح فإذا أجازته فقد جاز و ان لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشرط قبل النكاح و هي كما ترى صريحة في عدم كفاية التواطى على الشرط قبل العقد و الظاهر ان المراد ببعد النكاح بعد الإيجاب أو بعد القبول متصلاً به كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و ظاهر عبارتي (- يع-) و (- كره-) (- اه-)

لم افهم وجه الاستظهار من عبارة (- يع-) فإن العبارة هكذا لو باع غلامه سلعة ثم اشتراها بزيادة جاز ان يخبر بضمن الثاني ان لم يكن شرط اعادته و لو شرط لم يجز لأنه خيانه انتهى و هو كما ترى أعم من صورة قصدهما (- أيضاً-) نعم عبارة (- كره-) ظاهرة بل صريحة فيما استظهره منها لأنها هكذا إذا باع شيئاً و شرط الابتاع حال البيع لم يجز لاستلزامه الدور و يجوز لو كان ذلك من قصدهما و لم يذكره لفظاً في العقد فاذا باع غلامه أو صاحبه أو ولده سلعة ثم اشتراها بزيادة من غير شرط الابتاع جاز و ان قصد بذلك الأخبار بالزائد كره و كذا يكره ان يواطى و كيله فيبيع ما اشتراه منه ثم يشتريه بأكثر ليخبر به في المراجعة انتهى

قوله طاب ثراه لكن قد تقدم في خيار المجلس النظر في هذه النسبة إلى الخلاف بل المختلف فراجع

الذي ذكره في خيار المجلس انما هو عدم صحة النسبة إلى الخلاف و لم يذكر مما يتعلق بعبارة (- لف-) هناك شيئاً نعم ما هنا من تكذيبه النسبة إلى (- لف-) حقاً لأن عبارة (- لف-) صريحة في خلاف ما عزي إليه لأنه قال مسئله قال في (- ف-) لو شرطاً قبل العقد ان لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط و لزم العقد بنفس الإيجاب و القبول و عندى في ذلك نظر فإن الشرط انما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد نعم لو شرطاً قبل العقد و تبايعاً على ذلك الشرط صح ما شرطاه انتهى لكنه كما ترى نسب إلى (- ف-) ما منع الماتن (- ره-) أراد الشيخ (- ره-) ذلك من كلامه

قوله طاب ثراه بعد ملاحظه رجوع الشرط إلى جزء من احد العوضين (- اه-)

قد عرفت في مقدمات المبحث المنع من رجوع الشرط إلى جزء من احد العوضين بالمعنى الذى يتخيل فسقط الاستدلال و بقى الشرط المذكور خالياً عن مستند و منفياً بالأصل و العمومات

[مسألة في حكم الشرط الصحيح و تفصيله و وجوب الوفاء بالشرط]

إشارة

قوله طاب ثراه كعدم الخيار للمكاتبه التى أعانها ولد زوجها (- اه-)

أشار بذلك إلى الصريح الذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن محبوب عن مالك بن عطية عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل كان له أب مملوك و كانت لأبيه أمرية مكاتبه قد أدت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لك ان أعينك فى مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط ان لا يكون لك الخيار على ابى إذا أنت ملكت نفسك قالت نعم فأعطاها فى مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك قال لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم

قوله طاب ثراه كما يصح نذر مثل هذه الغايات (- اه-)

لما كان من المسائل العويصة و الفروع المشكلة مسئله نذر النتيجة و الغاية و قد ابنتى عليها فروع كثيرة فى أبواب الفقه و كان تعرض لها الشيخ الوالد العلامة أنار الله برهانه فى غاية الآمال و لم يستوف المقال فيها حق الاستيفاء لزمنا استيفاء المقال فيها هنا مراعاة لما عليه وضع الكتاب من كونه تكلمه لغاية الآمال و إن كان خارجاً عن وضع التحشية فنقول و بالله التوفيق ان جعل الإنسان شيئاً صدقة

أو حيواناً أضحيةً أو نحو ذلك يقع تارةً بالفعل بان يتصدق به على الفقير أو يذبح الحيوان أضحيةً مثلاً ولا ريب ولا شبهةً فى صحته ذلك و اخرى بالقول وهذا هو المبحوث عنه و يقع البحث عنه تارةً فى كيفية السبب الصحيح شرعاً و اخرى فى ان التصرف فى العين المتعلقة بها النذر المعلق على شرط قبل وقوع الشرط صحيح جائز أم لا أما الحجته الأولى اعنى البحث عن السبب الصحيح فتوضيح القول فيها ان السبب على أقسام الأول مجرد جعل المال صدقةً أو الحيوان أضحيةً مقروناً بالشرط أو بدونه بان يقول جعلت هذا المال أو المال الفلانى صدقةً أو هذا الحيوان أضحيةً و يقصد القريةً من دون اقترانه بالنذر و ما قام مقامه من العهد و اليمين الثانى نذر الأسباب و الأفعال بأن ينذر إعطاء المال للفقراء فى سبيل الله و التضحية بالحيوان و ذبحه فى سبيل الله الثالث نذر النتيجة و الغاية بأن ينذر صيرورة المال صدقةً للفقراء أو صيرورة الحيوان أضحيةً أو ماله مال زيد أو داره وقفاً و نحو ذلك أما القسم الأول ففى كونه من أسباب فك الملك شرعاً و انه بمجرد قوله جعلته صدقةً أو جعلته أضحيةً هل يخرج عن ملكه و يصير لله تعالى يستحقه عباده الفقراء أم لا و جهان أظهرهما فى النظر هو الثانى وفاقاً للمحقق الثانى و خلافاً لجماعة منهم الشيخ الوالد العلامة أنار الله برهانه قال (- قدّه-) فى فروع بيع الفضولى من غاية الآمال ان الأقوى هو الأول فيخرج عن ملكه بمجرد قوله المذكور و كذا لو اتى بالجملة الاسمية فقال هذه صدقةً أو أضحيةً و قصد القريةً إذ لا مانع من استعمال الجملة الاسمية فى مقام الإنشاء و قد تحقق صحته فى الطلاق و العتق ثم قال (- قدّه-) بل نعمّ المقال و نقول ان مثل ذلك يجرى فى كل ما يجعل لله ألاً الوقف ففيه خلاف و على هذا فلو جعل شيئاً صدقةً و اتى باللفظ الدال على ذلك فقال جعلته صدقةً أو هذه صدقةً خرج عن ملكه و لم يكن له العود اليه و (- كك-) فيما تعارف من تسبيل الماء فى المشهدين الشريفين فلو قال سبّلت هذا الماء أو هذا الماء سبيل خرج عن ملكه و لم يكن له العود اليه بل ذهب الشيخ (- ره-) فى خصوص الأضحية إلى أنها تتعين بالشراء بتيه الأضحية قال فى كتاب الضحايا من (- ط-) إذا اشترى شاة تجرى فى الأضحية بتيه انها أضحية ملكها بالشراء و صارت أضحية و لا يحتاج ان يجعلها أضحية بقول و لا يته مجددة و لا تقليد و لا إشعار لأن ذلك انما يراعى فى الهدى خاصة فإذا ثبت ذلك أو كانت فى ملكه فقال قد جعلت هذه أضحية فقد زال ملكه عنها و انقطع تصرفه فيها فان باعها فالباع باطل لأنه باع مال غيره فان كانت قائمه ردها فان مات فعليه ضمانها و هكذا لو أتلّفها قبل وقت الذبح كان عليه ضمانها و الضمان يكون بقيمتها يوم أتلّفها انتهى و الوجه ما ذكرناه و هو الذى صرح به العلامة (- ره-) فى (- شاد-) حيث قال و يتعين بقوله جعلت هذه الشاة أضحية و لو قال لله على التضحية بهذه تعينت انتهى و حكى عن (- كره-) و عبارتها فى مبحث الضحايا لا تفى بالحكم بشيء إذ لم يذكر هناك سوى قول الشيخ (- ره-) المتقدم ذكره و أقوال العامة و حكى عن (- س-) أنه قال فيها و لو كانت فى ملكه تعينت بقوله جعلتها أضحية فيزول ملكه عنها و ليس له إبدالها و ان أتلّفها أو فرط فيها فتلفت فعليه قيمتها يوم التلف و ان أتلّفها غيره فله ارفع القيم عند الشيخ (- ره-) فيشترى به غيرها هذا كلامه (- ره-) خلافاً للمحقق الشيخ على (- ره-) فى حاشية (- شاد-) حيث كتب على العبارة التى قدّمنا نقلها عنه ما نصّه ينبغي ان لا يتعين الأ بنذر و شبهه انتهى و هذا هو الذى يوهم ما حكى عن السيد (- ره-) و من بعده من ان من نذر الإنعام صدقةً لا يجب عليه فيها الزكاة فهو (- ره-) و كل من تعرّض للمسئلة فرضوا المانع من الزكاة خصوص النذر

دون جعلها صدقةً مثلاً فربّما أوهم ذلك مصيرهم إلى المنع من صيرورة الشىء صدقةً أو صيرورة الشاة أضحيةً بما ذكرناه و لكن لا يبعد ان يكون ذكر النذر من باب كونه ممّا يتحقق به المانع لا من باب انحصاره فيه فلاحظ كلماتهم فى باب الزكاة و تدبر هذا كلامه بطوله علا مقامه و محصّله ان هنا قولين أحدهما الصحة و حصول فك الملك به و الآخر العدم و قد قلنا فى صدر المقال ان الأقوى خلافاً له

ص: ١٦١

(- قده-) هو الثاني لنا على ذلك ان انفكاك الملك و زواله يحتاج إلى سبب موظف من الشارع و لا دليل على سبب مجرد قوله صدقة و نحوه و لو بلسان الأخبار مزيلا لملكه ما لم يندرج في شيء من العناوين الموظفة من النذر و شبهه و لو شك فالأصل بقاء الملك و السيطنة و عدم زوالهما و يؤيد ذلك أنهم ذكروا من غير خلاف ينقل باشتراط القبض في لزوم الصدقة ان لم يشترط في صحتها فكيف حكموا في الأمثلة المزبورة بالتعین بمجرد اخباره بكون المال صدقة أو إنشائه لذلك و لا يتوهم اختصاص اعتبار القبض فيما لم يسبق فيه إنشاء إذ فيه أنهم اعتبروا القبض بعد اعتبار الإيجاب و القبول فهو معتبر معهما احتجوا للصحة و اللزوم بوجوه أحدها قوله (- تعالى-) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ خصوصا بملاحظة الزوايه الناطقة بتفسير العقود فيه بالعقود تمسك به (- قده-) و فيه نظر ظاهر ضرورة عدم العبرة بمطلق العهد إجماعا فالتفسير لا اعتماد عليه و العقد لغو و عرفا لا يتحقق في الخارج إلا بطرفين فكيف أدرج (- قده-) الفرض مع كونه من طرف واحد تحت عموم الآية الثاني العمومات الواردة فيما جعل لله مثل قوله عليه السلام ما جعلته لله (- فف-) به و في خبر الحكم ما جعل لله فلا رجعه فيه و قوله عليه السلام في رواية محمد بن مسلم ما جعل لله في طاعة فليقضه تمسك بها هو (- قده-) و أيدها بقول أمير المؤمنين (- ع-) لما بشر بعين ينبع بشر الوارث هذه صدقة بتاء بتلاء في حجيج بيت الله و أمثالها ممّا هو مذكور في كتب الأخبار و أنت خبير بعدم تأييد في هذا الخبر لكون مورده الصدقة البتلاء التي ليست إلا عبارة عن الوقف الذي لا- ربط له بمفروض البحث أصلا و أمّا الأخبار التي تمسك بها ففي دلالتها على مراده أعلى الله درجته نظر ظاهر ضرورة أنّ مفادها أنّما هو لزوم الوفاء بما جعله الله و ذلك مسلّم و لا ينفعه لعدم معلومية صدق الجعل لله على مجرد قوله هذه الدار صدقة أو هذه الشاة أضحية و الاخبار المتمسك بها لا تثبت ذلك و دعوى صدق الجعل لله عرفا على ذلك على فرض تسليمها مندفة باستلزام ذلك و هن الأخبار بكثرة التخصيص لخروج النذر بصيغة فاسدة و على عمل غير راجح و مجرد العقد القلبي و نحو ذلك ممّا لا يسع المستدلّ قدس سره الالتزام به فتكون العمومات المزبورة من العمومات الموهونة بكثرة التخصيص المتوقف العمل بها على جابر من شهرة و نحوها كما هو الحال في عمومات القرعة و نحوها و لا جائز في المقام الثالث مرسل ابن ابي عمير الآتي عند الكلام في القسم الثاني تمسك به بعضهم و فيه أنّ مورده الصدقة دون النذر الرابع ما حكى (- قده-) عن شيخه و ماته (- قده-) التمسك به في مجلس البحث من قوله صلى الله عليه و آله المؤمنون عند شروطهم اي ملتزمون بها بتقريب أنه ليس معنى الشرط سوى الإلزام و الإلتزام يعنى أنّ المؤمنين ملتزمون بالتزاماتهم لا- يتجاوزون ما التزموه على أنفسهم و قد أريد به الإنشاء و ليس حكمه مخصوصا بالشروط في ضمن العقد بل يجرى في كلّ التزام و لذلك تمسك به المحقق الأردبيلي (- ره-) في المقام و فيه ما في سابقه من عدم العبرة بإطلاقه و إلا للزم تخصيص الأكثر و قد اعترف بهذا المعنى هو (- أيضا-) حيث أورد على شيخه باختصاص الشروط بما كان في ضمن شيء من العقود و العهود المستقلة ثمّ انه (- قده-) قال أنّ محصل المقال أنّ الأدلة تعطى لزوم الوفاء و عدم جواز الرجوع و يوافقها فتوى جماعة فلا- مانع من الالتزام بمؤداها قلت قد عرفت عدم الدليل على ذلك و مجرد فتوى جمع لا عبرة به فيبقى تحت الأصل و قاعدة التوقيف ثمّ أنّه أنار الله برهانه قال أنّ الإنشاء المذكور كما يؤثّر في خروج الأضحية عن الملكية يمكن ان يقال بتأثيره في غير ذلك ممّا يقصد به القربة و لم يثبت فيه من الشارع اعتبار لفظ خاص كالوقف و الهبة و البيع و ان توقّف على القبول و كفى بالله قابلا- للقربات و الصّدقات التي هي له تعالى ثمّ قال بل يمكن القول بتأثيره في الوقف العام من غير توقّف على قبول غيره (- تعالى-) لو لم يكن إجماع على اشتراط القبول من غيره تعالى انتهى كلامه علا- مقرّه و مقامه و هو كما ترى لا ينطبق على القواعد التي منها اعتبار القبض في الصدقة و الوقف فكيف حكم بخروجه عن ملكه بمجرد الإيجاب و أمّا القسم الثاني أعنى نذر الأسباب بأن ينذر التضحية به أو إعطائه للفقراء و التصدق به أو

وقفه أو نحو ذلك فلا خلاف و لا إشكال في صحته و لزومه لأنه متيقن الاندراج تحت أدلة النذر ثمّ فيه وجوه ثلثة أحدها أنّه يجب عليه ذلك الفعل ابتداء في المطلق و بعد حصول الشرط في المعلق على شرط من دون زيادة انتقال المال إلى المنذور له و لا زيادة

ثبوت حق له فى ذلك فلا يصح له المطالبة به و الاقدام على دعويه فمع مخالفة الناذر لا يترتب عليه سوى العقاب و اما جواز مطالبة المنذور له فلا نعم يصح للحاكم الشرعى رده من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر ثانيها القول بأنه يثبت زيادة على وجوب أصل الفعل حق للمنذور له فى المال المنذور بمعنى أنه يجب على الناذر صرفه اليه و على هذا فلا يخرج العين المنذورة عن ملكه بمجرد النذر إلا أنه يجب عليه إخراجه عن ملكه بصرفه إلى المنذور له فالثابت (-ح-) أنما هو حق للمنذور له لا تملكه للعين بالفعل ثالثها القول بأنه يثبت بالنذر المتعلق بالسبب خروج العين المنذورة عن ملك الناذر و هذا الوجه اردء الوجوه إذ لا معنى لخروج العين عن ملكه بلا سبب فإنه إنما نذر ان يخرجها عن ملكه فلم يحصل منه قصد إلى الخروج فعلا و لا معنى للخروج من غير سبب فضلا عن الخروج من غير قصد و قد رجح الشيخ الوالد (-قده-) الوجه الثانى نظرا إلى أنه هو المطابق للقاعدة من وجوب الوفاء بالنذر بمعنى إيجاد متعلقة و ليس متعلق النذر إلا فعل سبب الخروج عن الملك فكيف يترتب هو على النذر بمجرد إيجابه من دون إيجاد مقتضى النذر و وجوب فعل ما نذره فيثبت بذلك حق للمنذور له بمعنى أنه يجب صرفه المنذور اليه كما هو خيرة الأكثر فيبطل بذلك القول بخروج العين المنذورة عن ملكه بمجرد نذر السبب و كذلك يبطل احتمال أنه يثبت مجرد وجوب الفعل من دون ثبوت حق للمنذور له و ما ذكره (-قده-) موجه إلا أن الأوجه هو الوجه الأول ضرورة أنه لم يلتزم بالفعل للمنذور بل لله على نفسه فالمطالب بالكسر به هو الله تعالى دون المنذور له فلا حق له ثابتا يجوز له مطالبته و إنما المطالب هو الحاكم من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر (-فت-) و أوهن من القول بثبوت الحق له القول بانتقاله إلى وارثه لو مات قبل قبض العين المنذورة كما صدر من المحقق جمال الدين و المصنف (-قدهما-) نظرا إلى كون مقتضى الحق ان يورث فبعد ثبوت الحق يلزمه الإرث فإن فيه أن الناذر أنما نذر إعطاء المال للمنذور له دون وارثه فاذا مات المنذور لزمه صرف المال فيما يرجع ثوابه اليه و ملك الوارث له فرع ملك المنذور له إياه قبل الموت و الفرض عدمه فلا-وجه لانتقاله إلى وارثه لأن الإرث انتقال مال من ميت إلى حي و هذا المال لم ينتقل فى حال حياة المنذور له اليه حتى ينتقل بموته إلى وارثه الحي كما لا يخفى كما لا وجه لما ذكره بعد ذلك من أنه لو مات الناذر قبل إيفاء الحق و جب على وارثه إيفائه إلى المنذور له إذ فيه أن المكلف بالإيفاء هو الوصى لأنه القائم مقام الميت و المكلف بإيفاء ما عليه و تفرغ ذمته دون الوارث الذى ليس له إلا أخذ حصته إلا ان يكون الوصى هو الوارث فيكون عليه الإيفاء لكن لا بعنوان الوارثية بل بعنوان الوصاية كما لا يخفى و اما القسم الثالث و هو نذر الغايات و النتائج ففيه خلاف و اشكال و المراد بنذر النتائج ما هو الغاية و المقصود

ص: ١٦٢

من قول أو فعل فيدخل فيه نذر كونه مبيعا أو موجرا أو نحو ذلك من نتائج العقود و الإيقاعات و مسيبتها و كذا يدخل فيه نذر صيرورة المال صدقة التي هي نتيجة التصديق به و نذر كون الحيوان أضحى الذي هو نتيجة التضحية و ربما اخرج صاحب الجواهر نذر كون الحيوان أضحى عن العنوان و جعل نذر النتائج عبارة عن نذر وقوع ماله أسباب شرعية من العقود و الإيقاعات كالنكاح و البيع و الطلاق و العتق و نحو ذلك ألا ان التأمل يقضى بعموم العنوان قائلا و دليلا و قال الشيخ الوالد طاب ثراه في كتاب الزكاة من الذرائع ان محل البحث هنا هو ان نذر الغايات الموقوفة على الأسباب الشرعية كالنكاح و الطلاق و الوقف و نحوها هل يكفي في وقوع تلك الغايات من دون افتقار إلى إيجاد أسبابها الخاصة و اما لو نذر صيرورة درهم معين صدقة فيخرج الدرهم عن ملكه و يصير ملكا للفقير قبل ان يسلمه اليه و لم يجز له ابداله (-ح-) أو لا بد من إيجاد أسبابها الشرعية كما في نذر المبادى أو لا يصح نذر الغايات من أصله قلت حاصل كلامه (-قده-) ان هنا نزاعين أحدهما في صحة نذر الغاية و عدمها و الآخر الافتقار إلى إيجاد السبب و عدمه بعد صحة النذر و قد جعل طاب ثراه بعد ذلك محل البحث هنا أصل الصيحة و عدمه و قد تصدى (-قده-) في غاية الآمال لنقل القولين في الصيحة فقال ان في صحة نذر النتائج خلافا فذهب (-المصنف-) (-ره-) وفاقا لجماعة إلى الصيحة قال في الشرائع و لو قال ان ملكتك فأنت حر لم ينعق ألا ان يجعله نذرا و قال في (-س-) و لو علق بالملك فهو لغو ألا ان يجعله نذرا أو عهدا أو يمينا و (-ح-) ان قال لله علي إعتاقه إن ملكته فلا بد من صيغته و ان قال لله علي انه حر ان ملكته ففي افتقاره إلى الصيغة نظر من تصريح الرواية بالعتق و قطع المحقق (-ره-) بافتقاره إلى الصيغة لثما يقع العتق في غير ملك و يضعف بالاكتفاء بالملك الضمني كملك القريب أنا ما ثم ينعق انتهى فان جعله الافتقار إلى الصيغة محل النظر يدل على تسليم الصيحة و قال في (-الروضة-) بعد قول الشهيد (-ره-) و لا يجوز تعليقه على شرط ما لفظه نعم لو نذر عتق عبده عند شرط انعقد النذر و انعتق مع وجود الشرط إن كانت الصيغة انه ان كان كذا من الشروط السائغة فعبدى حر و وجب عتقه ان قال لله علي ان أعتقه و المطابق للعبارة الأولى لأنه العتق المعلق لا الثاني فإنه؟؟ و مثله القول فيما لو نذر ان يكون ماله صدقة أو لزيد أو يتصدق به أو يعطيه لزيد فإنه ينتقل عن ملكه بحصول الشرط في الأول و يصير ملكا قهريا بخلاف الأخير فإنه لا يزول ملكه به و إنما يجب ان يتصدق أو يعطى زيدا فان لم يفعل بقي على ملكه و ان حنث و يتفرع على ذلك إبرائه منه قبل القبض فيصح في الأول دون الثاني انتهى و قال في (-لك-) في شرح قول المحقق (-ره-) و لو قال ان ملكتك فأنت حر لم ينعق مع الملك ألا ان يجعله نذرا إذا علق عتقه على ملكه له ففساد العتق من وجهين وقوعه من غير المالك و تعليقه على الشرط و يستثنى من ذلك ما لو جعله نذرا أو ما في معناه كالله على إعتاقه إن ملكته فيجب عتقه عند حصول الشرط لعموم الأمر بالوفاء للنذر و لا ينعق بنفسه عند حصول الشرط لأن العتق مشروط بانتقاله إلى ملكه و لو انا فلو عتق بمجرد ملكه لزم العتق في غير ملك كذا استدلل (-المصنف-) (-ره-) و أوجب بجواز الاكتفاء بالملك الضمني كملك القريب انا ثم ينعق هذا إذا كانت الصيغة لله علي انه حر ان ملكته و نحوه و اما لو كانت لله علي إعتاقه فلا إشكال في افتقاره إلى الصيغة انتهى ما في (-لك-) فان الكلمات المذكورة و أمثالها ظاهرة في كون صحة نذر النتائج مسلمة عند أربابها غاية ما في الباب وقوع الخلاف في الافتقار إلى الصيغة فتتظر فيه الشهيد (-ره-) في (-س-) في الموارد المذكور اعنى نذر العتق و نفاه ثانی الشهيدین فی (-الروضة-) فی المورد المذكور و غيره من نذر كون ماله صدقة أو لزيد و لا يخفى ان ما حكى من تعليل المحقق (-ره-) بطلان العتق المعلق لا يعطى بطلان نذر النتائج بل يدل على صحته حيث أسند البطلان إلى الملك و ألا لكان اللازم إسناده اليه و إلى عدم صحة نذر النتائج فإسناده

إلى الأول وحده يدل على انه لو نذرها في الملك بان قال لله علي انه حر ان حججت صح نذره و مثله الجواب عنه بان ذلك يصح بفرض الملك انا ليقع العتق في الملك أو بان ذلك يرجع إلى نذر الفعل و ينصرف إلى إيجاد السبب فان تصحيح النذر المذكور بأحد التأيولين يدل على تسليم صحة أصل النذر و إن كان يتجه على الأول ان لا ينعق هو تحقق العتق و ان لم يتعقبه ملك العبد

بالسبب الشرعى بعد ذلك لكنه يدفع بالالتزام بان الملك آنا ما ليس فى مطلق قول من قال ان ملكتك فأنت حرّ لوجه الله بل يختصّ بما لو تعقبه سبب الملك ظاهرا فيكشف وقوعه فى الخارج عن تحقّق الملك انا ما عند تكلمه بصيغته العتق المعلق على الملك و ربّما أورد عليه فى الجواهر (- أيضا-) بان التزام ذلك بعد ان دلّ الدليل على عتق القريب بدخوله فى ملك قريبه للجمع بينه و بين لا عتق إلّا فى ملك انا فى المقام فلا دليل على انعاقه بذلك كى يلتزم التقدير المذكور و أدلّة النذر شرعا تقتضى وجوب الوفاء بالمنذور على شرائطه الشرعيّة لا أنّها تشرع الشىء لنفسه و الّا لصحّ الطلاق بدون صيغته بنذره مثلا و كذا النكاح و غيره و هو معلوم بالطلاق و من هنا صرّح بعضهم بوجوب الصيغته فى الفرض و يتّجه على الثانى أنّه يخرج عن الفرض و يرجع البحث إلى انّ التجوز عن نذر الفعل بلفظ النتيجة المسبّبة عنه هل يجوز أم لا بل نقول انّ بعض موارد من قبيل ما تسالم عليه الجميع مثل مسئلة نذر حيوان معيّن أضحية و لهذا قال فى الجواهر بعد قول المحقّق (- ره-) إذا نذر أضحية معيّن زال ملكه عنها و كانت امانه فى يده للمساكين بلا خلاف أجده فيه بنينا بل فى كشف اللثام إجماعا كما فى (- ف-) الّا عن بعض العائيه و لعله الحجيّة انتهى الّا أنّه (- ره-) اخرج هذه المسئلة عن مسئلة نذر النتائج بناء على جعله مسئلة نذر النتائج عبارة عن نذر ما هو مسبّب من الأسباب المقررة شرعا من مثل الطلاق و النكاح و العتق و البيع و نحو ذلك من العقود و الإيقاعات و لذلك قال فى ذيل المسئلة و بذلك كلّ يظهر لك ان المقام له خصوصيّة لا من مسئلة نذر النتائج و من هنا يتّجه الاقتصار فيه على الأضحية و لا يلحق بها العقيقة فضلا عن غيرها بل قد يتوقّف فى إلحاق اخرى النذر به فتأمل جيّدا انتهى ثمّ انّ ما عرفته من الجماعة حكى القول به عن ابن حمزة (- أيضا-) و خالف فى ذلك صاحب (- ك-) على ما حكى عنه فان ظاهره الحكم بالطلاق و مثله جمال المحققين فى كتاب العتق من حواشى (- الروضة-) و وافقهما صاحب الجواهر هذا كلام الشيخ الوالد العلّامة أنار الله برهانه فى غاية الآمال فى تحرير القولين فى المسئلة نقلناه بطوله لما فيه من الفائدة المهمّة و على هذا المنوال جرى فى كتاب الزكاة من الذرائع فقال انّ الأقوى صحّة نذر الغايات وفاقا لغير واحد من الأصحاب بل ادّعى بعضهم على صحّة اطباق الخاصّة و العامّة بمعنى انّ الصحّة الالتزام بالغاية فى الجملة و وقوعه فى الاستعمالات العرفيّة ممّا لا يظهر فيه خلاف بينهم و انما الخلاف فى انه هل يكفى مجرّد الالتزام بها فى وقوعها أو لا بدّ من إيقاع صيغته أخرى تكون سببا شرعيّا لحصولها ثمّ استشهد على المسلميّة بعبارة (- س-) و (- الروضة-) و (- لك-) المزبورة ثمّ قال إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة فى انّ الخلاف و الاشكال فى باب

ص: ١٦٣

نذر الغايات انما هو في الافتقار إلى إيجاد السبب عند حصول الشرط و عدم الافتقار اليه لا في صحته و عدم صحته فان التصفح في كلماتهم يعطى تسالمهم على ان النذر المذكور لا ضير فيه و ان الالتزام بالغاية له معنى عرفى معقول بل يظهر منهم الإجماع على عدم الافتقار إلى إيجاد السبب في بعض الموارد كما في العتق ان علقه على الملك إلى آخر ما ذكره (- قدّه-) و أقول قد اضطربت كلمات الثقله في هذه المسئلة فمنهم من نقل فيها قولين و منهم من نقل ثلثه أقوال و منهم من نقل أربعة ثم ان الناقلون (- أيضا-) اختلفوا في القائلين و منشأ هذا الاضطراب كون الكلام هنا في الكلية فكل من وجد أحدا قال في فرع من فروع الكلية بشيء عزى اليه ذلك في الكلية و لم يتبين المراد (- أيضا-) لجملة منهم بل قد يظن الناظر في كلماتهم لفظية النزاع بينهم و ان القائل بالبطلان يريد عدم ترتب المسبب بمجرد النذر من دون إيجاد سببه و ان القائل بالصحة يريد صحة النذر و ترتب الأثر و هو لزوم إيجاد السبب عليه و حيث ان تنقيح ذلك ليس به كثير فائده مع توقفه على نقل شرط وافر من كلماتهم اقتصرنا على ما صدر من جمع من نقل أقوال في المسئلة و نسبة كل منها إلى بعض و نعود إلى ملاحظة الأدلة فإنها هي المرجع و المعول فنقول المذكور في كلماتهم احتمالات و أقوال أحدها صحة نذر النتيجة و ترتب الأثر عليه من غير حاجة إلى إيجاد سبب المنذور بعد ذلك و هذا و ان نقله بعضهم على وجه الكلية لكن الفقيه الماهر يقطع بأنه لا أصل له ضرورة عدم تعقل ان يقول أحد بكفاية نذر كون المربة زوجة و الزوجة مطلقه و المال مبيعا من دون إيجاد السبب الخاص المجعول لذلك في الشريعة ثانيها البطلان رأسا و عدم وجوب الوفاء به و لا يجب إيجاد السبب (- أيضا-) قال به سيدنا صاحب (- ك-) و غرى إلى المحقق الخونسارى (- ره-) (- أيضا-) و لعله مأخوذ من الدليل الآتى الذى اقامه على الفساد و فيه انه صرح بعد ذلك بصحة النذر و وجوب إيجاد السبب بعده إلا إذا صرح الناذر بإرادة الغاية من غير سبب فيفسد فيكون ذلك تفصيلا في المسئلة لا قولاً بالفساد (- مط-) و لقد قال بعض أهل الاستقامة اني كلما تتبعتم لم أجد قائلاً بالفساد غير صاحب (- ك-) ثالثها الصحة مع الاحتياج إلى سبب آخر غير النذر (- مط-) غرى ذلك بعضهم إلى صريح المحقق الثانى و المحقق جمال الدين الخونسارى فى حاشية (- الروضة-) و ظاهر صاحب الإشارات فى منهاجه فى المسائل المتعلقة بنذر العتق و هو الذى اختاره (- المصنف-) (- ره-) فيما حرره فى الزكاة رابعها الصحة مع التفصيل فى الاحتياج إلى السبب و عدمه بينما إذا كان للغاية المنذورة سبب خاص كالنكاح و الطلاق و نحوهما فيحتاج إلى إيجاد السبب و بينما إذا لم يكن للغاية المنذورة سبب خاص كالصدق و العتق فلا يحتاج إلى إيجاد السبب و هذا هو خيرة جمع من محققى الأواخر و هو المغرى إلى المحقق و العلامة فى (- شاد-) و (- عد-) و الشهيدان فى (- س-) و (- الروضة-) و ظاهر (- لك-) حجة القول الأول أمران الأول أدله و وجوب الوفاء بالنذر كتابا و سنة مثل قوله صلى الله عليه و آله ما جعلته لله (- فف-) به و نحوه و فيه ما يأتى من قصور ذلك عن إثبات عدم الحاجة إلى سبب آخر الثانى عدّه من الأخبار فمنها موثق إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام قال قلت له رجل كان عليه حجة الإسلام فأراد أن يحج فقيل له تزوج ثم حج فقال ان تزوجت قبل ان أحج فغلامى حر فتزوج قبل ان يحج قال عليه السلام أعتق غلامه فقلت لم يرد بعثقه وجه الله فقال انه نذر فى طاعة الله و الحج أحق من التزويج و أوجب عليه من التزويج قلت فان حج تطوعا قال و ان كان تطوعا فهى طاعة لله قد أعتق غلامه فان قوله عليه السلام قد أعتق غلامه ليست جملة إنشائية بل جملة خبرية بدلالة كلمة قد المختصة بالأخبار فتدل (- ح-) على وقوع العتق بنفس النذر المذكور و لا يجب إيجاد سبب العتق بعد ذلك و هو و ان لم يتضمن إنشاء النذر لكن الأصحاب حملوه عليه بقرينة قوله عليه السلام أنه نذر بناء منه على عدم صحة التعليق فى إنشاء العتق و منها صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل تكون له الأمة فيقول يوم يأتيها فهى حرة ثم يبيعها من رجل ثم يشتريها بعد ذلك قال

لا بأس بأن يأتيها قد خرجت عن ملكه فانّ تعليل عدم الباس بالخروج عن ملكه يعطى أنه لو لم يبيعها لكان النذر منعقدا موجبا لوقوع المنذور و هو كونها حرة بإتيانها كما هو مقتضى السؤال و منها الخبر عن ابى الحسن الرضا عليه السلام عن رجل قال عند موته كل

مملوك لى قديم فهو حرّ لوجه الله قال ان الله عزّ و جل يقول حَتَّىٰ لَعَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ فما كان من مماليكه اتى له ستّة أشهر فهو قديم حرّ و هذا و ان ورد فى غير النذر لكنّهم استندوا إليه فى النذر (- أيضا-) و منها رواية إبراهيم بن عباس قال سمعت على بن موسى الرضا عليه السّلام يقول حلفت بالعتق و لا احلف بالعتق الّا أعتقت رقبةً و أعتقت بعدها جميع ما أملك إن كان أرى أنّى خير من هذا و أومى بيده إلى عبد اسود من غلمانة بقرابتى من رسول الله صلّى الله عليه و آله الّا ان يكون لى عمل صالح فأكون أفضل منه دلّ على انه إذا حلف بالعتق وفى و نوقش فيه بوروده مورد التقيّة لأنّ الحلف بالعتق و الطلاق مذهب العاميّة و ليس من مذهبنا و أجيب بأنّ مذهبهم جعل العتق زجرا للعمل من دون صيغته و مورد الخبر هو الحلف بالله الذى هو مثل النذر و العهد فى الأثر و وجوب الوفاء بعده و منه يظهر عدم قدح كون مورده الحلف دون النذر الذى كلامنا فيه لأنّ حكمهما من الجهة المبحوث عنهما واحد و منها مرسل ابن ابي عمير عن أبى عبد الله عليه السّلام فى الرجل تكون له جارية فتؤذيه امرئته أو تغار عليه فيقول هي عليك صدقة فقال ان كان جعلها لله و ذكر الله فليس له ان يقربها و ان لم يكن ذكر الله فهي جاريتها يصنع بها ما شاء فانّ قوله عليه السّلام فليس له ان يقربها ظاهر فى خروجها عن ملكه و أنّها ليست جاريتها بعد النذر الذى قصد به القربة خصوصا بقربنة مقابلته بقوله عليه السّلام و ان لم يكن ذكر الله فهي جاريتها يصنع بها ما شاء و احتمال ان يكون النهى عن القرب من جهة تعينها للصدقة و لو بان يكون تحقق المسبب بعد إيجاد السبب بعيد و على تقدير التسليم لا يقدر فى مقابلة من يقول مع صحّة النذر بلزوم إيجاد السبب فى ترتب المسبب عليه و إن كان يقدر فى مقابلة من يقول بوقوع السبب بنفس صيغة النذر هكذا أفاد الشيخ الوالد العلامة أعلى الله مقامه و عندى انّ هذا الخبر أجنبى عن مسألة النذر و أنّما الموجود فيه إنشاء عقد الصدقة و قد حكم عليه السّلام بلزومها لحصول العقد و لحوق القبض الذى هو التخليّة و رفع اليد و لا ربط للخبر بالنذر حتى يكون من نذر النتيجة و يدلّ على المطلوب فلا تذهل ثمّ لا يخفى عليك عدم دلالة الأخبار المذكورة على عدم الحاجة إلى إيجاد السبب حجّة القول الثانى أمران الأوّل ما افاده كلام صاحب (- ك-) (- ره-) فى نهاية المرام فى شرح قول المحقق (- ره-) فى كتاب النذر و روى إسحاق بن عمّار عن أبى إبراهيم عليه السّلام فى رجل قال ان تزوّجت قبل ان أحجّ فغلامى حرّ فبدأ بالنكاح تحرّر العبد و فيه إشكال الّا ان يكون نذرا ما نصّه و فى السند قصور فانّ راويها و هو إسحاق بن عمّار قيل أنّه فطحى و فى المتن اشكال من وجهين أحدهما انّ ما تضمّنت

ص: ١٦٤

الزوايه من اللفظ لا- يقتضى الالتزام لخلوه عن صيغه اليمين و التذير و العهد و يمكن دفعه بان المراد بذلك الأخبار عن الصيغه المقتضية للالتزام كما يدل عليه قوله عليه السلام انه نذر في طاعة الله لان هذا اللفظ هو الملزم و ثانيهما ان المملوك انما يتحرر بصيغه العتق فاذا نذر صيرورته حرًا فقد نذر امرًا ممتنعًا فحقه ان يقع باطلا نعم لو نذر عتق العبد صح التذير و وجب العتق و حصل التحرر به و لعل المراد بقوله فغلامى حرّ انه حيث صار منذور العتق فكأنه قد صار حرًا لان ماء له إلى الحرية و بالجملة فهذه الرواية قاصرة عن إثبات الأحكام الشرعية و المتجه الرجوع فيما تضمنته إلى القواعد المقررة انتهى و توضيح ما ذكره و تقريره بوجه أو فى ان متعلق التذير لا بد و ان يكون فعلاً مقدوراً للتأذير حتى يصلح ان يكون مورداً للأمر بوجوب الوفاء و غيره من التكاليف الشرعية و ظاهر ان صيرورة العبد حرًا و أمثاله كصيرورة المال مبيعاً أو الزوجة طالقاً أو الملك وقفاً أو صدقة ليست من قبيل الأفعال الصادرة من المكلف لا أصالة و لا توليداً بل هى أوصاف خارجية للأعيان الخارجية أو أمور اعتبارية منتزعة منها فإن غاية الشئ من العوارض الخارجة عن قدرة المكلف فلا يصح تعلق التذير بها لعدم مقدوريتها بل لا يعقل للالتزام بكون الشئ متصفاً بتلك الأوصاف معنى و هل هو كما كالاتزام بكون الشئ أسود أو طويلاً أو حلواً أو نحو ذلك من الأوصاف التى لا يكاد يتصور للالتزام بها معنى معقول و أورد عليه جمال المحققين (-ر-) بما نصه ان قصور السند كما ذكره لكن قد عرفت عدم وقع الوجه الأول من وجهى الإشكال فى المتن و أشار بذلك إلى ما ذكره فى رد اشكال المحقق (-ر-) فى (-ر-) من ان الرواية كالصريحة فى انه كان على وجه التذير فلا وقع للإشكال و اما الوجه الثانى فيرد عليه انه يكفى لصيغه العتق انه حرّ و قد عرفت انه لا دليل على عدم صحه التعليق مع التذير فلا مانع من اعتناقه به و لا يكون نذره نذر أمر ممتنع و ما ذكره من التأويل و إن كان ممكناً لكنه خلاف ظاهر الرواية فإن ظاهرها وقوع العتق بمجرد ذلك فلا يصار إلى التأويل إلا بدليل و ليس فلم يبق إلا قصور السند و كأنه لا قصور فيه لأن الأدلة تأمّية لوجوب الوفاء بالنذر مع عدم المعارض تكفى للحكم و الرواية تصلح مؤيداً و مؤكداً لها و ما ذكره من ان المتجه الرجوع إلى القواعد المقررة فيه انه بعد الحمل على التذير لا رجوع فيه عن القواعد المقررة و كأنه غفل عن مسئلة التعليق مع التذير بعدم شهرته فى كلام الأصحاب فقال ما قال انتهى و بالجملة فالوجه المذكور لا وجه له و قد نوقش فيه بوجهين أحدهما ان الغايات و النتائج و ان لم تكن أفعالاً بالأصالة و لا بالتوليد إلا ان مجرد ذلك لا يوجب عدم المقدورية ضرورة أن إيجاد نفس تلك الأوصاف من الأمور المقدورة و لو بتوسط إيجاد أسبابها الشرعية و من المقرر فى محلّه ان المقدور بالواسطة مقدور و لا يلزم فى متعلق التذير ان يكون فعلاً و لهذا لم يلتزم بذلك احد بل القدر اللّازم ان يكون امرًا راجحاً مقدوراً فبعد كون الالتزام المذكور صحيحاً شرعاً مندرجاً تحت عموم الأمر بالوفاء بالتذير لا بدّ من إيجاد السبب من باب المقدّمه و بعبارة اخرى ان عدم معقولية التذير المذكور نظراً إلى كون الالتزام بالأوصاف الخارجية كالاتزام بالأعيان الخارجية فى عدم المعقولية قرينه على ارادة الالتزام بالأسباب الشرعية التى هى الأفعال المقدورة و من البين ان الأمر إذا دار بين الحكم يكون الكلام غلطاً و بين إرجاعه إلى محمل صحيح تعين الثانى و الحال هنا على هذا المنوال فان عدم معقولية الالتزام بالنتائج لو سلّم فإنما هو إذا أريد الالتزام بنفس النتائج بدون ارادة الأسباب و اما لو كان معنى الالتزام هو الالتزام بإيجاد أسبابها فلا ضير فيه قطعاً و التأويل فى الكلام بدليل العقل و تقديمه على التخبطه باب واسع يجرى فى الكتاب و السنة و سائر الاستعمالات الصّحيحة و توهم ان الصحة فى المقام الأول مدفوع بإطباق الأصحاب على الصحة و ان اختلفوا فى ان الغاية تقع بنفس التذير أو انه لا بدّ فيها من إيجاد السبب و هو أمر آخر يبحث عنه بعد الفراغ عن أصل الصّحة مضافاً إلى ان صحته مدلول عليها بجملة من الأخبار و ثانيهما ان دعوى عدم معقولية التذير المذكور ممنوعة بل هو بنفسه صحيح لا داعى فيه إلى تجشّم التأويل و ذلك لان نذر الغاية فى نظر أهل العرف و استعمال أهل اللسان أمر معقول و التزام خاصّ على نهج خاصّ متداول فى الاستعمالات واقع فى المحاورات من دون تجوّز فيه و لا تأويل فيكون معنى الالتزام بكون المال لزيد هو الالتزام بترتيب جميع آثار ملكية زيد على ذلك و يكون قوله على ان يكون هذا المال له بنفسه إنشاء لهذا المعنى و الالتزام بترتيب جميع آثار الملك منشأ لانتزاع صفة فى الملك قابلة

لترتيب جميع الآثار عليها لأن الملكية على ما صرح به ثانى الشهيدان (- رهما-) صفة فى العين منتزعة منها و هى كونها بحيث يصح الانتفاع بها و ببدلها و بعد صحة النذر المذكور و كونه معقولا يندرج تحت الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعهد المعبر عنها فى الآية بالعقود و لا معنى لوجوب الوفاء بالالتزام المذكور الا ترتيب جميع آثار الملكية الشرعية الناشئة من الحكم التكليفى المستفاد من تلك الأدلة فإيجاب الشارع الوفاء به ينتزع منه حصول صفة فى العين و هى من لوازم الملك و خواصه التى لا توجد فى غيره كما هو معنى خاصة الشىء و من البين ان المعنى المذكور كما يتحقق تارة بإيجاد سببه و ملزومه الذى هو فعل المكلف يتحقق اخرى بحكم الشارع بوجود جميع لوازمه و آثاره و وجود ترتيب خواصه و المقام من قبيل الثانى لان مقتضى وجوب الوفاء بهذا النذر ترتيب جميع لوازم الملك و هى لا- تنفك عن ملزومها الذى هو الملك تحقيقا لمعنى الملزوم فان النذر المذكور على ما أشرنا إليه معناه انى التزمت بكون المال لزيد و جعلته له و أخرجه عن ملكى و أزلت سلطنتى عنه فاذا حكم الشارع بوجود إمضاء هذا الالتزام العرفى كما هو مقتضى وجوب الوفاء به الأمر إلى ان ما التزم به الناذر من كون الملك لزيد أمر متحقق ثابت فى الشرع و هذا نظير الصلح الذى هو من أسباب الملك قطعا فان معناه عند التأمل هو رفع اليد عن المال و لا ريب فى حصول الملك به و لب هذا المعنى اعنى رفع اليد موجود فى النذر المذكور و نظير وقوع البيع بألفاظ الكنايات على القول بوقوعه بها كقول المالك سلطتك على هذا المال أو جعلته لك و نحو ذلك مما يدل بدلالة الاقتضاء عرفا على ثبوت الملكية فان السلطنة المطلقة من لوازم الملكية فينتقل من لوازم الملك إلى الملك كالانتقال من الأمر بالغسل أو الاجتناب إلى نجاسة ما أمر بغسله و الاجتناب عنه و يترتب عليه جميع آثار النجاسة من نجاسة ما لاقاه مع الرطوبة و بطلان الصلوة مع لبسه إن كان ملبوسا و حرمة أكله أو شربه و بيعه و شرائه و نحو ذلك من أحكامه الشرعية و لعل منشأ القول بالبطلان هو توهم كون المتعلق نفس المسببات بشرط عدم إيجاد أسبابها و يدفعه أن الاستحالة على هذا و إن كانت ظاهرة إلا ان النذر المذكور المتعلق بالمسببات قد صدر حال الإطلاق و عدم التقييد بانتفاء الأسباب و ظاهر ان هذا المطلق أمر مقدور و لو بتوسيط إيجاد الأسباب و المقدور بالوساطة كالمقدور بدونها و هذا المقدار كاف فى المقدورية و عدم كون المسببات من قبيل الأفعال لا يضرب فى مقدوريتها لأن

ص: ١٦٥

إيجاد الأوصاف بإيجاد أسبابها بعد كونها مقدورة مما لا غائله فيه غاية الأمر كونها من الأوصاف التوليدية لا الأفعال التوليدية و من ذلك يظهر ان متعلق النذر عند التحقيق هي الأسباب و إن كان في الظاهر متعلقاً بالمسببات و الغايات الثاني من حجتي القول الثاني ما تمسك به جمال المحققين (- ره-) في حاشية (- الروضة-) حيث قال بعد ان أورد على صاحب (- ك-) بما عرفت ما نصه و هاهنا كلام آخر و هو ان في عموم أدلة النذر بحيث يشمل مثل هذا النذر تأملاً فإن المتبادر الشائع من النذر هو ان يكون متعلقه فعلاً يصلح بعد النذر للإتيان به و الوفاء بالنذر و لعدمه فيحتمل و تجب الكفارة و الروايات الواردة في موارد النذر إنما هي فيما هو من هذا القبيل كما يظهر بتصفحها و أما نذر أمر يقع بالنذر لا محالة و لا يمكن حثه فغير معهود و لم يرد به نص صريح و يؤيد ذلك معناه اللغوي على ما هو المشهور من أنه من النذر بمعنى الوعد كما ذكره الشارح في شرح (- يع-) و سبق منه في هذا الشرح (- أيضاً-) فان الوعد إنما هو فيما يمكن الوفاء به و عدمه و كون معناه شرعاً يشمل ذلك مما لم يثبت و على هذا فيشمل التمسك لصحة مثل هذا النذر بعموم أدلته النذر نعم الرواية المذكورة بظاهرها تدل على صحة هذا النذر وجوب العمل به لكن يشكل التمسك بمجرد ذلك مع قصور سندها و الروايات الواردة في العتق المعلق بالملك كما نقلناها لا تصلح دليلاً عليه إذ على تقدير حملها على النذر لا دلالة لها على وقوع العقد بمجرد ذلك كما ذكرنا لكن الظاهر من كلام جماعة من أجلاء أصحابنا في هذا النذر و أمثاله من نذر الصدقة و الأضحية كما سيجيء شمول النذر لمثل ذلك أيضاً و هم أعلم ألا أنه ما لم يظهر إجماع عليه يشكل التمسك و لم يظهر ذلك لنا إذ ليس هذه المسائل في كلام كثير منهم و لا يبعد ان يقال في هذه المسئلة ان مثل هذا النذر و ان لم يكن من الأفراد المعهودة للنذر لكن يصلح مؤكداً لما تعلق به إذا كان متعلقه مما يقع بما أوقعه كالتعق في مثالنا هذا و (- ح-) نقول إذا لم يثبت الإجماع على عدم صحة العتق المشروط مع ضم مثل هذا النذر فيمكن التمسك لصحته بالعمومات الواردة في العتق و ان لم يظهر مستندهم في استثنائه من القاعدة المذكورة لما عرفت من عدم ظهور دليل لهم على القاعدة (- أيضاً-) إلا الإجماع فإذا لم يثبت الإجماع في هذه الصورة لعمومات العتق تصلح سنداً للحكم بصحته و الرواية المزبورة مما تصلح مؤيداً و مؤكداً له انتهى كلام المحقق جمال الدين (- قده-) و حاصل ما ذكره في وجه المنع ان النتائج مسببات شرعية لها أسباب مخصوصة محصورة في الشريعة كالبيع و العتق و الوقف و النكاح و نحوها فكون الشيء مبيعاً لا يتحقق إلا بإيجاد سببه الشرعي الذي هو عقد البيع و كون العبد حراً لا يوجد إلا باحداث سببه الشرعي الذي هو إنشاء العتق و على هذا القياس كون المال وقفاً و المرية زوجةً و أمثال ذلك فإنها تتوقف على أسبابها الشرعية و لم يثبت كون مجرد النذر كافياً في حصول تلك الغايات و النتائج في الشريعة بل أدلة النذر شرعاً تقتضي وجوب الوفاء بالمندور على شرائطه الشرعية لأنها تشرع الشيء لنفسه كما صرح به في الجواهر و قال بعده و إلا لصح الطلاق بدون صيغة بنذره مثلاً و كذا النكاح و غيره و هو معلوم البطلان ثم قال و من هنا صرح بوجود الصيغة في الفرض و لعله كذلك للأصل و لأنه ليس من الإيقاع في شيء كما أوضحناه سابقاً و لأن النذر إنما يتعلق بفعله هذا كلامه في مسئلة نذر العتق المعلق على الملك و ذكر في مسئلة نذر أضحية معينة في كتاب الصييد و الذبائح ظهور أدلته النذر في كونه من الملزمات لأنه سبب يقوم مقام العتق و الطلاق و النكاح و الإجارة و غيرها مما كان ظاهر أدلته توقفه على إنشاء مخصوص و صيغة مخصوصة هذا و قد أجيب عما ذكر دليلاً ثانياً للقول الثاني بالمنع من ان المتبادر من أدلته النذر كون متعلقه فعلاً قابلاً للوفاء به و الحث لما عرفت من أنه يكفي كونه وصفاً مقدوراً و لو توليدا بواسطة الأسباب و ليس من شرط النذر كونه قابلاً للحنث و إنما يكفي كونه قابلاً للنقض و هو في المقام موجود و انحصار الأسباب فيما عدى النذر ممنوع لأن الوقوع بمقتضى نفس الالتزام المذكور في بعض الموارد بعد اقتضاء ثبوت اللوازم ثبوت الملزوم كما

هو مفاد وجوب الوفاء أو وجوب ترتيب جميع الآثار مما لا غائله فيه غاية ما في الباب ان لا يكون علمه تاماً بل يكون من قبيل المقتضى كالإيجاب الصادر من الموجب فإنه نوع من الالتزام و هو مفتقر في تمام تأثيره إلى القبول و قد يفتقر إلى انضمام القبض كما في الوقف و الهبة و الصيرف و السلم مضافاً إلى ما قد عرفت من ان النذر المذكور يمكن إرجاعه إلى نذر الأسباب لأن ما نحن

بصدده أنما هو تصحيح الالتزام و إخراجة عن الاستحالة و اللغوية لا الالتزام بوقوع الملتزم بنفس ذلك الالتزام من دون حاجة إلى إيجاد شىء من الأسباب و أما ما ترى من اطباقهم على وقوع العتق بمجرد النذر من دون اشتراطهم إيقاع صيغته العتق بعد ذلك فذلك مميا قام عليه الإجماع بخصوصه و منشأ الإجماع المذكور بعض الأخبار الدالة عليه و عدم البناء على وقوع الملتزم فى جملة من المواضع كالتكاح و الطلاق و نحوهما من العقود و الإيقاعات الشرعية أنما هو من دلالة الأخبار و قيام الإجماع على اعتبار ألفاظ مخصوصة فى مثل ذلك لا من جهة بطلان النذر و لو لا تلك الأدلة لقلنا بالوقوع بمجرد النذر المذكور فى ذلك أيضا و قد يقرر الجواب بان مقتضى صحة النذر المذكور و وجوب ترتيب جميع آثار الملكية أو الحرية أو غيرها عليه بحكم عموم وجوب الوفاء بالعقد و استكشاف تحقق الملزوم الذى هو الملكية ليس إلا كون النذر المذكور من الأسباب الشرعية لحصول الملك فى الجملة بمعنى أنه كالإيجاب الصادر من الموجب لا انه علّة تامّة لحصوله لأن حصول الملك فى الواقع تابع للعناوين الخاصة حسبما يدل عليه الأدلة الشرعية فإن معنى الالتزام بكون الشىء كذا و ان كان امرا واحدا معقولا فى العرف إلا ان المتعلق ان كان ممّا لا يقتضى وقوعه إلى قبول و لا- إلى قبض يقع بمجرد هذا الإنشاء كما فى العتق و ان افتقر إلى قبول من الغير فلا بد من تعقبه بالقبول كما فى البيع و الصلح و ان افتقر إلى قبض فلا بد من تعقبه به كما فى الهبة و احتمال حصول الملك القهرى مدفوع بان سبب الملك القهرى منحصر فى الموت بل نزيد على ما ذكر و نقول ان العقد ان كان ممّا يعتبر فيه اللفظ الصريح كما فى التكاح و الطلاق على ما هو المقرر من لزوم كمال الاحتياط فيهما فلا بد من ان يكون الإنشاء المذكور بالألفاظ الصريحة و لا تكفى الكنايات هذا هو تحرير حجتي القول ببطلان نذر الغايات رأسا مع اجوبتهما و لو أمعنت النظر فى ذلك انحل الوجهان إلى وجوه فظهر لك الجواب عنها و ان شئت أشرنا إلى الوجوه و أجوبتها الأول ما سمعت من سيد (- ك-) من ان المسبب أنما يتحقق بعد وجود سببه فاذا نذر حصول المسبب فى الخارج من دون سببه فقد نذر امرا ممتنعا لعدم تعقل وجود المسبب قبل وجود السبب فيبطل و فيه أنه أنما يتم حجة على من صحح نذر النتائج من دون افتقار إلى إيجاد أسبابها و أما على ما مر من اختيار القول بالصحة مع اعتبار إيجاد السبب فيندفع ذلك بان حصول المسبب من دون إيجاد سببه و إن كان ممتنعا إلا ان النذر التزام و لا مانع من تعلقه بأمر ممتنع إذا كان له آثار ممكنة راجعة إلى الناذر الا ترى ان الحلف بالعتاق و الطلاق أمر شائع

ص: ١٦٦

بين الناس صحيح مفيد لهما عند العائمة من دون صيغته مع ان الحلف كالتنذر ليس الا التزاما بالمحلف عنه و اما الفرق بينهما على مذهبنا في امضاء الشارع و عدمه و الا فلا مانع من القول بصحته و ترتيب الأثر عليه بمجرد من دون صيغته كما عليه العائمة بل و من المقرّر عند محققي الأواخر أن حقائق الإيقاعات و العقود حتى البيع و الهبة و غيرها من أسباب التمليك إنما هي معاهدات على الالتزام بالآثار و الوقوف عليها فإذا أمر الشارع بالوفاء و علمنا بأنه أمضاها حكما بحصول المقصود قهرا و ان المعاهدة بآثار شيء سبب عند الشارع لحصوله و اى فرق بين الصلح و التنذر في قابلية التأثير فكيف يستفاد من قوله (- تعالى-) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ كونه سببا لخروج المال عن ملكه و لا- يستفاد من قوله عزّ من قائل وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا كون التنذر و الالتزام بحرّية عبده و صدقة ماله لله سببا لحصول الملتزم به الثاني ان الغايات الشرعية لها أسباب معينة و ليس التنذر منها و فيه ان أدلة التنذر ناهضة بجعله سببا إذا لم يتم دليل على انحصار أسبابه مع أنه لا يقضى بالفساد رأسا و إنما يقتضى وجوب إيجاد سببها عملا بالتنذر و ذلك ممّا نلتزم به الثالث ان التنذر على ما فسّر به الشهيد الثاني (- ره-) في (- الروضة-) و نقله في (- لك-) عن أهل اللغة هو الوعد و هو لا يتعلّق بغير الأفعال فاذا تعلّق بالصّفات وقع باطلا- و كان خارجا عن التنذر المأمور بالوفاء به و فيه بعد النقص بالحلف لكونهما من باب واحد ما عرفت من انصرافه (- ح-) الى الوعد بالالتزام بالآثار التي هي من الأفعال فاذا وعد الله الالتزام بآثار الغاية المنذورة كان ماضيا عند الله بعموم الأدلّة و يستفاد من هذا الالتزام الممضى عند الله حصول الغاية عنده كامضاء سائر العقود و الإيقاعات الزّابع انهم اشترطوا في صحّة التنذر ان يكون متعلّقة فعلا- فاذا كان غاية صار باطلا- و أنت خبير بأنّه ان رجع إلى سابقه ففيه ما عرفت و الا كان افتراء عليهم أو مصادرة الخامس ان أدلة التنذر إنما وردت في وجوب الالتزام بالأسباب لا في مقام تشريع كونه سببا و فيه ما مرّ من ان مفاد أدلة التنذر إنما هو لزوم الوفاء بما نذره غاية ما هناك اختلاف المنذورات فما يكفى فيه التنذر يلزم الوفاء به فيه و ما يعتبر فيه إيجاد سبب خاصّ يلزم الوفاء بالتنذر بإيجاد ذلك السبب السادس ان المستفاد من أدلة التنذر كونه ممّا يتعقّب البر و الحنث و مع البناء على حصول الغاية قهرا لا- يتصوّر ان وفيه منع الاستفادة أولا- و إمكان مراعاتهما على القول بحصول الغاية في الالتزام بالآثار ثانيا فلو أكل الصّدقة المنذورة حنث و ان كانت قد خرجت عن ملكه و هذا و ان لم يوجد مصرّح به الا ان إطلاق كلامهم في نذر الصّدقة قاض بذلك حجّة القول الثالث اما على صحّة نذر النتائج في قبال القول بالبطلان رأسا فما مرّ في حجّة الأول مضافا إلى خبر عليّ بن راشد قال قلت لابي جعفر الثاني عليه السلام ان امرية من أهلنا اعتلّ لها صبي فقال اللهم ان كشفت عنه ففلا نة جاريتي حرّة و الجارية ليست بعارفة فأیما أفضل تعتقها أو تصرفها في وجوه البرّ فقال عليه السّلام لا يجوز الا اعتقها و اما على الافتقار إلى إيجاد السبب فهي ان الدليل الدال على سببية العقد الفلاني أو الإيقاع الفلاني للأثر الفلاني دالّ بالتضمن على عدم ترتّب الأثر من دون حصول السبب الفلاني مضافا إلى خبر عليّ بن راشد المذكور الظاهر في الحاجة إلى إنشاء صيغة العتق بعد ذلك حجّة القول الزّابع اما على الصحّة و الحاجة إلى إيجاد السبب فيما كان للغاية المنذورة سبب شرعيّ فما مرّ في حجّة الثالث و اما على عدم الافتقار إلى إيجاد سبب آخر غير التنذر فيما إذا لم يكن للغاية المنذورة سبب خاصّ فالأصل و عمومات وجوب الوفاء بالتنذر و العهد و ظاهر بعض الأخبار المتقدّمة في حجّة الأول و التنذر كاف في حصول الغاية إذا لم يكن دليل على خلافها نعم إن كانت الغاية ممّا قرّر الشارع لها سببا خاصّا تعبدا لم تحصل بغيره نذرا أو غيره فلا- يصحّ نذر كونه مبيعا أو كونها زوجة أو طالقا لأنّ لها صيغا خاصّة لا يقوم مقامها ما يرادفها من الألفاظ فكيف بالتنذر فاذا نذر أحدها وجب عليه إيجاد الصيغة مقدّمة للوفاء بالتنذر و لا (- كك-) الملكية و الوكالة لعدم انحصارهما في صيغة خاصّة نعم لو قصد الناذر حصول الأول بلا صيغة بطل التنذر لتعلّقه بأمر محال غير مقدور و إرجاع النذر

إلى الالتزام بالآثار حسبما شرحناه حسن لو لم يكن مانع و دليل اعتبار الصيغة مانع مخصّص لعموم أدلة التنذر لأنّ عمومها ليس بأقوى من عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ان أبيت عن ذلك فالمرجع أصالة العدم بعد تعارضها بالعموم و الخصوص من وجه فصار المدار في تبين القسمين على المضايقة في السبب و الموسعة فكلّ غاية كان بناء الشرع في سببها على المضايقة لزم بمقتضى التنذر إيجاد السبب إلا

إذا قصد وجودها بلا سبب فيبطل ولا يشترط قصد السبب بل يكفي عدم قصد شيء من الأمرين فتحصل من ذلك كله أنّ القول الثالث هو الأظهر و توضيح الحال في أطراف المقال في هذا القول على ما تعرض له الشيخ الوالد العلامة أعلى الله مقامه أنّ نذر النتيجة بالمعنى الأعمّ المأخوذ في عنوان المسئلة لا يخلو أما ان يكون ممّا اعتبر فيه صيغة خاصّة كالنكاح و الطلاق و البيع و العتق و أمثالها من العقود و الإيقاعات أو لا- يكون (- كك-) كالتضحية و التصدق على الفقراء و العطيّة أمّا الثاني فالوجه فيه هو الحكم بصحة النذر و وقوع المنذور بصيغته و لا يحتاج إلى صيغة أخرى فلو نذر صيرورة حيوان معيّن أضحية أو كون المال صدقة أو كونه لزيد صحّ النذر و وقع من حينه و لا يحتاج إلى صيغة أخرى و لهذا حكموا في مسئلة الأضحية من دون خلاف بخروج الحيوان عن ملك مالكه من حين النذر و قد عرفت نفى الخلاف من صاحب الجواهر و نقل الإجماع عن الشيخ (- ره-) في (- ف-) و عن كشف اللثام في تلك المسئلة و يستفاد من حكمهم ذلك نكتة و هي أنّ الوصف التوليدى قابل لتعلق النذر به شرعا لاستحالة وقوع الممتنع فيتعدى إلى جميع نظائر الأضحية و من احكام هذا القسم أنّه ان ترك مقتضى النذر لم يحنث و لم يترتب عليه الكفارة لأنّ المنذور قد وقع بمجرد إيقاع صيغة النذر لعدم كونه من أفعال المكلف حتى يتوقف على إيجاده بعد ذلك نعم يآثم بعدم ترتيب آثار النذر على المنذور و أمّا الأوّل فهو على قسمين لأنّه اما ان يكفي في إيجاده صيغة النذر و إن كان له سبب خاصّ بسبب حصول ذلك السبب الخاصّ في ضمن صيغة النذر كما لو نذر حرية عبد معيّن و اما ان لا يكفي ذلك و الأوّل (- أيضا-) على قسمين لأنّه اما ان يكون معلقا على شرط سائغ غير التملك كما لو قال الله علىّ انّ عبدى فلانا حرّ ان أقدم ابني من السيفر سالما و اما ان لا يكون معلقا على شرط أصلا كما لو قال لله علىّ أنّه حرّ على المشهور المنصور من جواز النذر الغير المعلق على شرط (- فح-) نقول أمّا وجه كفاية صيغة النذر عن صيغة العتق و إفادتها مفادها في القسم الأوّل فما عرفت في تضاعيف الكلمات السابقة من أنّ صيغة العتق عبارة عن قوله فلان حرّ و ان الاشتراط أمّا هو للنذر و لا- يضرّ في انعقاده اتفاقا و ليس راجعا إلى العتق حتى يقدر في صحته و اما حكم القسمين الأخيرين فحكم القسم الثاني منهما وقوع المنذور بوقوع صيغة النذر

ص: ١٦٧

لتحقق صيغة العتق في ضمن صيغة النذر و المفروض أنها غير معلقة على أمر غير واقع و لا مشروطة بشرط ليس بحاصل و لا حاجة إلى إيقاع صيغة العتق بعد ذلك و حكم الأول وقوعه عند وقوع الشرط من دون حاجة إلى صيغة أخرى (- أيضا-) و أما الافتقار إلى صيغة أخرى في نذر العتق المعلق عن شرط الملك عند الجماعة فهو من جهة انتفاء الشرط العتق الذي هو عبارة عن الملك بدلالة قوله عليه السلام لا- عتق إلا في ملك و ظاهر أن حال نذر الوقف العام حال نذر الحرية فلو قال لله على ان يكون هذه العين وقفا أو موقوفة أو صدقة مؤيدة سواء قرنه بالشرط أم لا كان حكمه ما عرفت و الثاني على أقسام لأنه اما ان يكون الناذر قد قصد بنذر النتيجة نذر إيقاع سببها و قصد وقوع نفس المسبب في المستقبل لا بشرط بمعنى ان يكون إطلاق المسبب لحاله على ما هو المركز في نظره من إيقاع المسبب على الوجه المقرر في الشرع أو قصد وقوع نفس المسبب بمجرد وقوع صيغة النذر مع القصد الى عدم إيجاد السبب فالأول حكمه صحة النذر و انعقاده قطعا إلا أنه لا يكون المنذور (- ح-) سوى إيجاد السبب لأن العقود تابعة للمقصود فلا وجه لكون المقصود هو إيقاع السبب و كون الواقع هو نفس المسبب فيجب عليه إيقاع الصيغة فلو نذر صيرورة المال مبيعا أو المربة زوجة كان المنذور بعد كون المراد إيجاد سببها هو إيقاع صيغتهما و لا يتحقق المسبب بمجرد إيقاع صيغة النذر فلو ترك إيقاع السبب الذي هو الصيغة لزمه الحنث و لم يحرم التصرف في المال في المثال الأول مع الحنث لأنه ما لم يبعه فهو ماله و الناس مسلطون على أموالهم و بالجملة فهذا القسم مما لا خلاف في صحته و لا اشكال بل هو خارج عن محل البحث داخل في نذر المبادى و لو بالكناية إلا إذا منعها في صيغة النذر فيكون من نذر الغاية و الثاني حكمه صحة النذر لأنه قصد امرا مقدورا غاية ما هناك أنه مقدور بالواسطة و المقدور بالواسطة مقدور و هو و ان لم يكن من الأفعال التوليدية إلا أنه من الأوصاف التوليدية و لا يلزم في متعلق النذر كونه فعلا و انما يعتبر فيه كونه امرا مقدورا و لو بالواسطة و إلى هذا القسم ينظر رواية علي بن راشد و حسنة إسحاق بن عمار و ما بعدهما من الصيحيح و الرواية الأخيرة و الثالث حكمه البطالان فلو نذر ان تكون أمته زوجة لزيد بلا سبب بطل النذر لأنها غير مقدورة و لو بالواسطة لأن الزوجية شرعا موقوفة على عقد النكاح فاذا نذرهما بلا سبب فقد نذر امرا ممتنعا و النذر انما يوجب ترتب الحكم إذا كان مشروعاً و ليس مشروعاً لأمور و احكام غير مشروعة و لو قصدتها مجردة عن التقييد بالعدم صح و لزم السبب مقدمة و كذا لو نذر كونه مبيعا و طالقا و لو نذر ان يكون ماله بدلا عن مال زيد فهذا (- أيضا-) فاسد بناء على انحصار المعاوضة شرعا في البيع و الصلح و نحوهما من العقود المتعارفة و هذا بخلاف ما كان البناء في سببه على المواسعة فإنه يكفي صيغة النذر (- ح-) في حصوله و لا يحتاج إلى صيغة أخرى إلا إذا قصدتها فيجب المسبب (- ح-) لأن وجوب الوفاء بالنذر انما هو بحسبه في قصده و لا يضرب قصد عدم السبب هنا للعمومات تنبيهات الأول أنه ليس المقام مما يعرض على أهل التعارف كما افاده بعضهم في طي الكلمات المذكورة من ان عدم المعقولية قرينة على صرف كلام من نظر المسبب إلى السبب لأن هذا انما يتمشى في فهم كلام الغير و الكلام هنا في تكليف الناذر فيما بينه و بين الله تعالى الثاني أنه ربما تصدى بعضهم لتأسيس الأصل في عدم الحاجة في نذر النتيجة إلى إيجاد السبب بتقريب ان الظاهر و المنساق من إنشاء نذر الغايات كونه علمة تامة لتحقيق الغاية في كل مقام خرج من ذلك ما دلّ الدليل على افتقاره إلى إيجاد الأسباب الخاصة و بقي الباقي فيكون معنى وجوب الوفاء به في كل مقام هو ترتيب الآثار الشرعية عليه إلا فيما دلّ الدليل على توقفه على سبب آخر و معناه فيه إيجاده في الخارج و ممّا يشهد لظهور إنشائه في ذلك اننا نعلم ان مقصود الناذر في العتاق و الطلاق هو جعل أصل النذر علمة تامة للغاية و لا يوجد السبب بعد ذلك و إن كان اعتقاده غير صحيح الا ترى ان المتعارف في مقام الحلف بالطلاق عند العوام و العامة هو ذلك فإنهم يقصدون وقوع الطلاق

أو العتاق بنفس هذا الكلام و يعتقدون وقوعها و فساد الاعتقاد بذلك لا يوجب فساد الالتزام و من ثمّ ورد النص بالافتقار في مثل ذلك إلى إيجاد سببها و لم يفد النص البطالان و هو (- أيضا-) من الأدلة على صحة نذر الغاية كما ان ما دلّ من الأخبار على عدم الافتقار في ذلك إلى إيجاد السبب (- أيضا-) من الأدلة بل دلّته على الصحة أظهر من دلالة ما دلّ على الافتقار لا يقال لا شك في

بطلان النذر و الحلف الواقعين على العتاق و الطلاق عندنا فكيف يصح لك الحكم بالصحة و الافتقار إلى إيجاد السبب مع ان الافتقار إلى إيجاد السبب في هذين الأمرين كما هو المدلول عليه ببعض هذه الأخبار شاهد على لغوية النذر المذكور و عدم تأثيره في حصول العتق و الطلاق ضرورة أن إيجاد سببهما على تأمير حصولهما لا نقول لا نسلم البطلان و عدم التأثير فيما إذا كان قصد التأذير وقوعهما بمجرد النذر المذكور اعنى حصولهما بشرط عدم إيجاد سببهما إذ من البين عندنا عدم حصولهما بمجرد ذلك خلافا للعامة في قولهم بحصولهما بمجرد ذلك و اما لو كان التأذير من الطائفة المحققة عارفا بالمسائل الشرعية فلا وجه للحكم ببطلان نذره بل لا بد من الحكم بإرادة الالتزام العرفي الذي لازمه بعد الاندراج تحت أدلة وجوب الوفاء بإيجاد سببهما و لعل مدعى بطلان نذر الغاية نظر إلى هذه الصورة التي هي نذر الغاية بشرط لا و اما نذرها بشرط شيء فصحته واضحة و تأثيره وجوب إيجاد السبب بخلاف كون النذر باطلا من أصله فإنه لا يقتضى وجوب إيجاد السبب أصلا نعم هذا كله فيما إذا كان متعلق النذر ملكا عاما كما إذا نذر كون شيء ملكا للفقراء أو صدقة لهم و اما النذر الخاص كان ينذر كونه ملكا لزيد مثلا فان قلنا بكفاية هذا الإنشاء في الملكية لزيد و وقع القبول من زيد فلا اشكال و ان لم يقع منه القبول فالأمر مشكل و ان قلنا بالافتقار إلى الإيجاب و القبول فيتوقف الحكم بالملكية له على حصولهما فان حصلتا حصلت و الا فلا التالى ان عبادة نذر الغايات لما كانت بظاهرها غير واقعة على طبق القواعد نظرا إلى ان الالتزام بوجود الوصف الخارجى بظاهره مما لا معنى له لخروج ذلك عن قدرة المكلف فلا بد بعد القول بصحته كما هو الصحيح من ارتكاب التأويل فيه بأحد الأمرين على وجه منع الخلو و الجمع معا أحدهما الإرجاع إلى إرادة إيجاد الأسباب لا بمعنى ان النذر تعلق من أول الأمر بإيجاب الأسباب بل بمعنى ان وجوب الوفاء بهذا النذر المفروض صحة إيجاد الأسباب من باب المقدمه للوفاء بالنذر لان الالتزام بالغاية أمر عرفى معقول لا داعى إلى صرفه إلى الالتزام بإيجاد الأسباب و ان احتمله بعض الأصحاب ثانيهما الإرجاع إلى إرادة ترتب الآثار الشرعية المترتبة على الغايات بمعنى ان مقتضى وجوب الوفاء بالنذر المتعلق بالغاية وجوب ترتيب آثارها الشرعية عليها و هذا التأويل إنما يرتكب فيما يكون النذر المذكور كافيا في حصول الغاية كما

ص: ١٤٨

في الطلاق و منه يعلم ان التأويلين لا يجتمعان و لا يرتفعان الزابع انه لو شك في قصد التاذر عمل بأصالة عدم قصد السبب القاضية بالصحة من دون سبب و ان علم القصد و شك في تعلقه بوجود السبب أو عدمه لزم السبب و ربما احتل بعض المحققين (- ره-) كفاية التذر بدون سبب لأصالة عدم قصد السبب و يعارضها أصالة عدم قصد عدم السبب فيتساقتان فيجب السبب لأصالة بقاء الملك مثلا في ملك التاذر و الوجه هو الأخذ بظاهر اللفظ في الموضوعين و مقتضاه حصول الغاية بلا سبب الخامس انه لو كانت الغاية مما بنى في سببها على المضايقة لكن لم يقد دليل على انحصار سببها في أمر أو أمرين غير التذر كفى التذر (- أيضا-) في حصولها لأنك قد عرفت في تقريب الاستدلال بعمومات التذر طريقين مرضيين أحدهما إدخال إنشاء التذر في إنشاء السبب و الثاني جعله سببا مستقلا فغاية ما يلزم من المضايقة في سببه عدم صلاحية نذرها ان يكون من سببه و اما كونه مستقلا فلا ففي العتق يلزم بنفس التذر و ان كانت صيغة التذر مبيته على المضايقة كالطلاق لعدم الدليل على عدم حصول الحرية إلا بالاعتاق فكون التذر (- أيضا-) سببا لا مانع منه و يمكن جعل الوكالة الغير العقدية مما بنى في سببه على الموسعة لأن التوسعة انما هي في التصرفات الإذنية فإنها التي توسع فيها و لا يأتي فيها احكام عقد الوكالة الثابتة لها تعيدا و اما الوكالة العقدية فليس الأمر فيها على الموسعة فيتجه (- ح-) ما ذكره المحقق الثاني من وجوب إجراء الصيغة لو اشترطها في الرهن (- فت-) و أميا العتق فهو و ان كان من الأول للمضايقة في صيغته فمقتضى ما ذكر إرجاع نذره (- أيضا-) الى السبب لكن مع ذلك يحتمل الاعتاق بلا سبب إذا كانت العبارة لله على انه حر كما ذكره في بعض تحقیقات حاشية (- الروضة-) لوجهين أحدهما الأخبار الواردة فيه المشار إليها بالقياس إلى ما دل على انحصار صيغته في إنشاء التحرير صريحا أخص (- مط-) و أوجب عن ذلك بان ظاهر بعض الروايات المتقدمة و ان كان حصول الاعتاق بالتذر كخبر إسحاق بن عمار و الخبر المروي عن الرضا عليه السلام في عتق كل عبد قديم إلا ان الظاهر من بعضها الآخر هو وجوب الاعتاق بعد التذر كرواية علي بن راشد بناء على ظهور قوله عليه السلام لا يجوز ألما عتقها في الاعتاق و رواية إبراهيم بن عباس المتقدم فتعارض الطائفتان و تقدم الثانية لإمكان الجمع بحمل الاولى على المجاز بالمشاركة تنزيلا لمن يجب عتاقه منزلة من عتق الثاني انه لا فرق بين قوله فلا ن حر و بين قوله لله على انه حر في كون كل منهما إنشاء للتحرير صريحا و أوجب بوضوح الفرق بين إنشاء التذر و إنشاء التحرير و استحالة جمعهما في صيغة واحدة كما لو قال لله على لو بعثك فرسى هكذا فان هذا لا يصلح صيغة للأمرين التذر و البيع معا كما لا يخفى فالمتعين في نذر التحرير و وجوب الاعتاق بصيغة أخرى بعد التذر (- مط-) و ربما أفرط بعضهم فطرد الحكم في نذر جميع الغايات حتى الصدقة و الوكالة و حكم بعدم تحققهما (- أيضا-) بالنذر بل بالتصديق و التوكيل بعده و ضعفه ظاهر و قد يقال في تقوية القول بعدم الحاجة إلى صيغة العتق بعد نذر الاعتاق ان كون صيغة العتق مبيته على المضايقة انما يبطل به الوجه الأول و هو ان يجعل التذر إعتاقا و اما الوجه الأخير الزاجع إلى كون التذر سببا في عرض الاعتاق فلا مانع من جريانه هنا إذ المدار فيه على عدم الدليل على حصر السبب و لا دليل على عدم تحقق العتق إلا بالاعتاق كعدم تحقق الزوجية إلا بالتكاح و من ذلك كله ظهر ان الوجهين قد يجتمعان و قد يفترقان ففي مثل الوكالة مما لا مضايقة في سببه و لا دليل على انحصاره في شيء أو شيئين يجري الوجهان معا فلو نذر الوكالة صح جعله توكيلا لأنه كاشف عن الإذن في التصرف قطعا و صح (- أيضا-) كونه سببا لتحقيقها نظرا إلى عمومات الوفاء بالتذر و في مثل العتق لا يجري إلا الوجه الأخير و في مثل الصدقة ينعكس الأمر لو قام الإجماع على انحصاره في التمليك الاختياري على تأمل منشئه التوسعة في سببها من حيث القول و الفعل و ربما رجح بعض المحققين الوجه الأخير نظرا إلى ان إدراج التذر في إنشاء الأسباب فيما يثبت فيه الموسعة في صيغة يستلزم البناء على ثبوت الأحكام التعبدية الثابتة لأسباب الغايات في نذرهما و قد مر الاشكال فيه و خروجه عن مشرب الفقهاء لأنهم لو جوزوا نذر البيع مثلا فلا يلتزمون في نذره بأحكام البيع كما لا يخفى هذا مع الغض عميا في مساعدة العرف على صدق إنشاء البيع أو العتق أو الصدقة أو غيرها كالوكالة و الرهانة على إنشاء التذر من المنع الواضح و إلا فالإنصاف لا يصدق بل مقتضى الإنصاف الخدشة في الوجه الأخير (-

أىضا-) أما أوّلا فبالنقض بنذر العبادات فإنه لا يصلح سببا لشرعیة عبادة جديدة و أما ثانيا فبالحل بان عدم الدلیل على انحصار السبب غیر كاف بل لا بدّ من الدلیل على صحّة كون النذر سببا من جهة أخرى غیر العمومات كما أنه لا بدّ فى نذر عبادة من قىام الدلیل على مشروعیتها من غیر عمومات النذر و لا یكفى عدم الدلیل على عدم مشروعیتها و دعوى الفرق بین العبادات و المعاملات فى المقام كما ترى ثمّ لو قام إجماع فى خصوص مقام على صحّة نذر الغایة أتبعناه و الّا فالمتّبع أصالة العدم و فى المسئلة قول آخر نقله (- المصنف-) (- ره-) عن بعض فى خصوص نذر الصدقة و هو خروجها عن ملك الناذر بمجرد النذر إذا قصد الصدقة العرفیة و هى الإعطاء دون السبب كالعقد المشتمل على الإیجاب و القبول مثلا و الّا وجب السبب مستدلاّ علیه بوجه أحدها أنه یصیر كالزكاة یجب صرفها إلى مستحقّها و ردّ بانه إذا أمر الشارع ابتداء بالدفع استفید منه خروج المأمور به بالدفع عن ملك المأمور لأنّ الأمر بالدفع عن المالك الحقیقى یدلّ على عدم تقريره له على الملكية و استحقاق المدفوع الیه له و لذا استفدنا ملكیة الفقراء من أوامر الزكاة و أما إذا لم یكن ابتداء بل لأجل التزام المأمور بذلك بنذر و شبهه فلا دلالة علیه إذ المفروض أنه التزم بالتصدّق بمعنى احداث ملكیة الفقیر بالدفع و لازم ذلك بقائه فى ملك الناذر بعد النذر لیتحقّق الدّفع بعنوان التملیک إذ لو كان خارجا بنفس النذر امتنع فى حقّه الإتیان بما التزم فیمتنع الأمر بالدفع فیما استفاد منه الخروج عن ملكه و قال بعضهم ان محلّ الكلام ما إذا تعلق النذر بالدفع بعنوان التملیک لا بالتصدّق الذى هو سابق الدفع بعنوانه و مقتضى وجوب الوفاء بالنذر وجوب الدّفع فانّ دلّ الأمر به على عدم تقرير الشارع له على ملكه و خروجه إلى ملك المستحقّ دلّ علیه فى المقامین و الّا فلا- إذ لا مدخلیة لكون الأمر ابتداءیا فى ذلك الّا ان یدعى الفرق عرفا لا عقلا و هو كما ترى تحکم واضح و الصّواب ان یردّ بمنع المبنى إذ لا دلالة للأمر بالدفع من المالك الحقیقى على عدم تقريره له على ملكه عقلا- و لا- عرفا و أنّما استفدنا ذلك من أوامر الزكاة بمعونة الدلیل الخارجى من الأخبار الصّیریحة فى شركة الفقراء مع الأغنیاء و لو لا لم یثبت للفقراء حقّ لا فى العین و لا فى الذّمّة كزكاة الأبدان الّا ان یفرق بینها و بین زكاة المال بان الدّفع فیها لم یتعلّق بالعین بل بالذّمّة بخلاف زكاة المال و منذور الدّفع فإنّ الأمر فیها متعلّق بالدّفع عن عین و هو لا ینفك عن ثبوت حقّ للمدفع الیه بل لا معنى للحقّ فى العین الّا ذلك الثانی ما رواه فى الكافى فى باب النذر

ص: ١٦٩

عن الخثعمي فيمن نذر ان يتصدق بجميع ما يملك ان عافاه الله فلما عوفى خرج عن داره و ما يملكه لبيعها و يتصدق بشئها فلما سئل الإمام عليه السلام أمره بأن يقوم جميع ذلك على نفسه و يتصرف و يتصدق بقيمتها تدريجا حتى يؤدي ما عليه و رد بمنع الدلالة لجواز ان يكون امره عليه السلام لكونه وليا للفقراء لا لكونه خارجا عن ملكه بالنذر بل لا يصح لوجوب الصدقة (-ح-) بالعين فكيف يقوم و يدفع القيمة تدريجا فالزواية بالدلالة على خلاف المقصود اولى و قال بعض المحققين (-قده-) و لنعم ما قال ان امره (-ع-) لا ينطبق على القاعدة على التقديرين ألما من باب الولاية و مع قطع النظر عن امره عليه السلام لا دلالة فيها على شئ منها فتكون الزواية من هذه الجهة مجملة غير دالة على الخروج و لا على البقاء الثالث ما رواه علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال و سألته عن الصدقة تجعل لله مثوبة هل له ان يرجع فيها قال إذا جعلتها لله فهي للمساكين و ابن السبيل فليس له ان يرجع فيها و رد بمنع الدلالة و انه لا- مساس له بالمدعى بشئ لأنها آتت و ردت لبيان حكم الصدقة لزوما و جوازا لا لبيان تحقق مفادها منجزا أو معلقا على إيجاد السبب مع ان محل الكلام نذر الصدقة بمعنى الإعطاء دون الغاية أو السبب و ليس فيها دلالة على شئ من ذلك مع ان موردها الصدقة دون النذر فتدبر و اما الجهة الثانية أعنى البحث عن ان التصرف في العين المتعلقة بها النذر صحيح جائز أم لا و توضيح القول فيه ان النذر المذكور أميا ان يكون مطلقا أو يكون معلقا على شرط كما إذا قال لله علي ان أعتق عبدى ان رزقنى الله ولدا و على الأول فاما ان يكون موقتا كما إذا نذر الاعتاق يوم الجمعة أو غير موقت كما لو نذره بدون تعيين وقت و المراد بالإطلاق التنجيز مقابل التعليق لا- ما يقابل التقييد كى يقال ان التوقيت ينافى الإطلاق و ان تقسيم المطلق إلى الموقت و غيره تقسيم للشئ إلى نفسه و إلى غيره و إذ قد عرفت ذلك نقول اما المنجز الموقت فلا اشكال و لا خلاف فى إيجابه المنع من التصرف فى المتعلقة بها النذر ضرورة و وجوب الوفاء بالنذر و التصرف بغير الجهة المنذورة تفويت للواجب فيمنع منه و اما المنجز غير الموقت فالحكم فيه مثل الحكم فى الموقت فى المنع من التصرف على غير الجهة المنذورة ضرورة و وجوب الوفاء به كل ان فالتصرف بغير تلك الجهة يمنع منه لتفويته الواجب و أميا النذر المعلق على شرط ففى منعه من التصرف فى العين قبل حصول الشرط تصرفا موقتا لموضوع النذر على تقدير حصول الشرط كبيع العين و هبتها و نحو ذلك و وجه و محل البحث ما إذا كان الشرط المعلق عليه محتمل الحصول و عدمه و اما إذا كان الشرط المعلق عليه معلوم الوجود فى المستقبل أو معلوم العدم فهما خارجان عن حريم البحث نظرا إلى أول الأول إلى المنجز الذى قد عرفت عدم الخلاف فى إيرائه المنع عن التصرف و فساد النذر من أصله فى الثانى من حيث تعليقه على ممتنع ثم ان احد الوجوه إيراث النذر المذكور المنع من التصرف (- مط-) و ثانيها عدم إيراثه ذلك (- مط-) ثالثها التفصيل بين ما إذا قصد إبقاء المال فيمنع من التصرف و بين ما إذا لم يقصده فلا يمنع حجة الأول الذى عليه جمع من المحققين ان المنساق من النذر المذكور عرفا إنما هو الالتزام بإبقاء المال إلى زمان حصول المعلق عليه و صرفه فى الجهة المنذورة بعد حصوله فإتلافه بعد النذر و قبل حصول المقصود يعد فى العرف حثا و نقضا لذلك الالتزام و لذا يذم من باع ما نذر التصديق به على الفقراء معلقا على مجيء المسافر مثلا قبل مجيئه و لا يصغى إلى اعتذاره بعدم تحقق مقصوده بعد و توهم ان المراد هو التصديق على تقرير بقاء المال و أنه بعد الإتلاف لا شئ هناك حتى يجب التصديق به لأن الحكم يرتفع بارتفاع محلّه و ان الحث لا يتحقق الا بترك المنذور و بعد تحقق المقصود و بقاء المال كما هو مأخذ القول بجواز التصرف و الإتلاف (- مط-) فى حيز المنع و السند و وضوح صدق الحث عرفا بمجرد الإتلاف و لو قبل حصول المقصود لما أشرنا إليه من ان الالتزام بشئ على تقدير حصول أمر كما هو مفاد النذر المعلق يستفاد منه عرفا الالتزام بإبقاء متعلق ذلك الشئ إلى زمان حصول المعلق عليه و يعد تصرفه فيه قبل مجيء ذلك الزمان نقضا لذلك

الالتزام منافيا له الا ترى أنه لو تعاهد اثنان على ذبح شاة مثلا على تقدير مجيء مسافر ثم باعها أحدهما قبل مجيئه يعد ذلك منه نقضا لذلك العهد بل قد يقال ان التصرف فيه مناقض لتلك القضية الشرطية عقلا (- أيضا-) إذ لا يصدق الالتزام بالشئ على تقدير مع الإتلاف قبل ذلك التقدير نعم لا نضايق من عدم ترتيب آثار الملتمزم نظرا إلى أصالة العدم بعد عدم مناقضته للالتزام المذكور لكن

عدم منافاة التصرف مع ترتيب احكام الملتزم لا يوجب عدم ترتيب آثار الالتزام و من هنا يظهر ان القول بجواز التصرف قبل حصول المعلق عليه و هو زمان الشك فى حصوله و عدم العلم بما ينتهى اليه الحال تمسكا بأصالة عدم الحصول ناشئ عن غفلة و ذهول لان التصرف المذكور و ان لم يكن منافيا لآثار الملتزم لكنه مناف لآثار الالتزام بل أصل هذا الالتزام عند التأمل التزام يأمر على تقدير عدم العلم بحصول ما علق عليه ضرورة ان التعليق لا يكون ألما حال الجهل بوقوع ذلك التقدير و الاعم العلم بعدم الوقوع لا فائدة فى التعليق و الالتزام بل لا يتحقق مع العلم بعدم التزام كما فى قولك لله على ان أتصدق بهذا المال لو عاد هذا الميت حيا و الحاصل ان النذر المذكور يفيد عرفا الالتزام بإبقاء المال فإتلافه حث له و ان شئت نظيرا للمقام من الشرعيات فلاحظ ما ذكروا فى باب الفضولى من ان من كان أصيلا فى أحد طرفيه لا يجوز له فسخ البيع ابتداء قبل اقدام صاحبه عليه على وجه يكون النقض مستندا اليه بل يجب عليه البقاء على ما الزم به نفسه بمقتضى وجوب الوفاء إلى ان يبتدىء صاحبه بالفسخ فيجوز له (-ح-) لكن بينه و بين المقام فرق و هو انه يجوز للنادر نقض النذر إذا قطع بعدم تحقق المعلق عليه فى وقته لانه ليس حثا و لا يجوز الفسخ للأصيل فى الفضولى و لو مع القطع بعدم اجازة صاحبه على ما هو مقتضى وجوب الوفاء به و ذلك على المختار من كاشفئة الإجازة اللاحقة ظاهر فيجب على الأصيل ترتيب جميع آثار الملك قبل الإجازة لكونها على القول بالكشف دالة على وقوع البيع من أول الأمر تاما بالإيجاب و القبول و اما على القول بكونها نافلة فالظاهر جواز الفسخ للأصيل (- أيضا-) حجة الثانى وجوه الأول صحيح محمد بن مسلم الوارد فيمن نذر عتق الأمة الدال على جواز بيعها قبل الوقت الذى علق تحريرها على مجيئه كما صرح بذلك ثانى الشهيدين و هما معترضا بالخبر المذكور على الفاضلين قال فى كتاب العتق من (- الروضة-) مازجا كلامه بقول الشهيد (- ره-) و لو نذر عتق امه ان وطأها فأخرجها عن ملكه قبل الوطى ثم أعادها إلى ملكه لم تعد اليمين لصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل يكون لها؟؟؟؟ فيقول يوم يأتيها فهي حره ثم يبيعها من رجل ثم يشتريها بعد ذلك قال لا بأس بأن يأتيها قد خرجت عن ملكه ثم قال و حمل ما أطلق فيها من التعليق على النذر ليوافق؟؟؟؟ و يشهد له (- أيضا-) تعليقه الإتيان بخروجها عن ملكه و لو لم يكن مندورا لم يتوقف ذلك على الخروج كما لا يخفى إلى ان قال و يتفرع

ص: ۱۷۰

على ذلك جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط لم يوجد و هي مسئلة إشكالية و العلامه (- ره-) اختار في التحرير عتق العبد لو نذر ان فعل كذا فهو حر فباعه قبل الفعل ثم اشتراه ثم فعل و ولده استقرب عدم جواز التصرف في المنذور المعلق على الشرط قبل حصوله و هذا الخبر حجة عليهما انتهى و وجه كونه حجة عليهما كما صرح به بعض المحققين هو ان الخبر صحيح و قد دل على أنها تخرج بالبيع عن الملك فيكون صحيحا و هو تصرف في المنذور قبل حصول الشرط بناء على ان مدلول الصحيحه هو النذر فيلزم منه ذلك الثاني ان المنذور المذكور لا يقتضى ان يد من حرمة نقضه و المنع من التصرف في الشيء و ذلك لا يكون الا مع بقاء ذلك الشيء لأن الحث الذي هو ترك التصديق بالمنذور مثلا لا يصدق الا بعد حصول المعلق عليه و بقاء المال و اما مع إتلافه قبل ذلك فلا يبقى موضوع للحنث و بالجملة الالتزام بان يتصدق بالمال على تقدير مجيء زيد لا يقتضى إلا وجوب التصديق بالمال حال حصول المجيء فلا محل لا لوجوب التصديق و لا لحرمة الحث الثالث ان مقتضى عموم سلطنة الناس على أموالهم هو جواز التصرف في المال المذكور خرج منه ما إذا حصل المعلق عليه و هو باق لأنه ممنوع من التصرف في المال قطعا و اما قبل حصوله فلم يعلم خروجه منه لأننا نشك في ان النذر المذكور هل أوجب حجرا على المالك أم لا فنقول الأصل عدم كونه سببا للحجر و الأصل بقاء السلطنة و الأصل (- أيضا-) عدم تحقق المعلق عليه فان قضيه عموم السلطنة و أصالة عدم تحقق الشرط صحة ترتيب جميع آثار الملكية على المال المزبور و جواز التصرف فيه بأي نحو كان و أجيب عن هذه الوجوب أولا إجمالا بأن التصرف في المال المذكور نقض للالتزام المزبور عرفا فيكون ممنوعا من التصرف فلا بد من الاقتصار في الصيحيحة المذكورة على خصوص موردها أو تنزيلها على محمل لا ينافي المنع من التصرف و قد بينا سابقا ان الالتزام بشيء على تقدير تعهد بإبقاء الشيء إلى حصول ذلك التقدير و ثانيا تفصيلا اما عن الأول فبان التصرف في المنذور بالنذر المشروط انما يمنع منه من حيث كونه منافيا لمقتضى النذر و لازمه و قد ذكرنا ان يرفع الموضوع رفع الشرط أو السبب لعدم حصوله من أول الأمر ليس منافيا و مناقضا لمقتضاه سواء كان من فعل الناذر كما لو قال لله على ان أتصدق على الفقير بدرهم ان ضربت زيدا فترك ضربه أو من فعل الغير كما لو قال لله على كذا ان جاء زيد ثم انه طلب من زيد ترك المجيء و مورد الصيحيحة من هذا القبيل لأنه حيث نذر ان تكون الأمة حرة ان وطأها انما أراد وطئها الشرعي بعنوان كونها مملوكة له فكأنه قال لله على حرية مملوكتي المتصفة بهذه المملوكية الخاصة أن وطأتها فاذا باعها فقد ارتفع موضوع النذر و ارتفاع الموضوع ليس منافيا للحكم و انما هو علمه في ارتفاعه بنفسه و محل البحث انما هو التصرف قبل حصول الشرط بما يناقض مدلول النذر و ينافيه فالمنع انما يمنع من ذلك و مورد الصيحيحة ليس من هذا القبيل فلا يتم للمجوز الاحتجاج بها على المانع و بتقرير آخر الخبر المزبور غير ناهض حجة على العلامة و ولده ضرورة و وضوح الفرق بين بيع الأمة الذي دل الخبر على جوازه و ما شابهه من التصرفات التي لا تعد نقضا للالتزام و بين بيع ما نذر ان يتصدق به على تقدير قدوم زيد و أمثاله من التصرفات التي تعد في العرف نقضا للالتزام فالذي دل عليه الخبر هو جواز التصرفات التي تكون من النوع الأول أو خصوص بيع الأمة على تقدير عدم التعدي عن مورد النص و محل الإشكال انما هي التصرفات التي تكون من النوع الثاني إذ لا- إشكال في جواز النوع الأول أعني التصرفات التي لا تعد نقضا للالتزام و يرتفع معها موضوع النذر من غير افتقار في ذلك إلى النص فان من البين ان ما هو معيار المنع في النوع الثاني و هو صدق الحث و عدم التمكن من الوفاء بالنذر على تقدير حصول الشرط غير آت في التصرفات التي تكون من النوع الأول من غير فرق في ذلك بين ما إذا كان الشرط من فعل الناذر كالوطي الذي هو مورد الخبر أو من غيره و التمس منه الناذر ان لا يوجد أو يكون فعلا لغيره بحيث لا يقدر الناذر على إعدامه و لو بالتسبب كطلوع الشمس و دخول الشهر و نحوهما من أفعاله

(- تعالى

(- بل نقول انه على تقدير اختصاص البحث في المسئلة التي محل الاشكال بما إذا كان الشرط خارجا عن اختيار الناذر و يكون القائل بالمنع من التصرف قائلا بالمنع من خصوص ذلك لا (- مط-) كما صرح به جمال المحققين (- ره-) في حاشية (- الروضة-) حيث

علق على قول الشهيد الثانى فى عبارته المزبورة و هى مسئلة إشكالية قوله الظاهر ان عدم الجواز على القول به أنما هو فى شرط لم يكن باختيار الناذر و فعله كقدوم زيد و شفاء المريض إذ جواز التصرف قبل حصول الشرط لا يخلو عن اشكال لاستلزامه عدم إمكان الوفاء بالنذر على تقدير حصول الشرط و اما إذا كان الشرط من فعل المكلف باختياره فلا يظهر إشكال فى جواز التصرف قبله إذ لا يلزم منه سوى ان لا يجوز له فعل الشرط فلا محذور فيه خصوصا ان التصرف المذكور ممّا يؤكّد عدم وقوع الشرط و (- أيضا-) إذا كان الحكم فى المسئلة المفروضة انحلال النذر لخروج ملكه فلا وجه لعدم جواز مثل هذا التصرف قبل وجود الشرط أصلا إلا ان يتمسك بسؤال السائل مع فضله و معرفته بأصول المسائل عن حكم المسئلة مع عدم علمه بما حكم عليه السّلام به عن انحلال النذر فيها كما هو الظاهر فإنّه يستفاد منه جواز التصرف فى المنذور قبل حصول الشرط (- مط-) و لا يخفى ضعفه انتهى فعدم نهوض الصّيحة حجّة على الفاضل و ولده أوضح ضرورة أنّه إذا كان الشرط غير مقدور للناذر يكون المنع من التصرف قبل حصول الشرط لاستلزامه عدم إمكان الوفاء بالنذر على تقدير حصول الشرط و الخبر المذكور لا يدلّ على جواز التصرف فى هذا النوع بل فى خصوص ما إذا كان الشرط كالوطى و نحوه ممّا يكون مقدورا للناذر بناء على التعدّى عن المورد و عدم الاقتصار عليه و القول بالجواز هنا لا يستلزم القول بالجواز فيما إذا كان الشرط غير مقدور له كما هو محلّ البحث فيما عرفته من المسئلة التى هى محلّ الإشكال و لا ينافى القول بالمنع هناك و ظاهر ان هذا الوجه اعنى لزوم عدم التمكّن من الوفاء بالنذر على تقدير حصول الشرط لا يجرى فيما إذا كان الشرط من فعل الناذر أو فعلا للغير يقدر على إعدامه و لو بالتسيب و الجواز فى ذلك ممّا لا اشكال فيه خصوصا بملاحظة ان التصرف المذكور من الناذر ممّا يدلّ على عدم وقوع الشرط منه و (- أيضا-) إذا كان الحكم المفروض انحلال النذر بالخروج من الملك فلا وجه لعدم جواز مثل هذا التصرف قبل وجود الشرط و التمسك بسؤال السائل قد سمعت من المحقق جمال الدين (- ره-) استضعافه نعم على تقدير كون النزاع فى جواز التصرف فى المنذور قبل حصول الشرط و لو كان الشرط من فعل الناذر يعمّ الاعتراض على العلّامة (- ره-) و ولده بأنّ الخبر المذكور حجّة عليهما و قد عرفت انّ النزاع ليس فى مطلق

ص: ١٧١

التصرّف و بالجملة محلّ الكلام شيء و مورد الصّحيفة شيء آخر و ليس القول بشيء في أحدهما مستلزما للقول به في الآخر و قد يجاب عن الاستدلال بالصّحيفة بوجه آخر و هو المنع من كون النذر الذي هو مورد الصّحيفة نذرا معلقا لتكون حجّة على الفاضل و ولده إذ الظاهر أنّه من باب النذر المطلق الموقّت و التوقيت غير التعليق و لا يخفى ما فيه ضرورة أنّ الغرض بقوله فيقول يوم يأتيها فهي حزة ليس الّا تعليق التحرير على الإتيان منها و ذكر يوم الإتيان ليس من التوقيت في شيء و إنّ الوقت في الموقّت لا بدّ من كونه معيّنا فإذا أهمل التعيين و أدار الحكم مدار الوصف علم كون المراد التعليق على الصّيفة دون التوقيت و أمّا عن الوجه الثاني فبان دعوى اختصاص مخالفة النذر بما إذا لم يكن أتلّف المنذور بعد وجود الشرط ممنوعه لما عرفت من أهل العرف و الفقهاء لا يفرقون في صدق الحنث و نقض الالتزام بين ما ذكر و بين ما لو أتلّفه في حال احتمال تحقّق الشرط في المستقبل مع عدم الاعتناء به و عدم ترقّب حصوله فأدلة وجوب الوفاء بالنذر كافيّة في الدلالة على المنع من التصرّف في المنذور بإتلافه و أمّا عن الثالث فبأنّه بعد صدق الحنث على التصرّف في المنذور بإتلافه و دلالة أدلّة وجوب الوفاء بالنذر على الحنث بقسميه اللذين هما صورتا إتلاف المنذور مع الشك في أنّه يحصل الشرط أم لا و إتلافه بعد حصول الشرط بعنوان عدم الوفاء بالنذر تكون تلك الأدلّة حاكمه على ما دلّ على سلطنته للناس على أموالهم و قد يقرّر الجواب بأنّ التمسك بعموم سلطنة الناس على أموالهم و بأصالة العدم لا ينفع في إثبات جواز التصرّف لأنّ النذر المعلق على شيء كقدوم زيد معناه الالتزام بمتعلّقه في أزمته الشك في وجود ذلك الشيء الذي هو مورد أصالة العدم فيكون التصرّف فيه بالإتلاف في تلك الأزمنة منافيا لذلك الالتزام و ظاهر ان أصالة عدم وجود ذلك الشيء لا ترفع احتمال وجوده الذي عليه علق النذر المذكور و هل اجراء هذا الأصل هنا الّا كإجرائه فيما إذا نذر ان يعطى فقيرا درهما في عدم تحقّق الإعطاء فيه و يدلك على ان النذر المذكور التزام بمتعلّقه في أزمته الشك في وجود ذلك الشيء لغوية النذر المذكور مع العلم بتحقّق ذلك الشيء أو بعدم تحقّقه بل لا يعقل له معنى مع العلم بأحد الأمرين و هذا الكلام على تقدير ان يراد بالأصل الاستصحاب أو غيره ممّا أشير إليه في الاستدلال و الوجه في الكلّ انّ الالتزام بشيء على تقدير حصول أمر معناه عرفا على ما تكرر إليه الإشارة هو التعهد بإبقاء ذلك الشيء إلى ان يتحقّق ذلك الأمر و هذا الالتزام لا يرتفع بالأصل بأي معنى كان و يكون التصرّف فيه موجبا لرفع اليد عن ذلك الالتزام و بعد كون النذر المذكور من أوّل الأمر واقعا في مورد الأصل واقعا على خلاف مقتضى الأصل و كون الناذر ملتزما بالشيء حال احتمال الشرط و زمان الشك في وجوده لا مسرح لإجرائه في الكلام أصلا و إن كان إجرائه مقيدا فإنّما هو بالنسبة إلى ترتيب آثار الملتزم و الكلام في آثار الالتزام على ما بيّنا سابقا حجّة الثالث دعوى عدم صدق نقض الالتزام صورة عدم قصد الإبقاء و اختصاص صدقه بصورة قصد الإبقاء و الجواب وضح الصدق في كلتا الصورتين و دعوى الاختصاص في الأوّل غير مسموعة و السند ما عرفت من معنى النذر المعلق عرفا فتلخص من ذلك كلّه انّ القول الأوّل أظهر و الله العالم بقي هنا أمور ينبغي التنبيه عليها الأوّل ان ما ذكر أنّما هو فيما إذا تعلّق النذر بأمر معيّن و أمّا إذا تعلّق بكلّي ثمّ عينه الناذر في شيء معيّن فهل حكمه حكم المعين من أوّل الأمر في كونه موجبا للحجر من التصرّف أم لا وجهان حكى أولهما عن الشهيد (-ر-) استنادا إلى عدم الفرق بعد التعيين و هو كما ترى لوضوح الفرق فإنّ المعين أوّلا غير المعين بعد ذلك فإنّ التعيين بتعيين المالك يتوقف على ثبوت للمالك في التعيين ليتعين الكلّي في الذمّة بتعيينه في فرد و ذلك ممّا لا- دليل عليه بوجه كما لا- دليل على إلحاق المعين بالعرض بالمعين من أوّل الأمر حكما و ربّما يستأنس للتعين بتعيين المالك بما ورد في نظيره من رواية دالّة على انّ الهدى لو ضلّ و غاب عن صاحبه بعد التقييد و الإشعار سقط التكليف بالهدى عن صاحبه و وجب على كلّ من وجدته ان يذبحه و يعلّق عليه رقعة مكتوبا فيها هذا هدى بتقريب انّ المناط في البابين واحد لأنّ الهدى الواجب

عليه كلّى كما في المقام و قد دلّت الرواية على انه يتعين بتعيين المكلف إياه في خصوص المفقود فيلزم ان يكون الحال فيما نحن فيه (-كك-) و أنت خير بأنّ أحكام الحجّ تعبديّة صرفه فثبوت حكم على خلاف القاعدة للنص الخاص لا يجدى في إلحاق غيره به

بعد حرمة القياس و اتحاد المناط غير معلوم و المظنون منه غير مثير الثانى ان ما ذكر من منع التصرف فى متعلق النذر انما هو فيما إذا كان التصرف منافيا للالتزام و اما إذا لم يكن منافيا له كما إذا تسبب لانتفاء الشرط باختياره على وجه يكون التصرف رافعا لموضوع النذر كما إذا نذر ان يتصدق بألف درهم على الفقراء على تقدير مجيء زيد عنده ثم التمس من زيد ترك المجيء اليه فأجابه أو نذر و طى الجارية على تقدير حصول أمر ثم باعها قبل حصول ذلك الأمر فالظاهر ان مثل هذا لا يعد منافيا للالتزام إذ لم يقع المعلق عليه (-ح-) حتى يعد الترك المذكور مناقضا للالتزام و على هذه الصورة ينزل صحيح محمد بن مسلم المتقدم فان بيع الأمة ليس مناقضا لنذر عتقها أن وطأها كما إذا قتلها أو قطع أليته أو سل أنثيه أو نحو ذلك مما يزول معه المحل الموجب لانحلال النذر و لا دلالة فيها على جواز التصرف فى النذر المعلق قبل حصول الشرط فيما إذا كان التصرف مناقضا للالتزام حتى يكون حجة على الفاضل و ولده حيث ذهبنا إلى جواز التصرف فى المنذور كما اعترض عليهما الشهيد (-ره-) لأن مورد الخبر هى الصورة التى أشرنا إليها و مراد الفاضلين هى الصورة التى يعد التصرف نقضا للالتزام لا (-مط-) و لا شبهة فى عدم الجواز فى الصورة المذكورة الثالث ان التصرف فى المتعلق بها النذر المعلق على شرط قبل حصول الشرط بناء على المختار من حرمة لكونه موجبا لترك الوفاء بالنذر هل يعد حثا حتى يترتب عليه الكفارة أم لا- وجهان بل قولان أولهما لصاحب الرياض و ثانيهما (- للمصنف-) (-ره-) حجة الأول كونه تركا للنذر بإزالته موضوعه و ترك الإتيان بالمنذور حث موجب للكفارة حجة الثانى ان عدم الوفاء بالنذر شىء و ترك الشىء بعد الالتزام شىء آخر و الحث هو الثانى و اللازم من التصرف المذكور هو الأول و ان شئت توضيح ذلك فلاحظ الفرق بين الصوم بدون التية و بين الصوم مع تعمد الإفطار بعد الشروع فيه و قس ما نحن فيه بالأول و موجب الكفارة بالثانى تعرف انه لا ملازمة بين الأمرين هكذا أفاد الشيخ الوالد العلامة أعلى الله مقامه و قوى لذلك الثانى و أنت خبير بان المنع من التصرف لم يكن الا لكون المنساق من النذر المذكور عرفا هو الالتزام بإبقاء المال و ان إتلافه بعد النذر و قبل حصول المقصود يعد فى العرف حثا فاذا عد حثا فما باله (-قده-) لا يلتزم بالكفارة قوله و ترك الشىء بعد الالتزام به شىء آخر قلنا ترك إبقاء المال بعد الالتزام بالإبقاء حث على ما اعترف به طاب

ص: ١٧٢

تراه فيوجب الكفارة فالوجه الأول أقوى لكن ذلك فيما إذا صادف الواقع بان يتبين بعد ذلك حصول الشرط المعلق عليه ممّا لا شبهة فيه و أمّا لو تبين بعد ذلك عدم حصول المعلق عليه فلا عقاب عليه بل اللوم المترتب على التجزى و هل تجب الكفارة (-ح-) أم لا وجهان نظير الوجهين في كفارة الإفطار إذا أفطر في أهله ثم سافر فإنّه كما أنّ الكفارة هناك ان كانت مترتبة على إفطار الصوم لم تجب و إن كانت مترتبة على الأكل المحرم و جبت فهنا لا بدّ من التأمل في أنّ كفارة النذر هل هي مترتبة على مخالفة النذر أو على العصيان لعدم الوفاء بالنذر و التحقيق ان تارك المقدمه في مثل المقام تارك لذيها حكما كتارك السير مع القافلة في الحج فإنّه تارك للحج حكما أى في استحقاق العقاب و أمّا أنّه تارك للواجب حقيقة حتى يترتب عليه الحكم الوضعى الثابت بتركه ففيه اشكال مذكور في محلّه فلاحظ و تدبّر جيدا الرابع انه حيث حرم التصرف و كان منهيا عنه فهل يفسد لو كان التصرف بيعا و نحوه من العقود و الإيقاعات أم لا- وجهان بينان على مسئله النهى فى المعاملات و الأظهر عدم إيجابه الفساد و ليس النهى هنا نهيا خاصا حتى يفهم منه الإرشاد إلى الفساد و أمّا استفيد النهى من دليل حرمة خلف النذر بعد كون التصرف بالإتلاف و الإخراج عن الملك حثا فلا مسرى للإرشاد هنا و قد قيل ان ظاهر المعظم فى مسئله العبد هو الإثم كما فى الرياض حيث صرح بعدم جواز بيع العبد ناقلا لإجماع السيد عليه و أنّه لو فعل كان صحيحا لأنّ النهى لا يقتضى الفساد و كذا فى فرع الزهن و ناهيك عن هذا ان المحقق الثانى (-ره-) جعل الترك أحوط و يمكن استكشاف اراء العلماء فى هذه المسئلة من ارائهم فى مسئله جواز تصرف من عليه الخيار إذ الظاهر أنّهما من واد واحد و هو صيرورة العين متعلقة لحق الغير الّا انه نظير النذر المنجز دون المعلق فمع التنجز لا إشكال فى حرمة التصرف فيه و أمّا فساده ففيه إشكال لأنّ النهى عن الضد لا يقتضى الفساد و لم أجد نصّا فيه من هذه الجهة فإن تمّ دليل الفساد فى المعلق كان فى المنجز بطريق اولى و أمّا فالحكم بالفساد فى المنجز (- أيضا-) يصير محلّ اشكال و المذى ينبغى ان يقال أنّه إن كان النذر متعلقا بالغاية و لم يكن معلقا على شرط و لا- مؤقتا بوقت كما إذا قال لله على ان يكون عبدى حرّا فان قلنا بحصول العتق قهرا فلا اشكال لوقوع التصرف (-ح-) فيكون فاسدا بلا- اشكال و ان قلنا انه يحتاج إلى إيجاد السبب فلا إشكال فى حرمة التصرف لما مر و أمّا الفساد ففيه اشكال من أصالة العدم و عموم أدلّة نفوذ التصرفات من البيع و نحوه و من أنّه أقوى من حقّ الخيار للبائع المانع من نفوذ تصرف المشتري عند الأكثر و كذا حقّ المشروط له الذى قيل أنّه لا خلاف و لا إشكال فى كونه مانعا من صحّة البيع و سائر النواقل و دعوى ان قضية السلطنة على الأموال جواز التصرفات الناقلة قبل إجراء الصيغة مدفوعة بأنّ العين متى صارت محلّا لحق الغير كان التصرف فيها موقوفا على الإجازة و اى حق أقوى من صيرورتها محلّا للخيار أو لوجوب التحرير أو التصدق مع أنّه لو تمّ فساد التصرف فى المعلق و الموقت قبل الشرط و الوقت كان الأمر هنا أسهل و أمّا لو كان نذر الغاية مؤقتا كما إذا قال لله على ان يكون مالى صدقة فى شهر كذا فقد يقال بعدم صحّة بيعه (- أيضا-) بعد النذر و مثله نذر السبب منجزا من غير توقيت و وجهه أنّه بعد البناء على صحّة هذا النذر و حصول المنذور به من دون سبب آخر يتعلّق به حق الغير فعلا- و ان لم يخرج عن ملك الناذر الّا عند الوقت فمقتضى القاعدة فساد بيع العبد المنذور عتقه بعد الوفاء لأنه من نذر الغاية الموقت (-فت-) و أمّا إذا كان النذر الموقت متعلقا بالسبب كما لو نذر ان يتصدق به فى الوقت الآتى ففى صحّة بيعه قبله وجهان من بقاء المال فى ملك الناذر و عموم تسلط الناس على أموالهم و من انّ النذر جعله متعلقا لحق الغير كحق الخيار لمن هو له بل هنا أقوى فلا ينفذ فيه السبب الناقل (-فت-) الخامس انّ الحال فى المنع من التصرف فى العين المتعلقة بها النذر فى كلّ من صورتى نذر الأسباب و نذر النتيجة بناء على المختار من صحّة نذر الغايات على حدّ سواء لاّتحاد الطريق فيهما و

هو اقتضاء النذر المذكور عرفا بالالتزام بإبقاء المال إلى زمان حصول المعلق عليه و صرفه فى الجهة المنذورة بعد حصوله و كون إتلافه بعد النذر و قبل حصول المقصود فى العرف حثا و نقضا لذلك الالتزام فلا تذهل السادس انا و ان جزمنا فى صدر المقال بخروج المنجز الموقت عن حريم النزاع و جزمنا فيه بحرمة التصرف فى العين المتعلقة بها النذر الّا ان بعض المحققين (-ره-) خصّ

المنجز الغير الموقت بالإخراج عن حريم البحث و نقل الوجوه الثلاثة المتقدمة فى النذر المعلق على شرط فى المنجز الموقت (- أيضا-) و قوئى هو ما قويناه معللا بأنه إذا كان من قصده التعليق على بقاء الموضوع كان لله على ان أعتق عبدى أو أتصدق بمالى فى شهر رمضان لو بقى المال بحاله كان وجوب العتق (-ح-) مشروطا بالبقاء و يكون مقدمة للوجوب لا للوجود و لا اشكال عقلا و نقلا فى عدم وجوب المقدمات الوجوبية كالأستطاعة بخلاف ما لو لم يكن البقاء شرطا لا فى اللفظ و لا فى القصد فان العتق فى شهر رمضان (-ح-) يكون واجبا عليه على الإطلاع قبله و يكون البقاء (-ح-) مقدمة وجودية فيحرم عليه التصرف فى المنافى للبقاء مقدمة و ان لم نقل باقتضاء الأمر بالشىء النهى عن الضد ثم قال مشيرا إلى القول الثالث و هو التفصيل بين ما لو كان من قصد الناذر التعليق على إبقائه الموضوع فيجوز ما لم يكن (-كك-) فلا ما لفظه و قد يقال بخروج التفصيل المذكور عن محل البحث و هو النذر المطلق الموقت إذ من الواضح لزوم مراعاة قصد الناذر إطلاقا و تقييدا لو علم به أنما البحث فى حكم ما لا تعليق فيه ظاهرا و مقتضى القاعدة فيه كونه من قبيل الواجبات الموقته قبل مجيء وقتها التى لا يجب مقدماتها الوجودية قبل الوقت لأن توقيت الطلب يجعله مشروطا بلا خلاف و كذا توقيت المطلوب على الأصح فلا فرق بين ان يقول الأمر إذا جاء يوم الجمعة فصم أو سافر أو يقول صم يوم الجمعة أو سافر فيها فى عدم تنجز الخطاب و عدم اقتضائه وجوب المقدمات قبلها و فيه أولا منع جواز تفويت القدرة فى الواجبات الموقته قبل الوقت أو تفويت بعض المقدمات الوجوبية مثل اراقه الماء قبل دخول الوقت (- مط-) أو المقدمات الغير الرجعة إلى تنويع المكلف على ما تقرّر فى الأصول و ثانيا وضوح الفرق بين التكليف الابتدائى الموقت و بين ما كان مسببا عن النذر و شبهه لأن مقتضى وجوب الوفاء به عدم تفويت مقدمات المنذور فى وقته عرفا لأن الوفاء بالنذر و العهد قاض بالبقاء على حالة الامتثال إلى زمانه الا ترى أنه لو وعدك إنسان بشىء ثم بذله من غيرك قبل الوقت يعدّ عندك و عند الناس مخلفا لوعده و النذر (- أيضا-) وعد لله تعالى و معاهدة معه على شىء فى وقته فكيف يجوز الخلف اختيارا و بالجملة فالأصح عدم جواز التصرف المنافى قبل الوقت سواء كان النذر متعلقا بالغاية فى موارد صحته أو متعلقا بالمبدء فلو تصرف حنث فتدبر

ص: ١٧٣

جيدا هذا ما تيسر لنا من الكلام في نذر النتيجة

[و الكلام فيه يقع في مسائل الأولى في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي]

قوله طاب ثراه لظاهر النبوي (-ه-)

لما ثبت صحة العقود و لزوم الوفاء بها كانت الشروط خارجة عن اسم العقد و كانت أمورا لاحقة يربطها العاقد بالعقد و يقصدهما معا على نحو التركيب فيحتاج في إثبات صحة هذا الربط و لزومه و وجوب الوفاء به إلى دليل تصدوا لإثبات ذلك و استدلوا عليه بأمر أحدها النبوي المروي مستفيضا بل متواترا المؤمنون عند شروطهم وجه الاستدلال ان ذلك من الجمل الخبرية المستعملة في مقام الإنشاء فيقتضى وجوب الوفاء بالشرط و اليه يرجع ما قيل من ان المتبادر من العبارة الوقوف عند الشرط و ان ظاهره تحتم ذلك و عدم جواز مخالفته و ربما استدل بعض الفضلاء على عدم صحة حمل الكلام على الاخبار المحض بأمر فمنها ان ذلك مستلزم للكذب إذ رب مؤمن و مسلم لا يقف عند شرطه و دعوى ان ذلك بيان لوصف المؤمن و المسلم و ان من لم يقف عند شرطه فليس بمؤمن و لا مسلم مدفوعه بعيد ذلك عن سياق التصوص و مذاق الشرع و مخالف للأدلة القاطعة و لو سلم فلا يقدر في الاستدلال ضرورة انه إذا حكم الإمام عليه السلام بان من لم يقف على شرطه خرج عن الإسلام و الايمان كشف عن وجوب الوقوف بمقتضى الذم و التهديد و منها فهم الأصحاب ذلك خلفا عن سلف و ذلك كاشف عن كونه معناه أو عن وجود قرينة دالة عليه و منها ما أشار إليه في المتن من استثنائه عليه السلام من عصي الله فإنه دال على ان من لم يقف فقد عصي و منها استدلال الامام عليه السلام بذلك في جملة من الأخبار المتقدمة فإن في النبوي (-ص-) لو كان اخبارا صرفا غير مستعمل في مقام الإنشاء لم يكن لاستدلاله عليه السلام به وجه ثم ان هذا الوجه كسابقه كما يدل على إرادة الإنشاء بالأخبار يدل على الوجوب (- أيضا-) مضافا إلى ان المتبادر منه الوجوب و (- أيضا-) فأقرب المعاني إلى الجملة الخبرية المستعملة في الإنشاء هو الوجوب و (- أيضا-) فقد دلت جملة من تلك الأخبار على الوجوب في المقامات الخاصة فتثبت الكليته بعدم القول بالفصل فثبت أصالة الصحة في الشروط إلا ما دل الدليل على بطلانه مما لا بحث فيه لا يقال لعل المراد بهذه الشروط ما أزموه أو التزموا به بسبب من الأسباب الملزمة فلا يدل على ان نفس الشرط أيضا من الملزمات لأننا نقول أولا ان الظاهر من الوقوف عند الشرط كل ما حصل به الربط و الإلزام و التقييد بما دل عليه من دليل من الشرع خلاف الظاهر مع ان ذلك يصير تأكيدا (-ح-) إذ بعد ثبوت الملزم الشرعي لا شبهة في وجوب الوقوف فلا يحتاج إلى البيان بقوله المسلمون عند شروطهم فظهر ان المراد تأسيس قاعدة كليته من صحة كل ما يصدق عليه أنه شرط و ثانيا ان استثناء المخالف للكتاب و السنة و المحلل للحرام و المحرم للحلال في الأخبار المتقدمة أقوى شاهد على كون نفس الشرط من الملزمات ضرورة انه لو كان المراد بالشروط هي الشرط الذي دل عليه دليل شرعي لم يعقل المخالفة و لا المحللية و المحرمية و ثالثا ان الإمام عليه السلام استدلل على لزوم الوفاء بالشرط بالنبوي (-ص-) فلو كان المراد بالشرط ما ثبت لزومه و صحته من دليل شرعي فكيف جعل عليه السلام هذا دليلا على صحة الشرط لا- يقال ان لازم ما ذكر هو وجوب الوفاء بكل ما تعهد به فلم خصوه بما في ضمن العقد لأننا نقول أولا ان الشرط ليس بمعنى مطلق الإلزام و الالتزام حتى تكون الأخبار دالة على ان كل إلزام و التزام يجب الوفاء به إذ قد عرفت في مقدمات المبحث ان الشرط بمعنى الربط و لا يطلق على التعهد المستقل انه شرط بل لا يقولون فلان شرط على فلان كذا إلا إذا كان مرتبطا بعمل أو بإجارة أو بقرض أو نحو ذلك و (-ح-) فلا يدل عموم الشروط إلا على الوقوف في الشرط الواقع في ضمن المعاملة و ثانيا انه قد ورد في التصوص ان كل شرط قبل عقد النكاح لا يلتفت اليه و لا يجب الوفاء به و قام الإجماع على ذلك فلو كانت العمومات دالة على ذلك لاستشكلوا في ذلك مع اختلاف النصوص الخاصة (-فت-) الثاني مما استدلوا به ما أشار الماتن (-قدّه-) بقوله مضافا إلى عموم وجوب الوفاء (-ه-) و توضيح التقريب ان ما دل على لزوم الوفاء بالعقد يدل على صحة الشرط الواقع في ضمن

العقد اّمّا لأنّ ذلك كالجُزء من العقد و القيد منه فاذا وقع الارتباط بينه و بين العقد في قصد المتعاقدين فالوفاء بالعقد يقتضى الوفاء به لآئه من كفيات العقد و لا فرق بين

ما اعتبر في الأركان و بين ما لوحظ من الخارج بل هذا في الحقيقة يرجع إلى صفة في أركان العقد فيكون المبيع الفرس المرتبط بكذا و الثمن السيف المرتبط بكذا فلا بدّ من الوفاء بالشرط حتى يحصل الوفاء بالعقد و اما لان الشرط بنفسه عهد من العهود و قد دلّت الآية على لزوم الوفاء بالعهود و لا يضّرّ الانصراف إلى المتعارف هنا لأنّ الشرط في ضمن العقد من العهود المتعارفة الشائعة فكما يشمل العقد الأصلي يشمل الشرط الثالث انّ المعاملات ليست مبيته على التّعبد و الاختراع و انما هي أمور مجعولة عند العقلاء على نحو يتمّ بها النظام و الشارع قورهم على ذلك فكلّ معاملة شائعة بين الناس يحكم بصحتها لكشفه عن تقرير الشارع الّا ما ورد المنع عنه و لا منع من الشرع من أخذ الشروط في ضمن العقود إذ لو كان لاشتهر و تواتر كسائر المعاملات الفاسدة سيّما بعد عموم البلوى و شدّة الحاجة مع انه قد انعكس الأمر فيكشف عن رضاه به و هو المدعى قوله طاب ثراه كشرط العتق (- اه-)

أبدله في (- لك-) بشرط رهن شيء على الثمن فإنه لا يصير رهنا بمجرد الشرط بل لو جعله رهنا لم يصحّ لعدم لزوم الثمن لذمة المشتري (- ح-) الذي هو شرط صحّة الرهن بل لا بدّ له من صيغته أخرى بعد البيع انتهى قوله طاب ثراه و فيه انّ المعروف بينهم انّ الشرط بمنزلة الجزء (- إلخ-) فيه ما مرّ منّا في مقدّمات المبحث من منع كون الشرط بمنزلة الجزء من احد العوضين بالمعنى الذي يزعم قوله طاب ثراه و انّ مقتضى القاعدة (- اه-)

عطف على جملة مع انّ المعروف (- اه-) فهو إيراد ثان على الشهيد (- ره-) ففيه منع إباء القاعدة اللفظية عن ارادة ذلك المعنى بحيث ينحلّ اليه العقد المذكور في ضمنه الشرط قوله طاب ثراه و انّ رجوعه (- اه-)

عطف على جملة و ان مقتضى (- اه-) فهو إيراد ثالث و يمكن الجواب عن ذلك بان المرتكز في ذهن المتعاملين انّما هو تعليق لزوم العقد و ثباته على حصول الشرط لا تعليق نفس النقل حتى يلزم المحذور قوله طاب ثراه ان لازم هذا الكلام (- اه-)

هذه الجملة مبتدأ مؤخر و فيه مع انّ المعروف (- اه-) التي هي خبر مقدّم و يمكن الجواب عنه بنظير جواب الإيراد السابق ان (- يق-) انّ المعلق على الشرط لو كان أصل التقلّل لكان اللّازم عند فقد الشرط ارتفاع النقل من رأس و ليس (- كك-) بل المعلق على الشرط انّما هو ثبات العقد و لزومه فلازم تخلف الشرط هو زوال اللزوم و هو مسلّم لا محذور فيه

[المسألة الثانية في إيجاب الممتنع عن الوفاء بالشرط و عدمه]

قوله طاب ثراه ظاهر جماعة ذلك (- اه-) من هؤلاء الجماعة ثاني الشهيد في (- لك-) بل قيل انّ عليه الأكثر و انه المشهور بل عن الغنية و (- ثق-) الإجماع عليه قوله طاب ثراه و ظاهر التحرير خلافه (- اه-) قد يستظهر ذلك من كلّ من أطلق ثبوت الخيار بعدم وفاء المشروط عليه بالشرط كالمحقّق في (- يع-) و غيره في غيره قوله طاب ثراه و هل يكون حقاً لله (- اه-) يأتي إنشاء الله تعالى في المسئلة السادسة من

ص: ١٧٤

المتن التعرض لذلك

قوله طاب ثراه ما ذكره في (- مع صد-) و (- لك-) (- اه-)

حقّ العبارة ان يقول و ما يظهر من (- مع صد-) و (- لك-) (- اه-) و ذلك (- اه-) لان (- مع صد-) و (- لك-) خاليان من قول انا إذا قلنا بوجود الوفاء فلا كلام في ثبوت الإيجاب و انما الموجود في الأوّل قوله و اعلم انّ في إيجاب المشتري إلى آخر ما نقله عنه في المتن و الموجود في (- لك-) عند قول المحقّق (- ره-) إذا شرط العتق في بيع المملوك فإن أعتقه فقد لزم البيع و ان امتنع كان للبائع خيار الفسخ ما لفظه ظاهره ثبوت الخيار بمجرد امتناع المشروط عليه و ان قدر المشروط له على إجباره على الوفاء و هو احد القولين في المسئلة و وجهه أصالة عدم وجوب الوفاء و للمشروط له وسيلة إلى التسلّط بالفسخ ففائدة الشرط (- ح-) جعل البيع اللازم عرضة للزوال عند فقد الشرط و لزومه عند الإتيان به و القول الآخر وجوب الوفاء بالشرط و عدم تسلّط المشروط له الّا مع تعذر تخليصه لعموم الأمر بالوفاء بالعقد و المؤمنون عند شروطهم الّا من عصى الله و هذا هو الأجود فعلى هذا لو امتنع من الوفاء و لم يمكن إجباره رفع امره إلى الحاكم ليجبره ان كان مذهبه ذلك فان تعذر فسخ انتهى و وجه دلالة العبارة على أنّه لا كلام في ثبوت الإيجاب بناء على وجوب الوفاء أنّه علل عدم ثبوت الإيجاب بعدم وجوب الوفاء فيلزمه مسلميّة ثبوت الإيجاب بناء على وجوب الوفاء فتدبر قوله طاب ثراه فيجبر على تسليمه (- اه-)

لعموم ما دلّ على جواز إجبار من له المال و الحقّ من عليه المال و الحق

[المسألة الثالثة في أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإيجاب فيكون مفيرا بينهما أم لا يجوز له الفسخ إلا مع تعذر الإيجاب]

قوله طاب ثراه و لا نعرف مستندا للخيار (- اه-)

يعنى الخيار بين الفسخ و الإيجاب و ربّما استدلّ بعضهم للخيار المذكور بأنّ فوات الشرط يوجب الضرر على صاحبه و جبره اما بإجباره على الأداء و اما بفسخ العقد المشروط فيه و حيث لا دليل على تعيين أحدهما يتخير في ذلك و يضعف بأنّه إن كان له الإيجاب على أخذ حقه فلا- وجه لفسخ العقد المحكوم شرعا بلزومه إذ لا- معارض له الا ان فاما ان لا يلتزم بجواز الإيجاب و اما ان لا يقول بجواز الفسخ لأنّه بعد إمكان الإيجاب عقلا و شرعا فهو قد قوت على نفسه الشرط مضافا إلى ما دلّ على لزوم الوفاء الموجب للإيجاب لو امتنع و من هنا يظهر أنّه لو أمكن للشارط أخذ الشرط من دون توسط دفع المشتري فله ذلك كما لو تسلّط المشتري على البيع فانّ له أخذه و ان لم يرض البائع في غير ما يشترط في صحته القبض فلو لم يأخذ فليس له فسخ العقد لأنّه فوته على نفسه ما دام باقيا على إمكانه قوله طاب ثراه (- فت-)

لعلّ وجه التأمل هو منع كون الامتناع من الشرط نقضا للعهد لأنّ الشرط التزام في ضمن التزام فنقض الالتزام الثانى ليس نقضا للالتزام الأوّل (- فت-)

[المسألة الرابعة لو تعذر الشرط فليس للمشتري إلا الخيار]

قوله طاب ثراه الرابعة لو تعذر الشرط فليس للمشتري الّا الخيار (- اه-)

هذه الفقرة تحلّل إلى مطلبين أحدهما عدم ثبوت غير الخيار الثانى ثبوت الخيار بين الرد و الأرش و (- المصنف-) (- قدّس سره-) قد تصدّى لبيان علّة الأوّل و سكت عن الثانى فيلزمنا توضيح القول فيه فنقول انه صرح بذلك جمع كثير بل أرسل اخرون ذلك إرسال المسلمات و ادعى غير واحد الاتفاق عليه و فى خيارات الفقيه الغروى أنّه لا كلام فيه و انّ ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه انتهى و قد وقع الاستدلال عليه فى كلماتهم بوجوه الأوّل انّ ثبوت الخيار هو مقتضى الشرط فان معناه أنّه لو انتفى فلا عقد و تنظر فيه الفاضل

النراقي (- قدّه-) بأن ذلك إنما يتم إذا كان مراد المتعاقدين من الشرط الشرط الأصولي وهو ما ينتفى المشروط بانتفائه واما لو أراد منه مجرّد الإلزام و الالتزام فلا معنى له مع أنّ هذا لو تمّ للزم بطلان العقد لأنّه المشروط لا خيار الفسخ و جعل المشروط للزوم لا وجه له و ردّ بأنّ العاقد إذا شرط فإن أراد به الانتفاء عند الانتفاء لأصل العقد فلا- وجه للخيار بل لازمه البطلان و إن كان لدوامه (- فكذاك-) لارتفاع المشروط بارتفاع شرطه و إن كان للزومه فلا وجه لقول العاقد شرطت في لزوم العقد فان ذلك حكم وضعي توقيفي فلا وجه لاحتمال أنّ الشرط أصولي ينتفى بانتفائه الثاني أنّ التراضي في العقد على سبيل اللزوم و الاستمرار و أنّما وقع لهذا الشرط و لم يعلم من الطرفين إخراج مالهما عن ملكهما على سبيل اللزوم إلا مع تحقّق الشرط فمع انتفائه لهما الرجوع إلى مالهما و ردّه الفاضل المذكور بأنّ الظاهر من العقد الرضا بالانتقال مع التزام الشرط و قد تحقّق الالتزام إذ لا يشتمل على غير ذلك و اما الالتفات الى عدم الشرط و عدم الرضاء معه فالأصل عدمه و لا يعتبر ذلك الاحتمال في شيء من العقود إجماعا و لذا لو اشترى أحد شيئا و قبضه ثمّ تلف بعد ثلثة أيام مثلا- لا- يحصل له خيار و لا يقال أنّه لم يعلم إخراج ماله عن ملكه على سبيل اللزوم إلا مع عدم التلف في هذه المدّة مع انه لو التفت إلى هذا الاحتمال أو علمه حين العقد لم يرض بالشرط و الحاصل أنّ الملتفت إليه في العقود أنّما هو ما يستفاد من اللفظ فاذا دلّ لفظ على التراضي بالنقل مع التزم شيء يحكم بالرضاء مع ذلك الالتزام و اما أنّه لو لم يتحقّق ما التزم به فهو أمر خارج لا دخل له بالعقد و اى فرق بين هذا الشرط و بين ما إذا باع شيئا بشيء آخر يسلمه المشتري بعد مدّة و نقص قيمة ذلك الثمن عند التسليم نقصانا كثيرا أو باعه بثمان إلى مدّة و مات المشتري في تلك المدّة و نقل المبيع إلى غيره و لم يخلف شيئا و اما أصالة عدم التراضي إلا مع سلامة الشرط فهي مدفوعة بما هو الظاهر من اللفظ و هو الرضا مع التزام الشرط و قد تحقّق و هذا للظهور معتبر بالإجماع القطعي و إلا لم يسلم عقد لأحد بل لوضع ظهور ذلك لكفى الإجماع القطعي في ذلك هذا كلامه و أوجب عن ذلك باحتمال كون المراد بوقوع التراضي مع الشرط وقوع العقد على هذا النحو فاذا تعذر ذلك فلا بدّ من مدفع لفوات هذا المقصود و ليس ألّا الخيار و أنّه ليس في كلامهم الالتفات إلى العدم عند العدم حتى يمنع أو يتقى بالأصل و لا يحتاج إلى احتمال عدم التراضي بل المدعى انه من المعلوم أنّهما قاصدان لهذا المركّب و قد فات و اى فرق بين فوات المركّب من العقد و الشرط و فوات العقد على المركّب بفوات بعض اجزائه و ليس في ظاهر لفظهما الرضا بالعقد كيفما كان حتى يتمسك به في عدم الخيار إذ ظاهر العقد الرضا بالمجموع المركّب و اين الظاهر الدال على الرضا كيفما كان قلت مقتضى ما ذكره المجيب هو بطلان العقد من رأس لا ثبوت الخيار كما لا يخفى الثالث ما تمسك به بعضهم من قاعدة الضرر بتقريب أنّ الشرط هو الرّبط فالإلزام و الإيجاب وقع على أمرين مع الارتباط فاذا فات أحدهما فقد دخل الضرر فيسلط على الخيار دفعا له و ليس هذا لتبعض الصفقة حتى يسقط العوض لأنّ الشرط ليس جزءا و ان كان له قسط من الثمن و أنّما هو كالوصف و الأوصاف لا تقابل بالأعواض و ان تفاوت بها القيم و قولهم له قسط من الثمن معناه ان له دخلا في ذلك لا أنّه مقابل بالعوض و هذا الوجه متين و توهم انّ الضرر كما يرتفع بالخيار فكذا يرتفع بالبطلان من رأس كما ترى ضرورة أن

الضرورة تقدّر بقدرها فاذا كان الضرر يرتفع بالخيار فلا معنى للبطلان الرابع الإجماع

ص: ١٧٥

تمسك به بعضهم و حجية مقصورة على مدعيه الخامس ما تمسك به في المستند من الضعيف بابي الجارود زياد بن المنذر كالصحيح لكون الزاوي عنه ابان المجمع على تصحيح ما يصح عنه الذي رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن ابان بن عثمان عن ابى الجارود عن أبى جعفر عليه السلام قال ان بعث رجلا على شرط فإن أتاك بمالك و الأ فالبيع لك بتقريب ان الشرط فيه يعم بإطلاقه كل شرط فان لفظه ما فى قوله مالك موصوله و اللام جارة فيثبت المطلوب فى جميع الموارد و ان جعلت لفظه ما جزء للكلمة و (- كك-) اللام و كون الجار لكلمة المالك بكسر اللام فاما ان يراد بالمال المشروط (- مط-) أو مجازا أو يخص الشرط بالمالى و يتعدى إلى غيره بالإجماع المركب و يثبت تمام المطلوب و (- كك-) فى الشروط التى للمشتري و خياره و اما ارادة الثمن من المال فهو مع كونه تخصيصا بلا مخصيص يوجب لغويّة قوله على شرط الا ان يخص بشرط إتيان الثمن فى وقت معين خاصية و هو (- أيضا-) تخصيص بلا مخصيص مع أنه (- أيضا-) يثبت المطلوب بضميمة الإجماع المركب و اما تخصيص الشرط بشرط خيار الفسخ مع عدم الإتيان بالثمن فهو تخصيص لا وجه له بل هو إخراج للأكثر و اما كون المراد من قوله فالبيع لك الخيار فالوجه فيه ظاهر لقضاء العرف بذلك إذ لا معنى لكون البيع له الا كون اختياره اليه و هل هو الا الخيار فتدبر قوله طاب ثراه لعدم دليل على الأرش

كان الأولى التمسك بأصاله برأيه ذمة المشروط عليه من بذل التفاوت و جعل عدم الدليل على ثبوت الأرش منقحا لمجرى أصل البراءة فان مجرد عدم الدليل لا يكفى فى نفى الأرش ثم ان القول بعدم ثبوت الأرش هو ظاهر جمع منهم الشهيد (- ره-) فى (- س-) و صريح اخرين و المراد بالأرش هنا هو تفاوت ما بين وجود الشرط و عدمه قوله طاب ثراه و ظاهر العلامة (- ره-) ثبوت الأرش (- اه-)

قال فى (- عد-) فى فروع البيع بشرط العتق أنه لو مات أو تعيب بما يوجب العتق رجع البائع بما نقصه شرط العتق فيقال كم قيمته لو بيع (- مط-) و بشرط العتق فيرجع بالنسبة من الثمن انتهى قوله طاب ثراه و ضعف فى (- س-) قول العلامة (- اه-)

ربما ردّ تضعيف (- س-) بان الثمن لم يوزع على الشرط بحيث يجعل بعضه مقابلا له و أما الشرط محسوب مع الثمن و قد حصل باعتباره نقصان فى القيمة فطريق تدارك النقص هو الرجوع بالنقص و أقول ان هذا الكلام و إن كان لا بأس به فى ردّ الشهيد (- ره-) لكنه لا يرد أصل مختاره بل هو الأظهر عند التأمل لأن الشرط و إن كان له تأثير فى زيادة الثمن و نقصه الا ان ذلك بمجرد لا يقتضى جواز إلزام المشتري بالنقص فقط لعدم الدليل عليه و الاستدلال عليه بكونه بمنزلة الثمن قبل القبض و تلف الثمن قبل القبض مضمون على المشتري مدفوع بمنع شمول أدلة ذلك لمثل هذا و الحكم على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد اليقين و هو المبيع و الثمن لا- ما هو بمنزلة من غير دليل على التنزيل فالقول (- ح-) هو الأقرب نعم لو كان المشتري هو المتلف للعبد أو غيره من المبيعات أو المعيب له بما يوجب تعذر الوفاء بالشرط رجع عليه لكونه ضارًا و متلفا اما فى التلف من قبل الله تعالى فالقول بالرجوع عليه بما يقابله مشكل ثم على تقدير الرجوع بالنقص فظابط استخراج تلك النقص على نحو ما سمعته من العلامة (- ره-) و توضيحه أنه يقوم بدون الشرط و يقوم معه و ينظر التفاوت بين القيمتين و ينسب إلى القيمة التى هى مع شرط العتق و يؤخذ من المشتري مضافا إلى الثمن بمقدار تلك النسبة من الثمن فلو كانت قيمته بدون الشرط مائة مثلا و معه ثمانين لكان التفاوت عشرين نسبتها إلى الثمانين أنها ربعها فيؤخذ من المشتري بمقدار ربع الثمن و يسلم إلى البائع لأنه هو الذى تسامح به البائع فى مقابل الشرط للعتق فتدبر

[المسألة الخامسة لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه بتلف أو بنقل أو رهن أو استيلاء]

قوله طاب ثراه ففى رجوعه عليه بالقيمة (- اه-)

المراد بالرجوع بالقيمة في القيمي و الأ ففى المثلى لا معنى للرجوع بالقيمة ضرورة أن المثل حيث يمكن أقرب الإبدال إلى العين و
أنما الرجوع إلى القيمة حيث لا يمكن الرجوع بالمثل كما لا يخفى
قوله طاب ثراه تقدّمت في أحكام الخيار (- اه-)

احكام الخيار لم تتقدّم إلا ان يكون غرضه التقدّم تصنيفا لكنّه خلاف ظاهر التعبير و لو كان غرضه ذلك لكان يقول قد حرّرتنا في
أحكام الخيار لظهور كلمة تقدّم في التقدّم ترتيبا و ظنّي أنّ (- المصنف-) (- ره-) كان قد كتب سابقا هذا الكتاب شرحا على
الشرائع و مبحث احكام الخيار و التقد و النسب مقدّمان هناك على مبحث الشّروط ثمّ لما عدل عن الشرح إلى الاستقلال بقى جملة
من المواضع مثل المقام فلم يبدل كلمة تقدّم بكلمة يأتي
قوله طاب ثراه أو مع اذن المشروط له (- اه-)

جعل صورة الإذن من الوجوه كما ترى ضرورة أن اذنه في ذلك إسقاط للشرط و هو جائز قطعا و موجب لصحة العقد فلا وجه
لمقابلته باحتمال البطلان فالظاهر أنّه سهو من قلمه الشريف
قوله طاب ثراه و ظاهر ما اخترناه (- اه-)

يعنى ان ظاهر عبارة (- س-) ما اخترناه من التفصيل لكن لا يخفى عليك خلوّ عبارة (- س-) عن حكم العتق و ان له فسخه أم لا ثمّ
أنّه اثبت له السلطنة على الفسخ و مدعى الماتن (- ره-) هو الانفساخ
قوله طاب ثراه و يحتمل ضعيفا غيره

يعنى ان عبارة (- س-) تحتمل ضعيفا عدم ارادة القول بما قال به من التفصيل نظرا إلى احتمال ارادته بالفسخ فسخ العقد الأوّل لمعنى
ما أوقعه المشتري و وجه ضعف هذا الاحتمال ان الإتيان بكلمة كلّ قرينه على ارادته باسم الإشارة البيع و الهبة و الوقف لكن قد
عرفت ان عبارة (- س-) مع ذلك غير دالّة على ما اختاره الماتن (- ره-) و الأقوى في النظر القاصر هو تسلّطه على فسخ ما أوقعه
المشتري حتّى العتق لانّ بناء العتق على التّغليب أنما هو حيث وقع على الملك الّذى لا- مانع من عتقه و حقّ الغير مانع من ذلك (-
فت-)

[المسألة السادسة في أن للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان قابلاً للإسقاط]

قوله طاب ثراه لعموم ما تقدّم في إسقاط الخيار و غيره من الحقوق
أشار بما تقدّم إلى ما أسبقه في خيار المجلس من التمسك بالقاعدة المسلّمة من ان لكلّ ذى حقّ إسقاط حقّه لفحوى تسلّط الناس
على أموالهم فحقوقهم أولى بأن يتسلّطوا عليها و أقول ان تسلّطهم على حقوقهم و قدرتهم على إسقاطها مسلّم لكن نفس الأولوية
المذكورة مما يمكن المناقشة فيه بان يقال ان العلقه في المال لما كانت قويّة كان لهم التصرف بأيّ نحو شاءوا و ذلك لا يستلزم
تسلّطهم على حقوقهم التي المعلقة فيها أضعف من علقه المال (- فت-)

قوله طاب ثراه قال في (- كره-) الأقوى عندي ان العتق المشروط اجتمع فيه حقوق (- اه-)
أقول في كون العتق المشروط حقّاً لمن وجوه أحدها أنّه حقّ لله تعالى و هو المستظهر من الشهيد (- ره-) في (- س-) نظرا إلى أنّه
غاية يتقرّب بها إلى الله (- تعالى-) فهو كالمترم بنذر و شبهه في كونه عبادة ثانيها أنّه حقّ للبائع استقره في (- عد-) نظرا إلى تعلق
غرضه به و مسامحته في الثمن لأجل هذا الشرط ثالثها أنّه حقّ للبعد احتمله في (- لك-) و غيره نظرا إلى استلزامه زوال الحجر عنه و
تحريره و ملكه نفسه و تسلّطه على تصرفات الأحرار رابعها كونه حقّاً للجميع نظرا إلى أنّه لا- منافاة بين الحقوق فيجوز اجتماعها فيه
لاجتماع أثارها فإنّ تعدّد الآثار و اللوازم

ص: ١٧٦

يدلّ على تعدّد الملزومات و إلى هذا الوجه يميل كلام (- لك-) و به جزم في (- كره-) و التحقيق ما ذكره الماتن (- قدّه-) ثمّ أنّهم ذكروا موضعين مظهر ثمرة النزاع الأوّل أنّه بناء على الأوّل لا يسقط بإسقاط البائع و لا العبد و على الثاني يسقط بإسقاط البائع دون العبد و على الثالث يسقط بإسقاط العبد دون البائع و على الرابع لا يسقط إلّا بإسقاط الجميع الثاني أنّه على الأول لا يكون للبائع و لا العبد مطالبته المشتري بالعتق إذا أخر و على الثاني فالمطالبة للبائع دون العبد و على الثالث فالمطالبة للعبد دون البائع و على الرابع فليس لأحدهما المطالبة لأنّ من له بعض الحقّ ليس له مطالبته جميعه و يمكن المناقشة في الثمرتين بأنّ الإسقاط و المطالبة من آثار الماليّة و البيع و الاشتراط فلا يكون ذلك إلّا للبائع و إن كان لغيره أيضا حقّ من وجه آخر و لعلّه إلى ذلك أشار المحقّق الثاني (- ره-) بقوله بعد عبارته في (- مع صد-) المحكيّة في المتن و لما لم يكن للأولين تعلق للماليّة ساغ قطع النظر في البحث عن المسئلة عنهما لأنّ البحث هنا أنّما هو لأجل تحقّق ما يترتب على ذلك من أحكام الماليّة فحسن إطلاق كون الشرط حقاّ للبائع انتهى و لعلّه بنى على ذلك في (- لك-) حيث أنّه مع ميله إلى كونه حقاّ للجميع قال ان شرطت العتق مستثنى من الشروط القابلة لإسقاط مستحقّها انتهى فممنع من الإسقاط (- مط-) و إن كان يمكن المناقشة فيه بفقد ما يخصّص أدلّة تسلّط الناس على حقوقهم كاموالهم و عدم كون شرط العتق عتقا كى يمكن تبديله فتأمل جيّدا

[المسألة السابعة في عدم تقسيط الثمن على الشرط]

قوله طاب ثراه و قد حكى عن (- ط-) (- اه-) قوله طاب ثراه و قد حكى ذلك عن التبصرة و (- ير-) و اللّمعنة و ظاهر غايه المراد (- أيضا-) قوله طاب ثراه مضافا إلى فحوى الرواية الآتية (- اه-) قلت جميع حجج القولين في الصّورة الآتية آتية هنا حرفا بحرف قوله طاب ثراه لأنّ المبيع هو الموجود الخارجى (- اه-) هذا الوجه قد ذكره في الإيضاح بتقرير قريب من هذا و هو أنّه جعل الثمن كلّه في مقابل هذا العين الموجودة و كون كذا بقدرها من صفاتها و ليس ذلك عيبا لأنّه ليس بخروج عن المجرى الطّيعى بل هو صفة كمال فاذا فقدت كان له الفسخ أو الإمضاء بالجميع كما لو اشترى عبد أعلى أنّه كاتب فخرج غير كاتب و كسائر التّدليسات قوله طاب ثراه و الجواب أنّ كونه من قبيل الشرط (- اه-) قد يقرّر الجواب بوجه آخر و هو انه و إن كان بصورة الشرط لكنّه في الحقيقة من اجزاء المبيع على الوجه الذى تسمعه من صاحب الجواهر (- ره-) قوله طاب ثراه (- فت-) لعلّ التأمل في قضاء العرف بذلك هنا و الّا لحكم به فى سائر الشّروط المعنى بها (- أيضا-) قوله طاب ثراه و الأقوى فيه ما ذكر من التقسيط (- اه-) ما قوّاه هو خيرة (- يه-) و (- ثر-) و (- يع-) و (- عد-) فى باب الصّيرف و (- لف-) و (- شاد-) و ظاهر التنقيح و مجمع الفائدة و الرّياض و ما تأخر عنه و هو المحكى عن التبصرة و (- س-) و إيضاح (- فع-) و غيرها بل فى الإيضاح و (- لك-) و المهذب البارع و محكى غايه المرام و غيرها انّ عليه الأكثر و فى الرّياض أنّه حكى الشهرة عليه جماعة قوله طاب ثراه لما ذكر سابقا من قضاء العرف (- اه-) قد وقع الاستدلال لهذا القول بوجوه هذا أحدها و توضيحه ما فى الجواهر من أنّ المذكور و إن كان بصورة الوصف و الشرط اللّذين

لا- يوزع عليهما الأثمان لكنها اجزاء من المبيع حقيقةً خارجيَّة فيفوت بفواتها بعض المبيع (-ح-) فيثبت الخيار المزبور بتخلف الوصف الذي هو بعض من المبيع و بذلك افترق عن باقى الأوصاف التي لا- ترجع إلى اجزاء من المبيع و كان الخيار فيها بتخلف الوصف بين الفسخ و القبول بتمام الثمن لكون الفائت ليس جزء مبيع يقابل شيئاً من الثمن بل وصفه و ما نحن فيه ليس من ذلك قطعاً بل هو لا- ينقص عن وصف الصِّحَّة الذي يثبت الخيار بفقدته بين الرد و القبول بالأرش الثاني انَّ المبيع معين مقدر بقدر معين و لم يحصل ذلك القدر فيقسط الثمن عليه و على الفائت ان اختار المشتري الإمضاء و له الفسخ لفوات بعض المبيع و هو لا يقصر من فوات وصف ذكر ذلك في (- لك-) ثمَّ أجاب بقوله و يشكل التقسيط بأنَّ الفائت لا يعلم قسطه من الثمن لأنَّ المبيع مختلف الأجزاء فلا- يمكن قسمته على عدد الجريان انتهى و فيه أولاً- منع عدم إمكان التَّقسيط بل يرجع في ذلك إلى أهل الخبرة فيقال كم قيمة الأرض بهذه الصفة و بهذا القدر و كم قيمة الموجودة فيؤخذ الموجودة و ينقص من الثمن التفاوت كما هو واضح و ثانياً ان اشكال التقسيط لا يقتضى إضراره بقبول الأقل بتمام الثمن فتأمل الثالث أنه وجد ناقصاً فكان له أخذه بقسطه من الثمن كما لو اشترى الصبرة على انها عشرة أفقره فبان تسعته و كذا المعيب له إمساكه و أخذ أرشه و مرجع ذلك إلى إدراجه تحت عمومات خيار العيب الرابع ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن محمد بن الحسين عن ذبيان عن موسى بن أكيل عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل باع أرضاً إلى آخر ما في المتن مع زيادة كلمة ذلك قبل كلمة بحدوده و تبديل كلمة فليوفيه بكلمة فليؤخذ و زيادة قوله و عليه الوفاء بتمام المبيع بعد قوله و يكون البيع لازماً عليه و السند قوى بل موثق و بالعمل و ما مرَّ من الاعتبار مؤيد نعم اشتماله على ما تفرد به الشيخ (- ره-) من التتميم بالأرض التي إلى جنبها ربما يوهنه الا ان ترك الزوايه مع الوثوق بسندها لا وجه له بعد عدم قدح سقوط الدليل في الأخذ بالصدر الخامس ما في مفتاح الكرامة من انَّ نقص الأجزاء ليس بأنقص من العيب إذ العائب جزء حقيقى فهو أولى بأن يكون له قسط من الثمن بخلاف العيب فإنَّ الغائب لأجله ليس له قسط من الثمن مع أنه في المعيب (- أيضاً-) إنما رضى بالثمن المعين و النص في المقامين موجود بل لو لم يكن نص هنا لفضت الأولوية العرفية التي هي حجة عندهم بذلك هذا و فيه نظر

قوله طاب ثراه و لا بأس باشتماله على حكم مخالف للقواعد (- اه-)

أراد بهذا الحكم ما في ذيل الزوايه من تميم الأرض بما في جنبها من الأرض التي للبائع على تقدير وجودها عنده و قد عمل بهذه الفقرة الشيخ (- ره-) كما ستسمع إنشاء الله تعالى

قوله طاب ثراه و زاد بعض هؤلاء ما فرق به في (- ط-) بين الصورتين (- اه-)

جملة ما فرق به في (- ط-) مفعول زاد أى زاد بعض هؤلاء الاستدلال بما فرق به في (- ط-) (- اه-) و قد كان الأولى ابدال الباء في قوله بأنَّ الفائت بمن حتى تكون الجملة بياناً لما فرق به في (- ط-) و بدلاً عنها و مفعولاً لزيد و قد أراد بالبعض شيخ (- لك-) فإنه هو الذي ذكر هذا الوجه و ربما قرر بعضهم هذا الوجه بوجه آخر و هو انَّ ما فات لا قسط له من الثمن لاستحالة تقسيط الثمن على الأجزاء أو القيم لعدم الفائت و عدم المماثل له فاستحال تقويمه فاستحال ثبوت قسط له ففواته كفوات صفة كمال و هو كم و الكم عرض فكان كالتدليس و فرق بينه و بين ما إذا باع عبيدين فبان أحدهما مستحقاً لأنَّ في هذه لم يعلم المبيع و هو مجموع العبيدين و هنا قد سلم المبيع و هو مجموع الأرض و انما فقد منها كونها بقدر الجريب الواحد عشر مرّات مثلاً و هلا وصف يعد كمالاً و لا يعد نقصه عيباً و ردّ بإمكان كون طريق التقويم بان هذه الأرض الشخصية من غير زيادة عليها و نقيصة على فرض أنها عشرة أذرع و لو للاشتباه فيها كذا و على فرض أنها خمسة قيمتها كذا فينسب احدى القيمتين إلى الأخرى و يؤخذ من الثمن بنسبة فلا يحتاج (- ح-) إلى إضافة شيء إليها كى يستشكل بأنّه يستحيل تقويمه لعدم المماثل حتى يجاب عنه

ص: ١٧٧

بان الغالب في الأرض التساوى فيفرض كونه مساويا لها مع أنه قد يستشكل بأنه قد يفرض كونها مختلفة فيلزم كون الفئات مختلفا على نسبة اختلافها إذ الجميع كما ترى

قوله طاب ثراه ألا ان يدعى استلزام ذلك جهالة ثمن المبيع (-ه-)

ربما جعل بعضهم أداء التقسيط إلى جهالة الثمن في الجملة و التفصيل دليلا مستقلا و أوجب عنه بأنه لا جهالة حال العقد بعد الإقدام منهما على مقابلتها بالثمن على أنها عشرة كما أنه لا يقدح الجهالة في التقسيط بعد معلومية المقابلة في الجملة و بأننا إذا قسرينا الثمن على القيمة فلا جهالة في جملة و لا تفصيل على أنه وقع مثله كثيرا ليس إذا وجد عيبا و قد حدث عند عيب آخر أخذ أرشه فصار الثمن مجهولا- في الجملة و التفصيل و عساك ان تقول بالفرق لأنه في المعيب وقع في الابتداء على الجملة و صح بها و هنا يكون واقفا في الابتداء و فيه على تقدير تسليمه و ما كاد ليكون أنه لا يتم فيما إذا باع عشرة أذرع مشاعة بينه و بين غيره و لم يجز شريكه إلى غير ذلك و تجشم جعل هذا من باب الصيغة حتى تكون الأرض موصوفة بكونها قدر الجريب الواحد عشر مرات حتى يكون كالتدليس مما لا ينبغي إذا ما من شيء ألا و يمكن ان يتجشم له صفة مثل هذه الصفة كما تبين على ذلك في مفتاح الكرامة

قوله طاب ثراه ثم ان المحكى عن الشيخ (-ه-) العمل بذيل الزواية المذكورة

قال في (-ية-) و ان كان للبائع أرض بجنب تلك الأرض و جب عليه ان يوفيه تمام ما باعه إياه انتهى و افتى الأكثر كما في الإيضاح بخلاف ذلك و أنه ليس للمشتري الأخذ من الأرض التي يجنبها و المذى يظهر لى هو العمل بالرواية لقوة سندها و تمامية دلالتها و عدم تبين اعراضهم عنها و عدم عملهم بالذيل كما حكاه القطيفي في محكى إيضاح (-فع-) أعم من الأعراض و ما في مفتاح الكرامة من أنه لا جابر لها في خصوص ذلك كما ترى لعدم كونها ضعيفة حتى يحتاج إلى الجابر و ذلك ان الصدوق (-ه-) رواها في الفقيه بإسناده عن عمر بن حنظلة و قد قال في آخر الكتاب ان ما كان فيه عن عمر بن حنظلة فقد رويته عن الحسين بن احمد بن إدريس (-ه-) عن أبيه عن محمد بن احمد بن يحيى عن محمد بن عيسى عن صفوان بن يحيى عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة انتهى و أقول اما محمد بن احمد بن يحيى و محمد بن عيسى و صفوان فحالهم في الجلالة أظهر من ان يحتاج إلى البيان و اما عمر بن حنظلة فقد وثقه الشهيد (-ه-) و كفى به موثقا و اما داود فقد وثقه النجاشي و غيره مضافا إلى كون الراوى عنهما صفوان المجمع على تصحيح ما يصح عنه و اما أحمد بن إدريس الأشعري فقد وثقه جماعة منهم النجاشي و اما الحسين بن احمد بن إدريس فقد قامت شواهد على وثاقته منها كونه من مشايخ اجازة الصدوق (-ه-) و منها ترضيه عليه كما ذكره حتى قال بعض الأجلاء أنه ترخم عليه عند ذكره أزيد من ألف مرة و منها رواية مثل الصدوق (-ه-) عنه بل ربما احتمل الميرزا محمد في رجاله كونه المراد بالحسين في قول العلامة (-ه-) في (-الروضة-) الحسين الأشعري القمي أبو عبد الله ثقة انتهى و بالجملة فالخبر المذكور ان لم يكن من التصحيح موضوعا فلا ريب في كونه منه حكما فلا عذر في تركه و اما المناقشة في دلالة بتزليل ما في ذيله على كون المبيع عشرة أجر؟؟؟ كلية مع تقارب الأرض ظنا منهما كون هذه الأرض المحدودة الطرفين من مصاديقها فلما مسحنا تبين عدمه فعليه اضافة ما يجعلها من مضايقتها أو على كون العشرة المبيعة مبدئها من هذا المكان ظنا منهما انتهائها إلى كذا أو بالعكس فلما تبين لهما العدم فعليه الإضافة مع الإمكان و ألا فله خيار التبعض فساقطة جدا لإبائه ظاهر الرواية عن التنزيلين جميعا و الظواهر لا ترفع اليد عنها إلا بقربنة ظاهرة هي في المقام مفقودة تبيينها الأول أنه على القول الأول لو لم يعلم للبائع بالتقصان فهل يثبت له (- أيضا-) الخيار احتمله في (- لف-) و المهذب البارع و (- لك-) و غيرها بل عن (- ير-) انه حكاه قولنا- و قواه نظرا إلى ان البائع لم يرض ألا يبيعها بالثمن اجمع و لم يسلم له لكن في ثبوت الخيار بذلك نظرا (- فت-) و على تقدير الثبوت هل يسقط ببذل المشتري جميع الثمن جزم به في التحرير و (- لف-) و المهذب البارع و غيرها لحصول ما رضى به و احتمل في (- لك-) العدم لثبوت الخيار فلا يزول بذلك كالغبن لو بذل الغابن التفاوت و فيه وضوح الفرق بين خيار الغبن و المقام لأن خيار الغبن ثبت بالتص فيستصحب عند الشك الناشئ من بذل

التفاوت بخلاف المقام الذي يرتفع بالبذل نفس دليل الخيار الثاني أنه صرح في (- يع-) وغيره بجريان حكم الأرض في كل ما يختلف اجزائه و هو أنما يتم بناء على موافقة ما تضمنه النص للقاعدة و أما على مخالفته لها فيلزم الاقتصار على مورد النص قوله طاب ثراه الثالث ان يتبين الزيادة عما شرط (- اه-)

أراد بذلك تبين الزيادة في متساوي الأجزاء وفيه وجوه أحدها ان الزيادة للبائع ولا خيار للمشتري وقد صرح به جماعة و صرح بكون الزيادة للبائع في (- ط-) و (- شاد-) و التنقيح وغيرها و نفى الشك فيه في مجمع الفائدة و نفى الكلام فيه في التنقيح و لعل الوجه في ذلك تقدم الوصف على الإشارة مع أصالة اللزوم مضافا إلى انقسام الثمن على اجزاء الطعام لتساويها ثانيا ثبوت الخيار للبائع في الفسخ و الإمضاء بجميع الثمن و ليس له شيء من الزيادة و هو الذي استقر عليه رأى العلامة (- ره-) في مبحث الشروط من (- عد-) و صححه ولده في محكي شرح (- شاد-) و قواه في الإيضاح و ظاهر (- كره-) و مجمع الفائدة اختياره بل في الثاني أنه ظاهر القوانين الشرعية و علل بان المبيع هو العين الشخصية الموصوفة بكونها مقدارا مخصوصا بالثمن المعين و فوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونها مبيعا فيتخير البائع لفوات الوصف بين الفسخ و الإجارة بالثمن ثالثا كون الزيادة للبائع و تخير المشتري بين الفسخ و الرضا بالمبيع للشركة التي هي عيب عندهم و لم يدخل على الرضا بها و لتبعض الصفة و هو خيرة التبصرة و (- س-) في موضع منه و في (- مع صد-) أنه ينبغي الجزم به رابعها صحة البيع و تخير البائع بين تسليم المبيع زائدا و بين تسليم القدر المشروط فإن رضى بالجميع فلا خيار للمشتري لأنه زاد خيرا و ان اختار تسليم القدر المشروط تخير المشتري بين الفسخ و بين الأخذ بجميع الثمن المسمى فإن رضى بالأخذ فالبائع شريك له استقره في (- لف-) ثم احتمل تخيره لتضرره بالشركة و عدمه لأنه رضى ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل اليه الثمن في البعض كان اولي و لان الضرر حصل بتقريره خامسها ما في المتن من التفصيل و هو أجود الأقوال

قوله طاب ثراه و حكمه يعلم مما ذكرنا (- اه-)

توضيحه أنهم ذكروا في تبين الزيادة في مختلف الأجزاء و جوها بل أقوالا أحدها ثبوت الخيار للبائع بين الفسخ و الإمضاء بالثمن افتى به جمع منهم القاضي و ابن حمزة و المحقق في (- يع-) استنادا إلى ان المبيع هو العين المشخصة موصوفة بكونها مقدارا مخصوصا بالثمن المعين و فوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونه مبيعا نعم يتخير البائع لفوات الوصف بين الفسخ و الإجارة بالثمن و قد يقرر وجهه بعدم موجب التقسيط هنا ضرورة اختصاص إيجاب التبعض ذلك بالمشتري فلم يبق إلا جهة تخلف الوصف الموجب ضررا على البائع لو كان البيع لازما قبلت له الخيار بالطريق المذكور و إلزام المشتري هنا بإعطاء ما يخص الزيادة على نسبة الثمن أو تخيره بين ذلك و بين الفسخ مما لا دليل عليه و الأصل براءة ذمته من ذلك ثانيا

ص: ١٧٨

بطلان البيع من رأس احتمله جماعة منهم الشيخ (- ره-) في (- ط-) و العلامة في (- عد-) بل عن العلامة (- ره-) في التبصرة اختيار ذلك و علل بوجوه فمنها جهالة المبيع لأن الزيادة غير معينة و منها ان المبيع ذلك الموصوف بالوصف المتفتى فيكون منتفيا و منها ما في التنقيح من أنه صحته تستلزم إجبار البائع على تسليم جملة المبيع لو امتنع و اللازم باطل لأن الزائد ملكه و لا إجبار على تسليم ملكه فيبطل المزوم و هو صحه البيع و منها ان البائع لم يقصد بيع الزيادة و المشتري لم يقصد شراء البعض ثالثها التفصيل المتقدم حكايته في الصورة السابقة عن العلامة (- ره-) في (- لف-) و أقول اما احتمال البطلان من رأس فساقت رأسا لسقوط الوجوه المستدل بها له اما الأول فلوضوح ان عدم معلومية الزيادة غير قادح بعد كفاية المشاهدة في مختلف الأجزاء كالأرض و الثوب و كون المبيع هو العين المشاهدة غاية ما هناك زيادة توصيف لا يوجب فقده ألا الخيار و قد يقال ان المبيع بحسب الصورة هو المجموع و قد تجدد كون الزائد ليس منه بعد الحكم بصحة العقد (- فت-) و اما الثاني فلان لازمه هو بطلان البيع بتخلف الوصف و ذلك مما لا يلتزم به احد حتى المستدل في غير الفرض و اما الثالث فمصادرة لأن كون الزائد ملكه عين المتنازع و اما الرابع فلما ذكر في رد الثاني و اما القول الأول المفتى به في (- ط-) و الوسيلة و (- يع-) و (- كره-) و (- شاد-) و محكى التنقيح و (- مع صد-) و (- لك-) و غيرها فلا بأس به لكن لا على إطلاقه بل الوجه ان يقال ان الصيحة لا ريب فيها لان العقد قد جرى على المجموع مشارا إليه غاية ما هناك أنه قدره بقدر معين فزاد عليه و لا دليل على قرح الزيادة في الصيحة و الأصل مع الشك محكم غاية ما هناك إيجاب الزيادة الخيار لكن لا (- مط-) بل إن كان مع عدم العلم بالزيادة حال البيع و ألا كان هو الذي أدخل الضرر على نفسه و توهم كون المسئلة ما إذا باعه قطنا فبان انه كان فيبطل البيع مدفوع بأنه على فرض تسليم الحكم في المقيس عليه فهو في المقيس ممنوع للفرق بين ما يخرج على خلاف الجنس و غيره اما القول الثالث فلا يخلو (- أيضا-) من وجه إذ كما ان تضرر المشتري بأخذ الناقص في الصورة الثانية أوجب خياره فكذا تضرر البائع هنا بدفع الزائد يوجب فتأمل جيدا ثم تنبه لأمرين الأول أنه قد يناقش فيما صدر من جمع منهم المحقق (- ره-) في (- يع-) من القول بثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ و الإمضاء ببعض الثمن في طرف النقيصة و ثبوت الخيار للبائع بين الإمضاء بتمام الثمن و المثمن و بين الفسخ في طرف الزيادة بأن لازم إيجابهم التقسيط هناك هو إيجاب تبعض الثمن هنا و إيجاب باجتماع الحثيتين هناك دون الفرض لكن قد يناقش بأنه و إن كان التبعض لا يوجب تقسيطا بالنسبة إلى البائع ألا ان مقتضاه كون الزيادة للبائع كما صرح به بعضهم و احتمله آخر و لا يكون له خيار (- ح-) و احتماله للتضرر بعيب الشركة يدفعه أولا أنه هو الذي غر نفسه و ثانيا عدم الضرر عليه بعد إن كان قادما على مقابلة الجميع بالثمن فظهور الشركة في الحقيقة نفع لا ضرر عليه و التسلط بمثله على الخيار محل شك بل منع لأصالة اللزوم نعم لا بأس بالنسبة إلى المشتري (- ح-) لأنه أقدم على كون الجميع له فظهور الشركة عيب بالنسبة إليه فلا ريب (- ح-) في ضعف الاحتمال المذكور و أضعف منه حمل عبارة (- يع-) و نحوها عليه ضرورة ظهوره في كون متعلق الخيار مجموع الأرض بجميع الثمن فالتحقيق كون الزيادة و النقيصة من واد واحد و الظاهر أنه من تخلف الوصف فيهما لأن المفروض كون المبيع عينا مشخصة محدودة غير قابلة للزيادة و النقيصة ألا انه وصفها البائع بمقدار مخصوص و أخذها المشتري على ذلك فتخلف فحصل الضرر منه على البائع أو المشتري فيثبت الخيار فليس في الحقيقة فواته مفوتا لجزء من المبيع لما عرفت من انه محدد مشخص غير قابل للزيادة و النقيصة كما تنبه على ذلك في الجواهر الثاني أنه لو قال المشتري للبائع لا تفسخ فإني أفنع بالقدر المشروط و الزيادة لك ففي سقوط خيار البائع وجهان من أنه إذا ثبت استصحاب و من انتفاء سبب الخيار و هو الضرر و هذا أقرب و أميا لو قال لا تفسخ حتى أزيدك في الثمن لما زاد ففي (- كره-) أنه لا يكون له ذلك و لا يسقط به خيار البائع قولوا واحدا قلت

الأظهر جريان الوجهين

هنا (- أيضا-) فتدبر

القول في حكم الشرط الفاسد

قوله طاب ثراه كاشتراطه بيع المبيع من البائع (- اه-)

هذا مبني على ما أشار إليه من الدور وقد مرّ منّا عند الكلام في الشرط السابع بيان سقوطه

قوله طاب ثراه حكى أولهما عن الشيخ والإسكافي (- اه-)

الظاهر أنّ التعبير بالأوّل هنا وبالثاني بعد ذلك سهو من قلمه الشريف ضرورة أنّ خيرة الشيخ (- ره-) في (- ط-) وابن سعيد في محكي الجامع والقاضي هو القول بعدم الإفساد دون الإفساد و حكاها في (- لف-) عن الإسكافي و كذا خيرة العلّامة و الشّهيدين و الكركي و اتباعهم هو القول بالإفساد دون عدم الإفساد فإنّ صريح (- عد-) و (- لف-) و (- كرء-) و (- شاد-) و اللّمعين و (- مع صد-) و (- لك-) هو القول الأوّل دون الثاني و هي أي الإفساد خيرة مجمع الفائدة و الكفاية و محكي شرح (- شاد-) للفخر و (- س-) و المهذب البارع و تعليق (- شاد-) و (- فع-) و الميسية و حواشي الشهيد (- ره-) و غيرها بل في الفوائد أنّ عليه الأكثر و في خيارات الغرويّ و غيره أنّه المشهور شهرةً محصّلةً بين المتأخّرين بل كاد ان يكون إجماعيًا عندهم و منقولاً على لسان بعض الفحول انتهى

قوله طاب ثراه لعموم الأدلّة (- اه-)

أراد بذلك عمومات العقود و الشّروط و التجارة و البيع

قوله طاب ثراه عدى وجوه أحدها ما ذكره في (- ط-) (- اه-)

هناك وجوه آخر لم يتعرّض لها الماتن (- ره-) أحدها ما في التنقيح من ان قضية الشّروط أنّه إذا أبطل بطل المشروط به و ألا لم يكن شرطاً و أنت خبير بأنّه وهم نشأ من ارتكاز مصطلح الأصوليين في ذهنه من أنّ الشّروط ما يلزم من عدمه العدم و قد تبّنها في مقدّمات المبحث على أنّه اصطلاح خاصّ لا- يحمل عليه اللفظ في الخطابات و أنّ الشّروط هنا هو الإلزام و الالتزام الثاني ما في الإيضاح من انعدام المشروط بعدم شرطه لعدم استلزام الشرط المشروط في الوجود فلو لم يستلزم عدمه لجاز كون كلّ شيء شرطاً لغيره و هو محال و أنت خبير بأنّه نظير سابقه فجوابه جوابه و ربّما أجاب عنه في الإيضاح بقوله و التحقيق أنّ هذه الشّروط شروط بالمجاز لأنها تابعة للعقد و العقد سبب فيها فلا يعقل كونها شرطاً له و ألا لدار بل هي صفات للبيع تختلف الأغراض باختلافها و لا يعدّ فقدها عيباً انتهى و للمحقّق الثاني (- ره-) في (- مع صد-) اعتراض عليه ينبغي ملاحظته و ملاحظة ما ردّ به الاعتراض في الجواهر الثالث ما في العوائد من أنّ العقود تابعة للقصور و المقصود هو الأمر المركّب من الشرط و غيره فاذا بطل الشرط بطل المقصود لانتفاء الكلّ بانتفاء جزئه قال التّفصيل أنّ ترتّب الأثر على كلّ عقد يتوقف على قصد إنشاء هذا الأثر بسببه

ص: ١٧٩

و إيجاده منه فما لم يقصد ذلك لم يترتب عليه ذلك الأثر فإن كل أثر فاسد قصد من العقد لا يترتب عليه ويقع العقد فاسداً و على هذا فالعقد المتضمن للشرط الفاسد إذا صدر من شخص فالظاهر أن الأثر الذي قصد إنشائه منه هو المركب من التزام هذا الشرط الفاسد فيفسد بفساد جزئه و قصد الجزء الصيحيح في ضمنه غير كاف لأن قصد الكل لا يكفي في قصد الجزء فإذا لم يكن الجزء مقصوداً منفرداً لم يترتب عليه حكم و إنشاء الأثر المجرد عن هذا الالتزام غير ظاهر و الأصل يقتضى عدم ترتب الأثر فقصد إنشاء الأثر الصيحيح الذي هو المتوقع عليه في الصيحة غير معلوم و ظهور الهيئة التركيبية للصيغة و هي المتضمنة للشرط في قصد الأثر الصيحيح و هو المجرد من التزام هذا الشرط غير ظاهر ان لم يكن في خلافه ظاهراً فتحقق السبب لحصول الأثر غير ثابت ليكون العقد فاسداً لأصالة عدم ترتب الأثر بل لا يبعد الحكم بالفساد و ان علم قصد إنشاء الأثر المجرد من التزام هذا الشرط لأن تلك الهيئة ظاهرة في قصد إنشاء المركب و كون مثلها مؤثرة في حصول جزء المركب بمجرد قصده غير معلوم هذا كلامه بطوله و ما مر في جواب الوجه الثاني كاف في رده و تلخيص الجواب أن الحكم بصحة عقد النكاح مع فساد شرطه يقتضى صحة كل عقد بفساد شرطه لأن الحكم بالصحة يرجع الى الحكم بان قاصد العقد المقيّد قاصد للمطلق كى يمنع بدلالة الوجدان على خلافه بل لكشف ذلك عن كفاية القصد الى العقد المقيّد في صحة العقد مع فساد شرطه و بعبارة أخرى يدل على أن هذا المقدار و هذا النحو من العقد كاف و ليس قابلاً للاختلاف باختلاف العقود كما لا يخفى و من هنا ظهر سقوط ما في العناوين من تقرير الدليل بأن العقد تابع للقصد و أن الشرط المأخوذ في ضمن العقد بمنزلة الجزء من العوضين و قيد به العوضان تعلق القصد بالمقيّد و أن المراد بالشرط الواقع في ضمن العقد ربط المعاملة به لا التزام خارجي لنفسه فمتى تحقق الربط و فسد الشرط فما وقع عليه القصد من المركب لم يقع و المطلق لم يتعلّق به القصد فلا وجه لوقوعه و ليس العقد دالاً على وقوع المعاملة و ان انتفى الشرط بل هو دال على عدمه بدونه الزايع أصالة عدم ترتب الأثر على القصد الفاسد شرطه و عدم انتقال العوضين من مالهما الأول و فيه أنه لا مجرى للأصل في قبال العموم قوله طاب ثراه الثاني أن التراضي أنما وقع (-اه-)

لا يخفى أنه الى هذا الوجه يرجع ما في (- لف-) من أن البائع إنما رضى بنقل سلعته بهذا الثمن المعين على تقدير سلامة الشرط له و كذا المشتري إنما رضى ببذل هذا الثمن في مقابلة العين على تقدير سلامة الشرط له فإذا لم يسلم لكل منهما ما شرط له كان البيع باطلاً لأنه يكون تجارة عن غير تراض

قوله طاب ثراه فان العرف يحكم في هذه الموارد يكون الفاقد نفس المطلوب

ربما زعم بعض الطلبة الغلط في العبارة و ان حقها لا يحكم بدل يحكم و هو اشتباه فان المراد بالفاقد هو الفاقد للوصف و كونه نفس المطلوب هو الذي يقتضيه سوق الكلام لا عدم كونه المطلوب قوله طاب ثراه الثالث رواية عبد الملك (-اه-)

هذه الرواية صحيحة لأنه رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن احمد بن محمد بن عيسى عن علي بن الحكم عن عبد الملك و رجاله ثقة و متنه على ما في نسخة مصححة من الوافي كما في المتن و لكن في نسخة الوسائل أبدل قوله و كيف يستقيم و حد ذلك بقوله كيف يستقيم وجه ذلك فجعل الواو جزء الكلمة و أبدل الحاء المهملة بالجيم المعجمة و الدال المهملة بالهاء و على أي حال فلم افهم وجه الاستدلال بالرواية بل هي أجنبية عن الفرض رأساً ضرورة أنه على فرض كون المراد بلا ينبغي الحرمة فغاية ما تدل عليه الرواية (- ح-) هي حرمة البيع المذكور و اين ذلك من فساده فإن انتهى في المعاملات لا يوجب الفساد و لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا انفهام الفساد منها بدعوى كون انتهى فيها للإرشاد إلى الفساد نقول أن فساد هذا الفرض بخصوصه أنما هو للرواية بناء على تمامية دلالتها و قد أفاد الماتن (- ره-) و غيره من الأساطين أن محل النزاع و البحث أنما هو ما إذا لم يكن هناك دليل تعبدى من نص أو إجماع على فساد عقد بفساد شرط خاص فلا يمكن التمسك بالرواية بناء على تماميتها على الكلية

قوله طاب ثراه و رواية الحسين بن منذر (-اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (-ره-) عن عدة من أصحابه عن احمد بن محمد بن عيسى عن ابن ابي عمير عن حفص بن سوقة عن حسين بن منذر و السند من الحسن

قوله طاب ثراه فيطلب منى العينة (-اه-)

قد وقع الخلاف في تفسير اللفظة و حيث ان الماتن (-ره-) أورد الرواية في المسئلة الأخيرة من مبحث التقد و التسيه و هي مسئلة جواز بيع العين الشخصية المشترأة بثمن مؤجل من بايعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده و كان الاستدلال بها هناك موقوفا على فهم معنى لفظه العينة دون المقام كانت احاله بيان معناه الى هناك انسب فراجع ما هناك ان شئت العثور على معنى اللفظة قوله طاب ثراه و رواية علي بن جعفر (-اه-)

قد رواها (-رض-) في كتابه و رواها الحميري في محكي قرب الإسناد عن عبد الله الحسن عن جده علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال سألت عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم ا يحل قال إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس قوله طاب ثراه فلعل البطلان فيه للزوم الدور كما ذكره العلامة (-اه-)

هذه العبارة لا تخلو من مسامحة لأن كلامه في فساد العقد بمطلق الشرط الفاسد و العلامة لم ينكر الدور في الشرط المحال مثل اشتراط بيع المبيع في ضمن العقد و قوله بل التحقيق (-اه-) أيضا ارجع الكلام بذلك مع ان المبحث أعم من ذلك و ما ذكره من التحقيق منظور فيه لما مر من تقوية صحة اشتراط بيع المبيع و سقوط الدور و عدم قصد البيع المستدل بهما لفساده فلا تذهل قوله طاب ثراه ما عن المشايخ الثلاثة عن الحلبي (-اه-)

طرقهم إلى الحلبي صحاح و المراد بالحلبى هو عبيد الله بن علي الحلبي و المتن في الكتب الثلاثة متقارب مفادا و الدلالة في غاية الظهور حيث أنه صلوات الله عليه و آله صحح البيع و العتق و أبطل الشرط فدل على ان الشرط الفاسد المخالف للكتاب و السنة لا يفسد العقد و هو المطلوب

قوله طاب ثراه و حملها على الشرط الخارج (-اه-)

و أوضح من هذا الحمل سقوطا ما قد يحتمل من حملها على التقيية من حيث ذهاب العامة إلى بطلان الشرط مطلقا مع صحة العقد فإنه في غاية السخافة سيما بعد استفاضة الرواية بين الخاصة و العامة و وقوع الخلاف عندهم (-أيضا-) في ذلك حتى أنه من ظريف ما يحكى عن محمد بن سليمان الدهلي قال حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال دخلت مكة زادها الله شرفا فرأيت فيها ثلثة كوفيين أحدهم أبو حنيفة و ابن ليلي و ابن شبرمة فصرت الى ابي حنيفة فقلت ما تقول فيمن باع ييعا و شرط شرطا فقال البيع فاسد و الشرط فاسد فأتيت ابن ابي ليلي فسألته فقال البيع جائز فأتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع و الشرط جائزان فرجعت الى ابي حنيفة فقلت له ان صاحبيك قد خالفاك فقال لست ادرى ما قالا حدثني عمر بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه و آله نهى عن بيع و شرط فأتيت ابن ابي ليلي فقلت ان صاحبيك قد خالفاك فقال ما ادرى ما قالا حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنها قالت لما اشترت بريرة جاريتي شرط علي موليها أن أجعل ولانها لهم إذا أعتقتها فجاء النبي صلى الله عليه و آله و قال الولاء لمن أعتق فأجاز البيع

ص: ١٨٠

الشرط فأتيت ابن شبرمة فقلت ان صاحبيك قد خالفاك قال لست ادري ما قالا حدثنى مشعر بن محارب بن زياد عن جابر بن عبد الله قال ابتاع النبي صلى الله عليه وآله مني بعيرا بمكة فلما نقدني الثمن شرطت ان يحملني إلى المدينة فأجاز النبي (-ص-) البيع و الشرط هذا فقد ظهر حجية الصحيح المذكور كالصحيح الذي رواه ثقة الإسلام (-ره-) عن ابي علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان عن عيص بن القاسم عن ابي عبد الله عليه السلام قال قالت عائشة لرسول الله صلى الله عليه وآله ان أهل بريدة اشترطوا ولائها فقال رسول الله صلى الله عليه وآله لئن ائمتك و آله الولاة لمن أعتق و بذلك كله ظهر سقوط ما في (-لف-) من رد استدلال الشيخ (-ره-) بقضية بريدة بالطعن في التيند و إيراد متن طويل ينافي متن الصحيح المذكور و الظاهر انه (-قده-) لم يعثر على الصحيحين المزبورين

قوله طاب ثراه الأولى عن أحدهما (-اه-)

أراد بالأولى مرسله جميل و الذي وجدته ان خبر جميل مسند غير مرسل و سنده حسن كالصحيح لأنه رواه الشيخ (-ره-) بإسناده عن علي بن إسماعيل الميثمي عن ابن ابي عمير و علي بن حديد جميعا عن جميل بن دراج عن أحدهما عليه السلام قوله طاب ثراه و الثانية عن أبي عبد الله عليه السلام (-اه-)

أراد بالثانية صحيح الحلبي و قد رواها ثقة الإسلام (-ره-) عن علي بن إبراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام و السند صحيح على المختار حسن على المشهور من عدم صحة إبراهيم و لعل وصف الماتن (-ره-) للرواية بالصحة لاختياره ما اخترناه من صحة إبراهيم أو لعثوره على سند آخر صحيح غير هذا قوله طاب ثراه و يؤيده ما ورد في بطلان الشروط الفاسدة في ضمن عقد النكاح (-اه-)

حيث نطقت بفساد الشروط و صحة النكاح مثل الأخبار الناطقة بفساد اشتراط وقوع الطلاق قهرا عليه على الزوجة ان تزوج عليها أو تسرى مثل خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرية و شرط لها ان هو تزوج عليها امرية أو هجرها أو اتخذ عليها سيرته فهي طالق فقصي في ذلك ان شرط الله قبل شرطكم فان شاء و في لها بما شرط و ان شاء أمسكها و اتخذ عليها و نكح عليها و مثل صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام انه قضى في رجل تزوج امرية و أصدقته هي و اشترطت عليه ان يبدها الجماع و الطلاق قال خالفت السنة و وليت حقا ليست بأهله فقصي ان عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنة الى غير ذلك مما يقف عليه المتبع في اخبار شروط النكاح و وجه الاستدلال بهذه الأخبار مع ان موردها النكاح انه لا ريب و لا إشكال في مساواة النكاح لغيره من العقود في وصف العقدية المقتضية للتبعية للقصد فاذا ثبت عدم إفساد الشرط في النكاح كان الاستفادة من دليل ذلك كفاية القصد الى المقيد في القصد الى المطلق في تحقق عنوان العقد فلو كان تعذر الخصوصية موجبا لبطلان ما وقع عليه التراضي على النحو الخاص لكان اللزام اقتضاء التعذر في النكاح (-أيضا-) البطلان فاذا صح في النكاح صح في غيره لاتحاد الطريق كما لا يخفى على كل متأمل منصف و من هنا ظهر سقوط ما في خيارات الفقيه الغروي (-قده-) من الجواب عن الأخبار المذكورة تارة بأنه ليس فيها ما يقضى بالعموم بحيث يجعل ذلك قاعدة فيها و أقصى ما في الباب انه قد وردت الأخبار فيه في خصوص بعض الشروط فيقتصر في ذلك على موردها و اخرى بأن باب النكاح (-مط-) خرج بالدليل فيكون من باب الأسباب و مستثنى من تبعية العقود للقصد فان فيه انه حيث ثبت عدم الإفساد في خصوص شرطا و في خصوص باب النكاح كفي في إثبات الكلية بعد كون المدار على حصول عنوان العقد في الجميع و لعله بالنظر الى ما ذكره (-قده-) عدها الماتن (-ره-) مؤيدا لا دليلا لكنه كما ترى قوله طاب ثراه و قد يستدل على الصحة (-اه-)

قد يستدل بوجوه آخر أحدها الإجماع تمسك به في الغنية و هو كما ترى الثاني أصالة الصحة في العقود و رد بالانقطاع بما مر من الأدلة الدالة على الفساد و المعارضة بأصالة عدم الانتقال و فيه انه لم يتم شيء من الأدلة كى ينقطع به الأصل و أصالة عدم الانتقال لا

تعارض أصالة الصّحة لأنّ الشكّ في الانتقال ناش من الشكّ في صحّة العقد فإذا أجرى أصالة الصّحة التي هي هنا أصل سببي سقط أصالة عدم الانتقال التي هي مسببة الثالث انّ التراضي قد تعلّق بكل من العقد و الشرط فاذا امتنع أحدهما بقي الآخر لأنّ مدخلية الشرط في التراضي لا تزيد على مدخلية الثمن و المثلن و أوصافهما فاذا لم يبطل العقد بظهور بعض الثمن أو المثلن مستحقاً أو تعدّر بعض أحدهما أو انكشف فقد بعض الصّفات المأخوذة في البيع كالكتابة و الصّحة فكذا لا يبطل بفساد الشرط ضرورة انّ القصد الى العقد لو كان منتفياً بفوات بعض قيود متعلّق الرضا كان اللازم فواته بفوات شيء من ذوات الثمن و المثلن و اوصافهما قوله طاب ثراه و فيه ما لا يخفى (-اه-)

بيانه انّ الدور معى كما في الصّلموة و اجزائها فإنّ مجموع الصّلموة متوقفة على اجزائها من حيث الصّحة و اجزائها من حيث الصّحة متوقفة على مجموعها و ربّما أجاب في المهذب البارع عن الدور بان تسويغ الشرط ليس بشرط في الحقيقة لصّحة العقد حتّى يلزم الدور بل هي صفات للبيع فما كان منها سائعا داخلا تحت القدرة لزم باشرطه في العقد كما لو شرط صفة كمال في المبيع و ان لم يكن سائعا بطل العقد لا من حيث فوات شرطه بل من حيث وقوع الرضا عليه و شروط الصّحة أنّما هي المذكورة في أوّل الكتاب مثل كمال المتعاقدين و كون المبيع ممّا ينتفع به معلوما فهذه شروط الصّحة فيبطل العقد بفقد أحدها بخلاف هذه الشروط فلا دور و لم افهم معنى كلامه فتأمل

قوله طاب ثراه و الإنصاف أنّ المسئلة في غاية الإشكال (-اه-)

الحقّ انّ القول بعدم إفساد الشرط الفاسد المتنازع فيه للعقد في غاية الوجاهة و الظهور و لا اشكال فيه بوجه لما عرفت قوله طاب ثراه مع جهله بفساد الشرط (-اه-)

التقييد به للاحتراز عن صورة العلم فانّ الفقيه الغروي (-ره-) احتمل الثبوت حتى في صورة العلم نظرا إلى أنّه أنّما رضى بالعقد مع الشرط فالزامه بالعوض من دون سلامة الشرط له إضرار به فينفي اللزوم بقاعدة الضرر و لعلّ نظر الماتن (-ره-) في التقييد بصورة الجهل إلى انه في صورة علمه بفساد الشرط حال العقد يكون مقدما على ضرر نفسه فلا يبقى لقاعدة الضرر مجرى و يمكن المناقشة في إطلاق ذلك بأنّه انما يتصوّر حيث لا يحتمل الخيار و الّا كان مغرورا

قوله طاب ثراه و يظهر من بعض مواضع (-كره-) (-اه-)

أقول ظهور عبارة (-كره-) التي نقلها في التردّد و الإشكال لا ينكر الّا أنّ أصل التردّد لا وجه له بعد البناء على إيجاب فساد الشرط فساد العقد فانّ استصحاب الإفساد (-ح-) محكم

قوله طاب ثراه و يظهر من (-لك-) هنا قول ثالث (-اه-)

لا يخفى عليك انّ أصل الفرع ساقط عنا لكّنه مع الغصّ عمّا اخترناه فهذا التّفصيل متين ضرورة أنّ إفساد الشرط الفاسد للعقد على القول به أنّما هو لكون المقصود هو المجموع فاذا بطل الجزء بطل الكلّ لخلوّ الخالي عن الشرط عن القصد و لا ريب في أنّ هذا كما يقتضى فساد العقد بفساد الشرط الضمّنى فكذا يقتضى فساده بفساد الشرط المنفصل مع اعتقادهما التأثير ضرورة أنّ اعتقادهما التأثير يدعو الى قصدهما إلى إيقاع المقيد و حيث انّ الشرط فاسد في نفسه و لانفصاله خلى الخالي عن الشرط عن القصد فيكون ما قصد غير واقع و ما وقع غير مقصود بل لازم ذلك

ص: ١٨١

هو القول بفساد العقد إذا أوقعه بظن تأثير الشرط الغير الفاسد و المنفصل عن العقد ضرورة أن ظنهما يدعوها الى القصد إلى إيقاع المركب فاذا فسد الشرط بسبب الانفصال فسد العقد لخلو الفاعل للشرط عن القصد منهما اليه فالحق بناء على فساد العقد بفساد الشرط هو تفصيل (- لك-) و اعتراض الماتن (- ره-) عليه غير موجه ضرورة أن علمهما بفساد الشرط يمنع من قصدهما الى المركب بعد فرضهما عاقلين كما لا يخفى الكلام فى أحكام الخيار

[الكلام فى أحكام الخيار]

[من أحكام الخيار أنه موروث بأنواعه و أنه غير متوقف على إرث المال]

إشارة

قوله طاب ثراه الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف بين الأصحاب كما فى الرياض و ظاهر (- ثق-) (- اه-) قال فى الرياض الخيار بأنواعه يورث مشروطا كان أو لازما بالأصل أى بأصل الشرع بلا خلاف بل ظاهرهم الإجماع عليه انتهى و فى (- ثق-) أنه صرح به الأصحاب و بالنظر الى ذلك عزى الماتن (- ره-) نفى الخلاف الى ظاهره و فى (- لك-) أنه لا شبهة فيه و عن إيضاح (- فع-) انه لا كلام فيه و فى المستند أنه ان مات من له الخيار انتقل الخيار الى الوارث بالإجماع المحقق و المحكى من موضعين من (- كره-) و ظاهر (- ثر-) انتهى و استظهر فى المناهل الاتفاق عليه و فى كشف الظلام أنه إجماعى محصلا على الظاهر و منقولاً فى غير موضع انتهى و فى الجواهر أنه لا خلاف معتدا به فيه بل ظاهرهم الإجماع عليه قلت قد أشار بتقييد الخلاف الذى نفاه بالمعتد به الى ما صدر من العلماء (- ره-) فى (- عد-) كما تبّه على ذلك بقوله فى طي الكلام و ما فى (- عد-) من احتمال سقوط خيار المجلس بالموت فيما لو مات أحدهما لأولوية مفارقة الدنيا من مفارقة المجلس ليس خلافاً فى المسئلة عند التأمل على أنه فى غاية الضعف ضرورة أن التباعد بالمكان الظاهر فى الجسم من الافتراق لا فى الزوج التى لم يعلم مفارقتها للمجلس فلا ريب (- ح-) فى انتقاله الى الوارث انتهى و قد مر عند الكلام فى سقوط خيار المجلس بافتراق المتبايعين توضيح الحال فى عدم سقوط خيار المجلس بالموت وفاقاً لجمع فراجع

قوله طاب ثراه و فى (- كره-) أن الخيار عندنا موروث (- اه-)

هذا هو ما ذكره فى أحد الموضعين و فى موضع آخر أن خيار الشرط موروث عند علمائنا

قوله طاب ثراه و كذا ما تردّد بينهما للأصل (- اه-)

أراد بالأصل أصالة عدم قابلية المشكوك كونه حقاً للانتقال الى الوارث أو أصالة عدم الانتقال و ان شئت قلت ان القابلية للانتقال شرط فى البناء على الانتقال فاذا شكك فى القابلية كانت أصالة عدم القابلية محكمة و ليس كون شىء محكماً مانعاً عن الانتقال حتى تدفع المانع بالاصل عند الشك

قوله طاب ثراه عدى ما دل على انتفاء الخيار بالتصرف معللاً بأنه رضى كما تقدم (- اه-)

وجه دلالة هذه الفقرة انه لو كان الخيار حكماً لم يكن لسقوطه بالرضا وجه لأن عمدة ما هو فارق بين الحق و الحكم كما بيناه إجمالاً فى صدر الكتاب هو قابلية الأول للتغيير و الإسقاط بخلاف الثانى

قوله طاب ثراه الثانى كونه حقاً قابلاً للانتقال (- اه-)

يمكن المناقشة فيما ذكره من توقف تمامية دلالة العمومات على كون الخيار حقاً قابلاً للانتقال بان عموم الكتاب و السنة قد اقتضى انتقال كلما ترك الميت من حق و مات عنه و من البين كون الخيار ممّا مات عنه الميت فالعمومات قد اقتضت كون الأصل فى كل

حقّ قابليّة للانتقال بل المحتاج الى الدليل بعد ورود العمومات هو إثبات كون حقّ من الحقوق غير قابل للانتقال كحق الشفعة الذى ورد النصّ بعدم انتقاله و قال به جمع من الأصحاب فالحقّ تاميّة دلالة العمومات على المطلوب من دون حاجة الى الإجماع فتدبرّ جيداً

قوله طاب ثراه و التمسك فى ذلك باستصحاب بقاء الحق (-ه-)

المشار اليه بذلك هو كون الخيار قابلاً للانتقال و ربّما يتمسك لأصل انتقال الخيار الى الوارث بالاستصحاب بتقريب انّ الخيار كان ثابتاً فى حيوة المورث و الأصل بقاءه بعده عملاً بالاستصحاب تمسك بذلك فى المناهل و فيه انّ الخيار فى حيوة المورث انما كان ثابتاً للميت فبعد موته ان استصحب الخيار له كان منافياً للمدعى من كونه للوارث مضافاً الى تبدل الموضوع و ان أريد استصحاب كونه للوارث فلا- حالة سابقة له و ان اثبت الانتقال الى الوارث بالعموم خرج عن كونه تمسكاً بالأصل و ربّما احتجوا لإرث الخيار بوجوه آخر أحدها انّ الخيار لو كان يسقط بموت المورث لما صحّ الصلح عليه و لما وجب الوفاء بالشرط الذى فى ضمنه و التالى بقسميه باطل لقوله (- تعالى-) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله (- تعالى-) الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ و عموم قوله (- ص-) الصلح جائز بين المسلمين ألّا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً- و قوله (-ع-) المؤمنون عند شروطهم تمسك به فى المناهل و فيه نظر لأنّ الملازمة بين جواز الصلح عليه و بين الإرث ليست ألّا لعمومات الإرث فالجمع بين ذلك و بين التمسك بالعموم لا وجه له و أيضاً فالتمسك لجواز الصلح عليه بعموم جواز الصلح من التمسك بالعموم فى تميز الشبهات المصادقية الذى أعرض عنه المحققون نظراً الى ورود العموم مورد بيان حكم آخر و هو هنا جواز الصلح (- مط-) و اما انّ الذى يجوز الصلح عليه ما ذا فلا دلالة فى العموم على تعيينه كما لا يخفى ثانياً انّ الخيار لو كان يسقط بموت المورث للزم ترتب الضرر فى خيار الغبن و العيب فى الشرط و الأصل عدمه لعموم قوله عليه السلام لا ضرر و لا ضرار تمسك بذلك (- أيضاً-) فى المناهل و هو كما ترى ضرورة ان لزوم العيب فى الاشتراط ممنوع لأنّه ما دام حيّاً يكون له الخيار و هو كافى فى عدم لزوم العيب و اما لزوم الضرر فى خيار الغبن فلا يوجب انتقال الحقّ الى الوارث و لو كان فلا ينفع فى إثبات الكليّة أعنى انتقال سائر الخيارات ألّا ان يتمّ بعدم القول بالفصل بين خيار الغبن و سائر الخيارات و لم يشر اليه ثالثاً استصحاب تنزيل ملكية الطرف الأخر الموجب لثبوت الخيار للوارث بالإجماع المركب تمسك به بعضهم و ردّه فى المستند بمعارضته بأصالة عدم حدوث خيار الوارث أو غيره المزيل للتزلزل لأنه ليس ألّا كون الملك بحيث يثبت فيه الخيار لأحد و يمكن تقرير ذلك بأنّ الموضوع متبدل لأنّ المالك حين التزلزل هو المورث و الان هو الوارث فاستصحاب التزلزل لا وجه له (- فت-) رابعاً انّ ملكية ذى الخيار لما انتقل اليه كانت مترزلة فيجب كونها (- كك-) للوارث (- أيضاً-) تمسك به بعضهم و ردّه فى المستند بمنع الملازمة فإن ملكيته للوارث ثابتة بعمومات الإرث و هى ظاهرة فى المستقرة و لو منع الظهور بالأصل عدم تسلطه على الطرف الأخر فظهر من ذلك كلّ انّ العمدة فى المسئلة انما هى عمومات الإرث من الكتاب و السنّة و خصوص ارث الوارث لكل ما ترك الميت من حقّ

قوله طاب ثراه لم يمنع انتقال الخيار الى الوارث (-ه-)

الوجه فى ذلك عمومات الإرث بعد عدم تحقّق مانع و الأصل عدم مانعية الدين من ذلك

قوله طاب ثراه كالزوجة غير ذات الولد أو (- مط-) (-ه-)

أشار بالترديد الى ما وقع بين الأصحاب من الخلاف فى انّ المحرومة من الأراضى و أعيان العقار هل هى الزوجة غير ذات الولد أو هى و ذات الولد و قد نقّحنا القول فى ذلك فى إرث منتهى المقاصد و قوينا القول الثانى فراجع و تدبرّ

قوله طاب ثراه و لذا قوى بعض المعاصرين (-ه-)

أراد بهذا البعض صاحب الجواهر (- ره-) حيث قال بعد الاستدلال لانتقال الخيار المشروط للأجنبي لا على جهة المباشرة بإطلاق النصّ و الفتوى و دفع دعوى أنّه انما يورث تبعاً للمال

ص: ١٨٢

بأنها لا شاهد عليها بل يكفى فيه تعلقه بالمال كالشفعة بل قد يورث ما لا تعلق له بالمال كحق القذف و حق القصاص ما لفظه و من ذلك يظهر لك قوة القول بإرث الزوجه غير ذات الولد للخيار فيما إذا اشترى أرضا و له الخيار لو باعها (- كك-) انتهى قوله طاب ثراه و يضعفه ان حق الخيار (- اه-)

يمكن الجواب عن هذا الإيراد بأن عدم انتقال العلاقة ألى وارث يكون كالميت فى كونه مالكا لان يملك ممنوع بل الحق أنها كما تنتقل الى وارث يكون كالميت فى كونه مالكا فكذا تنتقل الى وارث يكون كالميت فى كونه مالكا لان يملك من غيره و كما ان الأجنبى المنسوب من قبل المالك يتسلط بعلقه الخيار على استرداد العين الى من نصبه فكذا الزوجه تتسلط على استرداد العين إلى ورثة زوجها و كما ان الأجنبى منسوب من قبل العاقد فكذا الزوجه منصوبه من قبل الشارع بحكم عمومات الإرث

قوله طاب ثراه لأنها بالخيار لا ترد شيئا من الأرض إلى نفسها و لا إلى آخره من قبله فيه أنها و إن كانت لا ترد إلى نفسها و لا إلى آخره من قبله ألى أنها ترد إلى وارث من هى بنصب الشارع منصوبه من قبله و هو الزوج فان الخيار لما كان حقا و كان كل ما ترك الميت من حق فلوارثه كان مقتضى ذلك ثبوت الخيار للزوجه (- أيضا-) و كان توقف انتقال الخيار الى شخص على كونه كالميت فى كونه مالكا لان يملك العين بالفسخ محتاجا الى الدليل و لا دليل على ذلك و الأصل عدم التوقف

قوله طاب ثراه فلا ينتقل هذه العلاقة ألى من هو (- كك-) من ورثته (- اه-)

قد عرفت ان هذا الحصر ممّا لا دليل عليه و ان عموم انتقال ما ترك الميت من حق الى وارثه محكم

قوله طاب ثراه فلو علل بإرثها دار (- اه-)

هذا الدور محل نظر ضرورة أن إرثها للمال أنما يتوقف على فسخها و فسخها لا يتوقف الا على إرثها للخيار فالموقوف و الموقوف عليه متغايران فلا دور فان قلت ان إرثها للمال متوقف على فسخها و فسخها متوقف على إرثها للخيار و إرثها للخيار متوقف على إرثها للمال فى صريح كلام الفخر فيلزم الدور قلت أولا ان إرثها للثمن غير متوقف على إرثها للمال فان الوارث قد يرث الخيار و لا يرث المال كما نقل الميت أمواله جميعا و امضى الوارث فإنه لا يرث المال و يرث ما كان للميت من الخيار و قد يرث المال و لا يرث الخيار كما فى الزوجه على قول فى بعض الفروض فإرثها للخيار غير متوقف على إرثها للمال حتى يتم تصوير الدور و ثانيا على فرض التنزل ان إرثها للمال بمعنى ملكها للثمن متوقف على فسخها و فسخها متوقف على إرثها للخيار و إرثها للخيار ليس متوقفا على إرثها للمال بمعنى استقرار ملكها للثمن بل استقرار ملكها للثمن أنما يكون بعد الفسخ المتأخر عن إرثها للخيار فكيف يتوقف إرثها للخيار عليه و ان أراد إرثها للمال الذى أوقف عليه المعترض ارث الخيار مجرد استحقاقها لان تملك فيه (- أيضا-) منع لان استحقاقها لان تملك مع الخيار أنما يحصلان فى ان واحد فلا تأخر حتى يحصل التوقف فان قلت ان صريح كلام الفخر تعليل إرثها للخيار بان لها حقا فى الثمن و من المعلوم ان ذلك يتوقف على إرثها للخيار ضرورة أنها لو لم ترث الخيار لم ترث من الثمن و قد علل الخيار بذلك قلت توقف استحقاقها لنصيبها من الثمن على إرثها للخيار غير معلوم و عدم إرثها من الثمن لو لم ترث الخيار غير ضرورى ضرورة إمكان دعوى أنها لا ترث من الخيار لكون متعلقها الأرض و ترث الثمن بعد الفسخ بناء على عوده الى الميت فلا تذهل

قوله طاب ثراه و قد حمل العبارة على هذا المعنى السيد العميد (- اه-)

قد حملها عليه الشهيد (- ره-) (- أيضا-) فى محكى الحواشى

قوله طاب ثراه فإنه بعد بيان منشأ الإشكال على ما يقرب من الإيضاح (- اه-)

قال فى جامع المقاصد فى شرح عبارة (- عد-) المزبورة ان هذا الاستثناء من محذوف يدل عليه قوله موروث تقديره لجميع الوارث أو نحوه فيكون التقدير الخيار موروث لجميع الوارث مقسوم عليه كالمال ألى الزوجه غير ذات الولد فى الأرض فإنها لا ترث من الخيار

المتعلق بها سواء كانت مبيعة أو مشترأة على اشكال ينشأ من أنه حق خارج عن الأرض فترث منه و من أنه من الحقوق المتعلقة بها فإنه تابع لإرثها و مع انتفاء التابع ينتفى متبوعه و الأقرب من هذا إلى آخر ما فى المتن من عبارة (- مع صد-) قوله طاب ثراه و حمل الشارحان (- اه-) أراد بهما الشيخ الفخر و السيد العميد أو الأول مع الشهيد (- رهما-) قوله طاب ثراه و هو خلاف الظاهر (- اه-)

أقول الحق فى معنى عبارة (- عد-) هو ما فهمه الشارحان فإن أهل البيت ادرى بما فيه و ما اعترض به هذا المحقق عليهما ساقط بحذافيره أما الأول فلمنع الظهور و التبادر الذى ادعاهما بل العبارة مسبوقة لبيان ان الخيار موروث بالحصص كالمال فيكون قوله ذلك إشارة إلى الإرث المسوق له الكلام و يشهد به قوله لثرت من الثمن الذى هو غاية للفسخ و بيان لأثر الأقربيه و أما الثانى الذى أشار إليه بقوله مع انه من حيث الحكم غير مستقيم (- اه-) فلانتقاضه بما إذا كان المال الموروث غير الأرض و قد ملك الورثة ما زاد عن حقه بموت المورث فكما تملك هناك ابطال استحقاقهم لذلك و إخراجها عن ملكهم فكذا هنا مضافا الى أنا لا ندعى انفرادها بالخيار بل هى شريكه معهم فى ذلك فاذا اجتمعوا على الفسخ كان ابطال استحقاقهم منها و منهم جميعا لا منها فقط غاية ما هناك أنها فى غير الأرض شريكه و فى الأرض ليست بشريكه و أما الثالث الذى أفاده بقوله و (- أيضا-) فإنها إذا ورثت (- اه-) فلائنه يلزم من إرثها من الخيار بطلان حقه من الثمن إذ المدار فى الخيار على الإرفاق بالتسلط على الفسخ و الأ فالإمضاء من لوازم العقد و حيث ان الفسخ مخالف للمصلحة فيما إذا باع أرضا و لا (- كك-) فيما لو اشترى كانت الأولوية ممنوعة غاية ما هناك انه يدعى أنها فى صورة الشراء ورثت غير حقه من الأرض التى اختصموا بملكها و فيه أنها ورثت حصا و هو الخيار الموروث و نسبه الى الثمن و المثلن فى مرتبه واحده كما نبه على ذلك فى مفتاح الكرامه

أيفية استحقاق كل من الورثة للخيار

إشارة

قوله طاب ثراه الأول ما اختاره بعضهم (- اه-) قد يستظهر ذلك من قول العلامة (- ره-) فى (- ير-) لو ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب فرضى أحدهما سقط حق الآخر من الرد دون الأرض انتهى و وجه الظهور انه لم يثبت الخيار للطرف الآخر برضاء أحدهما بل أسقط به حق الآخر قوله طاب ثراه الثانى استحقاق كل منهم خيار (- اه-) هذا الوجه هو ظاهر العلامة فى (- كره-) بعد تدقيق النظر فى مجامع كلامه فإنه (- ره-) قال عند الكلام فى خيار المجلس أنه لو فسخ بعضهم و أجاز الآخر فالأقوى أنه يفسخ فى الكل كالمورث لو فسخ فى حيوته فى البعض و أجاز فى البعض انتهى فإن تقوية الانفساخ فى الكل و إن كان ظاهرا فى نفسه فى الوجه الأول كما استظهرناه من (- ير-) (- أيضا-) ألما ان تقييد الانفساخ بكونه كالمورث لو فسخ فى بعض و أجاز فى بعض أظهر شاهد فى إرادة هذا الوجه لأن فسخ المورث فى حيوته و إجازته فى البعض الآخر لا يوجب الانفساخ فى الكل إلا بمعنى الانفساخ فى البعض برضاء و ثبوت خيار التبعض فى الباقي فيلزم ان يكون فى المشبه (- أيضا-) (- كك-) قضاء لحق التشبيه قوله طاب ثراه الثالث استحقاق مجموع الورثة (- اه-)

(١١) هذا هو خيره (- عد-) و الإيضاح و (- لك-) و محكى (- س-) و إيضاح (- فع-) و غيرها و اختاره الماتن (- ره-) (- أيضا-) قوله طاب ثراه فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لا فى الكل و لا فى حصته (- اه-)

(١٢) فان قلت ان ذلك يستلزم بطلان حق شخص لعدم

ص: ١٨٣

اعمال الآخر حقه قلنا الحق إذا كان مشتركا لم يجز إعماله إلّا برضا الشريك كما لو جعل الخيار للاجنيين على سبيل التوافق فتدبر قوله طاب ثراه كالامضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرف واحد

و ذلك كما لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له فقال أعتقهما و سيتعرض الماتن (- ره-) لذلك إنشاء الله تعالى

قوله طاب ثراه إلّا ان تجزيه الخيار بحسب متعلقه كما تقدم مما لم يدلّ عليه أدلّة الإرث (- اه-)

يمكن ان يقال ان تجزيه الخيار لا تحتاج إلى دلالة أدلّة الإرث على ذلك بل حيث دلّ دليل الإرث على تجزيه المال بين الورثة ثبتت تجزيه الخيار بحكم العقل و ذلك ان المال انما ينتقل إلى الورثة و يتجزى بينهم على ما كان عليه من الوصف عند المورث و حيث ان الملك عند المورث متزلزل و لا- دليل على إيجاب موته لزوم الملك انتقل المال بالعنوان الذى هو عليه من الملك الجائر إلى ورثته فكلّ جزء منه انتقل الى احد الورثة فهو مال لذلك الوارث على وجه التزلزل و الملك المتزلزل يجوز فسخه فكلّ من الورثة فسخ ملكه بالنسبة إلى سهمه فحسب فالقول الثانى لعله أظهر غاية ما هناك أنه إذا فسخ أحدهم فى نصيبه تسلط البائع على الفسخ بسبب تبعض الصفقة و الله العالم

قوله طاب ثراه و إلّا فلا دليل على الانفساخ فى شىء منه (- اه-)

قد عرفت ان الدليل على الانفساخ فى كلّ جزء بفسخ من انتقل اليه ذلك الجزء هو تزلزل ملكه و انفساخ كلّ ملك متزلزل بفسخ صاحبه

قوله طاب ثراه (- فت-)

لعلّ وجهه منع عدم وجود ذلك فى الفرض و إبداء وجوده نظرا إلى أنه كما ان عفو احد الشركاء هناك إضرار على غير العافى فكذا إمضاء أحد الشركاء أو فسخه إضرار بغيره فيلزم بناء على التعلق بقاعدة الضرر التعلق بها كليه و جعل مفادها أصلا ثانويا فتدبر قوله طاب ثراه ثمّ ان ما اخترناه من الوجه الأول (- اه-)

أراد بالوجه الأول الأول من وجهى الوجه الثالث اى معنيه أو ان لفظ الأول سهو من الناسخ فهو زائد و اللام فى الوجه للعهد إشارة إلى الوجه الثالث بدلالة المقام فتدبر

قوله طاب ثراه بعد ان احتمل الوجه الثانى (- اه-)

وجه دلالة كلامه الآتى على الاحتمال انه عنون الفرع أولا بعنوان التردد ثمّ استقرب المنع فيدلّ ذلك على احتمال الثانى و إلّا لذكر الأول بلسان العزم و الفتوى

قوله طاب ثراه و أصرح منه ما تقدم من عبارة (- ير-) ثمّ (- كره-)

قد مرّ منّا بيان وجه دلالة عبارة (- ير-) و أراد بعبارة (- كره-) عبارته التى حكاها (- ره-) أنفا عند كلامه فى خيار العيب و وجه دلالتها ظاهر

قوله طاب ثراه قد يدلّ على ان فسخ الزوجه (- اه-)

فيه نظر ظاهر لعدم دلالة العبارة على ما استفاد منها بوجه و انما سيقى لبيان ثبوت الخيار للزوجه فيما إذا اشترى الزوج المورث بخيار و لا تعرض فيها لكيفية اعمالها للخيار بوجه و ليت شعري من اين استفاد ما ذكره

قوله طاب ثراه و يندفع بأنّ الحقّ إذا كان مشتركا (- اه-)

كان اللازم ان يقيد الشركة بالإشاعة إذ لو كان الحقّ مشتركا لا على وجه الإشاعة لم يتوقف أعمال أحدهما خياره على رضا الآخر و (- أيضا-) فما ذكره من الجواب فرع القول بالاشتراك و اما على ما اخترناه من الوجه الثانى و هو استحقاق كلّ منهم خيارا فى نصيبه

فلا يتأتى ما ذكره

[أفرع فيما إذا اجتمع الورثة على الفسخ فيما باعه مورثهم]

قوله طاب ثراه و إن كان على الميت دين مستغرق (-اه-)

كلمة و ان وصليته يعنى ان ثبوت دين مستغرق على الميت لا يمنع من فسخ الورثة لأن للمحجور عليه فسخ العقد الخيارى السابق على الحجر بخياره كما صرحوا بذلك فى كتاب التفليس من غير خلاف بينهم يظهر و بعدم وجدان الخلاف فيه صرح فى الجواهر و هداية الأنام و غيرهما و استظهر الاتفاق عليه فى المناهل لأصالة بقاء الخيار الذى كان ثابتا قبل الحجر بعد عدم الدليل على قابلية الحجر لرفع ذلك و ان الحجر على البالغ الرشد مخالف للأصل و قاعدة تسلط الناس على أموالهم فيجب الاقتصار فى الخروج عنه على ما قام عليه الدليل و لا دليل فى المقام يخرج به عن الأصل و القاعدة بل الدليل يوافقهما و ليس هذا مترتباً على الحجر و لا من لوازمه العقلية و لا الشرعية و لا العرف حتى يثبت بثبوت مضافا الى وجوه أخر قاصرة

قوله طاب ثراه و فى اشتراط ذلك بمصلحة الديان و عدمه وجهان

(١١) قلت بل وجوه ثلثة أحدها اعتبار مراعاة الغبطة (- مط-) و هو ظاهر المحقق الورع الأردبيلي فى مجمع الفائدة ثانيها عدم الاعتبار (- مط-) فيجوز له كل من الفسخ و الإمضاء سواء تضرر به الغرماء أم لا و هو ظاهر إطلاق (- يع-) و صريح (- ط-) و (- مع صد-) و (- لك-) و محكى (- ير-) و غيرها ثالثها الاعتبار فى الفسخ بالعيب و عدم الاعتبار فى الفسخ بالخيار و هو خيرة العلماء فى (- كره-) و (- شاد-) و الشهيد (- ره-) فيما حكى عنه حجة الأول تعلق حقوق الغرماء بأعيان أمواله فلا يسوغ له التصرف فيها بما يبطل حقهم أفاد ذلك فى مجمع الفائدة حيث قال قد يختلج بالخاطر ان سبب الحجر فى الابتداء موجود فى الاستدامة و هو حفظ مال الناس و عدم التضييع فكما منعه الحاكم عن البيع فى الابتداء (- كك-) يمنعه فى غيره مع اشتماله على عدم الغبطة خصوصا بالنسبة الى عدم الفسخ فإنه لا يكلف بشىء أصلا مع المصلحة و لغيره فان فسخه مثلا يصير سببا لتضييع مال الديان فى الجملة فسد الإجماع هنا (- أيضا-) موجود و مجرد وجود سببه حال عدم الحجر لا يقتضى ذلك (- مط-) حتى مع وجود الدليل على عدمه و بالجملة ما اعرف الفرق بين منعه من البيع بقوله لا تبع و بين منعه من الفسخ بقوله لا تفسخ فان كله تصرف مالى موجب لفوت مال الديان فى الجملة بل فى الثانى قد تعرض المصلحة لهما فلا يبعد جعل مدار الأمر فى غير الابتداء (- مط-) على المصلحة كما فى الرد بالعيب فان الوجه الذى ذكره له فى (- كره-) بعينه جار فى الخيار انتهى المهم مما فى مجمع الفائدة و أنت خبير بأنه مختل النظام ضرورة أنه ان تم ما ذكره من عدم الفرق بين الابتداء و الاستدامة و ان سبب الحجر فى الابتداء موجود فى الاستدامة لاقتضى عدم جواز الفسخ (- مط-) حتى مع الغبطة إلا باذن الغرماء كما كان الحال (- كك-) فى التصرف الابتدائى فادعائه ما ذكره و إفتائه بالجواز مع الغبطة ميا لا يجتمعان مضافا الى ان ما ذكره من عدم الفرق لا وجه له أما أولا فلوضوح الفرق بينهما لأن التصرف الابتدائى تعلق الحجر به من دون تزلزل بخلاف الاستدامة فإن تعلقه به متزلزل و لقد أجاد من قال ان الحجر يقتضى تعلق حق الغرماء بمال الفليس على حسب كيفية ملكه فى اللزوم و التزلزل فان ملكه لازما تعلق به حق الغرماء تعلقا لازما و ان ملكه متزلزلا- تعلق به حقهم تعلقا متزلزلا لا ان بالحجر تختلف جهة ملكه فمع كون الملك بالنسبة إليه متزلزلا لا يبقى على حاله بعد الفليس و اما ثانيا فلأن عدم الفرق عنده و فى نظره لا ينفع بعد وضوح الفارق بينهما و هو وجود الدليل على الحجر عليه من التصرف المبتدء و هو الإجماع و فقده على الحجر عليه من الاستدامة و ان أراد الإلحاق فلا وجه له لكونه قياسا ممنوعا منه ألا ان يعم دليل المقيس عليه للمقيس أو يشمل العلة المنصوصة فى الدليل أو يقطع باتحاد المناط فيهما أو يثبت هناك عدم القول بالفصل و لا شىء من ذلك موجود فى المقام ضرورة ان الإجماع دليل لبي لا عموم له و هو فى المستدام مفقود و العلة المنصوصة لا تكون إلا فى الدليل اللفظى و لا دليل لفظيا هنا و القطع باتحاد المناط فى المبتدء و المستدام دونه خرط القتاد و عدم الفصل ممنوع لوضوح الفصل منهم بين المقامين بحيث لم يظهر بينهم فيه خلاف حجة القول الثانى الأصل بعد عدم كون الفسخ بالخيار و العيب

ص: ١٨٤

ابتداء تصرفاً في المال حتى يشمل الإجماع على المنع منه بل هو أثر ثابت قبل الحجر المانع له من ابتداء التصرف في المال و ان شئت قررت ذلك بان منع البالغ الرشد من التصرف في ماله مخالف للأصل عموم تسلط الناس على أموالهم فيلزم الاقتصار في الخروج عنه على مورد اليقين و حيث ان دليل المنع هو الإجماع و مورده التصرف المبتدء بقى التصرف المستدام تحت الأصل و العموم و ربما يظهر من مجمع الفائدة التمسك لذلك باستصحاب الخيار حيث قال في شرح قول ماته و له اجازة بيع الخيار و فسخه من غير اعتبار الغبطة ما نصه وجهه التسلط و الأصل و (- أيضاً-) قد وجد سبب الفسخ و اللزوم وقت عدم الحجر فيوجد سببه انتهى و هو لا- بأس به فان قلت انه انما يتم في الفسخ بالخيار و لا يتأتى في الفسخ بالعيب لتأخر ظهور سلب الفسخ عن الحجر عليه قلت ان العيب و ان ظهر بعد الحجر ألما ان ظهوره يكشف عن تحقق سبب الفسخ قبل الحجر عليه ضرورة ان الموجب للخيار انما هو العيب الموجود حال العقد لا المتجدد في يد المشتري كما تقرّر في محلّه حجة القول الثالث ما أشار إليه في (- كره-) بقوله و فارق الفسخ و الإجازة بالخيار الردّ بالعيب لأنّ العقد في زمن الخيار مترنزل لا ثبات له فلا يتعلّق حقّ الغرماء بالمال و يضعف تعلّقه به بخلاف ما إذا خرج معيباً و إذا ضعف التعلّق جاز ان لا يعتبر شرط الغبطة انتهى و أنت خبير بأنه كما انّ العقد في زمن الخيار مترنزل لإثبات له فكذا في زمن وجود العيب مترنزل في الواقع فهما مشتركان في الترنزل غاية ما هناك انّ العقد الخيارى مترنزل ظاهراً و واقعا و العقد على المعيوب مع الجهل بالعيب مترنزل واقعا لا- ظاهراً و ربما حكى عن الشهيد (- ره-) بيان وجه الفرق بين الردّ بالخيار و بين الردّ بالعيب بانّ الخيار يثبت بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها بخلاف الردّ بالعيب فإنّه يثبت على طريق المصلحة فيتقيد بها ثمّ قال و فيه نظر لأنّ كلّاً من الخيارين ثابت بأصل العقد و أنّما افتقرا بأن أحدهما ثابت بالاشتراط و الآخر بمقتضى العقد و لم يقل احد بتقيد فسخ العيب في غير الفسخ بالمصلحة فاعتبار الغبطة هنا مع كونه ليس من التصرفات المبتدئة ليس بجيد ثمّ قال و لو قيل انّ الحكمة الباعثة على إثبات خيار العيب هو الغبطة نظرا الى نقص العيب قلنا مثله في الخيار فإنّ حكمه الخيار مع انّ الأصل في البيع اللزوم لأنّه لم يوضع الا ليملك كلّ من المتعاضين مال الآخر انما هي إمكان أن يتجدد لذى الخيار ما يوجب ارادة الفسخ فلا يجد السبيل اليه فشرع الخيار لذلك و من ثمّ ثبت في الحيوان ثلثة أيام من غير شرط لأنّ الحيوان ممّا يشتمل على أمور خفية لا يطلع عليها ابتداء غالباً بخلاف غيره و لما أمكن في غيره ذلك شرع اشتراط الخيار و ممّا قد تخلف من افراد العيب ما لا غبطة في رده بل الغبطة في قبوله غالباً خصّاً العبد فإنّه عيب مع استلزامه زيادة القيمة و مثله الفسخ بخيار بمجرّد التشهيّ فالحكم فيهما واحد و بالجملة فالقواعد الكلية في الأحكام أخرجت الأمور الحكمية عن بعض موضوعاتها الجزئية انتهى و قد أشار الى ما ذكره من الاعتراض في جامع المقاصد و (- الروضة-) (- أيضاً-) حيث أفادا انّ كلّاً منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة و إن كانت الحكمة المسوّغة هي المصلحة و الإجماع على جواز الفسخ بالعيب و ان زادت القيمة فضلاً عن الغبطة فيه و اعترضها في مفتاح الكرامة بانّ ما ذكره في وجه النظر لا يدفع الفرق لأنّه و إن كان ثبوت الخيار بأصل العقد و انّ الحكمة المسوّغة للخيار مطلقاً انما هي لمصلحة صاحبه لكن جهات المصلحة متغايرة فالخيار الأصلي كخيار الشرط و الحيوان لم يتقيد بشيء كخيار العيب و الغبن فإنّ الأوّل مقيد بالضرر و الثاني بالتقص بل له في الأوّل اختيار أصل العقد و عدمه بخلاف الثاني فإنّ حقّ الغرماء متعلّق بخيار الحيوان مثلاً تعلّقاً ضعيفاً جداً لأنّ العقد من أصله مترنزل بخلاف خيار العيب فإنّ تعلّق حقّهم فيه أقوى فإنه مع إرادته أى المفلس الاختيار فيه يراعى فيه مصلحة ماله لئلا يفوت منه شيء أو يأخذ الناقص كما حكيناه عنه آنفا عن (- كره-) فهذه المصلحة غير الأوّل فقول الشهيد (- ره-) انّ الخيار ثابت بأصل العقد على طريق المصلحة فلا يتقيد بها أراد به مصلحة الغبن و العيب و الفرق واضح يفيد اعتبار الغبطة في الثاني أى العيب دون الأوّل فقول

المعترض في وجه النظر انّ كلّاً منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة ليس بتام و ما فرضه من انه يمكن ان تكون قيمة المبيع مع كونه معيباً أزيد من الثمن و مع ذلك يجوز فسخه إجماعاً بالعيب هو الوجه في إثبات الخيار كما عرفت و من ثمّ قيل هنا

باعتبار الغبطة في الثاني و هو عين المدعى فليتمل في ذلك جيداً ثم قال و المناسب في بيان المنع ان يقال ان الإجماع منعقد على جواز البيع بأزيد من القيمة أو انقص منها فتجربى رعاية الغبطة في الأول (- أيضاً-) لوجود العلة و يمكن الجواب بأنه إن كان عالماً بها وقت البيع فهو كالهبة و ان لم يعلم بها فهو داخل في الثاني لوجود العبن نعم لو كانت الزيادة في طرفه أشكل الفرق بينهما و الفسخ (-ح-) (- مط-) فليتمل جيداً انتهى و هو كما ترى و ان أطال ألاً انه لم يأت بما يدفع الأصل و يثبت اعتبار الغبطة في الفسخ بالعيب و الأصل كاف في دفع الاعتبار

قوله طاب ثراه و من أنهم قائمون مقام الميت (- اه-)

هذا الوجه هو الأظهر ضرورة ان سلطنة الورثة على فسخ العقد انما هي لقيامهم مقام المورث فعليهم ما على المورث و (- أيضاً-) فمن ينتقل اليه المال بالفسخ عند عدم المانع هو المكلف برد الثمن عينا أو مثلاً أو قيمة إلى المشتري

[مسألة لو كان الخيار لأجنبي فمات فهل ينتقل لوارثه أم لا]

قوله طاب ثراه مسألة لو كان الخيار لأجنبي (- اه-)

بقي من فروع ارث الخيار جملة مما لم يتعرض له الماتن (- ره-) لا بأس بالإشارة الى عددها ان انتقال الخيار الى الوارث في صورة الإطلاق مما لا ريب فيه و اما لو شرط في ضمن العقد عدم انتقال الخيار الى الوارث ففي صحته و لزوم العقد بموته وجهان من عموم أدلة الشروط و كون الثابت من الإجماع انتقال ما أطلق فيه الخيار و من عموم ما دل على انتقال ما ترك الميت من حق الى وارثه و كون هذا الشرط مخالفاً للسنة فلا يندرج تحت أدلة الشروط فتبقى أدلة إرث الحقوق سليمة عن المعارض فتحكم نعم لو شرط له الخيار بشرط المباشرة له بلسانه صح الشرط و لزم و لم ينتقل الخيار بموته الى وارثه لعدم قابلية للانتقال من حيث فقد قيده الذي هو كونه صادراً من المشروط له مباشرة بلسانه الثاني انه لو أسقط بعض الورثة أو كل منهم ماله من الخيار لم يكن له الرجوع بعده لا لما في المستند من ان الثابت من الإجماع خيار غير مثل ذلك الشخص و لا يفيد الاستصحاب لأن الثابت له أولاً لم يكن إلا حقه قبل الإسقاط أى ما لم يسقط فيتعارض الاستصحابان بل لعموم ما دل على سقوط الحقوق بالإسقاط فإن الوارث ليس بأسط من المورث و خيار المورث يسقط بالإسقاط من غير خلاف فخيار الوارث بطريق اولي و إنما قلنا ان المستند ليس هو ما في المستند ضرورة توقف تماميته على انحصار دليل ارث الخيار في الإجماع و ليس (- كك-) لوجود العموم (- أيضاً-) الثالث انه لو كان الخيار خيار المجلس ففي اعتبار حضور

ص: ١٨٥

الوارث في مجلس الموت في انتقاله اليه و عدمه وجهان تقدّم الكلام عليهما مع سائر فروع عند الكلام في خيار المجلس و لو كان الخيار خيار غبن اعتبر فيه الفوريّة لعدم ثبوت الزائد منها من الإجماع و في (- لك-) و المستند و غيرهما أنّ الفوريّة المعترية فيه من حين بلوغ الخبر و علمه بالفوريّة و لو كان الخيار خيار شرط بأقسامه ثبت للوارث في بقيّة المدّة المضروبة و لو كان خيار الحيوان ثبت له فيما بقي من الثلث و لو كان في الصورتين غائباً أو حاضراً و لم يبلغه الخبر حتّى انقضت المدّة سقط خياره كما صرّح به الشيخ (- ره-) و جماعة من غير خلاف يعرف بينهم للأصل و لأنه لو كان المورث حيّاً لسقط خياره بانقضاء المدّة فكذا الوارث الذي ثبت له ما ثبت للمورث على حدّ ثبوته له لكن ربّما احتمل في محكي (- كره-) ثبوت الخيار له على الفور عند اطلاعه بعد انقضاء المدّة على انتقال الخيار اليه و لم افهم وجهه و بيّده أنّه لو نسي المورث في حال حيوته ثبوت الخيار له ثمّ ذكر بعد انقضاء المدّة لم يثبت له الخيار أصلاً فإثبات الخيار انا ما للوارث تفضيل للفرع على الأصل من غير دليل و لا شاهد التاسع أنّه هل يجب اعلام الوارث بأنّ له حقّاً في فسخ العقد أو اعلام وليه إذا كان قاصراً أو غائباً وجهان أقربهما لعدم لأصالة البراءة و دعوى أنّ حقّ الخيار كالمال في وجوب اعلام صاحبه به مع جهله به في غير محلّها بل ذلك مستند الى تقصير صاحب الحقّ أو قصوره و الفرق بين الحقّ و المال أنّه في الأوّل لا- شيء بيد من عليه الحقّ بحيث يجب إيصاله الى صاحبه بخلاف المال فإنّه عين مملوكة للغير فيصّال اليه يتوقف على اعلامه فيجب الزاب انه هل يختصّ ارث الخيار بالخيارات التي هي في البيع أم لا- بل يشمل جميع الخيارات حتى ما في الصّيلح و الإجارة و نحوهما وجهان أقربهما الثاني لعدم اختصاص دليل الانتقال بخيارات البيع نعم من لم تتمّ عنده دلالة عمومات الإرث و استند في الحكم بإرث الخيار إلى الإجماع كان عليه الأخذ بالمتيقّن لكون مستنده (- ح-) لئلا يلزمه القصر على المتيقّن ثمّ على المختار لو كان الخيار في الصّيلح ما دام العمر بناء على جواز الجهالة في الصّيلح فالظاهر أنّه لا يورث لانقطاعه بالموت و عدم بقائه بعده فلا يصدق أنّ الميت ترك حقّاً

قوله طاب ثراه كما في (- ير-) (- اه-)

حيث قال لو جعل الخيار لأجنبي فمات فالوجه عدم سقوط الخيار بل ينتقل الى الوارث لا الى المتعاقدين انتهى و أراد بالوارث وارث الأجنبيّ المجمعول له الخيار

قوله طاب ثراه أو الى المتعاقدين (- اه-)

اختار ذلك في (- كره-) حيث قال ان مات الأجنبي في زمن الخيار ثبت الآن له اي العاقد انتهى المهمّ من كلامه

قوله طاب ثراه أو سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين (- اه-)

قال بذلك سيّدنا في مفتاح الكرامة و فاضل المستند و غيرهما

قوله طاب ثراه و ربّما يظهر من القواعد (- اه-)

قال في (- عد-) لو شرط المتعاقدان الخيار لعبد أحدهما ملك المولى الخيار و لو كان لأجنبي لم يملك مولاه و لا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقّاً للمولى فلو مات لم ينتقل الى مولاه و كذا لو مات الأجنبيّ المشروط له الخيار انتهى و انما سمّاه ظاهراً لا نصّاً لأنّه أنّما يدلّ بالمطابقة على عدم الانتقال الى وارثه و لا يدلّ على السقوط إلّا بالالتزام من حيث أنّ لازم عدم الانتقال الى وارثه هو السقوط

قوله طاب ثراه و من أنّه حقّ لمن اشترط له (- اه-)

فيه أنّ مجرّد كون الحقّ و الرّفق للمعاقد لا- يوجب انتقال الخيار اليه بعد دوران هذا الخيار مدار الاشتراط و (- أيضاً-) فكون الحقّ لهما لا دليل على إيجابه الانتقال إليهما بحيث يخصّ به عمومات الإرث

قوله طاب ثراه و هذا لا يخلو عن قوّة (- اه-)

قلت الأقوى هو التفصيل بأنه ان فهم من لفظ المشترطين للخيار خصوصية مباشرة الأجنبي للفسخ كان الحق هو السقوط بموته و الّا كان الأظهر انتقاله الى وارثه لعموم النبوى (-ص-) الناطق بانتقال ما تركه الميت من حق الى وارثه قوله طاب ثراه لأجل الشك في مدخلية نفس الأجنبي (-ه-)

هذا التعليل لا يلائم مدعاه لأن مدعاه قوة القول بسقوط خيار الأجنبي بموته و الشك في مدخلية الأجنبي الموجبة لعدم انتقاله الى وارثه علة لجريان أصالة عدم المدخلية القاضية بالانتقال الى وارثه لعموم النبوى (-ص-) فالتعليل بذلك سهو من قلمه الشريف قوله طاب ثراه فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا و حلّا

أما فساد نقضا فلما أشار إليه من الانتقاض بعبد الأجنبي و أما فساد حلّا فلما أشار إليه حاكيا عنه (-ره-) من عدم توقّف اعمال العبد الخيار على اذن المولى و رضاه إذا لم يمنع حقًا للمولى و ان شئت تحقيق القول فى المسئلة ذكرنا لك مطالب الأول أنه لا خلاف و لا إشكال فى صحّة جعل الخيار للمملوك مع اذن المولى و رضاه بذلك ضرورة عدم كون عبارة العبد و تصرّفاته كعبارة المجنون و السكران و تصرّفاته غير كاشفة عمّا فى الضمير كشفا صحيحا بل قصور عبارته و تصرّفاته لمراعاة سلطنة المولى عليه فاذا رضى المولى زال المانع و أمّا إذا لم يرض المولى و كان اعمال الخيار مزاحما و منافيا لحقه و مفوّتا لخدماته التي هى على العبد لم يصحّ جعل الخيار له بلا- خلاف (- أيضا-) و لا اشكال و أمّا الخلاف و الإشكال فى أنه إذا لم يكن جعل الخيار له و اعماله الخيار منافيا لحقّ المولى فهل يصحّ جعل الخيار له أم لا وجهان بل قولان من عموم ما دلّ على جواز جعل الخيار لمن تراضى المتبايعان عليه و من انّ قابلية المحلّ شرط فى صحّة الجعل و المملوك لا يقدر على شىء و اعمال الخيار شىء فلا يقدر عليه و إذا لم يقدر عليه كان جعل الخيار له بدون اذن المولى لغوا فان قلت ان ما نطق بعدم قدرته على شىء منصرف إلى الشىء المنافى لحق المولى و اعمال الخيار غير منافى لحق المولى فيخرج من تحت تلك الأدلّة و يبقى تحت عموم ما نطق بجواز جعل الخيار لمن تراضيا عليه بعد عدم كون العبد مسلوب العبارة قلت الانصراف المدعى ممنوع لأن منشئه عند التحقيق أمّا هو غلبه الاستعمال الموجبة لانصراف الذهن عند إطلاق اللفظ فى نظر أهل العرف الى ذلك المعنى الشائع و ليس الشائع المنسب الى الذهن من قوله تعالى لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ هو ما ينافى حقّ المولى مضافا الى انّ فى الأخبار ما يشهد بشمول الشىء المنفى القدرة عليه من العبد فى الآية لما لا ينافى حقّ المولى مثل ما ورد فى عدم قدرته على الطلاق من دون اذن المولى مثل الصّحيح الذى رواه الشيخ (-ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن ابي عمير عن ابن أذينة عن زرارة عن أبى جعفر و أبى عبد الله (-ع-) قال- المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلّا بإذن سيّده قلت فإنّ السيّد كان زوجه بيد من الطلاق قال بيد السيّد ضرب الله عبدا مملوكا لا يقدر على شىء أفشىء الطلاق و صحيح شعيب العقرقوفى عن أبى عبد الله عليه السّلام قال سأل و انا عنده اسمع عن طلاق العبد قال ليس له طلاق و لا نكاح اما تسمع الله تعالى يقول عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ قال لا يقدر على طلاق و لا نكاح إلّا بإذن مولاه الى غير ذلك من الأخبار لا يقال انّ الحق كما قرّرتة فى مبحث نكاح الإماء من منتهى المقاصد هو التفصيل فى طلاق العبد بين ما إذا كانت زوجته امه المولى زوجها إياه و بالعقد و بين ما إذا كانت امه غيره أو حرة بصحّة طلاق العبد فى الصّورة الثّانية و اختصاص عدم الصّحة منه بالصّورة الأولى جمعا بين الأخبار بشهادة خبر ليث المرادى قال سألت أبا عبد الله (-ع-) عن العبد هل يجوز طلاقه فقال إن كانت أمّتك فلا ان الله (- تعالى-) يقول عبدا مملوكا لا يقدر على شىء و إن كانت

ص: ١٨٦

أمة قوم آخرين أو حرّة جاز طلاقه من دون اذن المولى و من المعلوم كون طلاقه لامّة السيد نوع تصرّف منه فى مال السيد فأخبار كون الطلاق بيد السيد بعد حملها على ما إذا كانت زوجته أمة المولى لا تنافى ما ذكر من انصراف أدلّة عدم قدرته على شىء إلى الشىء المنافى لحق المولى لأننا نقول أنّ كون طلاقه لامّة المولى تصرّفًا منه فى ماله ممنوع و لو سلّم فممنوع من النكاح بدون اذن المولى (- مط-) و ممنوع من طلاق زوجته التى هى أمة المولى (- مط-) كاف فى دفع الانصراف المزبور إذ لو كان ذلك صحيحا لكان اللازم قصر منعه من النكاح بما إذا كان نكاحه منافيا لحقّ المولى و كذا إطلاقه مع أنّهم أطلقوا المنع فى المقامين هذا و لكن الذى يقتضيه التحقيق هو صحّة جعل الخيار للعبد لعموم ما دلّ على جواز جعل الخيار لمن تراضى عليه المتعاقدان بعد كون العبد غير مسلوب العبارة غاية ما هناك توقّف اعماله الخيار على اذن السيد لكونه مملوكا لا يقدر على شىء و ذلك بمجرد لا يمنع من جعل الخيار له بل لقائل أن يقول بصحّة فسخه أو إجازته من دون اذن المولى نظرا الى أنّ غاية الأمر هو عصيانه و إثمه بتصرّفه فى نفسه من دون اذن السيد لكن التّهى (- مط-) لا يوجب فى المعاملة الفساد خصوصا النهى الناشى من معصية السيد (- فت-) الثّانى أنّه إذا صحّ جعل الخيار للعبد أمّا مطلقا على قول أو مع اذن السيد على القول الآخر لم يكن ذلك الخيار للمولى و لم يكن للمولى اعمال الخيار من دون مراجعة العبد لأنّ الشروط تتبع الالتزامات الصّادرة بالألفاظ فى ضمن العقود و جعل الخيار للعبد لا يدلّ عرفا على جعل الخيار للمولى بشىء من الدّلالات الثّلاث و ما دلّ على أنّما كان للعبد فهو لمولاه لا يشمل المقام لكون مورده الأموال و الحقوق الغير الرّاجعة إلى غيره و هنا الخيار و إن كان حقّا للعبد ألّا ان للمتبايعين تعلّقًا به كما لا يخفى الثّالث أنّ حال الخيار المجعول للحرّ الأجنبى فى انتقاله الى وارثه بموته و وارث العبد هو المولى فيجرى هنا ما قلنا به فى الأجنبى الحرّ

[و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار]

إشارة

قوله طاب ثراه و قد ذكر جماعة (- اه-)

بل عن بعض الأساطين نسبة الى الأصحاب مشعرا بدعوى الإجماع عليه و عن الغنية ففى الخلاف فى حصول الفسخ بتصرّف كلّ منهما فيما انتقل عنه إذا لم يكن دالّا على ارادة الفسخ فضلا عما لو علم منه عدم الدلالة أو كان الظاهر ذلك و حكى فى (- ط-) و (- ثر-) و ظاهر (- كره-) الإجماع على حصول الفسخ بوطى البائع الأمة فى زمان الخيار و علل تارة بأنّ هذا التصرّف لو لم يكن فسخا لكان حراما شرعا لوقوعه على ملك الغير على المشهور من انتقال المبيع بنفس العقد لا بانقضاء الخيار و الأصل فى فعل المسلم وقوعه على الوجه الشائع الصحيح فيكون فسخا و اخرى بأنّ الفسخ كما يحصل بالقول يحصل بالفعل و التصرّف كما يدلّ على الرضاء و الإمضاء فكذا يدلّ على الفسخ بل دلّاه على الفسخ أقوى و أقول أمّا أصالة الصّحة فيأتى فى كلام الماتن (- ره-) التكلّم فيها إجمالا و أمّا الوجه الثّانى فإن أراد به دلالة التصرّف المذكور على الفسخ عرفا المستلزم لعدم كونه فسخا فيما إذا لم يدلّ عليه فلا بأس به و يدور الأمر (- ح-) مدار الدلالة على الفسخ عرفا و ان أرادوا كونه فسخا تعبدا فمحلّ نظر كما تبّه عليه فى الجواهر (- أيضا-) تعلّقًا بعدم الدليل ان لم يكن إجماعا على الحاقه بالتصرّف الملزم بناء على السقوط به تعديدا ثمّ أشار الى ردّ الوجهين المذكورين بقوله و دعوى الدلالة عليه كدلالته فى المنتقل اليه على الإمضاء يدفعها ما عرفت من عدم دوران السّقوط فى المقيس عليه على الدلالة و ليس فى الأدلّة ما يقتضى التّعبد هنا بل ليس فيها ما يقضى باعتبار غير مقطوع الدلالة عليه من الأفعال إلّا فحوى ما دلّ عليه فى الإمضاء و يمكن منعها ان لم ترجع الى التنقيح و منعه لعدم ان لم يكن إجماعا كما هو مفروض المسئلة ثمّ قال و أمّا الاستدلال عليه بان هذا التصرّف لو لم يكن فسخا لكان ممنوعا منه شرعا لمصادفته ملك الغير على المشهور من الانتقال بنفس العقد و الأصل

في تصرفات المسلمين وقوعها على الوجه السائغ الصحيح فيكون فسحا كما ترى ضرورة عدم انحصار وجه الصحة في ذلك ولا يتم في إجراء العقد خاصية عليها وكون الفضولي على خلاف الأصل لا ينافي قدحه في الدلالة على ان المراد الفسخ به تعبدا كالألمضاء فلا- تنفح دلالة على عدم ارادة الفسخ به نعم لا بأس بذكر هذه الأمور مؤيدة بعد دعوى الإجماع على الفسخ بكل ما لو وقع في المنتقل اليه كان اجازة و يكون هو العمدة (-ح-) انتهى المهم من كلامه و أقول أما على القول بكون التصرف في المنتقل اليه مسقطا للخيار إذا دل على الرضا و ان صحيح ابن رثاب غير مسوق الا لبيان السقوط حيث دل على الرضا فلا إشكال في عدم انفساخ العقد بالتصرف في المنتقل عنه الا حيث دل التصرف المذكور على ارادة الفسخ لاستصحاب العقد بعد عدم الدليل على كون التصرف المذكور مسقطا (- مط-) و اما على القول بكون التصرف المذكور مسقطا للخيار (- مط-) دل على الرضا عادة أم لا تعبدا شرعيا فالأظهر (- أيضا-) عدم انفساخ العقد بالتصرف المذكور الا حيث دل على ارادة الفسخ لاختصاص دليل التعبد الشرعي بسقوط الخيار بالتصرف في المنتقل اليه و حمل انفساخ العقد بالتصرف في المنتقل عنه قياس لا نقول به الا ان يدعى الإجماع على اتحاد ما يحصل به الإجازة و الفسخ كما استظهره الماتن (- ره-) لكن الإنصاف ان في تحققه نظر (- فت-) جيدا

قوله طاب ثراه دل ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا (- اه-)

فيه نظر ظاهر ضرورة ان حمل فعل المسلم على الصحيح لا يفيد ارادته الفسخ إذ الصحيح من التصرف شرعا ما لم يكن محرما و كما ان حرمة تصرفه فيما انتقل عنه ترتفع بالفسخ فكذا ترتفع بابتناء التصرف على اطمينان المتصرف برضا من انتقل منه اليه بتصرفه فما دام احتمال ابتناء تصرفه على الرضا المتحصّل بشاهد الحال و نحوه موجودا لم يدل تصرفه على فسخ العقد و خطائه في استفادة الرضا لو كان لا يرفع الصيحة التي هي هنا عبارة عن عدم حرمة التصرف و أصالة عدم ابتناء تصرفه على فهم الرضا لا تثبت ابتناؤه على فسخ العقد مع انها معارضة بأصالة عدم ابتناؤه على قصد الفسخ الا ان يجاب عن المعارضة بأن الأولى مؤثرة و الثانية بلا اثر و الأصل المؤثر مقدّم (- فت-) و مثل احتمال ابتناؤه التصرف على زعم الرضا في منعه من استفادة الفسخ من التصرف احتمال ابتناؤه على الغفلة عن انتقال المتصرف فيه منه الى صاحبه و أصالة عدم الغفلة إنما تنتفي وقوع أصل الفعل غفلة عنه و اما الغفلة عن الانتقال منه فلا تنفيه الأصل (- فت-) فظهر من ذلك كله ان أصالة حمل فعل المسلم على الصحيح لا تنفع في المقام و من ذلك ظهر ان جعل الماتن (- ره-) الأمر هنا أسهل من مسألة دلالة التصرف على الرضا لم يقع في محله و ان الأمر هنا أشكل لورود النص بدلالة الفعل على الرضا و عدم ورود نص بدلالته على الفسخ بل يمكن إبداء الفرق بين المقامين من وجه آخر و هو ان الإجازة عبارة عن الرضا بالعقد و إنفاذه بخلاف الفسخ فإنه حل للعقد و فكك له و من البين كون استكشاف الرضا بالعقد بالفعل أسهل من استفادة الفسخ منه فتدبر قوله طاب ثراه و هنا كلام مذكور في الأصول (- اه-)

أشار بذلك الى ما ذكره في كلماته الأصولية من المناقشة في اخبار أصالة الصحة بأن غاية ما يستفاد منها انما هو تبرئة فعل المسلم من وقوعه على الوجه المحرم و عدم تعمده الفاسد و انه لا دلالة فيها على لزوم حمل فعل المسلم على الصحيح الواقعي فلاحظ ما ذكره

ص: ١٨٧

هناك و تدبر

قوله طاب ثراه كما صرح به في (- مع صد-) (- اه-)

قال في القواعد و المَجْعول فسحا للبيع من البائع اجازة من المشتري لو أوقعه و الإجارة و التزويج في معنى البيع انتهى و قال في (- مع صد-) في شرح الفقرة الثانية من العبارة ما لفظه أما الإجارة فلأنها تملك للمنفعة و الأصل فيها ان لا تكون فضولية و النكاح لا يقصر عن الإجارة انتهى

قوله طاب ثراه و المراد بهذا الأصل الظاهر (- اه-)

لما كان أصالة عدم الفضولية معارضة بأصالة عدم الفسخ فتدبر الأصل بالظاهر لدفع المعارضة لأن الظاهر إن كان حجة كان دليلاً فلا يعارضه الأصل مع أنه يندفع بتفسير الأصل بالظاهر اعتراض آخر عن الأصل و هو أن أصالة عدم ليست أصلاً برأسها عند جمع و عدم الفضولية مع وقوع العقد لا حالة سابقة لها لكن الإنصاف أن أصل عدم أصل برأسها و مستنده بناء العقلاء حيث أنهم يرتبون آثار عدم على ما يشكون في حدوثه نعم أصل تفسير الأصل بالظاهر و تقديمه على الأصل محل نظر من حيث أن هذا الظاهر لا دليل على حجتيته و لذلك فالأصل مقدم على الظاهر عند التعارض

قوله طاب ثراه فهو حاكم على أصالة عدم الفسخ (- اه-)

الضمير يرجع الى أصالة عدم قصد العقد عن الغير و تذكيره باعتبار لفظ المراد المقدر المدلول عليه بكلمة لو أريد و وجه الحكومة أن الشك في الفسخ ناش من الشك في قصد العقد عن الغير فضولاً فإذا دفع هذا القصد بالأصل لم يبق شك في الانفساخ فأصالة عدم الفضولية سببته مقدمته على أصالة عدم الفسخ المسببته هذا و لكن يتجه على التمسك بأصالة عدم قصد العقد عن الغير فضولاً معارضة بأصالة عدم قصده عن نفسه و أصالة عدم ارادته بهذا الفعل الفسخ و أصالة عدم الفضولية إنما تكون سببته ان لو كان دلالة الفعل لو خلى و طبعه على الفسخ مسلماً و أنى له إثباته

قوله طاب ثراه كما ذكره في الإيضاح و (- مع صد-) (- اه-)

قال في (- عد-) عقيب عبارته المزبورة أنفا و العرض على البيع و الإذن فيه كالبيع على اشكال انتهى و قال في الإيضاح ما لفظه ينشأ من دلالتهمما بالالتزام على الالتزام بالبيع فيكون من البائع فسحا و لهذا يحصل بهما الرجوع من الوصية و من أنها لا تقتضى إزالة الملك و ليست بعقود لازمة و من المحتمل صدورهما عن تردده في الفسخ و الإجازة فهي أعم و لا- دلالة للعام على الخاص انتهى و على منواله جرى في (- مع صد-)

[مسألة هل يحصل الفسخ بالتصرف أو قبله متصلاً به]

إشارة

قوله طاب ثراه هل الفسخ يحصل بنفس التصرف (- اه-)

تظهر الثمرة بين القولين في حرمة التصرف المذكور على الأول لوقوعه في ملك الغير و حله على الثاني لوقوعه على العين بعد الانفساخ و عودها اليه و ربما يظهر من صاحب الجواهر (- ره-) إنكار هذه الثمرة كما لا يخفى على من لاحظ كلامه بطوله و حاصله دعوى اختصاص ما دل على حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه بما لم يقارنه الملك من التصرف فيبقى التصرف المذكور مندرجا تحت الأصل و فيه منع الاختصاص الذي ادعاه فإنه لا مخصص لأدلة حرمة التصرف فيما للغير فتدبر

قوله طاب ثراه و ظهور اتفاقهم (- اه-)

عطف على قوله ظهور كلماتهم التي جعله منشأ للقول الأول و سينقل حجتين آخرين لهذا القول عن التذكرة عن بعض العامة و ينقل جواب العلامة و الشهيد عنهما و ربما احتج بعضهم بوجه آخر و هو ان سبق الملك على التصرف شرط في حله و صحته و عود الملك اليه هنا انما يحصل بالتصرف و لا سبب غيره لعود الملك سابق عليه فيقع التصرف في ملك الغير و يحرم و يمكن المناقشة في ذلك بان سبق الملك شرط في حل التصرف لا في ايجابه الفسخ و لا مانع من حرمة التصرف و ايجابه الفسخ مع انه لا ملازمة بين عدم صدق الملك و بين حرمة التصرف إذ قد يكون التصرف لاستكشاف رضا المالك به على فرض حصول الفسخ به فتدبر قوله طاب ثراه و يمكن ان يحمل (-ه-)

قد يجعل هذا متمما لوجه ثان بان يقال ان الفسخ يحصل بالقصد المقارن بالتصرف فيتقدم و يحصل الشرط و (-ح-) فقولهم بكون التصرف فسحا محمول على كونه دالا عليه و ان لم يتحقق به قوله طاب ثراه و الحكم في باب الهبة و الخيار واحد (-ه-)

حيث انه (-قده-) حكم باتحاد الحكم في المقامين لزمنا نقل كلماتهم و استدلالاتهم هناك لتزداد بصيرة في المقام فنقول انهم اختلفوا في صحة بيع الواهب العين الموهوبة بالهبة التي يجوز الرجوع فيها بعد اقباض العين على قولين أحدهما البطلان و هو خيرة (-ط-) و (-يع-) و محكى المهذب و الجامع ثانيهما الصيحة و هو خيرة (-عد-) و (-شاد-) و (-لف-) و الايضاح و (-مع صد-) و (-لك-) و محكى الحواشي و الكفاية و غيرها و ظاهر (-يع-) ان به قائلا ممن تقدم عليه و لم نقف عليه و ربما قرر جماعة البحث بان البيع هل يكون فسحا لا غير أو فسحا و عقدا فاستقرب في (-عد-) الثاني و الأول هو خيرة من أبطل البيع و ظاهره كصريح (-لك-) اتفاقهم على ان الفسخ يحصل بذلك و انما الخلاف في صحة البيع لكن ظاهر غاية المراد و غيره انه لا إجماع على ذلك حيث قال انه بناء على قول الشيخ (-ره-) يحتمل الفسخ و عدمه لعدم التصريح به حجة القول بطلان البيع مع حصول الفسخ به أمور الأول انه بالقصد و القبض قد انتقل المال من ملك الواهب الى ملك المتهب و إن كان انتقالا قابلا للزوال بالفسخ فيبيع قبل الفسخ وقع في ملك الغير فلم ينفذ و لا يقدح كونه دالا على الفسخ لان غايته ان يكون فسحا موجبا لنقل الملك اليه لكن هذا الانتقال لم يحصل الا بالبيع فيكون البيع واقعا قبل الانتقال ضرورة تقدم السبب على المسبب فوقع على ملك الغير فلم يكن صحيحا و رد بانة إذا لم يصح العقد يلزم ان لا يحصل الفسخ عنده و ان الجماعة يقولون ان حصول الفسخ كاشف عن حصول الفسخ بالقصد إلى إيقاعه الثاني و الثالث نظير ما سينقله في المتن عن (-كره-) عن بعض العامة و ينقل الجواب عنهما و حجة القول الثاني أمور الأول ان العقد يدل على تحقق ارادة الفسخ قبل العقد فيكشف العقد عن حصول الفسخ بالقصد اليه قبيل البيع و حاصله حصول الفسخ بالقصد من دون لفظ و فيه انه كما ترى لا ينطبق على قواعدهم الدالة على اعتبار اللفظ في الكشف عن المراد و كشف العقد لا يجدي بعد اعتبار كون الانكشاف قبل البيع حتى يكون من البيع في الملك الثاني ما في الايضاح و (-مع صد-) و غيرها من ان ثبوت الفسخ فرع صحة العقد في نفسه لأنه أثره فلو كان البيع فاسدا لم يترتب عليه أثره و هو الفسخ و زاد في (-لك-) قوله مع الاتفاق على ان الفسخ يحصل بذلك و انما الخلاف في حصولهما معا به ثم انه تنظر في ذلك في (-لك-) بمنع توقف الفسخ على صحة العقد بل على حصول لفظ يدل عليه و إيقاع البيع على هذا الوجه يدل على ارادة الفسخ فيقتضيه و ان تخلفت صحة البيع من حيث اشتراط تقدم الملك عليه الثالث عموم ما دل على لزوم الوفاء بالعقود فإنه يدل على صحة البيع المذكور و فيه ان العموم المذكور يخصص بما دل على انه لا بيع إلا في ملك و الفرض هنا عدم حصول الملك قبل البيع الرابع ما تمسك به في (-لك-) و جعله اولي من سابقه من ان القصد يدل على ارادة الفسخ و الغرض من الألفاظ المعبرة في العقود الدلالة على الرضا الباطني لأنه هو المعبر و لكن لما لم يمكن الاطلاع عليه نصب الشارع الألفاظ الصريحة دالة عليه و اعتبرها في صحة العقد كما تبهوا عليه كثيرا في أبوابه و (-ح-) فالعقد المذكور يدل على تحقق

ص: ١٨٨

ارادة الفسخ قبل العقد فيكشف العقد عن حصول الفسخ بالقصد اليه قبل العقد أو نقول إذا تحقّق الفسخ بهذا العقد انتقلت العين الى ملك الواهب فكان العقد بمنزلة الفضولي وقد ملكها من إليه الإجازة فيلزم من قبله كما لو باع ملك غيره ثمّ باعه أو باع ما وهبه ثمّ ملكه ونحو ذلك واولى بالجواز هنا لأن بائع ملك غيره قد لا يقصد بيعه على تقدير كونه مالكا له بخلاف هذا فإنه قاصد الى البيع (- مط-) كما لا يخفى الخامس ما تمسك به في الجواهر وجعله الأولى من باقى الأدلّة وهو إطلاق ما دلّ على الرجوع الشامل للأفراد الفعلية والقولية ومنها (-ح-) البيع والعتق ونحوهما إذ ليس المراد منه تصوّر معنى الفسخ وادّعائه بل ولا تصوّر معنى الرجوع وإنشائه وأنما المراد إيجاد ما يدلّ عليه أو يقتضيه من قول أو فعل ومنه المفروض فيكون (-ح-) دالّا على صحّة البيع ولو بالتزام الاكتفاء في اشتراط الملك فيه بنحو ذلك فيؤثر عقد البيع (-ح-) فسخ ملك المتهب ورجوع الملك الى الواهب وانتقاله عنه كما اثر عقد بيع الأب على ولده انتقالا من المشتري الى البائع وتحريرا لأنه مقتضى الجمع بين لا عتق إلا في ملك ومن اشترى أباه أعتق عليه وقلنا بكفاية الترتب الذاتى عن الزمانى جمعا بين الأدلّة وكذا في المقام فإنه بعد ان شرع الوجوب بالبيع لا محيص عن التزام ذلك كله فيه كما أنه بعد شرع الرجوع بالوطى مثلا كان فعله سببا لفسخ الملك على المتهب مثلا مقارنا لدخوله في ملك الواطى لكن يقع الوطى في ملك فلا يكون أوله محرّما و ثانية محلّلا. والمقام من هذا القبيل عند التأمل فلا وجه (-ح-) لهذه الإشكالات التى منها أنه لا وجه لاقتضاء البيع صيرورة الملك لشخصين فى زمان واحد إذ ليس هو بأعظم من اقتضائه الملك والخروج عنه فى زمان واحد فى صورة شراء الأب والترتب الذاتى آت هنا بان يقال اقتضى الانفساخ الدخول فى ملك البائع انتهى ما فى الجواهر وأنت خيرى بأن إطلاقات الرجوع واردة مورد بيان مجرد السيلطنة على الرجوع واما ان الرجوع بما ذا يحصل فلا تعرّض فيها له حتى يتمسك بها ولو سلّم فإنما تدلّ على حصول الفسخ بالبيع المذكور واما صحّة البيع فلا دلالة فيها عليه حتى يلتجئ الى الالتزام هنا بمثل ما التزموا به فيمن اشترى أباه من الملك انا ما على ما أطال به وبعبارة أخرى لما كان الاعتناق هناك فرع صحّة البيع كان مفاد دليل الاعتناق بالدلالة الالتزامية صحّة البيع انا ما بخلاف المقام فان حصول الفسخ لكشف فعله عن ارادة الفسخ وإيقاعه لا يتوقّف على صحّة البيع حتى يستفاد من ذلك بالالتزام صحّة البيع السادس ما فى الإيضاح من أنه بأول جزء منه تنفسخ الهبة فيبقى المحلّ قابلا لمجموع العقد وأنت خيرى بأنه ان أراد بأول جزء منه أول جزء من الإيجاب فيه ان كلّ جزء من اجزاء الإيجاب محتاج إليه فى حصول النقل وان أراد بلفظ أو فعل سابق على الإيجاب خرج عن محلّ البحث لأنّ الكلام فيما إذا وقع البيع من غير سابقه فاسخ آخر والذى يقتضيه التدبّر فى المقام انّ مجرد الإقدام على البيع أعمّ من الفسخ لاحتماله الفضولية (-ح-) فان لم توجد قرينة معيّنة لإرادة الفسخ من البيع فلا إشكال فى بطلان البيع وعدم حصول الفسخ وان وجدت قرينة فأما ان تكون بنفسها دالّة على الفسخ أم لا بل شاهدا على عدم ارادة الفسخ بالبيع فعلى الأول يحصل الفسخ قبل البيع ويصحّ البيع وعلى الثانى يحصل الفسخ بالبيع ولا يصحّ البيع إذ لا بيع إلا فى ملك وحصول الفسخ بأول جزء منه وقد عرفت ما فيه فلا تذهل

قوله طاب ثراه وأجاب فى (- كره-) عن الأوّل بمنع عدم صحّة حصول الفسخ (- اه-)

يمكن الجواب بوجه آخر وهو انّ العقد هنا مفقود من أصله وليس الّا الفسخ ضرورة انّ الفسخ ابطال للعقد الواقع فاذا بطل ذلك وارتفع عادت الملكية السابقة من غير حاجة الى عقد فلا وقع للدليل (-ح-)

قوله طاب ثراه وقد يستدلّ للصحة (- اه-)

المستدل هو صاحب الجواهر (- ره-) وقد أشرنا إجمالا الى كلامه وان شئت نقلنا لك كلامه بطوله لتكون على بصيرة قال (- ره-) انه إذا كان التصرف بالانتفاع كالمسّ والتقييل والوطى ونحوها فيمكن القول بحصول الفسخ بها وانه مقارن للدخول فى الملك من غير اثم تحكيما لما دلّ على انّ له الفسخ بأى فاسخ يكون المستفاد من نفس ثبوت الخيار له على ما دلّ على حرمة التصرف فى مال الغير بحمله على ما لا يقارنه الملك من التصرف خصوصا مع خفاء اندراج هذا الفرد فزمان الفسخ (-ح-) والدخول فى الملك

و اللمس واحد و لا- بأس به الى ان قال بل يمكن القول به في البيع و نحوه بناء على اعتبار سبق الملك فيه و نحوه لعدم الدليل بل مقتضى إطلاق الأدلة خلافه و قوله (-ع-) لا- بيع إلا في ملك لا يقتضى أزيد من اعتبار أصل الملك في البيع على وجه يشمل المقارن في مثل الفرض الذي هو من باب ترتب المعلولات الغير المتنافية بعللها و إن كانت العلة في وجود الجميع واحدة فيترتب (-ح-) على التصرف الفسخ المقتضى لعود الملك للفاسخ المقتضى لانتقاله عنه إلى المشتري المقتضى للانعتاق لو فرض كونه أباه ثم قال و ربما يؤيده ما ذكروه في الوكالة من حصول عقدها بالقبول فعلا من الوكيل بان يفعل ما وكل فيه من تزويج أو بيع أو نحوهما فإن الوكالة و البيع حصلا بعلّة واحدة و الظاهر عدم زيادة اعتبار الملك في شيء على اعتبار الوكالة فيه فإن بيع الوكيل و المالك سواء في ذلك و بالجملة لا مانع من تسلسل العلل المترتب على كل منها معلولها و ان اتحد العلة الأولى و لا يعقل حصول المعلومات المتنافية لعلّة واحدة كما هو واضح ثم قال و مما يؤكد المقام ظهور إرادة القائل بكون البيع فعلا فاسخا الصّحيح منه لا الفاسد الذي يكون فسخه من الدلالة على إرادته لأنه فسخ بالتصرف بل هو صريح استدلالهم على الفسخ بأصالة الصّححة في العقد انتهى و فيه ما مرّت الإشارة إليه عند نقل كلامه آنفا مضافا الى ما أورده عليه في المتن قوله طاب ثراه و توهم انّ الفسخ إذا جاز (-اه-)

قد مرّ توضيح هذا التوهم و جوابه في الوجه الخامس من حجج القول الثاني من مسألة بيع الواهب العين الموهوبة التي تعرّضنا لها آنفا

[أفرع حكم من اشترى عبدا ببارية فقال أعتقهما]

قوله طاب ثراه لأنّ الإجازة إبقاء للعقد (-اه-)

في هذا التعليل و ما ذكر (-قده-) من الجواب نظر أما الأوّل فلوضوح ان مجرد كون عتق العبد اجازة للعقد لا يقتضى تقديمه و أما الثاني فلان توقّف عتق كلّ منهما على عدم عتق الآخر لا يكون ردّا على من زعم تقدم عتق العبد

قوله طاب ثراه لان ملك أحدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك

و من المعلوم انّ ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح من غير مرجح فيفسد العتقان جميعا ولى فيما اختاره تأمل و اشكال و الذي يقتضيه النظر عاجلا- ان يقال أنا اما ان نقول بانّ المبيع يملك بنفس العقد كما هو المشهور أو نقول بأنّه يملك بانقضاء الخيار كما هو القول الآخر فعلى الأوّل فالأظهر صحّة عتق العبد لأنه قد ملكه بالعقد كما ملك البائع الجارية فعتقه على العبد وقع في حال ملكه إياه و العتق مبنى على أدنى علقه و التصرف في زمان خيار الحيوان ملزم للعقد بنصّ الرواية الشاملة بإطلاقها للفرض و لا مانع هنا من نفوذ عتق العبد ألما كون عتق الجارية فسخا بالنسبة إليها و مانعيّة مثل ذلك ممنوع لان دليل كون التصرف فيما انتقل عنه إن كان هو الإجماع فهو دليل لثبتي لا حجّة فيه هنا و إن كان المناط فهو منقّح هنا و الأصل عدم المانع فيبقى العتق بالنسبة الى ما يملكه و هو العبد نافذا ملزما للبيع و بالنسبة إلى الجارية

ص: ١٨٩

لغوا إذ لا عتق إلا في ملك و عتق مملوك و غير مملوك بصيغته واحدة غير فاسد بالنسبة إليهما جميعا بل بالنسبة الى غير المملوك خاصة كما لا يخفى و على الثاني فيصح العتق بالنسبة إلى الجارية دون العبد لما ذكر و في المسئلة وجهان احران أحدهما الرجوع الى القرعة و تعيين المعتق به لعمومات القرعة ألا ان يناقش بان موردها هو المشكل ظاهرا المعلوم واقعا و هنا الإشكال من جهتين و فيه ما حققناه؟؟؟ غير مرة من منع الاختصاص بالمورد المذكور و أنها تجرى في المشكل ظاهرا و واقعا (- أيضا-) كما في المال المشترك المقسوم نعم لا- بأس بالمناقشة فيها بان التمسك بها لو هنها بكثرة ورود التخصيص عليها مبنى على انجبار و هنها بعمل الأصحاب في الموارد الخاصة و لا قائل بها هنا ثانيهما إلزام الحاكم له بتعيين مراده من الفسخ و الإجازة و اعتناق من اقتضى الفسخ أو الإجازة ملكه له (- فت-)

[و من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذي الخيار]

إشارة

قوله طاب ثراه و لكن خلاف الشيخ (- ره-) و ابن سعيد مبنى (- اه-)

قد ناقش هو (- ره-) في هذا البناء بقوله بعد عدة أسطر و يمكن ان يقال ان قول الشيخ (- ره-) و من تبعه (- اه-)

قوله طاب ثراه نعم استشكل فيه في (- لك-) (- اه-)

قال في (- لك-) في شرح قول المحقق (- ره-) في كتاب الزهن من (- يع-) و يصحّ الزهن في زمن الخيار سواء كان للبائع أو للمشتري أولهما بانتقال الملك بنفس البيع على الأشبه انتهى ما لفظه مقتضى التعليل ان الزهن هو المشتري بناء على انتقال الملك اليه و إن كان ثم خيار خلافا للشيخ (- ره-) حيث حكم بعدم انتقال الملك اليه لو كان الخيار للبائع أولهما و يشكل (- ح-) جواز رهن المشتري في الصورتين و ان قلنا بملكه لما فيه من التعرض لإبطال حق البائع و مثله يبيعه و ما أشبه من الأمور الناقلة للملك و تحرير المسئلة يحتاج الى التطويل نعم لو كان الخيار له خاصة فلا اشكال و يكون الزهن مبطلا للخيار و كذا يجوز للبائع رهنه لو كان الخيار له أولهما و يكون فسحا للبيع انتهى

قوله طاب ثراه و ان شرحها في (- الروضة-) بما لا يخلو عن تكلف (- اه-)

قال في اللمعة بعد نفى صحته رهن الوقف و رهن المصحف عند الكافر و رهن الطير في الهواء ما لفظه و يصحّ الزهن في زمن الخيار و إن كان للبائع لان انتقال المبيع بالعقد على الأقوى و يصحّ رهن المرتد و لو عن فطرة الى آخر ما قال و قال في (- الروضة-) ما زجا و يصحّ الزهن في زمن الخيار لثبوت الثمن في الذمة و ان لم يكن مستقرّا و إن كان الخيار للبائع لان انتقال المبيع الى ملك المشتري بالعقد على الأقوى لأن صحته البيع تقتضى ترتيب أثره و لان سبب الملك هو العقد فلا يتخلّف عنه المسبب و على قول الشيخ (- ره-) بعدم انتقاله الى ملك المشتري إذا كان الخيار للبائع أولهما لا يصحّ الزهن على الثمن قبل انقضائه انتهى و ظاهر قوله في الذيل لا يصحّ الزهن على الثمن أنه فهم من عبارة اللمعة ان المراد بالزهن في زمن الخيار رهن البائع الثمن في زمن الخيار و هو كما ترى إذ عليه كان اللازم ابدال البائع بالمشتري و المبيع بالثمن و المشتري بالبائع بأن يقول و إن كان الخيار للمشتري لان انتقال الثمن الى ملك البائع بالعقد (- اه-) و ذلك لان الفرد الأخرى يؤتى به جملة و صليته و ليس جواز رهن البائع الثمن عند كون الخيار له بأخرى من رهنه في صورة كون الخيار للمشتري بل الأمر بالعكس لان رهن غير ذي الخيار إذا جاز مع تسلط صاحبه على فسخ العقد و حلّ الزهن كان جواز رهن ذي الخيار الذي لا خيار لصاحبه أولى بالإذعان و (- أيضا-) لو كان مراد ثاني الشهيدين (- ره-) هنا بالزهن رهن الثمن لم يناسبه التعليل بثبوت الثمن في الذمة بل هذا التعليل يناسب رهن المشتري المبيع و حاصل العلة أنه حيث ثبت في ذمة

الثلث كان له رهن المبيع المنتقل إليه في قبالة الثلث فكون مراد الشهيد الثاني (-ره-) بأن من رهن المبيع الثلث غير معلوم حتى يتوجه الإشكال عليه من خصوص التعليل الذي في كلامه و التعليل الذي في عبارة اللّمة و أما ما في ذيل عبارة (-الروضة-) فهو و إن كان يشهد بكون مراده بالرهن في الصّدر رهن الثلث إلا أنّ حملته على سهو القلم و انه محرف المثلث أهون من الالتزام بارتكاب التعليلين الغير الصّحيحين فلا وجه (-ح-) لما صدر من سلطان العلماء (-رض-) من إبقاء كلمة الثلث على ما هي عليه و الاعتراض على (-الروضة-) بعدم صحّة الوصل و لا- التعليل حيث قال الظاهر أنّ المراد رهن المشتري للمبيع في زمن الخيار كما يظهر من الوصل و التعليل فان كون الخيار للبائع يؤثر في تنزيل المبيع في يد المشتري فيكون فردا خفيا للمسئلة الحاكمة بجواز رهن المبيع و على ما شرحه الشارح كان الفرد الخفي هو ما كان الخيار للمشتري فإنه هو الموهن بعدم لزوم دين على المشتري و خيار البائع لا دخل له في ذلك إلا بالواسطة فلا- يكون فردا خفيا و أما التعليل فلانه على ما شرحه الشارح كان المناسب للتعليل ان يقال لثبوت الثلث في ذمة المشتري بالعقد (-فت-) انتهى و لعله الى ما ذكره أشار الماتن (-ره-) بالتكلف لكن الصّحيح ما ذكرنا فتدبر قوله طاب ثراه بل لعل القول بعدم الانتقال منشئه (-اه-)

في كون ذلك منشئه تأمل فتدبر

قوله طاب ثراه و قيل بانفساخه (-ح-) من حينه (-اه-)

قد تحصل من الماتن (-ره-) الى هنا نقل أقوال أحدها عدم الجواز (-مط-) و هو خيرة (-ط-) و من وافقه ثانيها الجواز (-مط-) استظهره من عبارة (-يع-) في كتاب الرهن ثالثها الفرق بين الخيارات الأصلية و الخيارات المجعولة بالشرط بالجواز في الأولى و المنع في الثانية يظهر الميل اليه أو القول به من الماتن (-ره-) رابعها الفرق بين العتق و غيره من التصرفات بنفوذ العتق دون التصرفات الأخر استظهره من كلمات بعضهم خامسها الفرق بين الإتلاف و التصرفات الناقلة بالمنع من الأوّل و تجويز غيره لكن مع انفساخه من أصله عند فسخ ذي الخيار سادسها هو القول الخامس مع الانفساخ من حينه قوله طاب ثراه حجّة القول بالمنع (-اه-)

قلت و حجّة القول الثاني هي عموم ما دلّ على تسلط الناس على أموالهم لأنّ محلّ النزاع انما هو تصرف من انتقل اليه العين من غير خيار له مع الخيار لصاحبه و لا يمنع من التعلّق بالعموم ما ذكر في تقرير حجّة القول الأوّل ضرورة أنّ شيئا من الإتلاف و التصرفات الناقلة لا يوجب سقوط الخيار بعد إمكان الرجوع الى البدل بالفسخ فان قلت انّ حقّ الخيار متعلّق بالعين بخصوصها بالتقريب المزبور في حجّة الأوّل فاتلافها إتلاف لهذا الحقّ و ان انتقل الى بدله لو تلف بنفسه كما انّ تعلّق حقّ الرهن ببذل العين المرهونة بعد تلفها لا يوجب جواز إتلافها على ذي الحقّ قلنا انّ تعلّق الحقّ بالعين بخصوصها ممنوع و الاستشهاد له بحكمهم بسقوط الخيار عند وقوع التصرف الناقل بإذن ذي الخيار ساقط أمّا أولا فلمنع ابتناء حكمهم ذلك على كون حقّ الخيار متعلّقا بالعين بخصوصها بل هو مبتن على دلالة نفس الإذن بالتصرف الناقل عرفا التزاما على إسقاط الخيار و أمّا ثانيا فلانّ حكمهم بذلك لا يثبت الحقيقة بل لنا على فرض تسليم انحصار دليله في تعلّق الحقّ بالعين بخصوصها منع حكمهم أيضا و يزداد ما ذكر من عدم تعلّق حقّ الخيار بالعين بخصوصها وضوحا بملاحظة قول الماتن (-ره-) في وجه النّظر فانّ الثابت من خيار الفسخ (-اه-) و حجّة القول الثالث ما أشار إليه (-المصنف-) (-ره-) بقوله فالجواز لا- يخلو عن قوّة في الخيارات الأصلية إلى قوله كما لا يخفى و فيه منع اقتضاء الظهور المذكور البدي هو نوعي اشتراط البقاء بل (-ح-) يتبع الموارد فمتى ما ظهر الاشتراط في مورد شخصي ظهورا عرفيا في اشتراط إبقاء العين لم يكن للأخر التصرف فيه بالإتلاف و النّقل لكن ذلك ممّا يلتزمه به جميع أرباب الأقوال لعموم المؤمنون عند شروطهم بعد شمول

ص: ١٩٠

الشرط للشرط المدلول عليه بالالتزام و اين ذلك من الكليّة المدعاه هذا مضافا الى ان المنافى لاسترداد العين عند الفسخ أنّما هو الإلتلاف لا التصرف الناقل فإنّه غير مانع من ردّ العين (- مط-) بل فيما إذا كان عتقا أو وقفا أو بيعا لازما فلا تذهل و حجّة القول الرابع أنّما على عدم جواز غير العتق من الإلتلاف و التصرفات فحجّة الأول و أنّما على الجواز في العتق فهى بنائه على التغليب فإنّه ليس بأبلغ من عتق بعض العبد المشترك فإنّه ينفذ في حصّة شريكه فكذا في المقام و فيه انه إن كان عموم تسلط الناس على أموالهم محكما فليحكم (- مط-) و الّا فلا دليل على النفوذ كما إذا أعتق ملك غيره أو أعتق الصبي أو المجنون أو المفلس فإنّه لا يمضى و النفوذ في حصّة الشريك مع أنّه للنصّ و القياس لا اعتماد عليه مع أنّه قياس مع الفارق لأنّ العتق في البعض قد تنجز لملكه إياه و جواز تصرفه فيه فيسرى في البعض الأخر و هنا قد بنى المنع في غير العتق على حجره من التصرف (- مط-) فالفرض كما إذا أعتق أحد الشريكين المحجور عليه حصّته من العبد فإنه لا أظنّ أحدا يلزم بنفوذه بل لا ينفذ قطعا و حجّة القول الخامس أنّما على المنع من الإلتلاف فحجّة الأول و أنّما على الجواز في التصرفات فهى عدم منعها من نقل العين لأنّ البيع مترزل بعد فاذا فسخ ذو الخيار انفسخ البيع الثانى و عاد المال الى صاحبه الثانى ثمّ الى صاحبه الأول كما إذا باع احد مال غيره معتقدا كونه له ثمّ ظهر انه لغيره و لم يجز المالك الواقعي البيع فإنّ البيع يفسخ و يعود المال الى صاحبه و قد أشار الى تتمه ذلك و جوابه الماتن (- ره-) بقوله عدى ما يتخيّل من ان تملك العاقد الثانى مبنى على العقد الأول و حجّة القول السادس اما على ما عدى كون الانفساخ من حين الفسخ فحجّة الخامس و أنّما على كون الانفساخ من حين فسخ العقد الأول فهى ان مقتضى الفسخ هو تلقى كلّ من العوضين من ملك كلّ من المتعاقدين فلا يجوز ان يتلقّى الفاسخ الملك من العاقد الثانى بل لا بدّ من انفساخ العقد الثانى بفسخ الأول و رجوع العين الى ملك المالك الأول ليخرج منه الى ملك الفاسخ و دعوى ان ملك العاقد الثانى إلى وقت الفسخ فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الأول مدفوعه بعدم معرفته التملك الموقت في الشرع و أقول لا يخفى عليك سقوط ذلك كلّ بعد ما عرفت من كون الاثراء بفسخ ذى الخيار كان لم يكن و كشف فسخه عن بطلان البيع أو الشراء من أول الأمر الّا ان يجاب بما مر فيجاب بمنع انفساخ العقد بعد إمكان الرجوع الى البدل اعنى المثل في المثلى و القيمة في القيمي فظهر من ذلك كلّ ان القول الثانى أقرب و الله العالم

قوله طاب ثراه و هو اللائح؟؟؟ (- اه-)

لا يخفى عليك عدم خلوّ العبارة من الركاكة لكون هذه الجملة جملة مستقلة فاصله بين المستثنى و المستثنى منه اعنى قوله فلا داعى و قوله عدى ما يتخيّل و لو أبدل العبارة بقوله كما هو اللائح لكان أهون

قوله طاب ثراه أنّما فيما نحن فيه فإنّ العين ملك للعاقد الثانى (- اه-)

هذا أنّما يتمّ فيما إذا كان العقد لازما و أنّما إذا كان جائزا فعّد ذلك تعدّرا لا دليل عليه فيبقى دليل عود الملك بالفسخ إلى الأول و تسلط الناس على أموالهم محكما

[أفرعان الأول هل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين]

قوله طاب ثراه كالعلامة في (- عد-) (- اه-)

قد قال بذلك هو في (- لف-) و (- ير-) و الحلّى في (- ثر-) و الفخر في الإيضاح (- أيضا-) نظرا الى الأصل بعد حصول الملك بنفس العقد و عموم تسلط الناس على أموالهم ثمّ ان حملت انتقل إلى القيمة مع فسخ ذى الخيار كما هو خيرة (- ير-) و الإيضاح (- مع صد-) و ظاهر (- ثر-) و (- لف-) و كثر الفوائد و غيرها على ما حكى عن بعضها لمكان الجمع بين الحقوق فيسقط حقّ البائع من العين و يكون له أخذ القيمة لأنّ أمّ الولد لا يجوز بيعها و حقّ البائع من الخيار لا يجوز إسقاطه و احتمال أخذ العين لسبق حقّه على الاستيلاء ضعيف و فى مفتاح الكرامة انه يتعلّق بوطى المشتري (- كك-) أحكام ستّة ثلثة منها لا تختلف باختلاف الأقوال و ثلثة

تختلف أما ما لا يختلف فسقوط الحدّ و نصب الولد و حرّيته لأنّ الوطى صادف ملكاً أو شبهة فدرء الحدّ و ثبت النسب و الحرّية و أما التي تختلف فالمهر و قيمة الولد و كونها أمّ ولد و أما حلّ الوطى و عدمه فيجئان على القولين كما عرفت فإنّ أجاز البائع البيع و قلنا الملك يثبت بالعقد فقد صادف الوطى الملك فلا مهر و لا قيمة ولد و تصير أمّ ولده و ان قلنا أنّما ينتقل بانقضاء الخيار و العقد معا فقد وطأ في ملك البائع فيجب المهر و في قيمة الولد و جهان بناء على القولين في أنّ الحمل هل له حكم أم لا فان قلنا به و جب لأنّ العلوق كان في ملك البائع و ان قلنا لا حكم له لم يجب بل يوضع في ملك المشتري و في الاستيلاء و جهان و ان فسخ البائع العقد فان قلنا أنّ الملك ينتقل بالعقد لا يجب المهر و تصير أمّ ولد و يضمن قيمتها لا ثمنها و ان قلنا أنّ الملك لا ينتقل بالعقد فقد صادف الوطى ملك البائع فيجب المهر و قيمة الولد و لا تصير أمّ ولد إلا ان تنتقل إلى المشتري بسبب آخر فالقولان

[الثانى هل يجوز إجارة العين في زمان الخيار بدون إذن ذي الخيار]

قوله طاب ثراه و من ابطال هذا التصرف (- اه-)

فيه منع إبطاله السّلطنة أبداً بل في زمان الإجازة خاصّة و ذلك غير ضائر و إلا لا و جب عدم صحّة بيع العين الماجورة فالوجه الأوّل هو الأظهر و الله العالم

قوله طاب ثراه ثمّ انه لا إشكال في نفوذ التصرف بإذن ذي الخيار (- اه-)

التصرف في العبارة بإطلاقه يشمل التصرف المخرج عن الملك و المغير للعين و غيره و هو كما ترى محلّ منع نعم ظاهر قوله و أما لأنّ التصرف (- اه-) هو التصرف المخرج عن الملك و المغير للعين و عليه فالأمر سهل و تدبّر

قوله طاب ثراه و لو اذن و لم يتصرف (- اه-)

هذا الخلاف مبنى على اختلاف المسلك في الحكم بلزوم البيع بالإذن للغير في التصرف فمن استند الى الوجه الأوّل أعنى دلالة الاذن على الالتزام بالعقد عرفاً لم يفرّق بين تصرف المأذون و عدمه و من استند الى الوجه الثاني خصّ لزوم البيع بصورة لحوق التصرف لعدم تحقّق تفويت محلّ الحقّ إلا بعد التصرف كما لا يخفى

[مسألة المشهور أنّ المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل العقد]

قوله طاب ثراه المشهور أنّ المبيع يملك بالعقد (- اه-)

هذا هو خيرة (- ط-) و (- ثر-) و (- يع-) و (- فع-) و (- عد-) و (- لف-) و (- شاد-) و الإيضاح و التنقيح و (- مع صد-) و (- لك-) و محكى (- ير-) و جواهر الفقه و كنز الفوائد و كشف الرموز و نقد الشرائع و المعالم و تعليق (- شاد-) و غاية المرام و تلخيص (- ف-) و غيرها بل نسبه في التنقيح الى المحققين من الأصحاب و في غاية المراد انه المنصور عند المتأخرين و في الرياض انه الأشهر و في محكى كشف الرموز أنّه الأظهر بين الأصحاب و عليه العمل و في (- لك-) و مجمع الفائدة تارة كالإيضاح و المهذب البارع و الكفاية و المستند و محكى (- مع صد-) و المقتصر و الكشف انّ عليه الأ-كثر و اخرى كالتذكرة و (- ثق-) و محكى غاية المرام و تعليق (- شاد-) أنّه المشهور بين الأصحاب بل عن ظاهر (- ثر-) هنا و صريحه في باب الشفعة الإجماع عليه

قوله طاب ثراه و حكي المحقق و جماعة (- اه-)

أما نسبة الحكاية إلى جماعة ففي محلّها فإنّ ممّن نسب ذلك الى الشيخ (- ره-) هو العلّامة (- ره-) في (- لف-) و الفاضل المقداد في التنقيح بل في غاية المراد أنّ المشهور نسبة ذلك الى الشيخ (- ره-) و أما نسبة الحكاية إلى المحقق فلم أجد لها مستنداً لخلو ما عثرنا عليه من كتب المحقق عن ذلك و العجب من سيّدنا في مفتاح الكرامة حيث نسب حكاية ذلك عن الشيخ (- ره-) إلى الشرائع و (- فع-) مع أنّ الكتّابين خاليان عن تسمية القائل و أنّما المذكور فيهما قول مجهول للقائل و لعلّه أراد فيهما به الإسكافي و قد صدر

هذا الاحتمال من

ص: ١٩١

شيخ (- لك-) حيث قال فى شرح قول المحقق المبيع يملك بالعقد وقيل به و بانقضاء الخيار (- اه-) أنه يظهر من ابن الجنيد إطلاق القول بذلك فعلاً القول المحكى يعنى فى المتن اشارة اليه انتهى قوله طاب ثراه فيوافق المشهور (- اه-)

قد سبقه فى الميل إلى إثبات موافقة الشيخ (- ره-) فى الأكثر سيدنا فى مفتاح الكرامة و ما فى المتن تلخيص لكلامه و حيث ان مرجع ما ذكره الى الحدث و التخمين و أخذ كلامه فى موضع من الكتابين شاهدا على مراده فى الموضوع الأخر و ذلك مما لا معنى له سيما فى كلمات الشيخ (- ره-) المختلف كلامه فى مبحث واحد فضلا عن مبحثين أعرضنا عن تطويل المقال بنقل ما صدر منه و ان شئت فراجع

قوله طاب ثراه لكن النسبة لا تخلو عن تأمل لمن لاحظ باقى العبارة (- اه-)

تمام العبارة كما فى كتاب المفلس من (- ط-) هكذا و إذا باع عينا بشرط خيار ثلثة أيام ثم أفلسا أو أحدهما قيل فيه ثلثة أوجه أحدها يجوز للمفلس منها اجازة البيع لأن ذلك ليس بابتداء ملك و الملك قد سبق بالعقد المتقدم و الثانى ان له اجازة البيع إذا كان حظّه فى الإجازة أو ردّه إذا كان حظّه فى الردّ دون الإجازة و اما أن يجيز و الخطّ فى الردّ فلا لأنه محجور عليه فممنوع من التصرف إلا فيما فيه مصلحة لمال أو حظ و الثالث ان هذا مبنى على أنه متى ينتقل الملك الى المبتاع إذا كان فى العقد شرط خيار الثلاثة فمن قال ينتقل بنفس العقد قال له الإجازة و الفسخ و من قال لا ينتقل الملك إلا بانقطاع الخيار لم يجز إمضاء البيع و من قال انتقل الملك موقوف فإن أجاز البيع تبين ان الملك انتقل بالعقد فإنه لا يجوز له الإجازة و يكون بمنزلة من يقول ينتقل الملك بانقطاع الخيار لأن بفعله يتبين انتقال الملك فكان ممنوعا منه و الأول أصح الوجه انتهى و وجه تأمل (- المصنف-) (- ره-) فى النسبة بعد ملاحظة ذيل العبارة أنه قابل الوجه الأول بالوجه الثالث و حيث ان وجه الثالث هو بناء الحكم على ان الملك متى ينتقل إلى المشتري هو صحة الوجه الأول (- مط-) سواء قلنا بالانتقال بنفس العقد أو بعد انقضاء الخيار أو وقوف العقد فلا يدلّ تصحيحه الوجه الأول على اختياره حصول الملك بنفس العقد لكن فيه ان تعليقه الوجه الأول بعدم كون ذلك ابتداء ملك و ان الملك قد سبق بالعقد المتقدم يكشف عن اختياره حصول الملك بنفس العقد و إلا لم يكن للتعليل به وجه غاية ما هناك انه يتجه عليه الاعتراض بأنه لا وجه لمقابلته الوجه الأول المعلل بحصول الملك بنفس العقد بالوجه الثالث المبنى على التفصيل فى زمان انتقال المال إلى المشتري كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و قد تقدّم حكاية التوقف عن ابن الجنيد (- اه-)

ان أراد بالتوقف المتقدم حكايته عن الإسكافى القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار لا التوقف عن الفتوى كما هو ظاهر العبارة فى بدو النظر ثم ان المتحصل فى المسئلة أقوال أحدها القول المشهور اعنى حصول الانتقال بنفس العقد ثانياً الانتقال بانقضاء الخيار و هو خيرة الإسكافى ثالثها الانتقال بنفس العقد فيما إذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده و الانتقال بانقضاء الخيار إذا كان الخيار للمشتري وحده مع زواله عن ملك البائع بنفس العقد رابعها التفصيل بين خيار العقد و خيار الحيوان بالانتقال بنفس العقد فى الأول و بانقضاء الخيار فى الثانى و هو الذى مال اليه أو قال به الفاضل الخراسانى فى الكفاية و المحدّث البحرانى فى (- ثق-) و سيد ذكر الماتن (- ره-) حجة القولين الأولين و امّا الثالث فلم نقف له على حجة و كفاك فى ضعفه ما أشار إليه الشهيد (- ره-) فى غاية المراد بقوله بعد نقله ان هذا الكلام يشم منه التناقض استسلافا لكون الملك لا يخلو عن مالك و لا مالك غيرهما قطعا و قد صرح بزوال ملك البائع مع الحكم بعدم انتقاله إلى المشتري مع أنه إذا لم ينقل اليه كان ملكا للبائع زائلا غير زائل و ملك المشتري ثابتا غير ثابت و أنه تناقض ثم حكى الجواب بان الموقوف هو الملك المستقر ثم ردّه بأنه يصلح تأويلا للكلام الأول فيرتفع الخلاف و اما القول الرابع فقد احتج له فى (- ثق-) بأن الأخبار مختلفة بالنسبة إلى اختلاف الخيارات ففى بعضها ما يوافق المشهور و فى بعض آخر ما يوافق القول الآخر قال فمن الأخبار الدالة على الأول الأخبار الواردة فى خيار الشرط و قد تقدّمت كموثقة إسحاق بن عمار و رواية

معاوية بن ميسرة فإنهما صريحتان في كونه زمن الخيار ملكا للمشتري و أنه لو تلف في تلك المدّة كان من ماله و عليها يحمل ما أطلق من اخبار المسئلة و يؤيده (- أيضا-) ان المتبايعين أقدموا على ان يكون المبيع للمشتري و أنما شرطا خيارا في مدّة معينة فالبيع على اللزوم كما هو مقتضاه و ليس للبائع إلّا مجرد الخيار و من الأخبار الدالة على القول الآخر صحيحة ابن سنان المتقدمة في خيار الحيوان الدالة على أنه إذا اشترى الدابة أو العبد و اشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث فضمن ذلك على البائع حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع للمشتري فإنها ظاهرة في عدم الملك للمشتري و إن كان الأصحاب حملوها على استقرار الملك ثم ساق موثق عبد الرحمن و رواه عبد الله بن الحسن المزبوريات في خيار الحيوان ثم قال و هي ظاهرة كما ترى في ان موت الحيوان في الشرط من البائع ألّا ان يلتزم المشتري بالمسقط للخيار ثم قال و بالجمله فأخبار خيار الحيوان كما ترى مشتركة في ان تلفه مدّة الخيار من مال البائع فهي خلاف ما عليه القول المشهور من ان المبيع ملك المشتري الموجب لكون التلف من ماله و خلاف ما تقدّم من نقله عن الشيخ (- ره-) الى ان قال ان الأولى و الأليق هو الوقوف في كلّ حكم على ما يقتضيه النصوص المتعلقة بذلك الحكم و عدم الوثوق بهذه القاعدة التي يؤسسونها انتهى و أقول ما ذكره (- قدّه-) و إن كان غارا للنظر ابتداء لكنّ التأمّل الصادق أوضح شاهد على فساد ضروره أنه إذا كان أفتى في خيار الشرط بحصول الملك من حين العقد نظرا الى الأخبار الدالة على كون التلف في زمان خيار الشرط من المشتري و افتى في خيار الحيوان بحصول الملك بانقضاء الخيار عروجا على الأخبار التي ساقها فيما ذا يجيب عما تضمّنه صحيح ابن سنان من كون التلف على البائع في خيار الشرط (- أيضا-) حيث قال عليه السلام و إن كان بينهما شرط أيام معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع فكأنه (- ره-) غفل عن ذلك ففصل بين خيار الحيوان و خيار الشرط و التحقيق ان التلف له أحكام خاصّة و وقع الاتفاق منهم على تلك الأحكام مع خلافهم هنا فأخبار كون التلف على المشتري لا- دلالة فيها على القول الأول كما ان اخبار كون التلف على البائع لا دلالة فيها على القول الثاني و اما صحيح الحلبي الآتي فسيأتي إنشاء الله تعالى الجواب عنه

قوله طاب ثراه و أكل المال إذا كانت تجارة (- اه-)

قد استدللّ بهذه الآية في الإيضاح و التنقيح و غيرها (- أيضا-) بتقريب أنه (- تعالى-) علق اباحة التصرف على التجارة عن تراض فلو لم يكن يفيد الملك لما جاز التعليق عليه و ردّه في المستند بمنع الملازمة بين تعليق الملك عليه و بين افادته الملك و فيه ان الآية صريحة في حلّ الأكل و التصرف إذا كان التجارة عن تراض و لا نعى بالملك ألّا ذلك

قوله طاب ثراه مما ظاهره كون العقد علّة تامّة (- اه-)

لو لا هذا الاستظهار لكان يمكن ردّه بأنّ الخصم لا ينكر حلّ البيع بل يقول ان البيع لا يحصل ألّا بالعقد و انقضاء الخيار جميعا

قوله طاب ثراه و يدلّ عليه لفظ الخيار (- اه-)

لعلّ نظره في ذلك الى ان الخيار ليس ألّا تسلطّ ذيه على

ص: ١٩٢

فسخ الملك و ردّه فلو لا أنّ الملك قد حصل بالعقد لم يكن للفسخ محلّ و على هذا فجميع اخبار الخيارات تدلّ على المطلوب قوله طاب ثراه و ربّما يتمسك بالأخبار الواردة في الغنية (-اه-)

قد ذكرنا سابقا انا نبين معنى الغيبة في أواخر مبحث النقد و النسبة في شرح خبر الحسين بن المنذر ثمّ ان سيّدنا العاملي قد تمسك في مفتاح الكرامة بطوائف آخر من الأخبار فمنها اخبار خيار التأخير المشتملة على أنّه ان جاء قبل الثلاثة فله بيعه و الّا فلا بيع له و منها الأخبار الدالّة على سقوط الخيار بالخطوة و التفرق فإنه يدلّ على حصول الملك و البيع قبله و أنّما يجب بعده و منها مفهوم الأخبار الدالّة على أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه من دون تقييد بمضى زمن الخيار و أنت خير بإمكان المناقشة اما في الطائفة الأولى فبأنّ استحقاق البائع للمبيع بتأخير المشتري اقباض الثمن عن الثلاثة لا يدلّ على المطلوب بوجه من وجوه الدلالة و اما في الثانية فبأنّه ليس في الأخبار لفظ السقوط كى يستظهر منه الثبوت قبله و (- أيضا-) فثبوت الخيار قبل التفرق غير ثبوت الملكية قبله و اما في الثالثة فبأنّ كون التلف بعد القبض من المشتري بما إذا كان الخيار للبائع كما يأتي بيانه عند التعرّض لتلك المسئلة يوهن ذلك لاستلزامه كون التلف بعد القبض من المشتري بما إذا كان الخيار للبائع أو للمشتري هو خرق للإجماع المركب و (- أيضا-) يعلم من التأمل أنّ احكام التّلف أحكام خاصّة لا تنضبط بقاعدة

قوله طاب ثراه مثل صحيح يسار بن يسار (-اه-)

قد أورد (- قدّه-) هذه الرواية في أواخر مبحث النقد و النسبة في مسئلة بيع العين الشخصية المشتراة نسيئة من بايعه قبل حلول الأجل و ذكرنا هناك أنّ الصحيح بشار بن يسار لا يسار بن يسار فراجع قوله طاب ثراه فإنّ في ذيلها دلالة (-اه-)

وجه الدلالة أنّه (- ص-) نفى كون البقر و الغنم و المتاع بقرة و غنمه و متاعه و نفى ذلك يدلّ على أنّه بقر من اشتراه منه و غنمه و متاعه و لو كان حصول الملك موقوفا على انقضاء الخيار لم يكن لنفى كونه بقرة و متاعه و غنمه وجه ضرورة أنّه لم ينقض الخيار فعلا لعدم انقضاء ثلثة الحيوان فلو كان الملك متوقفا على انقضاء الخيار لكان بقرة و غنمه و متاعه قوله طاب ثراه صحيحة محمّد بن مسلم (-اه-)

أشار بذلك الى الصحيح الذى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن حماد عن حريز و صفوان عن العلاء جميعا عن محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال سألته عن رجل الخبر قوله طاب ثراه كما يظهر من قولهم في اخبار آخر (-اه-)

مثل ما رواه اى الشيخ (- ره-) بإسناده عن احمد بن محمد بن محمد بن عيسى عن يحيى بن الحجّاج قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لى اشتر لى هذا الثوب و هذه الدابة و بعنيها أربحك فيها كذا و كذا قال لا بأس بذلك اشترها و لا تواجهه البيع قبل ان تستوجبها أو تشتريها

قوله طاب ثراه و أشدّ ضعفا من الكلّ ما قيل

هذا القول يقرب ممّا تمسك به في الإيضاح و التنقيح من أنّه قد تقرّر في الأصول انّ الصّحة عبارة عن ترتّب الأثر فحال وقوع العقد ان وصف بالصّحة ثبت المطلوب و ان لم يوصف فلا خيار لترتبه على العقد الصّحيح و الفرض عدمه و الجواب ان للخصم ان يتصرّف في الأثر و يقول ان اثر العقد الغير المستعقب للخيار هو الملك من حينه و اثر العقد الغير المستعقب هو الملك من حين انقضاء زمان الخيار فيكون صّحة العقد الغير الخياري عبارة عن ترتّب الملكية من حينه و صّحة العقد الخياري عبارة عن قابليته لحصول الملك به عند انقضاء الخيار و هذه القابليّة حاصله من حين العقد فلا محذور ثمّ هناك وجوه آخر اعتباريّة أهمل الماتن (- ره-) ذكرها و لا

بأس بنقلها أحدها ما تمسك به في الإيضاح و التقيح و غيرهما أخذاً من (- لف-) من ان المقتضى حين العقد موجود و العارض لا يصلح للمانع فيثبت الملك من حينه أما المقتضى فهو العقد و قد وجد فيؤثر من حينه و الوجه في كونه مقتضياً أمور فمنها أنه السبب الشرعى لنقل العين هنا و لذلك عرفوه بأنه انتقال عين أو تمليك عين و بعبارة أخرى أحسن البيع تمليك بدليل قوله ملكتك فيثبت به الملك كسائر البيوع لأن التملك يدل على نقل الملك إلى المشتري و يقتضيه لفظه و الشرع قد اعتبر و قضى بصحته فيجب ان يعتبره فيما يقتضيه و يدل عليه لفظه و منها أنه لو لم يكن سبباً أولاً لم يكن سبباً بعد الخيار لأن الافتراق لا مدخل له منفرداً عن العقد فكذا لا مدخل له حالة الانضمام لأصالة البقاء يعنى الاستصحاب و منها أنه كلما وجد العقد ثبت الملك و كلما انتفى العقد انتفى الملك فيكون هو المؤثر عملاً بالدوران و أما عدم صلاحية العارض للمانع فلا لأنه ليس إلا ثبوت الخيار و هو غير مناف للملك كما لو باع عرضاً بعرض فوجد كل منهما فيما انتقل اليه عيباً هذا غاية ما قيل في تحرير هذا الوجه و يمكن المناقشة فيه بمنع اقتضاء العقد الانتقال من حينه بل هو مقتضى للانتقال في الجملة أن لازماً فمن حينه و ان جائزاً فمن حين الانقضاء و الوجه المتمسك بها للاقتضاء ساقطة أما الأول فلا يثبت إلا السببية في الجملة الغير المنافية للقول الثاني فإن القائل بالانتقال بالانقضاء لا يقول بأن السببية هو الانقضاء فقط بل هما معا أو العقد فقط إلا أن تأثيره معي بالانقضاء و أما الثاني فلان الممنوع ليس هو السببية (- مط-) بل خصوص السببية التامة المنحصر فيها و الوجه المذكور لا يثبت إلا السببية في الجملة المسلمة بين المتنازعين جميعاً هذا مضافاً الى ان الافتراق هنا غير مطلق الافتراق فلا استصحاب سلمنا لكنه معارض بمثله كان يقال كان المال غير مملوك قبل العقد فليكن بعده (- كك-) (- فت-) و أما الثالث فمع ما فيه من شبهة المصادرة بزعم الخصم ان الدوران ليس بحجة عندنا ما لم تكن العلية مستفاداً من خطاب أو مقطوعاً بها من عقل أو عادة مستمرة لا تنحرم لأن تلازم الوجود و العدم لا يدل على العلية كما في الجوهر و العرض و الحد و المحدود و الحركة و الزمان المعلولين المتساويين على ان التلازم في الانعكاس غير واجب في الأحكام كما في المشقة للتقصير الثاني ما تمسك به في التقيح من أنه لو لم ينتقل بالعقد إلى المشتري لكان موقوفاً و (- ح-) لم يكن فرق بين بيع المالك و بين الفضولي و استحالة اللازم ظاهر و فيه أولاً منع الملازمة ان أريد بالوقوف الوقوف على الإجازة و ان أريد به الوقوف على انقضاء الخيار فلا مانع منه و ان أريد به التزلزل فهو مسلم عند الجميع الى الانقضاء و ثانياً منع بطلان عدم الفرق بين بيع المالك و بيع الفضولي الثالث ان للمشتري التصرف و لا سبب له إلا الملك هنا إذ الإذن الضمني لا يقوم بنفسه بل بالعقد حكى في غاية المراد التمسك به عن بعضهم ثم أجاب بمنع الصيغرى إذا أريد به التصرف المنجز و بمنع الكبرى ان أريد به مطلق التصرف و هو متين الرابع أنه صحيح و إنما لبطل الخيار فيتبعه غايته حكاها في غاية المراد ثم قال و رد بأن الغاية صلاحية الملك إذا حصل شرطه و الملك الحقيقي من توابع اللزوم قوله طاب ثراه و قد استدلل (- أيضاً-) بالنبوى (- اه-)

قد استدلل به

ص: ١٩٣

صاحب الجواهر (- ره-) و قال ان معناه ان الرّيح فى مقابلة الخسران لانّ الخراج اسم للفائدة الحاصلة فى المبيع و المراد أنّها للمشتري كما ان الضرر الحاصل بالتلف عليه فهو دالّ على المطلوب قلت وجه الدّلالة على ما ذكره ان كون التّماء فى زمان الخيار للمشتري و التلف عليه فرع ملكه لأصل المبيع فالخبر دالّ على المطلوب باللزوم قوله طاب ثراه استدللّ للقول الآخر (- اه-)

أراد بالقول الآخر القول الثانى أعنى توقّف الانتقال على انقضاء الخيار و المستدلّ بهذا الوجه هو سيّدنا فى مفتاح الكرامة و استدّلوا على ذلك بوجوه آخر أحدها ما فى المراد من أصالة بقاء الملك على ما كان عليه حتى يثبت السبب المزيل و الاتفاق واقع على انّ العقد مع انقضاء الخيار مزيل و كونه مزيلا قبله غير معلوم فيرجع الى الأصل و الجواب عن ذلك واضح إذ كما انّ العقد مع الانقضاء مزيل فكذا هو وحده مزيل لملك البائع بحكم أية حلّ الأكل مع التجارة عن تراض و غيرها ممّا مرّ المورث مجموعته للفقيه الاطمئنان بحصول الملك بالعقد الثانى ما تمسّك به فى (- لف-) من انّ العقد الخيارى قاصر فلا ينقل الملك كالهبة قبل القبض و قرّره فى التنقيح و غيره بانّ البيع مع الخيار قاصر عن البيع من غير خيار و القصور ليس الّا لعدم افادة الملك لانه لو أفاد الملك لما كان قاصرا بل مساويا و هذا خلف و أجاب فى (- لف-) بالمنع من القصور عن افادة الملك قال و اعنى به قبوله للفسخ فذلك لا يوجب القصور و لا- عدم نقل الملك كالمعيب و قرّره فى التنقيح بالمنع من انّ القصور ليس الّا لعدم افادة الملك لجواز ان يكون لعدم اللزوم و ذلك كاف فى الفرق و الأولى ان (- يق-) انّ قصور العقد الخيارى عن العقد الغير الخيارى مما لم يرد به نص و أنّما غاية ما ثبت توقّف لزوم العقد على انقضاء الخيار و امّا توقّف حصول الملك عليه فلا دليل عليه و الأصل عدم التوقّف الثالث ما تمسّك به فى غاية المراد من انه كلّما توقّف ثبوت البيع على انقضاء الخيار توقّف الملك على انقضاء الخيار لكن المقدم حقّ فالتالى مثله و الملازمة بينه و امّا بيان حقيقة المقدم فلان أحد الأمرين لازم اما إحداث قول ثالث أو ثبوت المطلوب و الأوّل محال فثبت الثانى بيان الملازمة رواية الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام فى خيار المجلس فاذا افترقا فقد وجب البيع و المراد بالوجوب الثبوت لانه (- كك-) لغه و الأصل عدم التّقل فان عمّ الخيار فهو المطلوب و الّا افترق أقسام الخيار فيلزم احداث الثالث ثمّ قال و لا يعارضه دلالة رواية غياث بن إبراهيم عن الصّيادق عليه السّلام بإسناده الى على عليه السّلام إذا صفق الرّجل على البيع فقد وجب و ان لم يفترقا لضعف سندها أولا و لجواز كون الافتراق شرطا لا جزء علّة فيجوز استناد الثبوت الى العقد انتهى و أقول أولا انّ الوجوب استعمل فى اللّغة بمعنى اللزوم (- أيضا-) كما هو صريح الصّحاح و القاموس و (- يه-) و المصباح و غيرها قال فى الأوّلين وجب و جوبا لزم و ثانيا انا ان لم نضايق من كون الوجوب فى الخبر بمعنى الثبوت نقول انّ المراد بالثبوت اللزوم كيف لا- و لو لا- ذلك للزم عدم حصول البيع قبل انقضاء الخيار و حيث أنّه بين البطلان لوضوح حصول البيع عرفا قبله فتعيّن كون المراد اللزوم مضافا الى شهادة الأدلّة المزبورة على ذلك

قوله طاب ثراه مثل صحيحة ابن سنان (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن عدّه من أصحابه عن سهل بن زياد و احمد بن محمّد جميعا عن ابن محبوب عن ابن سنان يعنى عبد الله قال سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرّجل الخبر

قوله طاب ثراه و رواية عبد الرّحمن (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمّد بن سماعة عن غير واحد عن ابان بن عثمان عن عبد الرّحمن بن ابى عبد الله البصرى قال سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل الخبر

قوله طاب ثراه و مرسله ابن رباط (- اه-)

أراد بها ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن الحسن بن عليّ بن فضال عن الحسن بن عليّ بن رباط عمّن رواه عن

أبي عبد الله عليه السلام

قوله طاب ثراه و النبوى المروى فى قرب الإسناد (-اه-)

أشار بذلك الى ما رواه الشيخ بإسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن ابى إسحاق عن الحسن بن ابى الحسن الفارسى عن عبد الله بن الحسن بن زيد بن على بن الحسين عن أبيه عليه السلام عن جعفر بن محمد عليهما السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله فى رجل اشترى عبدا بشرط ثلثة أيام فمات العبد فى الشرط قال يستحلف بالله ما رضيه هو ثم برئ من الضمان

قوله طاب ثراه و هذه الأخبار انما تجدى فى مقابل من ينكر (-اه-)

لا يخفى عليك ما فى العبارة من الخلل فإن الأخبار المذكورة انما تجدى من ينكر تملك المشتري مع اختصاص الخيار لا فى مقابله و لا يبعد ان يكون لفظ فى مقابل مشخوط؟؟؟ عليه فى أصل النسخ فكتبه الساسخ غفلة

قوله طاب ثراه و على اى حال فهذه الأخبار انما ان تجعل مخصصة (-اه-)

يعنى ان الأمر فى الأخبار المستدل بها للقول الثانى دائر بين أمرين أحدهما ان تجعل مخصصة لأدلة المشهور الذى هو حصول الملك بنفس العقد يعنى عموم أدلة البيع و التجارة عن تراض و اخبار الخيار و جعلها مخصصة انما هو بضميمة قاعدة تلازم الملك و الضمان لأن الأخبار المذكورة انما أفادت ضمان البائع فإذا ضم إليها تلازم الملك و الضمان حصل ان المال باق على ملك البائع فى زمان خيار المشتري فتصير الأخبار الدالة عليه مخصصة لأدلة لزوم البيع لأنه يصير حاصل المجتمع من الأمرين ان عقد البيع لازم إلا العقد الذى اشتمل على خيار المشتري فإنه ليس بلازم لبقاء المبيع على ملك المشتري و ثانيهما ان تجعل مخصصة لقاعدة التلازم بين الملك و الضمان و جعلها مخصصة انما هو بضميمة أدلة المشهور المعبر عنها فى كلام (- المصنف-) (- ره-) بأدلة المسئلة فتفنا فى العبارة يعنى الأدلة الدالة على حصول الملك بنفس العقد و ذلك لأن الأخبار المذكورة انما أفادت كون المبيع فى ضمان البائع فإذا ضم إليها أدلة المشهور التى مقتضاها صيرورة المبيع ملكا للمشتري بنفس العقد حصل منهما ان المبيع فى زمان الخيار المختص بالمشتري ملك له و لكن البائع ضامن له عند التلف فيحصل منه التخصيص فى قاعدة التلازم بمعنى ان التلازم بين الملك و الضمان حاصل إلا فى البيع الذى اشتمل على خيار مختص بالمشتري ثم إذا دار الأمر بين التخصيصين فلو لم يكن مرجح لأحدهما لزم الرجوع الى أصالة عدم حصول الملك بنفس العقد لكن الشهرة المؤيدة بالإجماع المحكى ترجح ارتكاب تخصيص قاعدة التلازم و لسيدنا فى مفتاح الكرامة كلام فى المقام يعجبني نقله قال (- ره-) ان اخبار القول الأول قد تعاضدت و اعتضدت بالشهرة العظيمة بل بالإجماع مع صراحة أخبار الشرط و مخالفة جمهور فقهاء الجمهور كأبى حنيفة و مالك و الشافعى فى أحد أقواله و الموافق لنا احمد و الشافعى فى أحد أقواله فما قيل من انا مخالفون للعامة كافه غير صحيح و اما هذه الأخبار فهى على أخصيتها من المدعى و شذوذها فيما حاولوها منها و عدم صراحتها فيه و عدم العاضد لها سوى الأصل المعارض بأصل برأيه الذميمة من المنافع المتلفة عند المشتري مثلا فقد حملت على محامل قد قيل ان أجودها الحمل على التقيته و فيه بعد و قد حمل قوله عليه السلام فى الصيحة يعنى صحيحة ابن سنان حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع للمشتري على استقرار الملك إذا قصى ما دلّت

ص: ١٩٤

عليه هذه الأخبار أنّ التلف في المدّة ممّن لا خيار له و هذا مجمع عليه بين الأصحاب فكان بالنصّ و الإجماع مستثنى من قاعدة الباب القائلة بحصول الملك بمجرد العقد المستلزماً لكون التلف من المشتري كما استثنينا بالنصّ و الإجماع (- أيضاً-) أنّ التلف قبل القبض من مال بايعه سواء كان للمشتري خيار أم لا بمعنى أنّه انفسخ العقد من حينه و يقدر دخوله في مال البائع انا ما قبل التلف و يكون التلف كاشفاً فما دلّت عليه هذه الأخبار أنّ نحن فيها بظاهرها من عدم صيرورة المبيع قبل انقضاء الخيار للمشتري يراد منه عدم اللزوم و الاستقرار كما ذكره في الصّحیح و لم يبق إلّا الأصل و لا بقاء له مع عدم الدليل هذا كلامه علا مقامه و في بعض ما ذكره نظر مثل إيقاعه التعارض بين استصحاب عدم حصول الملك ما لم ينقض الخيار و بين أصل البراءة من المنافع المتلفة في زمان الخيار فان فيه أنّ الاستصحاب المذكور حاكم على أصل البراءة لكونه سببياً و الذي يقتضيه النظر الدقيق هو أنّه لا سبيل للترجيح في المسئلة لان مضمون كلّ من اخبار الطرفين و مدلوله المطابقى أعنى كون التلف ممّن لا خيار له و هو المشتري في طائفة و البائع في أخرى مشهور بين الأصحاب و انما التعارض بين لازميها بناء على ثبوت الملازمة بين كون النماء للمشتري و التلف منه و بين ملكه بالعقد و (-ح-) فلا مسرى للترجيح بل الحقّ ما سلكه فاضل المستند من نفي اللزوم بين الحكم بكون التلف من أحدهما و بين ثبوت الملكية له لعدم دليل على هذه الملازمة من عقل و لا شرع و لذا يكون التلف من البائع قبل القبض و ان لم يكن خيار فيه (- أيضاً-) و كذا في زمان الخيار للمشتري عند القائلين بتملكه فلا استدلال بذلك ساقط رأساً فتدبر جيداً تذييل لا يخفى عليك أنّ الكلام في الثمن هنا هو الكلام في المبيع حرفاً بحرف كما صرح بذلك جماعة قاطعين به بل في المصايح أنّ الثمن في ذلك كلّه كالمبيع إجماعاً لاستحالة انتقال احد العوضين دون الآخر لخروجه عن حقيقة المعاوضة و استلزامه الجمع بين العوض و المعوّض فعلى المختار ينتقل الثمن إلى البائع من حين العقد كما ينتقل المبيع إلى المشتري (- كك-) انتهى و الأصل في ذلك عموم أدلّة المسئلة فلاحظ

[و من أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار]

قوله طاب ثراه فلا اشكال و لا خلاف في كون المبيع في ضمان البائع (-اه-)

قد صرح بكون التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له جماعة قاطعين به بل في مفتاح الكرامة تارة نفي وجدان الخلاف فيه و اخرى أنّ كون التلف ممّن لا خيار له قاعدة لا خلاف فيها و في كشف الظلام أنّ التلف بعد القبض في مدّة الخيار ممّن لا خيار له من غير خلاف يعرف بين الأصحاب فيما أجده و في الجواهر أنّ الإجماع بقسميه عليه و في الغنية أنّه إذا هلك المبيع في مدّة الخيار فهو من مال البائع إلا ان يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثاً يدلّ على الرضا فيكون هلاكه من ماله انتهى

قوله طاب ثراه و يدلّ عليه ما تقدّم في المسئلة السابقة من الأخبار (-اه-)

أراد بها صحيح ابن سنان و خبر عبد الرحمن و مرسله ابن رباط و النبويّ المرويّ في قرب الإسناد

قوله طاب ثراه من غير فرق بين أقسام الخيار (-اه-)

هذا هو احد الوجوه في المسئلة جزم به في الرياض و كشف الظلام و هناك وجهان اخران أحدهما اختصاص القاعدة بخيارى الشرط و الحيوان و هو خيرة العلامة الطباطبائي ردّه نظراً الى اختصاص التصوص بهما و الاقتصار فيما خالف أصالة كون الضمان على المشتري القابض المالك بنفس العقد على مورد النصّ و الإجماع بل ربّما يدعى كونهما هما المراد ان بعبارة من غنى الضمان بانقضاء زمن الخيار و مدّته فإنّه ليس لغيرهما من الخيارات زمان و مدّة حتى خيار المجلس فإنّ مدّته غير مضبوطة و فيه نظر لعدم ظهور المدّة و الزمن في المدّة المضبوطة فشمولهما لخيار المجلس متّجه نعم إخراجها بدعوى اختصاص الدليل بغيره في محلّه ان تمّ و مثله لو استند في إخراجها الى أنّ مورد القاعدة ما إذا كان الخيار لأحدهما فإنّ خيار المجلس يثبت لهما جميعاً ثانيهما الشمول لخيار المجلس (- أيضاً-) و هو الذي مال اليه الماتن (-ره-) في صدر المقال مستدلّاً عليه بقوله عليه السلام ليس على الذي اشترى ضمان

حتى يمضى شرطه هذا و قد استدلل القائلون بعموم القاعدة لجميع أقسام الخيارات بوجهين أحدهما ما أشار إليه الماتن (- ره-) من المناط و ثانيهما تميم التّصووص بعدم القول بالفصل و الى ردّه أشار الماتن (- ره-) بقوله فيما يأتي لكن الإنصاف انه لم يعلم من حال احد (- اه-)

قوله طاب ثراه الا ترى ان المحقق الثاني (- ره-) (- اه-)

قال في جامع المقاصد في شرح قول العلامة (- ره-) في آخر خيار العيب و لو اقتص منه فلا رد له و له الأرش ما لفظه اي لو اقتص من الجاني في يد المشتري فلا- رد لأن ذلك عيب قد حدث في يده فيكون مضمونا فامتنع الرد لكن له المطالبة بالأرش إذا كان جاهلا بالعيب كما لو حدث في المعيب عيب آخر عند المشتري الجاهل بعيبه و لا يخفى ان هذا حيث يكون الاقتصاص في غير زمان الخيار المختص بالمشتري فان في زمان هذا الخيار مضمون على البائع ما لم يفتر المشتري انتهى و الظاهر ان استشهاد الماتن (- ره-) بهذا الكلام على ان المراد بالخيار ليس هو مطلق الخيار انما هو من جهة التقييد بان كون الاقتصاص من العبد الجاني من ضمان البائع انما هو إذا كان في خيار المشتري و وجه الاستشهاد انه لو كان المراد بالخيار هو مطلق الخيار كان التقييد لغوا لوجود مطلق الخيار من جهة كون الجنائية في العبد الجاني عيبا يورث الخيار للمشتري فالمراد بالخيار المقيد به غير ذلك كالحاصل بالشرط و نحوه (- فت-)

قوله طاب ثراه و في الاعتماد على هذا الاستظهار تأمل (- اه-)

وجه التأمل إمكان المناقشة في الظهور بأنه قد ورد في تفسير الشرط في بعض الروايات بخيار الحيوان من حيث جعله عليه السلام قوله ثلثة أيام بدلا من الشرط في قوله عليه السلام حتى ينقضى شرطه ثلثة أيام و يصير المبيع للمشتري و على هذا فلا يبقى للاستظهار المذكور محل

قوله طاب ثراه على تأمل في خيار المجلس (- اه-)

وجه التأمل اختصاص مورد الأخبار بخيارى الحيوان و الشرط فيلزم الاقتصاص في مخالفة قاعدة كون تلف المبيع بعد القبض من المشتري عليها

قوله طاب ثراه فهو غير بعيد (- اه-)

قد سبقه في الميل إلى إلحاق تلف الثمن بتلف المبيع في الحكم المذكور أو القول به سيدنا في مفتاح الكرامة و قال به في الرياض (- أيضا-) و خالف في ذلك صاحب الجواهر (- ره-) فأفتى باختصاص الحكم بالمبيع و عدم جريانه في الثمن و هو الأظهر لأصالة بقائه على ملك البائع إلى زمان التّلف و التّلف انما يكون من مال من وقع في ملكه و لا دليل هنا على انفساخ البيع و رجوعه إلى المشتري قبل التّلف انما ما كى يكون من ماله و الأصل عدم الانفساخ مضافا الى قاعدة كون التّلف بعد القبض من مال من انتقل اليه بعد اختصاص اخبار المسئلة بالمبيع

قوله طاب ثراه نظرا الى المناط الذى استفدناه (- اه-)

قد ناقش آنفا في المناط فكيف اعتمد عليه هنا

قوله طاب ثراه مضافا الى استصحاب ضمان المشتري له (- اه-)

فيه نظر ضرورة ان الضمان قبل القبض من احكام عدم القبض فاذا وقع القبض فقد انتفى موضوع الضمان و الاستصحاب لا يجرى مع تبدل الموضوع كما برهن عليه في باب

قوله طاب ثراه (- فت-)

وجه التأمل على الظاهر منع كون مورد الأخبار الثمن المعين ان لم تكن ظاهرة

ص: ١٩٥

في كونه كلياً

قوله طاب ثراه و مع ذلك كله فظاهر عبارة (- س-) (- اه-)

قد استظهر ذلك من (- ط-) و (- ف-) و (- عد-) و جواهر القاضى (- أيضا-) و لكن ليس لهم مستند ظاهر

قوله طاب ثراه في الفرع السادس (- اه-)

الموجود في أكثر نسخ الكتاب هو الفرع السابع و الموجود في نسختنا المصححة السادس بدل السابع و هو الصحيح لأنّ العبارة المذكورة في (- س-) في المسألة السادسة دون السابعة و وجه دلالة العبارة على عدم الانفساخ أنه جمع بين بقاء الخيار و بين كون التلف من البائع في صورة اختصاص الخيار بالمشتري فإنه لو كان التلف بعد القبض في زمان الخيار المختصّ موجبا لانفساخ العقد لم يكن لبقاء معنى

قوله طاب ثراه و العبارة محتاجة إلى التأمل من وجوه (- اه-)

قد عدّ الشيخ الوالد العلامة أعلى الله مقرّه و مقامه مواضع ثلثة من العبارة قابلة للتأمل فيها جعلها مشار إليها بالوجوه في عبارة الماتن (- ره-) أحدها تقييده رجوع البائع بالبدل عند فسخه بصورة عدم ضمانه و وجه التأمل أنه مع كون الخيار للبائع و فسخه لا يتصور ضمانه حتى يكون للتقييد بعدم ضمانه وجه فان ضمانه لا يتصور إلا إذا اختصّ الخيار بالمشتري ليكون البائع من لا خيار له و يكون التلف منه ثانيها حكمه بغرامة البدل في صورة كون ضمان المبيع عليه و وجه التأمل انه مع كون الخيار له لا يعقل ضمانه حتى يكون منشأ؟؟ لغرامة البدل و ذلك لاعترافه (- قدّه-) بأنّ التلف بعد القبض في زمان خيار المشتري من البائع فالضمان على البائع دون المشتري (- اه-) فما معنى غرامته البدل ثالثها قوله و لو أوجه المشتري (- اه-) و وجه التأمل ظهور العبارة في ان له ان لا يوجهه مع أنه اعترف أولاً بانفساخ العقد عند التلف قبل القبض و أقول الإنصاف أنه لا وجه لشيء من هذه التأملات أما الأول فلإمكان تصوير ضمان البائع مع كون الخيار له فيما إذا كان التلف بمباشرة أو تسببه الذي هو أقوى من فعل المباشر فإنه (- ح-) يكون الضمان عليه فعلى القول بعدم سقوط خياره بالإتلاف المذكور يتم وجه التقييد و يكون تقدير العبارة انه لو أفسخ البائع رجوع بالبدل بدل المبيع إلى المشتري إلا ان يكون البائع هو الذي ألتف فلا يرجع على المشتري بل يفسخ و يردّ الثمن و لا شيء عليه و أما الثاني فلإمكان تصوير ضمانه فيما إذا كان هو المتلف للمبيع نظير سابقة و فيما إذا لم يكن الخيار مختصاً به بل كان الخيار مشتركاً فإنه (- ح-) لا ضمان على البائع لاختصاص مورد قاعدة كون التلف ممن لا خيار له بالخيار المختصّ بالمشتري و أما الثالث فلأنّ عدم تأثير الإيجاب في تضمين البائع كما يمكن ان يكون لمانع آخر فكذا يمكن ان يكون لعدم أثر للإيجاب رأساً و عدم شرعيته لحصول الانفساخ عند التلف

قوله طاب ثراه و ربّما يحتمل ان معنى قولهم (- اه-)

هذا الاحتمال و ما بعده من الاحتمالات بعيدة و لا شاهد على شيء منها و لو كان فلا دليل يساعد على مقالتهم (- ح-) كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و منه حكم الشارع عليه بالإتلاف (- اه-)

كما إذا ارتدّ و وجب قتله فقتل أو عاد الخلّ خمراً مثلاً فحكم الشارع بإتلافه أو أقعد العبد أو عمى فأوجب الشارع عتقه و هكذا

قوله طاب ثراه سقط به الخيار (- اه-)

الوجه في ذلك هو كونه تصرفاً قد مرّ سقوط الخيار به

قوله طاب ثراه و لأنّ الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها في ملك الفاسخ (- اه-)

كلمة الفاسخ هنا و في قوله ملكاً تالفاً للفسخ و في قوله فإنه لا يتعين للدفع الى الفاسخ سهو من التّساخ و الصّحيح المفسوخ عليه بدل الفاسخ في المواضع الثلثة ثمّ ان أصل التعليل لا يتمّ إلا على القول بكون الفسخ حلاً للعقد من أصله و لا يخفى فساد المبني بل هو حلّ له من حينه فلا- معنى لعوده الى ملك المفسوخ عليه قبل التلف بل الصّحيح تقديره حين الفسخ ملكاً للفساخ في ذمّة صاحبه أو

بالعكس فتدبر

[و من أحكام الخيار أنه لا يجب على المتبايعين تسليم المبيع و الثمن في زمن الخيار]**إشارة**

قوله طاب ثراه ففيه نظر من جهة عدم الدليل (- اه-)

ناقش في ذلك بعضهم بمنع شمول الأموال في النبوي لمثل ذلك و بأن المراد بها ما يشمل الحق المالي فيكون لكل منهما سلطنة عليه فليس للآخر إجبار صاحبه على التسليم لمنافاة ذلك لسلطنته (- أيضا-) و فيه نظر ظاهر ضرورة وضوح فساد منع المائيّة بعد تسليم ملك المبيع بنفس العقد و الأولى تعليل الحكم اعنى عدم وجوب التسليم بأنّ كلّا من المتبايعين و ان ملك ما انتقل اليه بنفس العقد ألّا ان الملك متزلزل و شمول أدلته تسلط الناس على أموالهم للأموال الغير اللّازم ناقلها غير معلوم (- فت-) كى يظهر لك انّ المرجع عند الشكّ في الشمول أنّما هو أصالة الإطلاق

[مسألة في عدم سقوط الخيار بتلف العين]

قوله طاب ثراه قال في (- عد-) لا يسقط الخيار (- اه-)

قد وصف بعضهم عدم بطلان الخيار بتلف العين بالشّهرة و علل بالاستصحاب و العمومات مع عدم كونه من المسقطات له عقلا أو شرعا إلّا إذا استلزم الالتزام كما إذا كان ياتلاف صاحب الخيار لما انتقل اليه مع عدم خيار لصاحبه معه أو استلزم الفسخ كما إذا كان ياتلافه لما انتقل عنه أو استلزم الانفساخ قهرا كما إذا تلف قبل القبض أو فى مدّة الخيار أو فى الجملة على البحث السابق ثمّ لا يخفى عليك عدم ملائمة ما ذكروه هنا لما ذكروه فى مسئلة كون التلف قبل القبض من مال بايعه و بعد القبض ممّن لا خيار له فإنّ من أطلق ذلك هناك مريدا بكون التلف من البائع انفساخ العقد قبل التلف بان عود التالف ملكا للبائع يلزمه هنا إطلاق كون التلف مبطلا للخيار الموقوف على العقد المحكوم ببطلانه بالتلف و من قيّد ما هناك بكون التالف المبيع فقط أو كون الخيار خيار الشّروط و الحيوان أو هما و المجلس أو يكون التلف بافّة سماويّة أو نحو ذلك ممّا مرّ فى المسئلتين يلزمه التقييد هنا (- أيضا-) و لما كان العلّامة (- ره-) قد أطلق هناك كون التلف قبل القبض من البائع و بعده ممّن لا- خيار له يلزمه هنا الجزم ببطلان الخيار بالتلف فالاعتراض عليه بمنافاة حكمه هنا بعدم بطلان الخيار بحكمه هناك بكون التلف من البائع قبل القبض و ممّن لا خيار له بعده اولى من الاعتراض عليه بعدم وجاهة إطلاقه عدم البطلان كما صدر من المحقّق الثّانى (- ره-) ألّا ان يعتذر عن العلّامة (- ره-) بعدم ارادته بكون التلف من البائع انفساخ العقد انا ما قبل التلف بل يريد ان العقد باق و البائع ضامن و إن كان ذلك فى غاية البعد من كلامه و ممّا افاده شراح مقاله و ممّا ذكرنا من منافاة الحكم هنا بعدم بطلان الخيار بالتلف لما مرّ منهم من كون التلف قبل القبض من البائع و بعده ممّن لا خيار له بالمعنى المتقدّم منه للتلف ظهر ما فيما صدر من جمع من الأعلام فى المقام من الخطأ فى الكلام فلاحظ و تدبر قوله طاب ثراه ليس على إطلاقه كما اعترف به فى (- مع صد-) (- اه-)

قال فى (- مع صد-) فى شرح قول العلّامة (- ره-) فى (- عد-) لا- يبطل الخيار بتلف العين فإن كان مثليا طالب صاحبه بمثله و ألّا القيمة ما لفظه إطلاق العبارة يتناول جميع أقسام الخيار من المجلس و الحيوان و الشّروط و غيرها و كذا يتناول ما إذا كان الخيار للبائع أو للمشتري أولهما و إطلاق التناول يتناول ما إذا كان بافّة سماويّة أو ارضيّة بتفريط من المشتري أو لا و ما إذا كان من البائع أو من المشتري أو من أجنبيّ سواء كان التلف قبل قبض المشتري أم بعده و بعض هذه الصّور غير مراد له قطعا و بعضها ممّا يتوقّف فى إرادته ثمّ أخذ فى بيان تفصيل أحكام الأقسام بما لا نطيل بنقله فراجعه إن شئت

قوله طاب ثراه بل عن (- ط-) و بعض آخر الجزم بالعدم (- اه-)

(١١) أراد بالبعض ابن المتوج البحراني معاصر المقداد فإنه قد حكى عنه (- أيضا-) القول بالسقوط و مستندهما ما أشار إليه الماتن

(- ره-) و فيه منع اختصاص الرد بصورة البقاء إذ مع

ص: ١٩٦

التلف ينتقل الى المثل أو القيمة فإن قلت ان الانتقال الى البدل ضرر على البائع قلنا كما ان الانتقال الى البدل ضرر على البائع فكذا سقوط الخيار ضرر على المشتري وليس الأول أرجح من الثاني بل الرجحان للثاني حيث ان البائع هو الذي أدخل الضرر على نفسه بإيجاد سبب الخيار وهو الكذب في الأخبار مع أنه لا ضرر في الانتقال الى البدل بوجه لأنه اما المثل أو القيمة السوقية قوله طاب ثراه لوجود مقتضى وعدم المانع (-اه-)

هذا احد الوجوه المتمسك بها لهذا القول والوجه في وجود المقتضى ظاهر لأن سبب الخيار هو المقتضى ابتداء واستدامة واما عدم المانع فلانه ليس ما يتصور مانعا ألا التلف وهو غير صالح للمانع لما عرفت ولو شكك فالأصل عدم مانعية الثاني استصحاب الخيار التلف لا- يوجب تبدل الموضوع بعد وجود البدل من المثل أو القيمة الثالث عموم رجوع المغرور على من غره بناء على دلالة على الخيار الرابع ان الكذب في الأخبار مقتضى للخيار ولم يثبت اشتراطه بالعلم بذلك قبل التلف فمع التلف أو انتقاله عن ملكه انتقالا لازما أو وجود مانع من رده كالاستيلاء يرد على البائع مثله أو قيمته و يأخذ هو منه الثمن أو عوضه مع فقدته قوله طاب ثراه إذ لم يدل أدلة الخيار من الأخبار والإجماع (-اه-)

فيه نظر ظاهر لأن المذكور في الأخبار ومعاهد الإجماعات إنما هو الخيار بين الفسخ والإمضاء دون التسلط على الرد والاسترداد مضافا الى ان عمدة دليل غالب الخيارات قاعدة الضرر وهي كما تجرى في صورة وجود العين فكذا تجرى في صورة تلفها كما لا يخفى على المتدبر فالأظهر عدم سقوط الخيار بالتلف للاستصحاب والقاعدة والإطلاق في بعض الأخبار والله العالم

[مسألة في أنه لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونة]

قوله طاب ثراه مسئلة لو فسخ ذو الخيار (-اه-)

أراد بذلك الفسخ من دون اطلاع صاحبه كما يشهد به قوله (-ره-) إذ الفسخ إنما هو من قبله والوجه في ذلك ظاهر إذ لو كان الفسخ بحضور صاحبه كان إبقاء صاحبه ما في يد الفاسخ عنده وعدم استرداده منه استثمانا إياه فيكون ما في يده أمانة مالكية لا يضمنها إلا بتعد أو تفريط كسائر الأمانات ثم انه قد بان (-لك-) مما ذكرنا دلالة العبارة تضمننا على ان الفسخ بالخيار لا يتوقف صحته و إيجابه بطلان البيع على حضور الخصم وذلك مما صرح به في (-ف-) و (-ط-) والغنية و (-عد-) و (-كره-) وغيرها بل نفى الخلاف فيه في المبسوط وكذا لا يتوقف على الحضور عند الحاكم ولا على قضائه ولا على الإشهاد كما صرح بذلك (- أيضا-) جماعة منهم العلامة (-ره-) في (-عد-) وغيره بل في مفتاح الكرامة ان ظاهر الجميع الإجماع عليه قلت قد حكى الشهيد (-ره-) في (-س-) انه حكى عن الإسكافي انه قال يشترط في الخيار المختص في الفسخ والإمضاء إلا بحضورهما انتهى والأقوى عدم التوقف على شيء من ذلك لنا أصالة البراءة من اشتراط شيء من ذلك السليمة عن المعارض المؤيدة بأنه رفع عقد يفترق الى رضا شخص كالطلاق فلم يفترق الى حضوره ومثله الكلام في عدم توقف الإمضاء على شيء من ذلك بل قد يدعى صراحة صحيح الحلبي وخبر الشحام في عدم توقف الالتزام على حضور الخصم فقد روى الصدوق (-ره-) بإسناده عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام انه سئل عن الرجل يبتاع الثوب من السوق لأهله و يأخذه بشرط فيعطى الربح في أهله قال ان رغب في الربح فليوجب الثمن على نفسه ولا يجعل في نفسه ان يرد الثوب على صاحبه ان رد عليه و رواه الشيخ (-ره-) بإسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن محمد بن الحسين عن محمد بن سنان عن المفضل بن صالح عن زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام فإنه ظاهر في كون إيجاب البيع من دون حضور الخصم ولا الحاكم ولا الشاهد موجبا للزومه كما يشهد به النهي عن قصد رد الثوب على صاحبه ان رد عليه إذ لو كان حضور أحد هؤلاء شرطا لم يكن لقصده اثر حتى يصح النهي عنه حجة الإسكافي لعلها انه لو لم يكن الفسخ أو الإمضاء بحضور الخصم أو الحاكم أو الشاهد لم يسمع دعواه فيكون الفسخ أو الإمضاء لغوا و (- أيضا-) روى ثقة الإسلام

(- ره-) عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى رجل اشترى ثوبا بشرط الى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه قال ليشهد أنه قد رضيه فاستوجه ثم لبيعه إنشاء فان اقامه فى السوق و لم يبع فقد وجب عليه و الجواب اما عن الأول فبان اعتبار حضور أحد هؤلاء فى سماع دعواه الفسخ أو الإمضاء و إن كان مسلما نظرا الى عدم كون الفسخ و الإمضاء مما لا يعلم الا من قبله الا ان كلامنا انما هو فى الواقع يعنى ان الانفساخ أو اللزوم واقعا لا يتوقفان على حضور أحد هؤلاء و اين ذلك من اعتبار الحضور فى سماع دعواه فى الظاهر و اثر الفرق يتبين فى أنه لو فسخ من غير حضور أحدهم لم يكن له ترتيب أثر الإمضاء و لو امضى لم يكن له ترتيب اثر الفسخ بينه و بين الله تعالى و إن كان سماعه ظاهرا موقوفا على الثبوت الشرعى هذا مضافا الى أنه لو كان الوجه فى قول الإسكافى ما قلناه لكان يلزمه عدم الاكتفاء بحضور الخصم من غير شاهد و لا حاكم ضرورة أنه لو أنكر بعد ذلك كان كما لو لم يظهر فكان عليه (- ح-) اعتبار حضور الشاهد أو الحاكم من غير فرق بين ان يحضر الخصم أم لا و اما عن الثانى فهو ان الأمر فيه للإرشاد إلى إيجاد سبب عدم وقوع النزاع بينهما بعد ذلك قوله طاب ثراه بلا خلاف على الظاهر (- اه-)

قد نفى وجدان الخلاف فيه فى مفتاح الكرامة (- أيضا-)

قوله طاب ثراه و لكنّ المسئلة لا تخلو عن اشكال (- اه-)

لم افهم لهذا الإشكال وجهها و الأظهر ما عليه الجماعة

قوله طاب ثراه ففى ضمانها (- اه-)

قد اختار الضمان فى الإيضاح و (- مع صد-) و محكى حواشى الشهيد (- ره-) للاستصحاب

قوله طاب ثراه و ضعفه فى (- مع صد-) (- اه-)

حاصل ما ذكره تحكيم الاستصحاب و يمكن الجواب بأنّها انما كانت مضمونة بحكم البيع و قد زال السبب من البائع و قد رضى بكونها فى يد المشتري فانقطع الاستصحاب و الأصل برأيه ذمته فعدم الضمان أوجه

[القول فى النقد و النسيئة]

إشارة

قوله طاب ثراه القول فى النقد و النسيئة

أقول لا- بدّ من بيان معنى الكلمتين أمّا التقد فقد فسّره جمع منهم الفيروز آبادى فى القاموس بخلاف النسيئة فيكون مرجعه إلى أنه الحال و فى الصّيحاح نقدته الدراهم و نقد له الدراهم أى أعطيته فانتقدتها أى قبضها و فى المصباح المنير نقدت الدراهم نقدا من باب قتل و الفاعل ناقد و الجمع نقاد مثل كافر و كفّار و انتقدت (- كك-) إذا نظرتها لتعرف جيدها و زيفها و نقدت الرجل الدراهم بمعنى أعطيته فيتعدى الى مفعولين و نقدتها له على الزيادة (- أيضا-) فانتقدتها أى قبضها انتهى و فى النهاية الأثيرية نقد ثمنه أى أعطانيه نقدا معجلا انتهى و الهمذى يظهر من مجموع كلمات أهل اللغة أنه ان نسب التقد الى الثمن أو الى الدراهم و الدنانير مع ذكر مفعول آخر كقولك نقدت الثمن أو نقدت الرجل الدراهم كان بمعنى تعجيله و جعله حالا و ان نسب الى الدرهم و الدينار من غير ذكر مفعول آخر كقولك نقدت الدراهم كان بمعنى تميز جيدها من رديها و ربّما يظهر من بعض كلماتهم كعبارة الصّيحاح المزبورة و غيرها ان التقد بمعنى القبض و هذا هو الذى يجزم به صاحب البصيرة فإنّ المعنى الجامع بين المعانى هو هذا فانّ التقد بمعنى تميز الجيد (- أيضا-) أخذ فى مفهومه القبض كما لا يخفى و يظهر

ص: ١٩٧

اثر الفرق بين تفسيره بالحال و بين تفسيره بالقبض فى انه على الأول يصدق فى النقد على الحال العرفى كالبض فى المجلس و ان طال من غير توسع و على الثانى لا يصدق النقد الا على المقبوض بمجرد البيع و يكون إطلاقه على غير المقبوض حين البيع بلا فصل توسعاً بفرض غير المقبوض بالفعل مقبوضاً و ربما يظهر الثانى من مولانا فى (- لك-) حيث قال النقد مأخوذ من قولك نقدته الدرهم و نقدت له أى أعطيته فانتقدتها أى قبضها و المراد به البيع بثمن حال فإنه مقبوض بالفعل و القوة انتهى فتأمل جيداً و اما النسبة فمأخوذة من النسب بمعنى التأخير قال فى الصيحاء نسأت الشىء نساء أى أخرته و (- كك-) انسأته فعلت و أفعلت بمعنى تقول استنسأته فأنسأنى الى ان قال و النسأة بالضم التأخير مثل الكلاة و كذلك النسبة على فعلية تقول نساء البيع و انسأته و بعته بنسئه و بعته بكلاة و بعته بنسئه أو بأخره انتهى و حكى فى (- لك-) عن الهروى انه قال سمعت الأزهرى يقول انسأت الشىء إنساء و نسيئاً اسم وضع موضع المصدر الحقيقى انتهى و يوافق فى التصريح بكون النسب اسماً عبارة القاموس قال فى تاج العروس و نساء الشىء نساء باعه بتأخير تقول نسأته البيع و انسأته فعل و افعال بمعنى و بعته بنسئه بالضم و بعته بكلاة و نسيئه على فعلية أى بعته بأخره محرقة و النسبة و النسب بالمد الاسم منه انتهى و بالجملة فالمراد بالنسبة هنا هو البيع مع تأجيل الثمن و تأخيره كما هو واضح قوله طاب ثراه قال فى (- كره-) ينقسم البيع باعتبار التأخير

و أقول قد صدر منهم (- قدهم-) تقسيم البيع تارة بالنسبة إلى تعجيل الثمن و المثمن و تأخيرهما و التفريق إلى أربعة أقسام و اخرى بالنسبة إلى كافة متعلقاته إلى عشرة فما زاد اما الأول فتقريره انه اما ان يقع مطلقاً أو مشروطاً و على الثانى فاما ان يكون الشرط تعجيل الثمن و المثمن جميعاً أو تأجيلهما جميعاً أو تعجيل الثمن و تأجيل المثمن أو بالعكس فالأول و أول الثانى هو النقد و ثانى الثانى بيع الكالى بالكالى و الثالث السلم و الرابع النسبة و بعبارة اخرى أخصر العوضان اما حالان و هو النقد أو مؤجلان و هو الكالى بالكالى أو الثمن حال دون المثمن و هو السلم أو بالعكس و هو النسبة أما النقد و النسبة و السلم فلا خلاف فى مشروعيتها و اما بيع الكالى بالكالى فقد ادعى فى التنقيح الاتفاق على بطلانه و فى (- الروضة-) انه انعقد الإجماع على فساده و ادعى الإجماع عليه فى الغنية و كشف الظلام (- أيضاً-) و قد روى من طريق العامة انه نهى النبى (- ص-) عن بيع الكالى بالكالى و فسره غير واحد منهم بأنه بيع النسبة بالنسبة و بعبارة اخرى بيع المضمون المؤجل بمثله و يظهر من النهاية الأثرية أن الكالى بالكالى هو الدين بالنسبة حيث فسّر ذلك بأنه بيع المؤجل بعد حلوله على المشتري بأجل آخر فإنه (- ح-) دين لا نسيئه إذ المراد ببيع الدين بالدين على ما صرح به بعضهم و يظهر من اخرين بيع شىء مستقر فى ذمة أحد قبل العقد بشىء مستقر فى ذمته (- أيضاً-) قبل ذلك أو فى ذمة آخر ثالث قبل حلولهما اما بيع دين متحقق قبل العقد و إن كان مؤجلاً بالأصل ثم حلّ بضمن مؤجل يكون ديناً بهذا العقد الثانى فلا يسمى بيع دين بدين و ان أطلقه بعض المحققين على بيع الدين نسيئه الظاهر فيما استظهرناه من النهاية الأثرية و فى (- لك-) انه بالهمزة بيع النسبة بالنسبة على ما فسره جماعة من أهل اللغة اسم فاعل من المراقبة كان كلّ واحد من المتبايعين يكلاً صاحبه أى يراقبه لأجل ماله الذى فى ذمته و فيه (- ح-) إضمار أى بيع مال الكالى بمال الكالى أو اسم مفعول كالدافع فلا إضمار انتهى و الوجه فيما تبه عليه من الحاجة الى الإضمار على الأول واضح ضرورة استحالة ورود البيع على المتعاقدين لكن لا يخفى عليك انه على الثانى (- أيضاً-) يحتاج إلى إضمار لفظ المال غاية ما هناك انه على الأول بالإضافة و على الثانى بالتوصيف و كيف كان فهو على التقديرين مجاز من تسمية الشىء بما يؤول إليه لأن حال العقد هنا ليس هناك كالى و بالجملة فقد اضطربت كلماتهم فى تفسير العبارة و قد يقال ان ظاهر تعبيرهم بالكالى دون الدين قصر التحريم على بيع المضمون المؤجل بالمؤجل دون الدين بالدين بالمعنى الذى مرّ مع ان أخبارهم خالية عن التعبير بالكالى و اما الموجود فى أخبارهم هو النهى عن بيع الدين بالدين كما ورد فى رواية طلحة بن زيد فى الصيحيح فى بيع الدين قال لا يبيعه نساء و اما نقداً فيبيعه بما شاء و الذى يقتضيه التحقيق و يرتضيه النظر الدقيق هو ان المراد ببيع الكالى بالكالى هو بيع الدين بالدين و ذلك لأن بطلان بيع الكالى بالكالى متفق عليه و كذا بطلان بيع الدين بالدين و اما بيع الدين بالنسبة و النسبة

بالنسبة فمختلف فيه فيلزم ان يكون المراد بيع الكالى بالكالى ما اتفقوا على بطلانه لا ما اختلف فيه و الا للزم كون كل من المترادفين مخالفا للآخر و إذ قد عرفت ذلك ناسب ان نتعرض هنا لكل من مسئلة بيع الدين بالدين و مسئلة بيع الدين بالنسبة و بيع النسبة بالنسبة إجمالاً- و نوكل توضيح ذلك الى المسئلة العاشرة من المقصد الثالث من الفصل العاشر فى السلف من منتهى المقاصد فنقول اما المسئلة الأولى فمجمل القول فيها انه لا يجوز بيع الدين السابق على العقد بدين سابق على العقد (- مط-) سواء كانا حالين ابتداء أو بعد انقضاء اجلهما أو مختلفين قبل حلول الأجل أو بعده بلا خلاف فى ذلك ينقل و لا اشكال يحتمل و قد استفاض نقل الإجماع عليه و الأصل فى ذلك الصحيح الذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن محمد عن ابن محبوب عن إبراهيم بن مهزم عن طلحة بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله لا يباع الدين بالدين و اما المسئلة الثانية فيبانها أنهم اختلفوا فى بيع الدين بعد حلوله بالثمن المؤجل على قولين أحدهما الحرمة و البطلان و هو خيرة الحل و كثير بل فى الجواهر انه المشهور و ثانيهما الكراهة و هو خيرة المحقق و جماعة استنادا إلى أصالة عدم المانع و عمومات البيع و العقود و التجارة السليمة عن المعارض إذ ليس للقائلين بالحرمة إلا أمرين أحدهما أصالة الفساد و عدم ترتب الأثر و سقوطها بعد وجود العمومات و أصالة عدم المانع و واضح الثانى ان المؤجل يقع عليه اسم الدين فيكون من بيع الدين بالدين و هو منهى عنه بالنص و الإجماع و ناقش فى ذلك فى (- لك-) بمنع إطلاق اسم الدين حقيقة الأ على ما ثبت فى الذمة و العوض هنا لا يثبت فى الذمة إلا بعد العقد فلم يتحقق بيع الدين بالدين و إنما يصدق بيع الدين بالدين إذا كان العوضان معادين قبل المعاوضة كما لو باع الدين الذى فى ذمته بدين أخر له فى ذمته أو فى ذمة ثالث أو تبايعا دينا فى ذمة غريم لأحدهما بدين فى ذمة غريم للآخر و نحو ذلك لاقتضاء الباء كون الدين نفسه عوضا و المضمون الذى لم يكن ثابتا فى الذمة قبل ذلك لا يعدّ جعله عوضا يباع بدين و اما قولهم اشترى فلان كذا بالدين يريدون به ان الثمن فى ذمته لم يدفعه فمن باب المجاز يريدون به ان الثمن بقى فى ذمته دينا بعد البيع و لو لا ذلك كله للزم مثله فى الحال لإطلاقهم فيه ذلك نعم الدين المبيع يطلق عليه اسم الدين قبل حلوله و بعده فلا بد فى المنع من دين أخر يقابله و أجاب عن ذلك فى الجواهر بمنع كون المراد بالنص ذلك لا غير قال و تعلق الباء أعم إذ يمكن كون المراد المنع من بيع الدين بالدين المقابل للعين و الحال اى لا تبع

ص: ١٩٨

الدّين بهذا الصّينف من البيع فيكون التعريف إشارة الى هذا القسم من البيع المعهود فى الدّهن و (-ح-) فأظهر الفردين المؤجل فى العقد لا العكس و أنت خبير بآباء ظاهر الخبر عمّا ذكره و ثانى الشّهيدين لم يكن ينكر إطلاق الدّين على ما يكون دينا بالعقد بل كان يدعى كون الإطلاق مجازا و ان قوله عليه السّلام لا يباع الدّين بالدّين ظاهر فى بيع ما فى الدّمة بما فى الدّمة فما عليه المحقّق فهو الأقرب و الله العالم و من هنا ظهر الحال فى المسئلة الثالثة و هى بيع النّسيئة بالنّسيئة و توضيح الكلام فى ذلك كلّ و فى سائر أقسام بيع الدّين يطلب من الموضع المتقدّم إليه الإشارة و اما الثانى أعنى تقسيم البيع بالنّسيئة إلى كافّة متعلّقاته إلى عشرة فما زاد فيبانه أنّه قد صرّح جماعة منهم المحقّق الثانى فى (- مع صد-) بان أنواع البيع عشرة قالوا لأنّها اما ان تنسب إلى الأجل و هى أربعة لأنّه اما ان يكوننا حالين و هو التّقد أو مؤجلين و هو بيع الكالى بالكالى أو الثمن حالا و هو السّلف أو العوض و هو النّسيئة و اما ان تنسب الى الأخبار برأس المال و عدمه و هو (- أيضا-) أربعة لأنّه اما ان يخبر به أولا و الثانى المساومة و الأوّل اما ان يبيعه برأس المال أولا فالأوّل التّولية و الثانى اما ان يبيعه بريح أولا فالأوّل المراجعة و الثانى المواضعه و اما ان تنسب إلى المساواة بين العوضين فهو اثنان لأنّه إن وجبت المساواة فهو الربوى و ان لم تجب فهو غيره و قد أشار الى الأقسام العشرة فى (- عد-) (- أيضا-) و عن شيخ المتأخرين الشّهيدي (- قدّه-) أنّه قال هذه هى الأقسام المشهورة و لعلّهم أرادوا بها التنبيه على غيرها لا- الحصر فيها إذ هنا أقسام آخر للبيع باعتبارات آخر لأنّه بالنّسبة إلى القبض فى المجلس ثلثة لأنّه ان وجب قبضهما فى المجلس فهو الصّيرف و ان وجب قبض الثمن فهو السّلم و ان لم يجب فهو الباقي و بالنّسبة إلى الخيار و عدمه أربعة لأنّه اما ان يكون فيه خيار أم لا و الأوّل اما خيار عام و هو المجلس أو خاصّ بحسب أمر خارج و بالنّسبة إلى التقدير ثلثة لأنّه اما ان يكون مقدرا دائما كالتقدين أو غير مقدّر دائما كالحيوان أو مقدرا فى حال دون حال كالثمره و بالنّسبة إلى العين و الدّين أربعة لأنّه لا يخلو اما ان يكون الثمن و المثلث عينيّن أو دينين أو الثمن عينا و المثلث دينا أو بالعكس و لا يستلزم الأجل و بالنّسبة إلى إقرار المبيع و الثمن فى الملك ثلثة لأنّه اما ان لا يستقرّ أصلا كالمعاوضة على من يعتق عليه أو يستقرّ فى حال دون حال كالمترزل من خارج كالمتمضمّن لشرط أو المستحقّ للشفعة أو يكون مستقرّا دائما و هو ما عداه ممّا لا خيار فيه و بالنّسبة إلى الافتقار إلى الصّميمه ثلثة لأنّه اما ان يفتقر دائما و هو العبد الأبق و الحمل و اللّبن فى الصّرع أو فى حال دون حال كالثمره قبل بدو صلاحها أو لا يفتقر أصلا و هو ما عدى ذلك انتهى المحكى من كلامه زيد فى إعلاء مقامه و قال فى الوسيلة ان البيع ينقسم عشرين قسما يبيع الأعيان المرثية و يبيع خيار الرّؤية و يبيع النّسيئة و يبيع السّلف و يبيع المراجعة و يبيع الصّرف و يبيع الجراف و يبيع الغرر و يبيع تبعض الصّيفقه و يبيع الحيوان و يبيع الفضولى و يبيع الإقالة و يبيع الثمار و يبيع المياه و يبيع الديون و الأرزاق و يبيع ما لم يقبض و يبيع ما يباع حملا بعد حمل أو جزء بعد جزء و يبيع يدخله الرّبا و يبيع الفاسد و احكام الرّدّ بالعيب انتهى و لا يخفى ما فى تقسيمه من النّظر و تقسيم الشّهيدي (- قدّه-) امتن و لعلّ المتدبّر البصير يزيد فى تعداد الأقسام على ما ذكره الشّهيدي (- ره-) (- أيضا-) لكن ليس فيه كثير فائدة و أنّما تبهناك عليه طردا للباب و تذكارا للأقسام و لذا لم نطل الكلام فى ذلك

[مسألة فى أن إطلاق العقد يقتضى النقد]

قوله طاب ثراه مسئلة إطلاق العقد يقتضى التّقد (- اه-)

قال فى مفتاح الكرامة ان معنى قولهم إطلاق العقد يقتضى حلول الثمن أنّما هو عدم تقييده بالشرط و الفرق بين ما يقتضيه مطلق العقد و بين ما يقتضيه إطلاق العقد انّ ما يقتضيه الأوّل أنّما هو من لوازمه مثل تعيين الثمن و المثلث و هى لا تنفك عنه فلا يصحّ اشتراط خلافها الاّ ما شرع للإرفاق كخيار الحيوان و المجلس فليتأمل ذلك و انّ ما يقتضيه الثانى يصحّ اشتراط خلافه كما فيما نحن فيه ثمّ انّ البيع التّقد لما كان عبارة عن بيع الحال بالحال كان تعبير (- المصنّف-) (- ره-) بالنقد اولى ممّا فى كلام الأكثر من التعبير بالثمن الحال إذ يتّجه عليهم انّ مقتضى أدلّتهم عدم الفرق بين الثمن و المثلث فى اقتضاء إطلاق العقد للحلول و التّعجيل و لذا تعرّض فى

المقنعة لهما فلا وجه لاقتصارهم على ذكر ذلك فى الثمن خاصيةً وإن كان يمكن الاعتذار لهم عن ذلك بأنهم هنا بصدد بيان حال تأجيل الثمن وإن محلّ التعرض لتأجيل المثلثين و تعجيله مبحث السليم فليس اقتصارهم على ذكر الثمن من باب القصر عليه وربما اعتذر فى مفتاح الكرامة بوجه آخر وهو كون مرادهم بذلك الإشارة إلى وجوب قباض الثمن قبل أن يتسلم المبيع كما حكى مثله فى الإجارة على العين من ظاهر جماعه وفيه نظر ظاهر ضرورة صدور القصر المذكور من غير القائلين بذلك (- أيضاً-) ثم إن ما ذكره الماتن (- ره-) من اقتضاء إطلاق العقد تعجيل الثمن مما صرح به جماعه كثيرة من غير خلاف ينقل بل جزم فى الغنية والرياض و (- ثق-) و المستند وغيرها بعدم الخلاف فيه وقد وقع الاحتجاج لذلك فى كلماتهم بوجوه ذكر المصنّف اثنين منها والثالث أن الإطلاق ينصرف الى الفرد الشائع المتعارف الاستعمال ولا ريب فى شيوع استعمال البيع المطلق فى الحال بحيث لو أريد المؤجل لقيّد بالنسبة الرابع ما فى المستند من أنه لو لا الحلول (- ح-) فاما ان ينصرف إلى أجل معين وهو تحكّم باطل أم لا ينصرف فيلزم ابطال البيع وهو فاسد إجماعاً ونصاً فتعين الحلول والوجهان غير خالين من شوب المناقشة فتدبر قوله طاب ثراه ويدل على الحكم المذكور (- أيضاً-) الموثق (- اه-)

قد رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن احمد بن الحسن بن عمرو بن سعيد عن مصدق بن صدقة عن عمّار بن موسى عن أبى عبد الله عليه السلام و متنه كما فى المتن لكن فى النسخة المعتمدة زاد الفاء قبل كلمة قال و أبدل قوله شرطاً بقوله اشترطاً والمراد بالاشترط المعلق عليه كونه نقد اشترط التأخير كما يظهر بقريته المقابلة و الدلالة واضحة قوله طاب ثراه و لو اشترط تعجيل الثمن كان تأكيد المقتضى الإطلاق على المشهور (- اه-)

قد قطع جمع من الأصحاب بأن من اتبع شيئاً و اشترط التعجيل كان الثمن حالاً- بل لا- خلاف و لا إشكال فى ذلك لعموم أدلة الشروط و لزوم الوفاء بالعقود و أنّما وقع الكلام فى أنه هل لاشترط التعجيل ثمر فارق بينه و بين الإطلاق أم لا بل هو مؤكّد لمقتضى الإطلاق فالمشهور كما فى الروضة و المتن هو الثانى و حكى عن بعضهم الأول مستنداً الى دعوى وجود الفرق من وجهين أحدهما أنه على الإطلاق لا يجب الدفع إلا بمطالبة المنتقل اليه بخلاف الاشرط فإنه يوجب وجوب الدفع عليه من غير مطالبة ثانيهما أنه على الإطلاق لا- يثبت بالتأخير خيار بخلافه على الاشرط فإن التأخير معه يوجب الخيار و تحقيق الحق يتوقف على البحث عن كل من الوجهين أمّا الثانى فيأتى من المصنّف (- ره-) التعرض له و أمّا الأول فيبانه انه قال بعض الأواخر ان المراد بالحلول استحقاق البائع المطالبة بالثمن بمجرد العقد فيجب على المشتري دفعه اليه (- ح-) فوراً ان لم يكن له خيار أو كان و لم يفسخ ثم قطع بعدم وجوب المبادرة عليه بدفعه اليه بدون مطالبته إن كان العقد (- مط-) ثم اختار وجوب المبادرة مع اشترط التعجيل و على هذا المنوال نسج صاحب الجواهر (- ره-)

ص: ١٩٩

حيث قال انّ الإطلاق يفيد استحقاق المطالبة فى كلّ وقت كما هو مقتضى الحلول فى كلّ دين اّمّا وجوب الدّفْع فعلى المطالبة فعلا و (-ح-) فاشترط التأجيل يفيد وجوب الدّفْع بدونها فهو أمر غير ما يقتضيه العقد انتهى و أنت خبير بأنّه لا فارق بين الإطلاق و بين اشتراط التعجيل بوجه سيّما بعد الاعتراف بكون الإطلاق منصرفا الى المعجّل فاللّازم اّمّا القول باقتضاء العقد التقابض من غير مطالبة كما هو ظاهر جمع أو القول بعدم وجوب المبادرة إلى الدّفْع من دون مطالبة نظرا الى الأصل فالفرق بين الإطلاق و الاشتراط ممّا لا ارى له وجهها نعم لا نضايق من وجوب المبادرة من دون مطالبة عند اشتراط ذلك فى ضمن العقد لكنّه غير اشتراط التعجيل كما لا يخفى

قوله طاب ثراه لكونه خلاف (-اه-)

علّمه لقوله لا ان يعجل (-اه-) و الموجود فى جملة من النسخ كلمة لكنّه بدل لكونه و النسخة التى عندى مصحّحة و الموجود فيها كلمة لكونه و سوق العبارة (- أيضا-) يعين ذلك و ربّما ناقش بعض الأجلّة بالمنع ممّا فى المتن و ادّعى كون المتفاهم العرفى دفعه و لو مع عدم المطالبة و هو كما ترى

قوله طاب ثراه مع انّ مرجع عدم المطالبة (-اه-)

هذا توجيه آخر لمقالة المشهور و توضيحه انا لو تنزّلنا عن دعوى كون المفهوم عرفا من اشتراط التعجيل ارادة عدم المماطلة و التأخير عن زمان المطالبة فلا أقلّ من دعوى كشف عدم مطالبة المستحقّ فى زمان استحقاقه لها عن إلغاء هذا الحقّ المشروط اعنى التعجيل فى هذا المقدار من الزّمان و هذا هو الظاهر من عبارة (- المصنّف-) (- ره-) و بذلك ظهر لك سقوط ما اعترض به بعضهم على الماتن (- قدّه-) من أنّه مع فرض كون مفاد الشّرط الدّفْع و لو مع عدم المطالبة لا نسلم ان عدم المطالبة راجع الى إسقاط الحقّ توضيح السّقوط انّ المصنّف (- ره-) أنّما تنزّل عن دعوى كون المتفاهم عرفا من اشتراط التعجيل ارادة عدم المماطلة عن زمان المطالبة و سكت عن الالتزام بخلاف ذلك و عليه فدعوى الكشف موجهة و لم يلتزم بانفهام وجوب الدّفْع و لو مع عدم المطالبة متى تفسد دعوى الكشف كيف لا و (- المصنّف-) (- ره-) يجلّ عن ارتكاب مثل هذا التهافت الّذى أخذه عليه هذا البعض سلّمه الله تعالى

قوله طاب ثراه و كيف كان (-اه-)

أشار بذلك الى الخلاف فى انّ عدم دفع المشتري الثمن فى أوّل أزمنه وجوبه عليه هل يوجب تسلّط البائع على الفسخ أم لا فإنّ فى ذلك أقوالا أربعة أحدها التسلّط مطلقا و هو الذى احتمله قويا فى (- لك-) و استحسنته الماتن (- قدّه-) ثانيها عدم التسلّط مطلقا حكاه بعضهم قولاً ثالثها التفصيل بين الإطلاق و الاشتراط بالثبوت على الثانى دون الأوّل و هو الّذى يظهر من الشهيد (- ره-) فيما حكى عن الدّروس حيث جعل فائدة الشّرط ثبوت الخيار إذا عيّن زمان النّفد فأخلّ المشتري به رابعها التفصيل بين إمكان إجباره على التعجيل و عدمه حجّة الأوّل انّ فائدة الشّرط المأخوذ فى العقد اللازم هو اللّزوم من جانب المشتري عليه و الخيار من جانب المشتري على تقدير عدم إتيان المشتري عليه به و فوات وقت إمكانه كى يلزم به و حيث فهم من الإطلاق اشتراط التعجيل جرى الخيار فيه (- أيضا-) مع الإخلال به لعين ما ذكر فى صورة التصريح باشتراط التعجيل و حجّة الثانى منع اقتضاء نفس الشّرط ثبوت الخيار للمشتري عند تخلف الشّرط و أنّما ثبت الخيار عند تخلف الشّرط الدليل و حجّة الثالث اّمّا على ثبوت الخيار عند اشتراط التعجيل فما دلّ على ثبوت الخيار بتخلف الشّرط و اّمّا على عدم الثبوت عند الإطلاق فهى أنّه مع الإطلاق لا يفهم ذلك على سبيل التقييد و العلية بل غايته انّ التعجيل داع لا يرتفع اللّزوم بارتفاعه و يمكن تعليل عدم الثبوت مع الإطلاق بأنّ مورد اخبار خيار التأخير أنّما هو الإطلاق و قد دلّت على لزوم البيع الى ثلثة أيام لكن مقتضى ذلك التفصيل بعدم ثبوت الخيار مع الإطلاق قبل الثلاثة و ثبوتها بعدها و حجّة الزّابع أنّه مع إمكان الإيجاب لا دليل على جواز الفسخ و الأصل لزوم البيع و الى جوابه أشار (- المصنّف-) (- ره-) بقوله (- قدّه-) فيما يأتى

ولا- حاجة الى تقييد الخيار (-اه-) و أقول لا- ينبغى الرّيب فى عدم ثبوت الخيار بالتأخير مع إطلاق العقد الّا بعد الثلاثة بالقيود المزبورة فى خيار التأخير و أمّا مع اشتراط التعجيل فالحال فيه هى الحال فى الإخلال بسائر الشروط فى إيجاب الخيار و عدمه و فى التقييد بصورة عدم إمكان الإيجاب و إمكانه فما عن (-س-) لعلة الأجدود و الله العالم قوله طاب ثراه و لا يقدح فى الإطلاق عدم تعيين زمان التعجيل (-اه-)

أراد بالإطلاق إطلاق اشتراط التعجيل لا إطلاق أصل العقد و قد أشار بالعبارة إلى ردّ صاحب الجواهر (-ره-) فإنّه ناقش فى صحّة اشتراط التعجيل بتعدّد افراد التعجيل و اختلافها فلا يصحّ مع الشرط عدم التعيين للجهالة ثمّ قال و على تقدير الصّحة فدعوى التسلّط على الخيار بالإخلال به فى أوّل وقت يمكن منعها لعدم صدق الإخلال بالشرط حتّى تنتفى سائر الأفراد نحو التكليف بالمطلق انتهى و حاصل الجواب أنّ تعدّد افراد التعجيل و اختلافها لا يوجب جهالة الشرط الموجبة لفساده بعد انصراف التعجيل المطلق الى الدّفع فى أوّل أزمنة إمكان الدّفع عرفا فمثل التعجيل المطلق مثل العقد المطلق فكما ينصرف ذاك الى المعجل فكذا ينصرف هذا إلى أظهر أفراد التعجيل عرفا و بعد انصرافه اليه يكون بحكم اشتراط ذلك فيوجب تأخير الدّفع عن أوّل أوقات الإمكان الخيار فالانصراف المذكور يخرج عن الشّبهة بالتكليف بالمطلق و يجعله نحو التكليف بفرد من المطلق (-فت-)

قوله طاب ثراه و لا حاجة الى تقييد الخيار هنا بصورة عدم إمكان الإيجاب على التّأجيل أشار بهذه العبارة إلى آخرها إلى ردّ صاحب الجواهر (-ره-) (-أيضا-) فإنّه أورد على ما فى (-س-) و غيره من إطلاق إثبات الخيار فى صورة الإخلال بالتعجيل المشترط بأنّه لا بدّ من تقييد الخيار بعد إمكان الإيجاب كما فى (-لك-) و الّا أجبر على الوفاء به انتهى و العبارة تحلّ إلى إيرادين أحدهما ما أشار إليه بقوله لائن المقصود هنا (-اه-) و حاصله أنّ الغرض هنا هو الإشارة الى أنّ اشتراط التعجيل يقتضى ثبوت الخيار عند تخلف ذلك كما فى الإخلال بسائر الشروط المأخوذة فى ضمن سائر العقود يوجب الخيار للمشروط فمن أهمل قيد عدم إمكان الإيجاب فإنّما عوّل على بيان ذلك فى مبحث الشروط فمن اعتبر عدم إمكان الإيجاب فى إيجاب تخلف الشرط الخيار اعتبر هنا (-أيضا-) و من لم يعتبر ذلك هناك لم يعتبره هنا قلت ما ذكره و إن كان يصحّ عذرا ان لو كان غرض صاحب الجواهر (-ره-) منع صحّة الإحالة الى ذلك المقام و ليس (-كك-) بل الظاهر ان غرضه دفع توهم ثبوت الخيار (-مط-) ثانيهما ما أشار إليه بقوله مضافا الى عدم جريانها (-اه-) و حاصله انا لو سلّمنا تقييد ثبوت الخيار بتخلف سائر الشروط بعدم إمكان إيجاب المشروط عليه على الوفاء بالشرط فلا نسلم تقييد ثبوت الخيار بفوات التعجيل المشروط بعدم إمكان الإيجاب لأنّه قبل زمان انقضاء التعجيل لا يجوز الإيجاب لأنّ الإيجاب إنّما يكون عند امتناع من عليه الحقّ من أدائه و لا يتحقّق الامتناع الّا بانقضاء زمان نقد الثمن و بعد انقضاء زمان التعجيل لا ينعف الإيجاب لأنّه غير الزّمان المشروط فيه الأداء هذا و ربّما أجاب عن ذلك بعضهم أوّلا بأنّه إنّما يتمّ ان لم يكن زمان التعجيل المشترط ممتدا بحيث يتصوّر له أوّل و آخر أو كان (-كك-) و قلنا بجواز تأخيره إلى آخر زمانه كما هو الحقّ و أمّا ان قلنا بعدم جواز ذلك و أنّ التأخير عن أوّل وقته موجب للخيار كما اختاره (-المصنف-)

ص: ٢٠٠

(- قدّه-) فيتصوّر الإيجاب و يجرى فى المقام حكمه فإنه لو أخر عن أوّل زمانه يكون له الخيار إذا لم يمكن إجباره بناء على التقييد به إذ (- ح-) يكون إجباره عليه إجبارا على الوفاء بالشرط لأنّ المفروض سعة زمانه و إن كان يجب المبادرة عليه فى أوّل أوقاته و ثانيا أنه بناء على عدم امتداد زمان التعجيل أو امتداده مع جواز التأخير إلى آخر زمانه (- أيضا-) و إن كان لا يتصوّر الإيجاب بعد فوات الوقت إلا أنه يتصوّر قبله غاية ما هناك أنه بناء على عدم توسعه زمانه له إجباره عليه من أوّل الأمر كما فى الواجب المضيق إذا علم من حال المكلف البناء على تركه على فرض توسعته و جواز التأخير إلى آخر أزمته له إجباره فى الجزء الأخر من الوقت فما ذكره (- المصنف-) لا وجه له

[مسألة فى جواز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة]

قوله طاب ثراه مسئلة يجوز اشتراط تأجيل الثمن (- اه-)

هذا ممّا صرح به جمع كثير من الأصحاب من غير خلاف ينقل بل نفى فى (- كره-) العلم بالخلاف فيه و حكى فى مجمع الفائدة عن (- كره-) دعوى الإجماع عليه و استظهر الإجماع عليه فى الرياض و ادعى تحقّقه فى المستند و الجواهر و الأصل فى ذلك عمومات العقود و البيع و الشروط و خصوص الأخبار المستفيضة بل المتواترة معنى الآتية فى طى المسائل إنشاء الله تعالى المؤيّد بالسيرة المستمرة فى الأعصار و الأمصار كافه من غير نكير من صلحاء الطائفة و بدعاء الضرورة إليه كما تبه عليه فى (- كره-) بقوله لو شرط تأجيل الثمن فى صلب العقد فإنه يصحّ و يكون البيع نسيئة لأنّ الحاجة تدعو الى الانتفاع بالمبيع معجلا و استغناء مالكة عنه و حاجته الى الثمن مؤجلا فوجب ان يكون مشروعا تحصيليا لهذه المصلحة الخالية عن المبطلات انتهى لكن فى جعل ذلك دليلا كما صدر منه (- ره-) ما لا يخفى و الأولى ما صدر ممّا من جعله مؤييدا بقى هنا أمور ينبغى التنبيه عليها الأوّل أنه لا فرق فى جواز التأجيل بين جميع الثمن و بعضه فلو أُجِّل بعضا و عَجِّل البعض الآخر جاز بلا إشكال لإطلاق الأدلّة الثّانى ان مقتضى اشتراط تأخير الثمن مدّة معينة هو كون التأخير حقّا لكلّ من البائع و المشتري بحيث أنه لو دفع المشتري قبل الأجل كان للبائع الامتناع من تسلّمه و لو طالب البائع قبل الأجل كان للمشتري الامتناع من دفعه كما ستعرف توضيحه (- إن شاء الله-) (- تعالى-) و أمّا الكلام فى أنه لو شرط المشتري جواز التأخير لنفسه بان يكون حقّا له فقط بحيث لو دفعه قبل الأجل لم يكن للبائع الامتناع من تسلّمه فهل يجوز ذلك أم لا و جهان استظهر أولهما بعض اجلّ المعاصرين و زاد أنه يكون من بيع النسيئة ثمّ قال ان شرط جواز التأخير يدخله فى النسيئة إذا كان صريحا و أمّا إذا كان بالالتزام فإن كان المقصود بيان الأمرين بأن يكون المراد من قوله بشرط ان تعجّله فى اليوم أو لا تؤخّره عن هذا اليوم جواز التأخير إلى آخر اليوم و عدم جواز تأخيره عنه كان من المؤجّل (- أيضا-) و أمّا إذا كان المقصود مجرد عدم التأخير فى اليوم فليس منه ثمّ قال بل يمكن ان يقال أنه إذا طالب قبل آخره يجب أدائه فيكون فائدة الشرط عدم جواز التأخير عن اليوم و انه لو أخره يكون من تخلف الشرط انتهى و تأمّل فى ذلك صاحب المستند (- ره-) حيث قال لو لم يشترط التأخير و لكن شرط جواز التأخير إمّا صريحا نحو قوله بعثك بشرط ان يكون لك التأخير إلى عشرة أيام أو التراما نحو بعثك بشرط ان لا تؤخّر الثمن عن عشرة أيام حيث أنه يفهم منه عرفا انّ له التأخير ما دون العشرة و منه قوله بعثك بشرط ان تؤدّى الثمن أو تعجّله فى اليوم فإنه يستلزم جواز التأخير ما لم يفت اليوم ففيه اشكال سيّما إذا كان زمان تجويز التأخير قليلا بالنسبة إلى جعله نسيئة مع ان شرط التأخير ساعة نسيئة قطعاً أو كان الزمان طويلا بالنسبة إلى احتمال كونه نقدا نحو سنة فإنّ الظاهر انّ الأوّل نقد سيّما إذا قال بشرط ان تؤدّى الثمن اليوم أو الساعة و الثانى نسيئة سيّما إذا قال بشرط ان يكون التأخير إلى سنة أو لا تؤخّر عن السنة مع ان شرط التأجيل يكون نسيئة من غير فرق بين الزمان القليل أو الكثير و يحتمل ان يشترط فى التعجيل عدم شرط التأخير (- مط-) و لا تجوزيه إلا فى مدّة قليلة لا ينافى التعجيل عرفا نحو ساعة أو يوم و يظهر من (- لك-) و غيره ان شرط التعجيل فى هذا اليوم مثلا نقد حيث عين مثل زمان التعجيل و تظهر

الثمرة فى مواضع كثيرة منها خيار تأخير الثمن عن ثلثة فتأمل انتهى وقد نظر فيما جعله ثمرة الى ما تقرّر فى مبحث خيار التأخير من اشتراطه بعدم كون الثمن مؤجلا- والا- لم يكن للبائع خيار التأخير و لو قصر الأجل و لعل الأمر بالتأمل للإشارة الى ان المدار هناك على جواز التأخير و لو لم يصدق عليه النسية و المؤجل كما تبّه على ذلك بعضهم و أقول المذى يظهر لى ان كلّ بيع أجل فى ثمنه كان من النسية سواء كان التأجيل على نحو ظرفية تمام أجزاء الأجل للدفع أو كان على نحو ظرفية آخر الأجل للأداء لأنّ كلّ ما لم يعجل فيه الثمن و اشترط تأخيره و لو زمانا قصيرا فهو من النسية و عمومات البيع و التجارة و العقود و الشروط تقضى بصحّته غاية ما هناك أنّه على الأوّل فى أى جزء من

اجزاء الزمان دفع المشتري الثمن لزم البائع تسلّمه منه و ليس له مطالبة المشتري به الى ان يكون أواخر الأجل و على الثانى لا يجب على البائع تسلّم الثمن قبل حلول الأجل ان دفعه المشتري و ليس للبائع مطالبة به ألا بعد انقضاء الأجل و الاشكال فى صحّة الأوّل لا وجه له كما لا وجه لإلحاقه عند قصر المدّة بالتقد و بالجملة فكلّ بيع اشترط فيه تأخير الثمن يجرى عليه حكم النسية و يصحّ و منه ما لو باع بشرط ان يكون له مطالبة الثمن الى شهر بل و كذا لو باع بشرط ان لا يطالب بالثمن الى شهر لاستوائيهما فى عدم مشروعية المطالبة قبل الشهر و العجب من بعضهم حيث فرق بينهما و جعل الأوّل من المؤجل نظرا الى كونه فى معنى تجويز التأخير إلى الشهر دون الثانى حتّى قال أنّه لو خالف و طالبه قبل تمام الشهر وجب الأداء كما لو نذر ان لا يطالب دينا أصلا أو الى زمان كذا أو فى خصوص هذا الثمن فإنّه لا يستلزم التأجيل و أقول ان اشتراط عدم المطالبة كندر عدم المطالبة يوجب حرمة المطالبة عليه و ذلك كاف فى جعله من المؤجل فتأمل

قوله طاب ثراه الغير المسموح فيها

احترز بذلك عن الجهالة المسموح فيها عرفا فإنّه قد صرح جمع بعدم قدحها و قالوا أنّه لا بأس بالتأجيل الى آخر ساعة من اليوم الفلانى مع ان الساعة (- أيضا-) لها اجزاء بل و (- كك-) ساعات اليوم بل اليوم بالنسبة إلى الشهر و السنّة و نحو ذلك ما لم يصرّح بما يختلف فيه ذلك كما فى الوزن فان وزن مائة يختلف غالبا بمثاقيل عديدة و هو مغتفر ألا ان يصرّح فيقول بعتك مائة من أو مائة من إلا عشرة مثاقيل بالترديد و كذا فى تراب الحنطة و نحو ذلك و الوجه فى ذلك كلّ مسامحة العرف بأمثال ذلك و عدّهم ذلك من المعين الموجب لارتفاع الغرر و قد ادعى فى المستند الإجماع بل الضرورة على اغتفار هذا القدر من الاختلافات

قوله طاب ثراه فلو لم يعين بطل بلا خلاف ظاهرا

قد استظهر عدم الخلاف فيه فى مفتاح الكرامة (- أيضا-) و نفى وجدان الخلاف فيه فى الجواهر و كشف الظلام و معرفة الخلاف فيه فى المستند و الرياض و جزم بعدم الخلاف فيه فى الكفاية و المفاتيح و فى مجمع الفائدة كانّ دليله الإجماع و فى الجواهر أنّه يمكن تحصيل الإجماع عليه

قوله طاب ثراه للغرر

و قد تمسك للبطلان باستلزام عدم التعيين على الوجه المذكور الغرر و الجهالة حتّى فى الثمن لأنّ للأجل قسما من الثمن عرفا و عادة جماعة و ناقش الفاضل التراقي فى المستند فى ذلك بعد نقله بمنع لزوم الغرر فى جميع الموارد قال كيف و لا غرر فى قولك بعتك إلى آخر الشهر مع احتمال تسعة و عشرين و ثلثين و يحصل الغرر بقولك بعتك إلى تسعة و عشرين الشهر أو ثلثين ثمّ قال و كذا فى تفاوت عشرة أيام و نحوها

ص: ٢٠١

في نسيئته سنة نعم لا مضايقة في قبول لزوم الغرر فيما يختلف الثمن به عرفا و عادة فإن الزمان قيد و وصف للثمن يختلف باختلافه ما بإزائه البتة فأدلة المنع عن بيع الغرر يمنع عن مثل ذلك فلو ثبت الإجماع المركب في جميع الموارد فهو و آلا فلا وجه للاستدلال على بطلانه بالغرر انتهى و أقول ما ذكره (- قده-) متين و عدم القول بالفصل بعد تبين كون مستندهم حديث النهى عن الغرر غير مجد و الأصل في غير صورة لزوم الغرر في كل مورد جزئي شخصي يقتضى البراءة من اشتراط أمر زائد و عمومات البيع و العقد و التجارة تقتضى بالصحة نعم ربما تمسك الفاضل المزبور بعد ذلك بوجه آخر يكون هو الدافع للأصل و المخصيص للعمومات ان تم قال (-) (-) عقيب كلامه المذكور ما نصه نعم يصح الاستدلال بالجهل بناء على الأصل الذي أصلناه في كتاب العوائد من أصالة عدم صحته جعل ما في الذمة ثمنا آلا ما ثبت فيه الصحة و هو ما كان معلوما قدرا و جنسا و وصفا و قيدا انتهى كلامه رفع مقامه و الأصل الذي أشار إليه لا بأس به و يعجبنى نقل كلامه في العوائد لتكون على خبرة من حقيقته قال (-) (-) في العائدة الثانية و الخمسين ما نصه قد ذكرنا في العوائد المتقدمة في أوائل الكتاب أصالة عدم صحته ملك المعدوم و أصالة عدم الملكية آلا ما خرج منها بدليل و ثبتت منهما أصالة عدم جواز جعل الثمن ما في الذمة لأن الثمن يصير بالبيع ملكا للبائع لأن البيع نقل ملك بعوض ملك آخر فلا بد ان يكون ميا ثبت جواز تملكه شرعا و لم يثبت فيما في الذمة على سبيل الكلية بنحو يشمل جميع افراده و شقوقه و صورته فاللازم فيه الاقتصار على موضع الثبوت و يتفرع عليه أصالة عدم صحته البيع بالثمن الذمي المجهول و لو لم يكن فيه غرر إذ لا دليل على صحته جعل مثل ذلك ثمنا و منه ما لو دخله الجهل في قيده أو وصفه أو زمان أدائه و لو بقدر قليل و احتفظ بذلك الأصل فاجره في موارد مدّة النسيئة و شرط الخيار و نحوهما فإنّ الفقيه ربما ينظر في كلمات الفقهاء في تلك المباحث و يرى تصانيفهم في اختلاف مدّة النسيئة و الخيار و الشرط و نحوهما و استدلالهم لها بالغرر و الجهل و يرى عدم لزوم الغرر في جميع الموارد و لا يعلم وجه ضرر أمثال تلك الجهالات انتهى كلامه على مقامه و لعمرى انّ ما أسسه أصل أصيل و هو لاعتبار الضبط بما يحتمل الزيادة و النقصان إن تم امتن دليل لكن ربما يخطر بالبال القاصر عدم خلوّ ذلك عن مناقشة ضرورة أنه قد بنى ذلك على عدم صحته ملك المعدوم و مستنده في ذلك ما ذكره في العائدة العاشرة من انّ المعدوم انما يمتنع وجوده و تحقّقه في الخارج اما بعينه أو بوصفه فيمتنع بيعه و منه بيع احد هذين الشئيين غير معيّن لامتناع وجود غير المعين مع وصف عدم التعيين و يمكن تحقّقه و وجوده فإن كان يوجب الغرر فالأصل عدم صحته بيعه على ما مرّ و ان لم يوجهه فالأصل فيه (- أيضا-) عدم الصحة بمقتضى الأخبار الصريحة الدالة على اشتراط المملوكية حال البيع في المبيع و ما لا- وجود له بعد ليس ملكا (- ح-) هذا كلامه و لا- يخفى عليك ابتناء جميع ما ذكره مما يتعلّق بالمقام على الأخبار المشترطة للمملوكية حال البيع في المبيع في صحته بيعه و أنت خبير بتقيد تلك الأخبار بأخبار النسيئة و السليم فلا دلالة لها في هذين المقامين على البطلان فما ذكره (- قده-) ساقط بحذافيره و ان تعلّق بعدم معقولية ملك ما لم يوجد بعد و لم يملكه المنتقل منه لقلنا انّ أدلة النسيئة و السليم كافية في ردّ مثل ذلك الحكم العقلي إن تمّ لكنّ الإنصاف تماما ما ذكره سيما ان قررناه بانّ منصرف اخبار البيع و التجارة انما هو التقدر و صحته النسيئة على خلاف الأصل و الأخبار الدالة على اشتراط المملوكية حال البيع في المبيع في صحته بيعه و انما خرجنا عن مقتضى ذلك بأخبار النسيئة فينبغي ملاحظة مقدار دلالة تلك الأخبار و حيث أنها بين و ارد في الأجل المحروس من النقص و الزيادة و بين مهمل من هذه الجهة لزم الأخذ بالقدر المتيقن منها و الرجوع في غيره الى الأصل و الأخبار

المقتضية لعدم صحته بيع المعدوم فيثبت المطلوب فتدبر جيد

قوله طاب ثراه و لما دلّ في السلم (- اه-)

مثل ما رواه الصدوق (- ره-) بإسناده عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن محمد بن يحيى عن غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين (- ع-) لا بأس بالسليم كيلا معلوما إلى أجل معلوم و لا تسلم الى دياس و لا الى حصاد و وجه الاستدلال عدم القول بالفصل من هذه الجهة بين السلم و النسيئة

قوله طاب ثراه و لا فرق فى الأجل (- اه-)

قد صرح بأنه ليس للمدة المضروبة فى التسيه حد فى النقصان و الزيادة جماعة كثيرة قاطعين به بل فى (- ثق-) أنه المشهور بين الأصحاب و عن ظاهر محكى المفاتيح الإجماع عليه و فى المستند أنه لا خلاف معتداً به فيه و فى الرياض أنه لا يعلم خلاف فيه منا عدى الإسكافى و الأصل فى ذلك الأصل و إطلاقات جواز التسيه و عمومات العقود و البيع و التجارة و لم نعثر على ما حكى الإسكافى دليلاً نعم هناك روايتان أوردهما الماتن (- ره-) احتمال المحدث البحرانى (- ره-) كونهما مستنده

قوله طاب ثراه و عن الإسكافى المنع عن التأخير إلى ثلث سنين

الذى حكاه جمع عن الإسكافى هو المنع عن التأخير الى أكثر من ثلث سنين و لازمه الجواز الى ثلث سنين و هذا ينافى حكاية (- المصنف-) (- ره-)

قوله طاب ثراه مثل رواية أحمد بن محمد (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن عدة من أصحابه عن سهل بن زياد عن احمد بن محمد قال قلت لأبى الحسن عليه السلام أتى أريد الخروج الى بعض الجبال فقال ما للناس بد من ان يضطربوا سنتهم هذه فقلت له جعلت فداك أنا إذا بعناهم بنسئله كان أكثر للربح قال فبعهم بتأخير سنه الى آخر ما فى المتن و إنما أوردا هذا المقدار للتنبه على ما أسقطه (- المصنف-) من الخبر و ما أبدله من كلماته قوله طاب ثراه و المحكى عن قرب الإسناد (- اه-)

رواه عبد الله بن جعفر فى محكى قرب الإسناد عن احمد بن محمد بن عيسى عن احمد بن محمد بن ابى نصر و المتن كما فى المتن ألاً ان كلمة قد قبل كلمة فتح قد أسقطها الماتن (- ره-) و أبدل كلمة ان قيل كلمة أردت ياذا

قوله طاب ثراه و ظاهر الخبرين الإرشاد لا التحريم فضلاً عن الفساد

هذا إشارة إلى الجواب عن الخبرين و قد سبقه فى ذلك صاحب الجواهر (- ره-) و حاصله أنهما وردا مورد الإرشاد الى ان طول الأجل يؤدى الى تلفه أو صعوبة تحصيله فلا دلالة فى الخبرين على التحريم فضلاً عن الفساد حتى يكونا شاهدين على مقالة الإسكافى هذا و ربما أجيب عن الخبرين بوجه آخر أحدها ما فى مفتاح الكرامة من عدم انطباقهما على مذهب الإسكافى و أقول ان عدم انطباق الأوّل ظاهر لمنعه من التأخير ثلث سنين و مذهب الإسكافى على ما حكاه صاحب (- ثق-) و غيره هو تجويز ذلك و المنع مما زاد على الثلث و أمّا عدم انطباق الثانى فلم افهم وجهه ضرورة دلالته على المنع عمّا زاد عن ثلث سنين و هو بعينه مذهب ابى على ثانيها أنهما ضعيفان سندا و أنت خير بانّ سند خبر قرب الإسناد من الصحيح و عدم تواتر الكتاب لا يقدر بعد اشتهاره و شيوع العمل باخباره ثالثها الحمل على التقيّة لذهاب بعض العامّة الى ما تضمنناه و فيه أولاً ان الحمل على التقيّة من فروع التعارض المفقود فى المقام إذ لا تعارض بين المطلق و المقيد و ثانياً

ص: ٢٠٢

انّ الحمل بمجرد الموافقة لبعض غير معلوم من العامية ممّا لا وجه له كما قرّر فى محلّه بل لا بدّ من كونه مذهب جلّهم أو كونه ممّا حكّمهم وقضاتهم اليه أصيل رابعها الحمل على الكراهة ذكره فى (- ثق-) قال لما يستلزمه من طول الأجل أو من حيث صعوبة تحصيله بعد هذه المدّة الطويلة لما هو معلوم من أحوال الناس فى نقل أداء الدّين ولا سيّما إذا كان بعد أمثال هذه المدّة ويمكن المناقشة فيما ذكره بأنّ النهى حقيقته فى الحرمة والحمل على الكراهة خروج عن الظاهر من غير قرينه والعجب منه (- ره-) حيث أنّه دائما يشنّع على الأصحاب فى حملهم الأمر على التدب والنهى على الكراهة بمجرد ضعف سند الخبر أو اعراض الأصحاب عنه فما باله ارتكب هو ذلك هنا خامسها انّ اعراض الأصحاب كآفة عن العمل بهما يمنع من الأخذ بهما لكشفه عن سميّة فيهما قلت لو لا ذلك لكان العمل بهما متعيّنا للزوم حمل المطلق فى كلماتهم كمحاورات عبيدهم على المقيد لكن اعراض نقده الفن كاف فى الوهن والاسقاط لهما عن درجة الكافية للمطلقات مع إمكان ان يقال أنّهما فى نفسهما متعارضان فيسقطان و تبقى العمومات المؤيدة بالأصل محكمة

قوله طاب ثراه نعم يبقى الكلام فى أنّه إذا فرض حلول الأجل (- اه-)

هذا فى الحقيقة مستند القائل بعدم جواز الإفراط فالتأجيل الى ما لا يبقى اليه المتبايعان غالبا و يقرّر تارة بأنّ المؤجل يصير حالاً بموت البائع فيكون الأجل مجهولاً لأنه لا تعلم تدرى نفس بأى وقت تموت و اخرى بما فى المتن و فى التقريرين جميعاً نظر اما الأول فلانّ الحلول بموت من عليه الدّين حكم شرعى فلا يورث جهالة و لذا اتفقوا على الجواز فى صورة عدم الإفراط مع الحلول بالموت فيه (- أيضاً-) نعم لو جعل الأجل الى ان يموت كانت المدّة مجهولة و اما الثانى فلمنع لغويّة اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري إليه ضرورة إمكان الصّالح بعد البيع على المدّة الزائدة عن مدّة العمر الطبيعى بشىء لأنّ للأجل قسطاً من الثمن و (- أيضاً-) لا فرق عند التحليل بين المدّة المقطوع عدم بقاء المشتري إليها و بين المظنون بقاءه إليها بعد معلوميّة عدم اطمئنان احد بقاءه و لو ساعة فإن كان احتمال ترتّب الفائدة الناشى من احتمال البقاء كافياً كان احتمال ترتّبها الناشى من الصّالح على الأجل الزائد قبل الموت (- كك-) لا لعدم الفرق بينهما فتدبّر جيّداً فإنّه لا يخلو من دقّة بقى هاهنا شىء ينبغى التنبيه عليه و هو أنّه حيث حلّ الأجل فى المؤجل بموت المورث فهل للوارث خيار فسخ البيع أم لا وجهان ينشئان من انّ للأجل قسطاً من الثمن و قد فات بالحلول فلا يمكن تداركه و الفسخ دافع للضرر الحاصل بذلك و من أصالة اللزوم مع عدم التقصير من البائع فى فوات الأجل الذى له قسط من الثمن كما فى المدّة القصيرة بالموت و (- أيضاً-) فالباعان قد أقدموا على ذلك مع علمهما بعدم تعيّن عاده الى ذلك الزمان فالعقد وقع على ذلك و هنا احتمال ثالث هو الفرق بين ما لو بذل له البائع من الثمن بنسبة ما فات من الأجل و بين ما لو لم يبذل بعدم الخيار على الأول و ثبوته على الثانى يظهر من صاحب الجواهر (- ره-) الميل اليه و هو بناء على القول بالخيار متعيّن لاندفاع الضرر ببذل التفاوت الا انّ الشان فى إثبات الخيار المتوقّف على وجود دليل قاهر دافع لأصالة اللزوم و أنّى للمحتمل بذلك فعدم الثبوت أشبه و العلم عند العالم على الإطلاق تعالى و تقدّس

قوله طاب ثراه و المهرجان

هو السادس عشر من مهرماه أول الخريف

قوله و نحوهما

كالفضيح عيد النصارى و الفطير عيد اليهود و أمثال ذلك

قوله طاب ثراه و قال بعضهم لا (- اه-)

الموجود فى نسخ المتن هكذا و قال بعضهم لا و سواء اعتبر معرفتهما أو لا و لو عرفا انتهى و لكن الموجود فى النسخة المعتمدة من (- كره-) هكذا و قال بعضهم لا يعتبر و يكتفى بمعرفة الناس و لو اعتبر معرفتهما أو لا و لو عرفا كفى انتهى

قوله طاب ثراه ثم الأقوى اعتبار (-ه-)

أقول قد بقى فروع آخر للمسئلة لم يتعرض لها الماتن (-ه-) و لا بد من الإشارة إليها الأول أنه لو كانت نهاية الأجل معلومة عندهما كهلال الشهر إلا أن نفس الأجل مجهول عندهما لتردده بين يومين أو ثلاثة مثلا من جهة تمام الشهر و نقصانه ففى جواز ذلك وجوه أحدها الجواز عزى ذلك الى ظاهرهم للإطلاقات مع منع شمول الغرر لنحو ذلك ثانيها العدم (-مط-) و هو الذى يقتضيه الأصل المذكور فى مستند اعتبار تعيين المدّة ثالثها الجواز فى مثل الشهر الهلالى لا فى الباقى من آخره لمكان التسامح فى الأول دون الثانى عادة و فيه ان مجرد التسامح لا- يكون دليلا- بل اما ان يكون هناك إطلاق مقتضى للجواز أم لا فإن كان هو الحجية (-مط-) مؤيدا بأن اشتراط التّعيين أنّما هو للتحرز عن النزاع و التشاجر و ذلك منتف هنا و الا لكان المرجع هو الأصل المتقدّم إليه الإشارة الثانى انه لو كانت الغاية المشتركة بين امرين أو أمور فى سنة أو شهر أو سنين أو شهور أو أيام كالنفر من المنى المشترك بين امرين و شهر ربيع المشترك بين الشهرين و كذا الجمادى و الجمعة المشتركة بين جمعات السنة و رجب المشترك بين الشهر من السنين و نحو ذلك ففى جواز التأجيل بها قولان أحدها عدم الجواز و هو خيرة جماعة و الآخر ما حكاه فى اللمعة قولا حيث قال فلا يناط بما يحتمل الزيادة و التقصان كمقدم الحاج و لا- بالمشترك كنفهم و شهر ربيع و قيل يصحّ و يحمل على الأول انتهى و فى مفتاح الكرامة بعد نقله انا لم نظفر بقائله بعد تتبع تام انتهى و كفى بالشهيد (-ه-) ناقلا حجّة الأول الأصل المتقدّم و لزوم الغرر و الجهالة و حجّة الثانى أنه قد علق الأجل على اسم معين و هو يتحقّق بالأوّل و ينصرف اليه و فيه منع الانصراف فالأصل محكم و فى المسئلة وجهان اخران أحدهما ما فى (-كره-) من الفرق بين ما لو قال إلى الجمعة فيحمل على الأقرب و كذا فى غيره من الأيام قضية للعرف المتداول بين الناس بخلاف جمادى و ربيع ثانيهما ما تضمنته عبارة (-الروضة-) من الحمل على الأقرب مع قصده قال (-ه-) عقيب التمسك للقول الذى حكاه ماتته بما مرّ ما نصّه لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد ليتوجه قصدهما إلى أجل مضبوط فلا يكفى ثبوت ذلك شرعا مع جهلها أو أحدهما به و مع القصد لا إشكال فى الصّحة و ان لم يكن الإطلاق محمولا عليه ثمّ قال و يحتمل الاكتفاء فى الصّحة بما يقتضيه الشرع فى ذلك قصده أم لا نظرا الى كون الأجل الذى عيناه مضبوطا فى نفسه شرعا و إطلاق اللفظ منزّل على الحقيقة الشرعية انتهى و اعترض عليه أولا- ببعده ما ذكره من الاحتمال لمنع تنزيل الإطلاق عليها (-مط-) بل أنّما هو فى لسان الشارع خاصية لعدم دليل عام يدلّ على التعدى و ثبوته فى بعض المواضع لا يوجبه إلا بالقياس الممنوع عندنا أو الاستقراء الغير الثابت قطعاً ذكر ذلك فى الرياض و مفتاح الكرامة و حاصله انّ التنزيل المذكور أنّما يكون فى الحقائق الشرعية اى الألفاظ الموضوعه فى لسان الشارع لذلك لا المتعلق بها حكم شرعى و إن كانت فى أنفسها مشتركة لعدم تبادلها و لو سلم ذلك و انّ سبيله سبيل الحقيقة الشرعية لما أجرينا عليه حكمها بالنسبة الى كلّ مستعمل بل ذلك أنّما يتمّ فى خطاب الشارع أو المتشرّعه فى مخاطباتهم الشرعية دون الناس فى محاوراتهم فيما بينهم لعدم الدليل الموجب للتعدى من تبادل و غيره و قضية ثبوته فى نذر المتوكّل ان يتصدّق بمال كثير مع الجواد عليه السلام مع خروجها عمّا نحن فيه و عمّا قاسوه عليه لا يقضى بالتعدى الى القياس المحرّم أو الاستقراء الغير التّام و ثانيا بان تخصيص محلّ البحث بما إذا قصد المتعاملان ما يراد من الإطلاق عند الشارع بعد فرض علمهما بأنّه منصرف عنده الى زمان

ص: ٢٠٣

معين و موقوف على الاكتفاء بمثل ذلك و الظاهر عدمه لوضوح الجهالة فيه و ثالثا انه لا حقيقة شرعية في المقام ضرورة ان الشارع لو حكم هنا بالانصراف إلى أولهما فليس ألا لاقتضاء العرف فيه ذلك و (-ح-) فمع الانصراف عرفا متجه (-فت-) جيدا الثالث انه لو علم المتعاقدان بالغاية و قصداها و لكن لم يذكر في العقد لفظا دالاً على ذلك عرفا ففي جوازه وجهان من العمومات و انتفاء الغرر و من الأصل المتقدم و ان ذلك مثار؟؟ النزاع و التشاجر و قد شرعت العقود لحسم مادة ذلك و لو ذكر ذلك في العقد و لكن لم يلتفتا حينه الى مقدار ما بقي إلى الغاية ففي الاكتفاء بمعرفتهما به عند الالتفات و الحساب الوجهان المذكوران (-فت-) جيدا الرابع ان اللأزم انما هو تعيين المدّة بما يتفاوت التعيين به من اليوم و الشهر و السّنة أو الى الوقت الفلاني و إذا عيّن بواحد من هذه الأمور لا يضّر الاختلاف بالآخر فلو عيّن باليوم لم يضّر جهالة ساعاته و لو عيّن بالشهر لم يقدر جهالة أيامه و لو عيّن الى عيد الأضحى لم تضّر جهالة عدد الأيام اليه و الوجه في ذلك اما اغتفار هذا الاختلاف عرفا كما مرّ من صاحب المستند أو الإجماع كما ادّعا هو أو الأخبار المتضمنة لمثل السّنة و السّنتين مع اختلاف أيامها الخامس انه قال في المستند لو أجل بالغاية بأن يقول بعتك نسيئة الى آخر الشهر يحلّ الأجل بمجرد تمام الشهر و كذا لو قال إلى أول الشهر الفلاني أو الى يوم الجمعة فيحلّ بمجرد دخوله و لو أجل بالظرفية كان يقول بعتك بمائة درهم تؤدّيها في يوم أول الشهر الفلاني فلا يحلّ بمجرد دخول ذلك اليوم بل الظاهر انه إن كان ممّا يكون اختلافه قليلا يتسامح به لم يضّر و ألبطل فلو قال بعتك بان تؤدّي ثمنها في الشهر الآتي بطل و كذا لو قال بعتك بان تؤدّي ثمنها في السّنة الآتية و لو قال بعتك بان تؤدّي ثمنها في يوم أول الشهر و يوم أول السّنة الفلانية صحّ فتأمل انتهى و ما ذكره لا بأس به ففعل الأمر بالتأمل للإشارة إلى اقتضاء الأصل المتقدم حكايته عنه لزوم تعيين الجزء من اليوم (- أيضا-).

امسألة فيما إذا باع بئمن حالا و بأزيد مؤجلا

قوله طاب ثراه مسئلة لو باع بئمن حالا و بأزيد منه مؤجلا ففي المبسوط و (-ث-) و عن أكثر المتأخرين أنه لا يصح (-اه-) أقول في المسئلة وجوه أحدها البطلان و هو خيرة (- لف-) و الإيضاح و اللّمعين و (- لك-) و التنقيح و (- شاد-) و (- مع صد-) و مجمع الفائدة (- أيضا-) و هو المحكى عن (- ير-) و كشف الرّموز و المفاتيح و إيضاح (- فع-) و غيرها بل في مجمع الفائدة انه ظاهر الأكثر و في الرّياض و المستند انه الأشهر و في (- ثق-) انه المشهور و قد يحكى القول بالبطلان عن المراسم و الوسيلة و الغنية (- أيضا-) و لا- يخفى على من لاحظ عبارتها فساد التّسبب لعدم التّعرض فيها ألبطلان البيع بئمين إلى أجلين ثانيها صحّة العقد و استحقاق المشتري المبيع بأقلّ الثمن نسيئة الى الأجل المذكور في العقد ثالثها بطلان البيع ألا ان يمضيه البيعان بعد العقد فيكون للبائع أقلّ الثمنين في آخر الأجلين رابعها كراهة المعاملة المذكورة خامسها بطلان البيع لكن ان تلف المبيع لم يكن للبائع إلا أقلّ الثمنين و كان للمشتري تأخير الثمن إلى المدّة التي ذكرها سادسها ما حكاها في مفتاح الكرامة عن كشف الرّموز عن الراوندى من ان على المشتري الثمن الأقل في الأجل الأقل

قوله طاب ثراه و علّله في (- ط-) و غيره بالجهالة (- اه-)

تمسك بذلك في (- لف-) و اليه يرجع ما في الإيضاح من انه لم يقع على عقد واحد و لا ثمن معين و توضيح ذلك ما في التنقيح من ان التأخير غرض مقصود فيكون له دخل في الثمن زيادة و نقصانا فمع عدم ضبطه لا يعلم قدر الثمن فيبطل البيع (- أيضا-) لعدم الجزم ببيع واحد و كان باطلا فكان كما لو قال بعتك هذا أو هذا انتهى و أنت خبير بما فيه من الوهن و السّقوط ضرورة ان الجهالة انما تكون مع عدم التّعيين و الفرض هنا تعيين كلّ من الثمنين قدرا و وصفا و جنسا فأى جهالة بعد ذلك فيه و عدم الجزم ببيع واحد لا- دليل على قدحه بعد فقد الغرر و الجهالة و لقد أجاد المحقق الورع الأردبيلي (- ره-) حيث قال ان دخوله تحت الغرر النفي و الجهل الممنوع غير ظاهر لان الاختيار اليه انتهى فان قلت بمقالة صاحب الجواهر (- ره-) من انه و إن كان لا جهالة في صفقة الثمن و

لكنها متحققه في أصل الثمينة بمعنى انه لم يعلم بعد قبول المشتري ذلك ما صار ثمنا للجميع و هو مناف لسبب العقد (- أيضا-) لا أقل من الشك في تأثيره على هذا الحال و دعوى تعيينه (-ح-) و اختيار المشتري ينافى إنشائية العقد و سبب المقتضية ترتب الأثر عليه بالفراغ منه و دعوى الكشف (-ح-) مع انه لا شاهد عليها لا تجدى في رفع الجهالة حين العقد قلت أولا ان تحقق الجهالة في أصل الثمينة ممنوع إذ قد علم ان الثمن حالا كذا و مؤجلا كذا و ثانيا على فرض التحقق ان غاية ما قام عليه الدليل قدح الجهالة في صفقة الثمن المورثة للغرر و اما قدح جهالة أصل الثمينة فممنوع و لا أقل من الشك المقتضى لجريان أصالة عدم القدح المسبب منه الشك في سبب العقد فإذا أجرى أصالة عدم القدح انتفى موضوع أصالة عدم سبب العقد و من ذلك ظهر سقوط ما ذكره بعد ذلك من منافاة التعيين باختيار المشتري لإنشائية العقد المقتضية لترتب الأثر عليه بالفراغ منه فان فيه ان إنشائية العقد غير مفقودة في المقام لان كل عقد فهو موجب لترتب اثر ما وقع هو عليه و هذا العقد قد وقع على العين بئمن حالا و آخر نسيئة و أثره ليس إلا لسلطنة كل من المتعاملين على ما انتقل سلطنته اليه و هنا قد انتقل سلطنة المبيع إلى المشتري بئمن حالا و بأخر نسيئة فأيهما اختار فهو مسلط عليه بحكم العقد و من هنا ظهر انه لا حاجة الى الكشف كي يناقش فيه بخلوه عن الشاهد قوله طاب ثراه و يدل عليه (- أيضا-) (- اه-)

ربما استدلل عليه بوجهين آخرين لم يشر إليهما الماتن (- ره-) أحدها ما في الإيضاح من أنه لو صح ذلك لصح البيع بما يختاره المشتري من مبلغين معينين لكن التالي باطل فالمقدم مثله و الملازمة ظاهرة انتهى و فيه منع بطلان التالي و لو سلم فممنوع الملازمة سيما بعد قيام الدليل هنا على الصيحة كما ستسمع (- إن شاء الله-) (- تعالى-) الثاني ما في المستند من أصالة عدم صحة جعل ما في الذمة ثمنا إلا ما ثبت فيه الصيحة و هو ما كان معلوما قدرا و جنسا و وصفا و قيادا على ما تقدم توضيح تقريرها في المسئلة السابقة و الجواب ان الأصل يخرج عنه بما ستسمع من الصحيح و القوى مع ان الثمن هنا معلوم من جميع الجهات كما مر بيانه قوله طاب ثراه ما رواه في الكافي (- اه-)

هذه الفقرة ذيل رواية محمد بن قيس الآتية فالصدر مناف للدليل و الذي يرفع المنافاة هو كون الأمر في هذه الفقرة للإرشاد المحض بقربنة الفقرة الاولى فمراده (- ع-) و الله العالم لا توقع المعاملة المذكورة بل غنينا الثمنين قبل العقد لئلا تتضرروا باستحقاق أقل الثمنين إلى أبعد الأجلين فلا يدل هذه الفقرة على مطلوب المستدل قوله طاب ثراه نظرة

النظرة بفتح الأول و كسر الثاني و فتح الثالث الإمهال و التأخير و الظاهر ان الكلمة منصوبة بنزع الخافض لكن قام مقام الخبر كما قام مقامه الحال في ضربى العبد مسينا و أتم تبينى الحق منوطا بالحكم قوله طاب ثراه و يؤيده ما ورد من النهى (- اه-)

الناتق بذلك روايات فمنها ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن احمد بن الحسن بن فضال عن عمرو بن سعيد عن مصدق بن صدقة عن عمارة عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه و آله بعث رجلا الى أهل مكة و امره ان

ص: ٢٠٤

ينهاهم عن شرطين في بيع و قد وصفه جماعة بالموثقة ولى فيها نظر لاشتراك عمرو بن سعيد بين المدائني الموثق و بين ابن هلال البغدادي عنه و بالطبعة (- أيضا-) فإن الأول معدود من رجال الرضا عليه السلام و الثاني من رجال الصادق و الباقر عليهما السلام و الرواية المذكورة عن الصادق عليه السلام فيشبه ان يكون عمرو في سندها هو الثاني الغير المنصوص على حاله و منها ما رواه هو (-) (-) بإسناده عن محمد بن احمد (- أيضا-) عن محمد بن الحسين عن علي بن أسباط عن 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 و الظاهر ان السند من الموثق و منها ما رواه الصدوق (-) (-) بإسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في مناهي النبي صلى الله عليه و آله قال و نهى عن بيعين في بيع و قد جعل الماتن (-) (-) هذه الاخبار مؤيدة للقول بالبطلان و جعلها بعضهم دليلا و الجواب عنها من وجوه أحدها ان شرطين في بيع غير محرم قطعا بل يجوز اشتراط شروط متعددة في بيع واحد و ظاهر البيعين في بيع بيع متاعين بثمانين في صيغة واحدة و هو غير محرم (- أيضا-) قطعا فلا بد اما من طرحها للإجمال أو حمل النهي فيها على الكراهة و تفسير الشيخ (-) (-) و ابن زهرة و ابن الأثير لها بما ينطبق على ما نحن فيه غير معتبر بعد كون ذلك منهم اجتهادا غير معتبر في أمثال المقام بل المدار في عالم الألفاظ على الظواهر و البيع نقدا بكذا و نسيئة بكذا ليس من البيعين في بيع لأن تعدد البيع إنما يكون بتعدد الثمن و المثلن لا يجعل الثمن نقدا كذا و نسيئة كذا فالأخبار المذكورة على ظاهرها هو بيع شيئين بعقد واحد بثمانين غير معموله بها و غير ظواهرها ليس حجة فيلزم الطرح أو حمل النهي على الكراهة ثانيها أنه لو لم يكن المراد من البيعين في بيع بيع سلعتين بثمانين بعقد واحد فلا أقل من احتمال العبارة لذلك و لمحل البحث فيكون الصحيح و القوى الإتيان مبينين لها موجبين لاختصاص النهي فيها بغير محل البحث ثالثها ما تبه عليه في الوسائل من عدم دلالتها على بطلان البيع و النهي قد لا يستلزمه فيبقى دليل الصحة سالما عن المعارض

قوله طاب ثراه إلا ان في رواية محمد بن قيس (-) (-) اه-

هذا شروع في مستند القول الثاني و الرواية قد رواها ثقة الإسلام (-) (-) عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابي نجران عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام الحديث و نوقش في سنده بالاشتراك قال في (-) (-) و الجواب عن الحديث بالمنع من صحة السند فان محمد بن قيس مشترك بين اشخاص منهم من لا تقبل روايته فلعل راوى الحديث ذلك المردود انتهى و قد ضعف السند في التنقيح (- أيضا-) بالاشتراك و لعله منشأ تضعيف آخرين منهم شهيد (-) (-) الروضة-) و أنت ان كنت من أهل الخبرة بأحوال الرجال يظهر لك ان محمد بن قيس و إن كان مشتركا بين الثقة و غيره لكن الذي يروى عن أبي جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام و يروى عنه عاصم بن حميد انما هو محمد بن قيس البجلي العدل الثقة و حيث أنا أوضحنا في غير مقام كون إبراهيم بن هاشم من ثقة الأصحاب لكونه من مشايخ الإجازة في مثل بلدة قم التي كان أهلها يخرجون الراوى بأدنى و هن مضافا الى دعوى ابن طاوس اتفاق الأصحاب على كونه ثقة فصحة السند هنا مما لا ريب فيه عندنا و لا اشكال

قوله طاب ثراه و في رواية السكوني (-) (-) اه-

هذه هي الرواية الثانية من الروايتين اللتين استدل بهما أرباب القول الثاني و قد رواها الشيخ (-) (-) بإسناده عن احمد بن محمد عن البرقي عن النوفلي عن السكوني عن جعفر عليه السلام الى آخر ما في المتن و النوفلي و السكوني قويا و العمل على روايتهما في غاية الشيوخ بين الأصحاب و ربما نوقش في الاستدلال بالخبرين على القول الثاني بوجوه أحدها ما في (-) (-) من أنهما غير دالين على مطلوبهم لجواز ان يكون قد عقد البيع بالثمن الأقل فقد أتم ان البائع جعل له تأخير الثمن بزيادة فحكم عليه بأنه ليس له إلا الثمن

الأول و ان صبر البائع إلى الأجل و أنت خبير بأنه لو بنى على المناقشة في اخبار أهل البيت عليهم السلام بمثل ذلك من المحامل البعيدة و الاحتمالات الغير السديده لم يبق للمسلمين الى نيل الاحكام طريق كيف لا و المدار في الاخبار كغيرها على الظواهر العرفية و الخبران صريحان فضلا عن ظهورهما في البيع بتمن نقدا و بأخر نسيئته ثانيها ما عن بعضهم من المناقشة في رواية السكوني بأن ما فيها من قضايا الأحوال فلعله كان حكمه (-ع-) عن علم منه (-ع-) بما يوجب ذلك في تلك الواقعة و في الصحيح بعدم ظهوره في وقوع البيع و الصفة بتلك المعاملة بل غاية الدلالة على وقوع الإيجاب و الجواب اميا عن الأول فهو ان مجرد الاحتمال لا يوجب سقوط ذلك عن الدلالة و الحجية سيما مع قوله (-ع-) بعد ذلك ليس له الا أقل التقدين إلى الأجل الذي أجله بنسئته و اما عن الثاني فبأنه من غرائب الكلام بعد قوله عليه السلام من باع الظاهر في وقوع البيع و الصفة مضافا الى عدم كونه الا حكم قضيه فرضيه فلا يتمشى ما ذكره و لعله اشتبه هذا المورد فأراد الإيراد على القوى فغلط في التسمية بخبر محمد بن قيس مع انه غير جار في القوى (- أيضا-) بعد قوله باع يبعها ثالثها ما حكاه في (-تق-) عن بعض مشايخه من المناقشة في الصفة بحجة بمنافرة قوله عليه السلام في الدليل من ساوم بتمنين إلى آخر ما تقدم في المتن في حجة القول الأول لما ذكره عليه السلام أولا من حيث ان ظاهر الفقرة المذكورة ان المراد بها انه لا يجوز هذا التردد بل لا بد من ان يعين أحدهما قبل العقد و يوقعه عليه و أجب عن ذلك بعض المحققين على ما في (-تق-) بأنه لعل معنى الفقرة الأخيرة انه لا بد من ان يعين كل واحد منهما قبل وقوع العقد فلا منافرة قلت هذا الجواب ارتكاب لخلاف الظاهر لبعده إطلاق كلمة أحدهما و ارادة كل واحد منهما فالحق في الجواب ان يقال أولا ان الأمر في تلك الفقرة للإرشاد كما مرت الإشارة الى ذلك آنفا و ثانيا على فرض تسليم كون الأمر للوجوب فلا منافرة (- أيضا-) إذ لا مانع من حرمة تلك المعاملة مع عدم فسادها بل لزومها و استحقاق البائع أقل الثمنين إلى أبعد الأجلين رابعها ان الخبرين مخالفان للأدلة العقلية و النقلية لأن المالك انما رضى بالبيع بالثمن الكثير نظرة فكيف يلزم بأقلهما نسيئته و من المعلوم اشتراط رضى الطرفين في العقد صدر ذلك من المحقق الأردبيلي و أجب عن ذلك أولا- بأننا أوجبنا له أقل الأمرين في أبعد الأجلين لا بمعنى انه يجب له الثمن الأقل و يكون عليه الصبر إلى الأجل الأبعد بل نقول يجب عليه الثمن حالا أو في الأجل الأقرب فإن صبر عليه البائع لم يزد الثمن بمجرد الصبر و ان طالبه عاجلا كان له ذلك فلا جهالة و لا يرد عليه ما ذكرت و رده في مفتاح الكرامة بأن هذا التنزيل بعيد عن مورد الخبر على انه لم يدفع الإيراد عند التأمل قلت اما بعده عن مورد الخبر فلو صرح صراحة قوله عليه السلام ليس له الا أقل التقدين إلى الأجل الذي أجله بنسئته و قوله عليه السلام هو

ص: ٢٠٥

بأقل الثمنين و أبعد الأجلين في ان وقت استحقاقه للمطالبة بالثمن أنما هو بعد مضي الأجل و اما عدم دفعه الإيراد فلبدها أنه لو صبر البائع إلى الأجل لزيادة الثمن كان أخذ المبيع بأقل الثمنين مخالفا لرضاه فيكون مخالفا للقاعدة و ثانيا بأنه قد رضى بالثمن الأقل فليس له الأكثر في البعيد و الأ للزم الربا إذ تبقى الزيادة في مقابله تأخير الثمن لا غير فان صبر الى البعيد لم يجب له أكثر من الأقل صدر نحو ذلك من العلامة (- ره-) في (- لف-) و فيه ان كون الثمن في مقابل تأخير ثمن المبيع ربا ممنوع و انما يكون ربا في القرض لا في أجل البيع كيف لا- و قد شاع و ذاع و ملأ الدفاتر و صار من المثل السائر أن للأجل في البيع قسطا من الثمن مضافا الى أنه لم يدفع الإيراد و هو لزوم الأخذ بغير رضى المالك فالحق في الجواب عن أصل الإيراد على الخبرين ان يقال ان رضى المالك الصوري لا عبرة به في قبال رضى المالك الحقيقي و رد الخبر الصحيح المؤيد بالقوى بالمخالفة للعقل من قبيل الاجتهاد في مقابل النص و المخالفة للتقل غير قاذح بعد كشف بعض اخبارهم عليهم السلام عن بعض و تقييد مطلقاتها بمقيداتها و عموماتها بمخصي صاتها و الحال ان ما دل على اعتبار النص لم يصدر الا ممن صدر عنه هذا الخبر فلا عذر في تركه لهذه الأعدار الواهية الغير المقبولة لدى أرباب الطريقة القويمه فما صدر من بعض الأجله من الإشكال في نهوض الروايتين لتأسيس الحكم المخالف لأدله توقف الحل على الرضا كأنه لم يقع في محله فتأمل خامسها أنهما مخالفا لشهرة القدماء احتمال ذلك في المستند ثم أجاب بأنه بعد فتوى جمع من الأجله على طبقها لا- وجه له سادسها ما يأتي من (- المصنف-) (- ره-) بقوله و يمكن حمل الرواية (- أيضا-) على ان الثمن هو الأقل (- الخ-) و هو قريب من الإشكال الأول ففيه ما مر قوله طاب ثراه و عن ظاهر جماعه العمل بهما (- اه-)

فمن تلك الجماعة المفيد و الشيخ و الشهيد (- ره-) في (- س-) على ما ستسمع عباراتهم و قد وقع الاحتجاج لهذا القول بوجهين آخرين أحدهما عمومات العقود و التجارة و البيع تسمىك بها في (- لف-) ثم أجاب بالمنع من العموم و أنت خير بما في كل من الاحتجاج و الجواب اما الأول فلان غاية ما تدل عليه العمومات المشار إليها أنما هو صحة العقد و اين ذلك من استحقاق أقل الثمنين في أبعد الأجلين فالدليل أخص من المدعى بل مقتضى صحة العقد لزوم الوفاء به و لازم ذلك لزوم أقل الثمنين ان دفع حالاً و أكثرهما ان دفع بعد المدّة المضروبه في ضمن العقد و امّا الثاني فلما في منع عموم الآيات من الوهن و السيقوط الثاني أنه يجوز استيجار خياط بدرهم ان خاطه اليوم أو فارسيًا و بدرهمين ان خاطه روميًا أو في غد و لو كان الثمن هنا مجهولا لكان مال الإجارة هناك (- كك-) فاذا صحت الإجارة صحّ البيع و أجاب عنه في (- لف-) أولاً بالمنع في المقيس عليه (- أيضا-) و للقول بالبطلان فيه (- أيضا-) و ثانيا بعد التسليم بإبداء الفرق بان العقد في الإجارة يمكن ان يصحّ جعله يحتمل فيه الجهالة بخلاف البيع و فيه نظر ظاهر ضرورة ان ما وقع بصيغة الإجارة لا يصير جعله و الا لزم كون الإجارة على كافة الصنائع جعله و عقدا جائزا و لا أظن ان أحدا يلتزم بذلك و ثالثا بإبداء الفرق بان العمل الذي يستحقّ به الأجرة لا يمكن وقوعه الا على احد الصيغتين فيتعين الأجرة المسماة عوضا له فلا يقضى الى التنازع بخلاف صورة النزاع قلت لعمري اني ان لم أشاهد كلامه لانكرت صدور مثله عنه ضرورة انه كما ان العمل الذي يستحقّ به الأجرة لا يمكن وقوعه الا على احد الصيغتين فكذا البيع الذي يستحقّ البائع به الثمن لا يمكن وقوعه الا على احد الوجهين امّا حالاً أو مؤجلا بالأجل المضروب له في ضمن العقد فما وجه الفرق بافضاء البيع المذكور الى التنازع دون المسطور و أعجب منه ما ذكره بعد ذلك رابعا من انه لو ساوى البيع لوجب ان يكون له أقل الأجرتين في أقرب الأجلين أو أكثرهما في أبعدهما و ليس (- كك-) انتهى فإنه كما ترى مغالطة صرفه و تعميمه محضه ضرورة ان لزوم أقل الأجرتين في أبعد الأجلين و أكثرهما في أقربهما في الإجارة أنما هو لوقوع العقد عليه (- كك-) و كون قلّه الأجل هناك مطلوبه و لذا كثر الأجر و قلّ مع زيادة المدّة بخلاف البيع فإن للأجل قسطا من الثمن و لذا يقلّ الثمن مع قلّه الأجل و يكثر مع كثرته هذا مضافا الى ان للخصم ان يلزمه بقبول الصيحه فيما إذا استأجره على خياطة ثوب بدرهمين ان خاطه اليوم و أربعة دراهم ان خاطه غدا و يقيس عليه الفرض فالحق في الجواب عن الوجه

المذكور اما منع الجواز في المقيس عليه أو منع القياس كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و هذا الكلام يحتمل (- اه-)

قد ساق (- قدّه-) هذه العبارة لإثبات إجمال عبارة المقنعة بذكر احتمالات اربع فيها و قد سبقه في الاحتمالين الأولين سيدنا في مفتاح الكرامة و الذي يظهر لي انطباق العبارة على ما فهمه منها فخر المحققين (- قدّه-) من اختيار القول الثاني أعني صحه العقد و استحقاق المشتري أقل الثمنين إلى أبعد الأجلين تعيدا و اما الاحتمالات فساقطة اما الأول فلابتائه على كون المراد بعدم الجواز الحرمة و لم يثبت بل المراد به المعنى اللغوي و هو عدم المضي فيكون حاصل العبارة أنه لا يمضي البيع بأجلين على التخيير ليصح الأخذ حالا بالأقل و مؤجلا بالأكثر بل يمضي ان وقع (- كك-) بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين و اما الاحتمال الثاني فيعده خلو العبارة عن التنبيه على كون ذلك حكم التلف مضافا الى ان مقتضى القاعدة مع التلف هو الرجوع الى المثل أو القيمة لا الرجوع بأقل الثمنين الى أكثر الأجلين و التعلق في العدول عن مقتضى القاعدة بالنص لا وجه له بعد عدم كونه مورده صورة التلف و عدم موافقه حكمه للقاعدة و اما الاحتمال الثالث فيعده عدم وجود ما يفيد ذلك في العبارة لأن عدم الجواز فيها ان حمل على المعنى اللغوي أفاد ما قلناه و ان حمل على المعنى الشرعي كان صريحا في الحرمة و اما الاحتمال الرابع ففيه مع إباء العبارة عنه ان مقتضى فساد الشرط بقاء العقد مرددا بين النقد و النسيه و هو واضح الفساد و لو أفسد اشتراط الأجل (- أيضا-) لم يكن لما في العبارة من الاستحقاق إلى أبعد الأجلين معنى

قوله طاب ثراه كما عن ظاهر السيد في الناصريات (- اه-)

قال في الناصريات المكروه ان يبيع الشيء بثمانين بقليل إن كان الثمن نقدا و بأكثر منه نسيئة انتهى و لازم ما تضمنته العبارة لزوم الوفاء بمقتضى العقد و دفع أقل الثمنين ان دفعه المشتري حالا و أكثرهما ان دفعه بعد مضي الأجل المضروب لأن النهى التنزيهي لا يوجب الفساد و هذا هو القول الرابع لكن احتمل في مفتاح الكرامة كون مراده بالكرهه المعنى اللغوي أي الحرمة

قوله طاب ثراه و عن الإسكافي (- اه-)

هذه العبارة ظاهرة في القول الخامس و حجته اما على بطلان البيع فأدلة القول الأول و اما على لزوم أقل الثمنين إلى أبعد الأجلين فالصحيح و القوي بعد حملهما عليه و فيه ان أدلة القول الأول قد ظهر لك ما فيها و الحمل المذكور لا شاهد عليه و مخالف لظاهر الخبرين بل صريحهما

قوله طاب ثراه و في النهاية (- اه-)

قد تصفحت كتاب (- يه-) فلم أجد من هذه العبارة فيها عينا و لا أثرا و أما الموجود فيها هو قوله ان ذكر المتاع بأجلين و نقدين مختلفين بان يقول ثمن هذا المتاع كذا عاجلا- و كذا أجلا- كان له أقل الثمنين و أبعد الأجلين انتهى و لم يحك في (- لف-) (-

أيضا-) عن (- يه-) الا هذه العبارة و هي ظاهرة في القول الثاني

قوله

ص: ٢٠٦

طاب ثراه و عن موضع من الغنية (-اه-)

هذه العبارة ناطقة بالقول الثالث و حجة الجمع بين اخبار القول الأول و اخبار القول الثاني باستفاداة الفساد من النهى فى الأولى و حمل الثانية على صورة إماء المتعاقدين بعد العقد فيكون للبائع (-ح-) أقل الثمين فى آخر الأجلين و فيه من الضعف ما لا يخفى لمنع كون النهى فى الاخبار للحرمة و لو سلم فممن اقتضائه الفساد (-مط-) و (-أيضا-) فظاهر صحيح محمد بن قيس و القوى بابى عن هذا الحمل بل هما صريحان فى الصيحة و (-أيضا-) فاذا فرض الفساد فما معنى الصيحة بعد ذلك بامضائهما إذ المراد بامضائهما إن كان تحصيل رضاهما فهو قد كان حاصلًا حين البيع (-أيضا-) و بالجمله فسقوط هذا القول أظهر من ان يحتاج الى بيان أو يتوقف على اقامة بينة أو برهان

قوله طاب ثراه و عن سلار (-اه-)

هذه العبارة ظاهرة فى القول الأول

قوله طاب ثراه و عن القاضى (-اه-)

هذه العبارة (-أيضا-) كعبارة الغنية ظاهرة فى القول الثالث و قد عزاه إليه فى المهذب البارع (-أيضا-)

قوله طاب ثراه و قال فى (-لف-) (-اه-)

قد مرّ نقل ذلك عنه مع جوابه فى الجواب عن الزابعة من المناقشات الموجهة الى الصحيح و القوى

قوله طاب ثراه و فى (-س-) (-اه-)

هذه العبارة ظاهرة فى القول الثانى

قوله طاب ثراه لأنه فى مقابل الزيادة الساقطة شرعا (-اه-)

قال بعضهم ان الأولى تقدير الماتن (-ره-) ذلك بقوله لأن الشرط المذكور فاسد فلا وجه للزوم الأجل ثم فرغ على ذلك سقوط توجيهه بعد ذلك بقوله ألا ان يقال ان الزيادة (-اه-) من حيث ان الشرط إذا كان سقوط حق المطالبة فى مقابل الزيادة فمع بطلانه لا يبقى الإسقاط و بعبارة أخرى معنى بطلان الشرط بطلان الإسقاط فلا يمكن فساد المقابلة مع عدم فساد الإسقاط ثم ناقش فيما مثل به الماتن (-ره-) من مسئلة حق القصاص بعد الغير أو بحرّ بالمنع من السقوط و ذلك (-أيضا-) نظرا الى ان معنى صلح الحق إسقاطه بعوض فاذا لم يكن العوض عوضا كيف يتحقق الإسقاط ثم قال نعم لو كان معناه نقل الحق إليه فى مقابل العوض أمكن ان يقال انه يتضمن إسقاط الحق فمع بطلان الصلح (-أيضا-) يتحقق الإسقاط إذ يمكن ان يكون المعاملة الفاسدة إنشاء فعليا للإسقاط كما يكون إنشاء للفسخ أو الإجازة هذا كلامه و ما ذكره موجه فتدبر

قوله طاب ثراه و يمكن (-أيضا-) حمل الزواية (-اه-)

قد مرّ عند نقل المناقشات الموجهة الى الخبرين الإشارة الى ذلك مع جوابه

قوله طاب ثراه و لعل هذا مبنى (-اه-)

أراد بذلك رفع ما بين حكم الجماعة أولا بالبطلان و الفساد و ثانيا بوجوب الأقل فى أبعد الأجلين من التنافى و حاصل ما ذكره حمل البطلان فى كلامهم على بطلان الشرط بسبب اشتراط الزيادة و الصحة على صحة البيع و لزوم ما جعل فيه ثمنا و هو الأقل إلى الأجل قوله طاب ثراه فهو حكم تعبدى (-اه-)

أقول بعد البناء على هذا الحكم التعبدى ينبغى التنبيه على أمرين الأول أنه لا فرق بين قبول المشتري البيع به بالتقيد أو بالأكثر بالنسبة أو قبله على التردد لإطلاق النصيين و فتوى العامل بهما فإنه بتمام العقد صار حكمه شرعا ذلك فلا اثر لاختياره (-ح-) و ليس للبائع مطالبته بالاختيار بل قوله عليه السلام فى الصحيح فخذها بأى ثمن شئت و اجعل صفقتها واحدة فليس له إلا أقلهما و إن كانت

نظره؟؟؟ صريح فيما قلناه و لكن قد (- يق-) ان محل النزاع مختص بما لو قبله المشتري على تخيير البائع و انه على الأولين يلزم بما اختاره على القول بالصحة و (- ح-) استحقاق البائع عليه اختياره لأحدهما وجهان أقربهما لعدم للأصل و لما قبل من أنه ليس لهما التخيير بين الأمرين إجماعا و منه يظهر بطلان الإلزام بما اختاره إذ ليس له ذلك و (- ح-) فيلزم بما في النص ابتداء و على الأول فلا يلزم بذلك الا بعد تعذر الاختيار و ظاهر النص يدفعه و قد يحمل النص و نحوه على لزوم أقل الثمنين على المشتري حالاً و ان تأخر أدائه إلى أبعد الأجلين جهلاً أو قهراً أو تسامحاً أو نحو ذلك و (- ح-) فللبائع المطالبة به قبل الأجل و سقوط هذا الحمل لبعده عن ظاهر الخبرين مع عدم الشاهد عليه واضح و قد يقال أخذاً من الماتن (- ره-) ان هذا العقد قد أفاد إسقاط حق البائع من التعجيل بهذه الزيادة فإذا بطلت الزيادة لكونها ربا لم يلزم منه بطلان الإسقاط كما احتمل نظير ذلك في مصالحه حق القصاص بعد يعلمان حرّيته و ملك الغير له و (- ح-) فلا يستحق البائع الزائد و لا المطالبة قبل الأجل لكن المشتري لو أعطاه قبله و جب عليه القبول إذ لم يحدث له بسبب المقابلة الفاسدة حق في التأجيل حتى يكون له الامتناع من القبول قبل الأجل و انما أسقط حقه من التعجيل خاصية و فيه ان ذلك مع تسليمه فإنما يتم مع العلم بالفساد لا (- مط-) إذ لا ريب في عدم إفادته الإسقاط مع الجهل لا في القصاص و لا هنا لا لغة و لا عرفاً و لا شرعاً بعد تنزيل النص على الأول كما هو ظاهر المحكى عن الراوندى الثاني انه لو قيل المشتري أحد الشئيين من النقد بتمن و التسيه بتمن فقد قيل بخروجه عن محل النزاع و بان فيه وجهين من وجود المقتضى من الإطلاقات و غيرها و ارتفاع المانع و من الشك في تأثير نحو هذا الإيجاب المذى لم يجزم موجه بأحدهما بالخصوص و قد نفى في الجواهر خلوق الأول عن قوة بناء على عدم منع مثل هذه الجهالة قال و الا فالثاني أقوى قلت نحن و ان بنينا على عدم قرح مثل هذه الجهالة الا ان قوله عليه السلام خذها بأى ثمن شئت يشمل الفرض الا ان يقال ان مراده خذ بعد القبول على نحو إيجاب البائع فيبقى القبول على غير ذلك النحو بان يقبل الحال بالقليل أو المؤجل بالكثير خارجاً عن مدلول النص باقياً تحت العمومات المقتضية للصحة قوله طاب ثراه فلا ينبغي الإشكال في بطلانه (- اه-)

قد افتى بالبطلان هنا سلار في المراسم و ابن حمزة في الوسيلة و المحقق في الشرائع و العلامة في (- شاد-) و (- ير-) و الشهيدان في اللمعتين و المحقق الثاني في (- مع صد-) و غيرهم و مستندهم في ذلك اما ما مر من اخبار النهى عن بيع في بيع و قد عرفت عدم انطباقها على الفرض أو إجمالها أو حديث النهى عن الغرر و الجهالة و قد عرفت عدم جريانه هنا لعدم الجهالة القادحة في ذلك لمعلومية الثمن على كل من التقديرين أو الأصل المتقدم من فاضل المستند و لا ريب في سقوطه بعمومات العقود و التجارة و البيع بيع التسيه

قوله طاب ثراه و في التحرير (- اه-)

(١١) قال في (- ير-) لو باعه بتمنين إلى أجلين بأن يقول بعثك بدينار الى شهر و بدينارين الى شهرين بطل قولاً واحداً انتهى

قوله طاب ثراه و ان لم ينسب ذلك في (- س-) (- اه-)

(١٢) قال في (- س-) و لو باعه (- كك-) إلى أجلين فكالأول عند المفيد مع أنه حكم بالنهى عن البيع في الموضوعين انتهى المهم مما فيه

قوله طاب ثراه لكن عن الرياض (- اه-)

(١٣) قال في الرياض اعلم ان ظاهر الأصحاب عدم الفرق في الحكم صحة و بطلاناً بين ما تقدم و بين ما لو كان المبيع المتردد ثمنه إلى أجلين كشهر بدينار و شهرين بدينارين فإن كان إجماع و الا كما يقتضيه قوله بطل من دون إشارة إلى خلاف من فتوى أو رواية كان المختار هنا أقوى منه فيما مضى لفقد المعارض فيه لاختصاص النص (- مط-) بالصورة السابقة و عدم ثبوت الإجماع كما هو المفروض انتهى و قد حكى القول بالصحة في الفرض

ص: ٢٠٧

ثاني الشهيدين في (- لك-) عن جماعة و كفى به ناقلا و هو الأقوى للعمومات المتقدم إليها الإشارة بعد سقوط مستند البطلان كما عرفت

قوله طاب ثراه ثم إن العلامة في (- لف-) (- اه-)

قد مرّ نقل كلامه عند ذكرنا المستند القائمين بالصحة في أصل المسئلة فراجع

[مسألة في عدم وجوب دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل]

قوله طاب ثراه مسئلة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل و ان طولب إجماعا (- اه-)

قلت قد ادعى الإجماع عليه في الرياض و الجواهر و كشف الظلام و المستند و غيرها بل زاد في الجواهر دعوى كونه ضروريا

قوله طاب ثراه لأن ذلك فائدة اشتراط التأجيل

يعنى أنه لما اشترط التأجيل و كان الوفاء بالشرط واجبا لم يكن لذي الحق المطالبة و لم يجب على المديون الأداء و ألا للغي الشرط

مضافا الى ان الأصل برأيه ذمه المشتري من الدفع قبل الحلول

قوله طاب ثراه و فيه تأمل

لعل وجه التأمل هو الإشارة إلى أنه اعتبار محض لا- حجة فيه و الى ان كون القبول قبل الأجل موجبا للمنة (- مط-) ممنوع فلازم

الدليل ادارة الأمر مدار لزوم المنه و عدمه و ربما تمسك بعضهم بأصالة برأيه ذمه ذى الحق من لزوم القبول قبل الأجل

قوله طاب ثراه و يمكن تعليل (- اه-)

هذا الوجه وجيه و مرجعه الى التمسك بقاعدة لزوم الوفاء بالشرط حيث أنها تقتضى فى المقام لزوم تحمّل من عليه الحق حفظ الحق

الى أن ينقضى الأجل

قوله طاب ثراه و اندفع (- أيضا-) ما يتخيّل (- اه-)

المتخيّل هو المحقق الورع الأردبيلي (- ره-) حيث احتمل الوجوب مستندا الى وجوه أشار هو (- ره-) إليها الأول ما حكاه الماتن (-

ره-) من ان الأجل لرعاية حال المشتري و الترفه له كالرخصة له لا لأجل البائع و لهذا يزداد الثمن فاذا حصل الثمن الزائد للبائع نقدا

فهو غاية مطلوب التجار فلا ينبغى الامتناع عنه و أنت خبير بأن غاية ما يفيد هذا الوجه أولويّة ذلك للبائع اما وجوبه عليه المستلزم

للعقاب على الترك فى مقابلة الأصل بدون دليل شرعى بل بمجرّد أن الأصلح له ذلك فلا مع ان الأغراض لا تنحصر لجواز تعلق

شرط البائع بتأخير القبض إلى الأجل سيما إذا ظهر ذلك من حاله وقت العقد و قد يقال أنه إذا توفرت المصلحة للبائع انتفت المفسدة

من جميع الوجوه و حيث لا يكون فى امتناعه قاصدا لغرض من أغراض العقلاء بل لمجرّد السّفه يقبضه الحاكم عنه و تبرء ذمه الدافع

بذلك و فيه من الوهن ما لا يخفى لعدم الدليل على ولاية الحاكم فى مثل الفرض حتّى يكون قبضه مشروعا و مسقطا للحق عن الدافع

بل الحاكم أنما له التصرف فيما كان امتناع الممتنع غير مشروع و اما مع المشروعية كما هنا فكلا فالحق انه ليس للحاكم هنا القبض

فضلا عن برأيه ذمه المشتري بذلك الثانى انه قد يتضرر المشتري بعدم الأخذ و فيه نظر ظاهر لأن تضرره إذا لم يكن مستندا الى فعل

البائع الصيادر منه بغير حق لم يوجب شيئا كما ان البائع لو تضرر بعدم تعجيل ما يستحقه من المشتري مؤجلا لم يوجب لزوم دفع

المشتري حقه عاجلا الثالث ان الظاهر ان الحق ثابت و الأخذ مع دفع صاحبه واجب عندهم عقلا و نقلا و قد أفاد الأجل عدم وجوب

الدفع لا عدم وجوب الأخذ و فيه أنه أشبه شىء بالمصادرة أو التعمية فإن الأخذ مع دفع صاحبه أنما يجب أخذه إذا كان معجلا و اما

المؤجل فوجب أخذه مع الدفع قبل الأجل أول الكلام كما ان عدم إفادة الأجل عدم وجوب الأخذ عين المتنازع الرابع ان الظاهر من

قولنا بعثك هذا بكذا إلى مدة كذا ان زمان الأداء الى تلك المدة موسع فذلك الزمان نهاية الأجل للتوسعة بمعنى عدم التصديق إلا

في ذلك الزمان كالواجبات الموسعة و فيه نظر ظاهر ضرورة وضوح الفرق بين الواجبات الموسعة و بين المقام فإن الواجبات الموسعة قد تعلق الخطاب بتاديتها على سبيل التخيير فالشارع فيها مستحق لما طلب في كل وقت تقدم أو في بدله الى الوقت الذي لا بدل له فيتعين بخلاف ما هنا فإنه لا طلب و لا خطاب بل هو كشغل الذميمة بالموقت قبل الوقت فإنه تعلقي هذا مضافا الى ان قوله بعتك إلى مدة كذا ظاهر في ظرفية كل جزء من الزمان للاستحقاق و محل النزاع ما إذا باعه مؤجلا بأن قال بعتك هذا بدرهم بأجل يوم مثلا و بالجملة فالقول المشهور هو المؤيد المنصور لأن الوجوب حكم شرعي يترتب على تركه العقوبة و المؤاخذه منه سبحانه فلا بد له من دليل واضح من أية أو روايه و التقريبات المزبورة الواهية لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعية و دفع أصالة برأيه الذممة كما هو واضح عند كل ذي درئه نعم لو كان غرضهما من التأجيل سقوط وجوب الأداء عن عليه الثمن من دون كونه ملزما بالدفع عند حلول الأجل بل يكون له الدفع أيما وقت شاء كان وجوب القبول على البائع ان دفع المشتري قبل الأجل قويا متعينا

قوله طاب ثراه ففي كتاب الدين من (- كره-) و (- عد-) أنه لو أسقط المديون أجل الدين (- اه-)

مقتضى إطلاق العبارة عدم الفرق بين رضا من له الدين بالإسقاط و عدمه و صريح عبارة (- مع صد-) صحه الإسقاط عند رضا بذلك حيث قال اما لو تقايلا (- اه-) فليس ما في (- مع صد-) موافقا لما في (- كره-) و (- عد-) قوله طاب ثراه و فيه ان الحق المشترط في العقد اللازم (- اه-)

قد سبقه في هذا الإيراد صاحب الجواهر (- قدّه-) حيث قال ان ثبوته بالعقد اللازم لا يمنع من سقوطه بالإسقاط كاشتراط الخيار و نحوه ثم أجاب بوجه آخر حيث قال و يمكن منع أحقية صاحب الدين فيه و اتفاق وجود مصلحة له في ذلك لا ينفي كونه من حقوق المشتري كالخيار المشروط له ثم قال مشيرا الى رد قول المحقق الثاني (- ره-) اما لو تقايلا في الأجل (- اه-) ما لفظه كما أنه يمكن منع مشروعية التقاييل فيه خاصة دون أصل العقد و لو صح رجوع الى الإسقاط و مع فرض أنه من حقوق المشتري خاصة لم يعتبر اتفاق البائع معه على الإسقاط الذي هو بمنزلة الإبراء بل هو منه كما أومى إليه هو (- ره-) في حاشية (- شاد-) في مسئله التعجيل بالتقيصه بل لعله الظاهر من (- عد-) في باب السلم ثم قال و ما في الرياض من أنه يمنع استلزام انحصار فائدته في الرخصة للمشتري بعد تسليمه وجوب الأخذ على البائع مع مخالفته الأصل الخالي عن المعارض من النص و الإجماع لا اختصاصه بغير صورة الفرض يدفعه ما عرفت من اقتضاء العقد ذلك و ان الشرط المزبور حق للمشتري خاصة فليسقط بإسقاطه كغيره من الشرائط التي له على البائع انتهى كلامه علا- مقامه نقلناه بطوله للحاجة إليه فيما يأتي و لا يخفى عليك ان دعوى اختصاص الحق المذكور بالمشتري مما ياباه ظاهر الحال فان من الواضح تعلق غرض كل من البائع و المشتري به و ما هذا شأنه فالأصل فيه كونه حقا لهما و حصر الحقية في المشتري مما لا دليل عليه و الأصل كاف في دفعه

قوله طاب ثراه و حق صاحب الدين لا يمنع من مطالبه من أسقط حق نفسه

هذا جواب عن العلة الثانية و هي قوله و لأن في الأجل حقا لصاحب الدين (- اه-) و الضمير المضاف إليه المطالبة يعود إلى الحق و جملة من أسقط حق نفسه مفعول المطالبة و الفاعل هو الضمير المستتر العائد الى صاحب الدين و يحتمل عوده الى صاحب الدين و يكون المفعول الضمير المستتر العائد إلى الحق

قوله طاب ثراه و يمكن ان يقال ان مرجع التأجيل (- اه-)

فيه منع ظاهر ضرورة وضوح الفرق بين الإسقاط الذي هو ازاله للحق بعد ثبوته و بين جعل العقد على وجه لا مقتضى للحق فيه فإن النسبة قسيم النقد و ليس قسما

ص: ٢٠٨

منه و عبارة النقد مع اشتراط سقوط حق المطالبة بل هي إنشاء بيع لا مقتضى فيه للمطالبة قبل الأجل فعدم استحقاق المطالبة قبل الأجل حق للمشتري و سلطته له على البائع بمنعه من ماله الى ان ينقضى الأجل فإذا أسقط المشتري هذا الحق سقط من جانبه قوله طاب ثراه الا ترى أنه لو شرط في العقد التبري من عيوب (- اه-)

هذا من باب إسقاط خيار العيب و قد عرفت ما نحن فيه ليس من قبيل الإسقاط للحق بل هو من باب جعل العقد على وجه لا مقتضى فيه للحق

قوله طاب ثراه فلا يرد عليه منع صحه التقايل (- اه-)

أشار بذلك الى رد ما سمعته من صاحب الجواهر (- ره-) في عبارته المتقدمه من قوله كما أنه يمكن منع مشروعيه التقايل فيه خاصه دون أصل العقد

قوله طاب ثراه (- فت-)

لعل وجه الأمر بالتأمل هو منع تعدد الحق كليه و أنه يختلف باختلاف الموارد فيتحد فيما إذا باع بشرط استحقاق المشتري تأخير الثمن و عدم استحقاق البائع الأجل بحيث يكون له الامتناع من قبوله إذا دفع المشتري و يتعدّد فيما إذا باع بشرط الأجل في الثمن بالنسبة إليهما و لكن لا يخفى عليك إذ التشايح المتعارف هو جعل الأجل حقاً لهما جميعاً

قوله طاب ثراه و هذا لا دخل له بما ذكره (- مع صد-) (- اه-)

غرضه بذلك إبداء الفرق بين تعليل (- كره-) و تعليل (- مع صد-) و انّ العله في عبارة (- كره-) هي كون الأجل صفة تابعة لا تفرض بالإسقاط عن متبوعه نظير الجودة و الصيحه و نحوهما و في عبارة (- مع صد-) عبارة عن اشتراكهما في الحق فلا يسقط بإسقاط أحدهما منفرداً

امسألة في وجوب قبول الثمن إذا دفعه عند حلول الأجل

قوله طاب ثراه وجب على مالكة قبوله (- إلخ-)

هذا ممّا صرح به في (- ط-) و الوسيله و (- ثر-) و (- فع-) و (- كره-) و (- عد-) و (- شاد-) و (- لف-) و اللّمعة و سائر ما تأخر عنها من غير خلاف ينقل و قد نفى في الجواهر وجدان الخلاف فيه و استظهر الإجماع عليه في كشف الظلام و ادعى الإجماع عليه في الرياض

قوله طاب ثراه مدفوع بأنّ مشروعيه (- اه-)

ربما اعترضه بعض مشايخ العصر (- قده-) بان غرض المورد أنّما هو بيان قصور دليل نفى الضرر عن إثبات الوجوب على البائع عينا بإمكان شرعيه القبض عنه و ان لم يجب عليه (- كك-) قال و منه يظهر ضعف الإيراد عليه انتهى و أنت خبير بأنّ ما ذكره لعله ناش من عدم التعمق ضرورة أنّ بدليته شيء عن شيء اضطرارا لا ينافي وجوبه عينا و قصور دليل نفى الضرر عن إثبات الوجوب على البائع عينا أنّما كان يتم المطلوب ان لو كان شرعيه قبض الحاكم عنه أحد طرفي التخيير أو البدل الاختياري و الفرض كونه بدلا اضطرارياً فلا تذهل ثمّ انه ربما أجب عن المناقشه التي عبر عنها الماتن (- ره-) بالتوهم و دفعه بأجوبه آخر أحدها ما في الجواهر من ان الثابت من الأدله أنّما هو وجوب القبض من حيث الدفع خصوصاً قوله تعالى أوفوا بالعقود فإنّ وجوب الوفاء بها يتبع وجوب الدفع و وجوب القبول و (- ح-) فإذا انتفى القبول سقط اعتباره إذ هو كالدفع من المديون يجب عليه أولاً فإذا امتنع جاز التقايل من ماله و اعترضه بعض تلامذته من مشايخ العصر (- قده-) بأنّه لا إشكال في ثبوت وجوب القبول و أنّما الإشكال في دلالة نفى الضرر عليه فما ذكره علّامة الجواهر غير دافع للإيراد قلت هذا اعتراض موجّه الثانی منع جواز قبض الحاكم بمجرد امتناعه من القبض بل المذی تقتضيه

القاعدة هو إجبار الحاكم له على القبض نظرا الى ان امتناعه بغير حق أسقط اعتبار رضاه الحديث نفى الضرر الذي مورده كان من هذا القبيل كما أشار إليه الماتن (- ره-) فجواز قبض الحاكم عنه بمجرد امتناعه غير ثابت حتى يكون رافعا للضرر مانعا من جريان القاعدة و ناقش في هذا الجواب بعض مشايخ العصر (- قدّه-) بنظير ما سبق منه في ردّ الماتن (- ره-) من ان الغرض منع افادة قاعدة نفى الضرر وجوب القبض عينا بعد شرعيته القبض عنه ثم قال قولك ان القبض عنه مع إمكان قبضه و لو كرها غير ثابت الجواز مدفوع بنقل الكلام إلى صورة تعدّر مباشرته للقبض أصلا حتى مع الكره إذ لا ريب في تولّى الحاكم له (- ح-) لأن السيلطان ولي الممتنع انتهى و أنت خبير باندفاع ذلك بنظير ما مرّ في جواب اعتراضه على جواب الماتن (- ره-) ضرورة ان تولّى الحاكم له في صورة تعدّر مباشرته للقبض ليس الا من باب البدليّة الاضطراريّة فلا ينافي جريان قاعدة الضرر في حال الاختيار الثالث ان ظاهر جمع عدم اعتبار الحاكم هنا أصلا كما سيجيء (- إن شاء الله-) (- تعالى-) توضيح الحال فيه فانتفى ما حسبه المناقش دافعا للضرر هذا وربما يناقش في دلالة قاعدة الضرر بوجه آخر و هو ان الضرر كما يرتفع بالزامه بالقبض فكذا يرتفع بجعل تلف المال بغير تفريط المشتري من مال البائع كما هو واضح و فيه ان كون التلف من البائع فرع تشخص حقه فيما بيد المشتري فما لم يقبضه لا يتشخص له حتى يكون تلفه منه فتمّ (- ح-) دلالة القاعدة على المطلوب (- فت-)

قوله طاب ثراه بناء على ان الممتنع من يمتنع (- اه-)

أشار بذلك الى الخلاف في ان قبض الحاكم للمال المدفوع في الفرض ثمن الممتنع صاحبه و هو البائع من تسلّمه هل هو لازم بمجرد الامتناع أو يتوقّف على تعدّر جبره على التسليم فانّ في ذلك وجهين من عموم ولاية الحاكم و من ان ولايته فرع تعدّر الأصيل و لو بالإجبار ضرورة ان ولايته من باب الحسبة فما دام تسلّم المالك ممكنا لا تثبت ولايته و هذا هو الأشبه و من هنا ظهر وجوب إجباره للبائع على التسلم مع الإمكان حسبته كما هو وظيفته

قوله طاب ثراه إذا لم يسئل

ضمير الفاعل مستتر يعود الى المديون و الضمير البارز المتصل يعود الى الحاكم و التقدير انه لو لم يسئل المشتري عن البائع تسلّم الثمن لم يكن للحاكم مطالبته المشتري به مع رضاه البائع ببقائه عند المشتري ضرورة انه لا ولاية (- ح-) للحاكم مع رضاه المالك بكونه في ذمّة المديون لكن عن المحقّق الثاني (- ره-) في (- مع صد-) انه لو لم يسئل الدافع الحاكم القبض لم يجب على الحاكم قبضه و انه يجوز ذلك له و ان لم يسئل و هو كما ترى قد علّق على سؤال المشتري خصوص الوجوب و التزام الجواز (- مط-) فإن أراد الجواز عند دفع المشتري ففيه منع ولايته قبل تعدّر تسلّم البائع و ان أراد الجواز (- مط-) المستلزم لجواز مطالبته للمشتري بالثمن ففيه منع ظاهر و لعلّ الثاني غير مراد له لتصريحه بعدم جواز إجبار الحاكم للبائع على القبض ان لم يسئل المشتري الدافع قال لأنّ يده يد رضى بها المدفوع له و لم يصدر منه ما ينافيها (- فت-)

قوله طاب ثراه و استبعد غيره و هو في محلّه (- اه-)

المستبعد هو الشهيد (- ره-) في (- س-) و وجه كون الاستبعاد في محلّه ان وجوب قبضه فرع ولايته و ولايته فرع تعدّر تسلّم البائع و ذلك لا يحصل الا بتعدّر الإجبار

قوله طاب ثراه لأنه من المعروف الذي يجب الأمر به على كلّ احد (- اه-)

يمكن المناقشة في ذلك بانّ الإجبار غير الأمر بالمعروف و الواجب على كلّ أحد انما هو الثاني و اما الأول فيندرج في عنوان الحسبة المخصوصة بالعدول (- فت-)

قوله طاب ثراه أقواه العدم (- اه-)

(١١) لأنّ الأصل برأيه الذمّة و لكن الأقرب الوجوب لاندرجه في عنوان الحسبة فيجب حفظ المال المسلم المحترم عن التلف (-

فت-)

قوله طاب ثراه فان تلف فعلى ذى الحق (-اه-)

(١٢) هذا فى الجملة ممّا لا خلاف فيه يظهر و أنّما الخلاف فى إطلاقه و تقييده فعن الشيخين (-رهما-) فى المقنعة و (-ية-) و ابن حمزة فى الوسيلة و المحقق فى (-يع-) و (-فع-) و سلار فى المراسم و القاضى و ابى الصّلاح و غيرهم الإطلاق و عن الشيخ (-ره-) فى

ص: ٢٠٩

(- ط-) و الحلّي في (- ث-) و جماعة تقييد ذلك بصورة عدم التمكّن من حين الامتناع الى حين التّلف من تسليمه الى الحاكم و الّا تعين تسليمه إليه فإن ترك مع الإمكان كان التّلف من المشتري بل ربّما حكى عن بعض دعوى الشهرة على ذلك و حجّة القولين اما على كون التّلف من البائع في الجملة في صورة عدم تفريط المشتري فهي قاعدة نفى الضّرر فانّ في هلاكه من المشتري ضررا عظيما و ظلما فيكون منفيًا لقاعدة الضّرر و اما حجّة الأوّل على الإطلاق فأمر أحدها أصالة عدم تعين دفعه الى الحاكم مع وجود المالك بل لنا منع جواز الدّفع اليه (- ح-) فضلا عن التعين إذ غاية ما دلّ الدّليل عليه انّ الحاكم وكيل عن الغائب اما مع حضور المالك فلا دليل على ولايته بوجه فتحكم أصالة العدم و يرتفع ما كان مانعا من جريان قاعدة الضّرر و فيه انّ إنكار ولاية الحاكم في أمثال المقام مكابرة لأنّه كما يقوم مقام الغائب فكذا يقوم مقام الممتنع عمّن يجب عليه للعمومات و خصوص ما ورد من جملة من الموارد الخاصّة التي يقف عليها المتتبع الا ترى إلى أخذ الزكاة منه قهرا و تولية التّيه عنه و أداء ديونه و ما يجب عليه من نفقة و نحوها من ماله ثانياها ما تمسّيك به كاشف الظلام من وجوب القبض على البائع و هو متمكّن منه فلا عذر له إذ الممتنع من أخذ حقّه مع تمكّنه منه هو المضيق له و الأصل و عدم الدّليل قاضيان بعدم وجوب الدّفع الى الحاكم اي الوكيل مع وجود الأصيل و تمكّنه من التسلم بل غاية ما قام الدليل عليه من إجماع و غيره أنّما هو وجوب الدّفع الى المالك خاصيّة و فيه أنّه بعد تسليمه وكالة الحاكم عنه (- ح-) قهرا كما هو صريح كلامه لا معنى لمنع وجوب الدّفع اليه مع الإمكان سيّما بعد صدق المفراط عليه بترك الدّفع اليه و لا ينافي ذلك تفريط المالك (- أيضا-) ضرورة أنّ تفريطه لا يرفع اثر تفريط غيره كما لا يخفى ثالثها انّ القبض هو التخليّة الصادقة عرفا بمجرد ذلك و الواجب على المشتري أنّما هو الإقباض و الواجب على البائع أنّما هو القبض فاذا عصى المالك بترك ما يجب عليه فلا يجب على المشتري شيء آخر بسبب عصيان البائع على نحو المقاصّة التي هي بعكس المقام فكما يستقلّ المقاصّ بتملك مال المديون بمجرد قبضه له من دون اقباض المديون دون اقباض المديون له فكذا يستقلّ المديون بتمليك صاحب الدّين بمجرد إقباضه له من دون قبضه منه و رضاه به و أنت خبير بأنّه أنّما يتمّ بناء على عدم ولاية الحاكم في مثل المقام و قد عرفت أنّه خلاف التحقيق و (- ح-) فعصيان المالك لا يرفع اثر تفريط المشتري المديون بترك الدّفع الى الحاكم و قياس ذلك على المقاصّة لا وجه له مع انّ الحكم في المقيس عليه (- أيضا-) غير مسلم بل لنا اعتبار اذن الحاكم هناك (- أيضا-) كما عليه جماعة و اما حجّة الثاني على التقييد فهي الاقتصار فيما خالف الأصل الدالّ على عدم تعين الثمن للبائع حيث كان كلّيا الّا بقبضه أو قبض من يحكمه على محلّ الوفاق و هو صورة فقد الحاكم و التفاتا الى اندفاع الضّرر عن المشتري بالدّفع الى الحاكم فلو قصّر كان كالمفراط في المال من حيث تمكّنه من دفعه الى مستحقّه أو نائبه فيكون من ماله تمسّك بذلك في الرّياض و تماميّة موقوفه على عدم تماميّة مستند القول الأوّل و إذ قد عرفت عدم تماميّة ذلك بان لك أقربيّة القول الثّاني

قوله طاب ثراه و لكن لم يخرج عن ملك مالكة (- اه-)

هذا حجّة القول بجواز تصرف المشتري فيما عزله في الفرض

قوله طاب ثراه و قاعدة مقابلة الخراج بالضمان غير جارية هنا

قد احتجّ القائل بعدم جواز تصرف المشتري فيما عزله بهذه القاعدة بتقريب أنّه إذا لم يكن التّلف من المشتري فكيف يكون له

التصرف فيه و كيف يكون الثّماء له و الى ردّه أشار الماتن (- ره-) بالحكم بعدم جريانها هنا و الى الوجه في عدم الجريان

قوله طاب ثراه و يمكن ان يقال انّ الحقّ قد سقط من الذمّة (- اه-)

هذا احد الجوابين عن اشكال الجمع بين الحكم ببقاء ملكيّة الدافع و بين الحكم بكون التّلف من ذى الحقّ و الجواب الثاني ما تبه عليه

بقوله و يمكن ان يقال بأنّه يقدر انا ما (- اه-) و لى في الجوابين جميعا نظر من حيث انّ كلّا من تعلق الحق به تعلق حقّ المجنى عليه

بالعبد الجانى و تقدير الدخول فى ملك ذى الحق انا ما قبل التّلف على خلاف الأصل و القاعدة فلا يصار اليه الّا بدليل و ليس

ضرورة عدم اقتضاء قاعدة الضرر ذلك فالوجه الثانى أظهر فيكون المدفوع بالعزل ملكا للبائع و يتشخص الكلى فيه و يكون النماء للبائع و التلف منه و يمنع من تصرف المشتري فيه إلا برضاء البائع بإحدى طرقه و توقف تشخص الكلى على قبض ذى الحق غير ضائر بعد قابلية قاعدة الضرر لإلغاء قبضه و عدم قبضه و جعل عزل المديون بمنزلة قبض ذى الحق نعم يختص ذلك بصورة تعذر قبض الحاكم و ألا توقف زوال ملك الدافع عنه و حدوث ملك ذى الحق على قبض الحاكم قوله طاب ثراه لأن شرعية عزله (- اه-)

قد وقع الإشارة الى هذا الوجه فى عبارة (- مع صد-) حيث قال إذا امتنع المالك من القبض و تعذر الحاكم زال الضمان عن الدافع بالتعيين لكن هل هو مشروط بالحفظ بمجرد العادة فيكون أمينا أم لا فلا يكون الحفظ واجبا عليه لم أجد به تصريحاً للأصحاب لكن قوة التأمل فى كلامهم تشهد للثانى حيث أطلقوا نفي الضمان عنه دفعا للضرر و لو وجب الحفظ الدائم لبقى الضرر المحذور و الزم بالضمان بالتقصير فيه انتهى و ما احتمله من وجوب الحفظ (- مط-) يمكن استظهاره من (- يع-) و غيرها مما قيد فيه كون التلف من البائع بعدم تفریط المشتري فى الحفظ و لعل وجهه أنه مال امرئ مسلم محترم فيجب حفظه على عامة المسلمين و هو أحدهم و أقربهم و تساهل المالك فى حفظ ماله لا يوجب ارتفاع حرمة ماله قوله طاب ثراه و كذا يفعل الحاكم لو قبضه (- اه-)

قد ذكر ذلك فى سلم (- لك-) و أنت خير بما فيه فان قبض الحاكم إنما شرع للحفظ و الصيانة فالتسوية بين الحاكم و بين المديون و جواز التخليه للحاكم يستلزم إلغاء قبض الحاكم بل اللازم على الحاكم حفظه و الإيصال إليه بأى طريق أمكن و لو بالإجبار فإن تعذر قبضه الى ان يموت و دفعه الى وارثه و مع عدمهم يتصدق به عن الإمام الذى هو وارث من لا وارث كما لا يخفى

[مسألة فى عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه]

قوله طاب ثراه المصرح به فى غيره (- اه-)

ممن صرح بعدم الخلاف فيه صاحب الجواهر و ادعى بعضهم الإجماع عليه و الأصل فى ذلك الأدلة الدالة من الكتاب و السنة المتواترة و الإجماع القطعى على حرمة الربا بعد وضوح كون الفرض ربا لأن حاصله يرجع الى إعطاء الزائد فى مقابلة الناقص إذ لا ثمن للأجل على حدة لأن الأجل ليس جزءا حقيقيا من احد العوضين و إن كان يختلف العوضان باختلافه و جريان الربا هنا هو الفارق بين هذه الصورة و بين الصورة الآتية اعنى التعجيل بالتقصان لعدم جريانه فيها لأنه فى الحقيقة حذف شىء من ماله عن الغريم و لا شك فى جواز حذف؟؟؟ الكل فالبعض بطريق اولى فلا يرد ما قد يتوهم من ان الأدلة الدالة الآتية على جواز تلك الصورة شاملة لهذه فما وجه التفرقة

قوله طاب ثراه فعن مجمع البيان عن ابن عباس انه كان الرجل من أهل الجارية (- اه-)

ليس فى مجمع البيان لفظ من أهل الجارية و الموجود فيه انما هو لفظ منهم بدله و لم يعلم ان السيهو من قلم الماتن (- ره-) أو من الحاكي و على فرض صحة الحكاية فليس لأهل الجارية

ص: ٢١٠

معنى مناسب فيما حضرني من كتب اللغة إلا أهل النعمة

قوله طاب ثراه و يؤيده بل يدل عليه حسنة ابن ابي عمير أو صحيحته (-اه-)

قد رواها الكليني (-ره-) عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام و التردد بين حسنه و صحته بالنظر الى الخلاف في كون ابراهيم بن هاشم من الثقات أو الحسان و قد تبهنا في غير موضع على كونه من الصيحاء لكثرة القرائن على ذلك مضافا الى دعوى السيد بن طاوس الاتفاق على كونه من الثقات فالحق صحة السند مضافا الى ان الشيخ (-ره-) قد رواها بطريقتين اخريين صحيحين أحدهما بإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن ابان عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام و الآخر بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قوله طاب ثراه و يدل عليه بعض الأخبار (-اه-)

ستسمع إنشاء الله تعالى عند تعرضنا عن قريب لتفصيل ذلك على تلك الأخبار و أشار (-قده-) بقوله حتى صاروا موردا لاعتراض العامة إلى صحيح ابن الحجاج الآتي

قوله طاب ثراه و يؤيده بعض الاخبار الواردة في باب الدين فيما إذا اعطى المديون بعد الدين شيئا (-اه-)

أشار بذلك الى ما رواه في الوسائل في باب جواز قبول الهدية و الصيلة ممن عليه الدين عن ثقة الإسلام (-ره-) عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن موسى بن سعدان عن الحسين بن ابي العلاء عن إسحاق بن عمار عن ابي الحسن عليه السلام قال سئلته عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضا فيعطيه الشيء من ربحه مخافة ان يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير ان يكون شرط عليه قال لا بأس بذلك ما لم يكن شرطا

قوله طاب ثراه و ظهر (-أيضا-) أنه يجوز المعاوضة اللازمة (-اه-)

لما لم يساعده الزمان على الوفاء بما وعده من توضيح هذه المسئلة في باب الشروط أو كتاب القرض ناسب ان نوب عنه في الوفاء و توضيح الكلام فيها فنقول أنه يجوز اشتراط التأجيل بالزيادة في عقد لازم كبيع و نحوه بان يبيع ذو الحق شيئا من المديون بتلك الزيادة بعقد لازم و يشترط في ضمنه تأجيل ذلك الحال في ضمن هذا العقد سواء اشترط تأجيل ثمن المبيع الثاني مع ذلك السابق الثابت في ذمته أم اقتصر على اشتراط تأجيل السابق و هذا من الحيل الشرعية للتخلص من الربا فيستدين مائة دينار مثلا قرض الحسنه ثم يشتري خاتما قيمته درهم بخمسة دنانير و يشترط في ضمن العقد عدم تسلط المقرض على استعادة المائة دينار أو المائة و الخمسة جميعا إلى سنة و الغرض من هذا التقرير أنما هو جواز الزيادة و الا فيمكن اشتراط تأجيل الحق الحال في ضمن عقد لازم من غير زيادة كما حكى التصريح به عن (-كره-) و (-شاد-) و (-عد-) في التنقيح و غاية المرام و إيضاح (-فع-) و (-مع صد-) و الميسية و (-لك-) و (-الروضه-) و الكفاية و مجمع الفائده و غيرها بل في محكي الأخير احتمال عدم الخلاف فيه و بالجملة فقد صرح بجواز التأجيل بالزيادة على الوجه المذكور جمع كثير قاطعين به بل استظهر في (-ثق-) و كشف الظلام اتفاق الأصحاب عليه و نفى بعض من تأخر معرفة الخلاف فيه و الأصل في ذلك بعد عمومات الوفاء بالعقود و التزام الشروط طائفة من الأخبار فمنها الموثق بابن إسحاق كالصحيح لابن ابي عمير الذي رواه الشيخ (-ره-) بإسناده عن احمد بن محمد عن ابن ابي عمير عن محمد بن إسحاق بن عمار قال قلت لأبي الحسن عليه السلام يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرني بها و انا أربحك فإيع حية تقوم على ألف درهم بعشرة الاف درهم أو قال بعشرين ألفا و أخره بالمال قال لا بأس و منها ما رواه ثقة الإسلام (-ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن علي بن حديد عن محمد بن إسحاق بن عمار قال قلت لأبي الحسن عليه السلام ان سلسيل طلبت مني مائة ألف درهم على ان تربحنى عشرة الاف فأقرضها تسعين ألفا و أبيعها ثوبا أو شيئا تقوم بألف درهم بعشرة الاف درهم قال لا بأس قال الكليني (-ره-) و في رواية أخرى لا بأس به أعطاها مائة ألف و بعها الثوب بعشرة ألف و اكتب عليها كتابين و منها ما رواه هو (-ره-)

(عن علي بن إبراهيم عن هارون بن مسلم عن مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل عن رجل له مال على رجل من قبل عينه عينها إياه فلمّا حلّ عليه المال لم يكن عنده ما يعطيه فأراد أن يقلب عليه ويربح أبيع له لؤلؤاً أو غير ذلك ما يسوى مائة درهم بألف درهم و يؤخره قال لا بأس بذلك قد فعل ذلك أبي (-رض-) و أمرني أن افعل ذلك في شيء كان عليه و منها ما رواه الشيخ (-ره-) بإسناده عن أحمد بن محمد بن علي بن الحكم عن عبد الملك بن عتبة قال سألت عن الرجل يريد أن أعينه المال أو يكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب متى مالا أزيد على مالي الذي عليه يستقيم أن أزيد مالا و أبيع له لؤلؤة تسوى مائة درهم بألف درهم فأقول أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن تؤخر كذا أو بئها أو بمالي عليك كذا و كذا شهراً قال لا بأس و منها ما رواه هو (-ره-) بإسناده عن أبي علي الأشعري عن الحسن بن علي بن عبد الله عن عمه محمد بن أبي عبد الله عن محمد بن إسحاق بن عمار قال قلت للرضا عليه السلام الرجل يكون له المال فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بألف درهم و يؤخر عنه المال الى وقت قال لا بأس به قد أمرني أبي ففعلت ذلك و زعم أنه سئل أبا الحسن عليه السلام عنها فقال مثل ذلك و منها ما رواه هو (-ره-) بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن إبراهيم بن إسحاق عن محمد بن سليمان الديلمي عن أبيه عن رجل كتب الى العبد الصالح عليه السلام يسئله أني أعامل قوما أبيعهم الدقيق اربح عليهم في القفيز درهمين إلى أجل معلوم و أنهم سئلوني أن أعطيهم عن نصف الدقيق دراهم فهل من حيلة لا ادخل الحرام فكتب إليه أقرضهم الدراهم قرضاً و ازدد عليهم في نصف القفيز بقدر ما كنت تريح عليهم و منها الصحيح الذي رواه ثقة الإسلام (-ره-) عن محمد

بن يحيى عن محمد بن الحسين عن صفوان عن عبد الرحمن بن الحجّاج قال سألت عن الصّرف الى ان قال فقلت له اشترى ألف درهم و ديناراً بألفي درهم فقال لا بأس بذلك انّ أبي كان اجري على أهل المدينة منى فكان يقول هذا فيقولون أنّما هذا الفرار لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم و لو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار و كان يقول لهم نعم الشئ الفرار من الحرام الى الحلال الى غير ذلك من الأخبار المنجبرة أو المعتضدة بعمل الطائفة فلا ينبغي بعد ذلك الإشكال في المسئلة و لكن مع ذلك فقد وقع الاستشكال من وجوه أحدها ما حكى عن الشهيد (-ره-) من الاستشكال في خصوص شرط أجل القرض في ضمن عقد لازم بأنّ الشرط في ضمن العقد اللازم يجعله جائزاً فكيف ينعكس و يصير القرض الذي هو جائز لازماً بالشرط و الجواب انّ الشرط أنّما يجعل العقد اللازم جائزاً ما لم يحصل فاذا وجد في الخارج لزم العقد و شرط لزوم القرض حيث يحصل من حين الشرط يلزم به العقد الجائز و هو القرض و بقي العقد المشروط فيه لزوم القرض على لزومه (-فت-) كي يظهر لك إمكان المناقشة في ذلك بان لزوم أجل القرض موقوف على لزوم العقد المشروط فيه لزوم القرض فلا معنى لتوقف لزوم العقد المذكور على لزوم العقد و الّا لدار فالأولى في الجواب ان يقال انّ جواز العقد من جهة لعارض الشرط لا يمنع من لزوم

ص: ٢١١

الوفاء بمقتضى الشرط المضطرب و إلا لما لزم الوفاء بشيء من الشروط في ضمن العقود لتوقف لزوم الوفاء على لزوم العقد المتضمن لذلك الشرط فلو كان العقد المتضمن للشرط جائزا من جميع الجهات لم يتم المطلوب و هذا هو الاشكال المزبور عند الكلام في خيار الشرط مع جوابه فراجع و تدبر ثانيا ما حكاها في دين (- مع صد-) عن الشهيد (- ره-) قال (- ره-) في شرح قول العلامة (- ره-) لو شرط الأجل في القرض لم يلزم و لكن يصح ان يجعل اجله شرطا في عقد لازم فيلزم ما لفظه ان الشهيد (- ره-) أورد إشكالا في المقام حاصله أنه ان أريد بلزومه توقف العقد المشروط فيه عليه فمسلم لكنه خلاف المتبادر من كونه لازما إذ العقود المشروط فيها شروط لا تقتضى لزومها بل فائدتها تسلط من تعلق غرضه بها على الفسخ بالإخلال بها و ان أريد لزوم ذلك الشرط في نفسه بمعنى أنه لا سبيل إلى الإخلال به لم يطرد إلا ان يفرق بين اشتراط ما سيقع و ما هو واقع و يجعل التأجيل من قبيل الواقع فيتم ثم قال و يمكن الجواب بأن المراد بكون الشرط لازما وجوب الوفاء به كما وجب الوفاء بالعقد اللازم لأنه من جملة مقتضياته و تسلط من تعلق غرضه به على الفسخ بدونه لا ينافي هذا المقدار من اللزوم من طرف العاقد الآخر فيكون الشرط و العقد لازمين من طرف المشتري و من طرف من تعلق به غرضه يكون لازما مع الإتيان بالشرط لا بدونه و هذا معنى واضح صحيح الى ان قال و ما ذكره من الفرق بين الشرط الذي سيفعل و غيره (- أيضا-) متجه فلا يبعد ان يقال إذا شرط الحال في عقد لازم كان كما لو شرط في العوض الواقع في ذلك العقد فيلزم بهذا الشرط و هذا هو المفهوم من إطلاق الأصحاب تأجيل الحال في عقد لازم و ليس هو كاشتراط ان يفعل الفعل الثاني انتهى و في الإشكال و الجواب جميعا غرض فتدبر ثالثا ما صدر من بعض المعاصرين شفاها من الوسوسة في اشتراط لزوم أجل القرض بأن تسلط الدائن على مطالبه المديون بحقه حيثما شاء من الأحكام لا الحقوق و الحكم لا يبدل و لا يمكن اشتراط خلافه في عقد و أنت خير بأن ذلك ناش من القصور و قلة الفهم و الاشتغال عن الفقه بما لا يضّر جهله ضرورة وضح كون ذلك حقا لا- حكما مع ان الأخبار المزبورة كافية في الجواز رابعها ما حكاها كاشف الظلام عن المولى الوحيد البهبهاني (- ره-) من منع الشرط المزبور و تحريم الحيل الشرعية نظرا الى ان العقود تتبع القصد و أرباب استعمال هذه الحيل لا يقصدون الحقيقة أصلا و لعل مراد المحدث البحراني (- ره-) بالبعض في قوله بعد نقل الأخبار و العجب أنه مع هذه الاخبار التي رأيت و اتفاق الأصحاب على ذلك كان بعض من يدعى الفضل من المعاصرين بل الأفضلية ينكر ذلك و يقول ببطلانه مستندا الى ان البيع المذكور غير مقصود و ما هو إلا محض اجتهاد في مقابلة التصوص و رد على أهل الخصوص انتهى و الإنصاف عدم خلو شيء من كلامي الوحيد و المحدث عن مناقشة أميا الأول فلكونه نزاعا في الصيغرى و نحن أنما نتكلم على فرض الفراغ منها و المحاكمة بين العلمين ان يقال أنه ان أراد المحقق الوحيد عدم الجواز و عدم الصحة حتى إذا و طن المتبايعان نفسيهما في هذه المعاملات على الوفاء بذلك على كل حال و إن كان لامضائه داع من الصبر بالدين الحال إلى الأجل و نحو ذلك ففيه منع ظاهر ضرورة عدم سبب للبطلان (- ح-) بعد حصول العقد بأركانه و شرائطه و كون الأكل أكلا بالتراضي لا الباطل و ان أراد تسليم الصحة فيما إذا تم أركان العقد و شرائطه التي منها القصد الى النقل و الانتقال حقيقة و منع الصحة و عدم كفاية الصورة المحضه مع عدم قصد النقل و الانتقال في الحقيقة فهو في غاية الجودة و المتانة و هذا هو الذي يظهر من مجامع كلامه المحكى و اما المحدث البصير فإن أراد إثبات الصحة فيما إذا تم أركان العقد و حصل القصد الى النقل فلا اعتراض عليه بوجه لكن لا نزاع له (- ح-) مع المولى الوحيد و ان أراد إثبات الصحة (- مط-) و كفاية الصورة و ان لم يقصد النقل في الحقيقة استنادا الى الأخبار المزبورة نظرا الى دعوى ظهورها في كفاية الصورة المحضه ففي مقاله نظر ظاهر ضرورة ان الظهور المدعى لو سلم فلا حجة فيه في قبال القطع باشتراط موافقة القصد للعقد و عدم كفاية اللفظ وحده فلا بد (- ح-) تنزيل الأخبار عليه و (- ح)

(-) فلا يكون التنزيل المذكور اجتهادا في مقابلة التصوص بل إكراما للتصوص عن إبقائها على مخالفة المقطوع به فتأمل جيدا خامسها ما استجوده بعض الأواخر (- قده-) من الاستشكال بان تجويز ذلك مناف للحكمة الباعثة على تحريم ما يتوصل إلى إباحته بالحيل

المعروفة و بعبارة أخرى تجوز ذلك مناف للحكمة الباعثة على تحريم الرّبا ونحوه و أنت خير بانّ ذلك اجتهاد فى مقابل النصوص الصّيراح فى ذلك الا ترى الى قوله (-ع-) نعم الشّئء الفرار من الحرام الى الحلال سادسها ما قد يتخيّل من معارضة الأخبار المزبورة بما رواه الشيخ (-ره-) عن يونس الشّيبانى قال قلت لابي عبد الله عليه السّلام الرّجل يبيع البيع و البائع يعلم انه لا يسوى و المشتري يعلم أنّه لا- يسوى الا أنّه يعلم أنّه سيرجع فيه ليشتريه قال فقال يا يونس انّ رسول الله (-ص-) قال لجابر بن عبد الله كيف أنت إذا ما ظهر الجور و أورثهم الدّل فقال له جابر لا بقيت الى ذلك الزمان و متى يكون ذلك بأبى أنت و أمى قال إذا ظهر الرّبا يا يونس فهذا الرّبا فان لم تشتريه منه ردّه عليك قال نعم قال فقال عليه السّلام لا تقرّبنه لا تقرّبنه و أنت خير بانّ قصور سنده مع فقد الجابر له بل وجود الموهن و هو إعراض الأصحاب عنه يأبى عن معارضته للأخبار المزبورة فيطرح أو يحمل على شىء من أمور أحدها ما حكاه فى (-ثق-) عن بعض مشايخه من الحمل على الكراهة ثانيها ما صدر من المحدث الكاشانى فى محكى الوافى من حمله له على صورة عدم القصد الى التّقل حقيقة حيث قال فيما حكى عنه أنّه لا منافاة بين هذا الخبر و الاخبار المتقدّمة لأنّ المتبايعين هنا لم يقصد البيع و لم يوجباه فى الحقيقة و هناك اشترط ذلك فى جوازه انتهى ثالثها ما فى (-ثق-) من حمله على التقيّة لما دلّت عليه الاخبار المتقدّمة من تشديد العامّة فى المنع من هذه الصّورة و كيف كان فلا إشكال فى المسئلة قوله طاب ثراه و ظهر (- أيضا-) من التعليل المتقدّم فى روايه ابن ابى عمير (-اه-)

أقول هذه المسئلة كسابقتها فى لزوم تعرّضنا لها فنقول أنّه قد صرّح بجواز تعجيل ثمن المبيع المؤجل و سائر الحقوق المائيّة المؤجلة بنقصان منها جمع قاطعين به بل فى (-ثق-) أنّه صرّح به الأصحاب من غير خلاف يعرف فى الباب و نفى فى الجواهر وجدان الخلاف فيه بل ادعى بعض الأواخر الإجماع عليه صريحا و الاخبار بذلك مستفيضة و لا فرق فى الحكم بين ان يبرئه ممّا يسقطه إبراء و بين ان يصلحه صلحا أمّا الإبراء فهو عبارة عن الحذف و الاسقاط و لا مانع منه قطعا بل لا مانع من الإبراء من الكلّ فمن البعض اولى سيّما و الاسقاط هنا ليس خاليا عن التّفع بالكلية بل له نفع ما فى الجملة و هو أخذ الباقي حالّا و أمّا الصّيلح فوجهه عموم دليله و هو فى الحقيقة صلح بمال على إسقاط حقّ و هو التّأخير إلى أجل فأبى مانع منه و هو المسمّى عندهم بصلح الحطيطة و الاخبار الدالّة على جواز ذلك مطلقة غير مخصّصة لذلك بصورة الصّيلح بل استفاد منها الأمران معا باعتبار دلالتها على

ص: ٢١٢

انّ مطلق التراضي كاف فمناها صحيح الحلبي المتقدم في كلام الماتن (-ره-) الذي عبر عنه بحسنه ابن ابي عمير و منها ما رواه الشيخ (-ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن ابان عن عمّن حدّثه عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئلته عن الرجل يكون له على الرجل الدّين فيقول له قبل ان يحلّ الأجل عجل لي التّصف من حقّي على ان أضع عنك التّصف ا يحلّ ذلك لواحد منهما قال نعم و منها ما رواه الكليني (-ره-) عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمّد بن سماعة عن غير واحد عن ابان عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئلته عن رجل اشترى جارية بثمن مسمّى ثمّ باعها فربح فيها قبل ان ينقد صاحبها الذي هي له فأتاه صاحبها يتقاضاه و لم ينقد ماله فقال صاحب الجارية للذين باعهم اكفوني غريمي هذا و الذي ربحت عليكم فهو لكم قال لا بأس و رواه الشيخ (-ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن ابن مسكان عن محمّد الحلبي و عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي جميعا عن أبي عبد الله عليه السلام قال بعض الفضلاء في شرح الرواية الظاهر أنّه باعهم المشتري بأجل فلما طلب البائع الأوّل منه الثمن حط عن الثمن بقدر ما ربح ليعطوه قبل الأجل و هذا جائز كما صرّح به الأصحاب و ورد به غير واحد من الأخبار انتهى و هو متين ضرورة أنّه لو كان الثمن نقدا فإنّه لا معنى لهذه المصالحة بإسقاط بعض حقّه ليكفوه غريمه كما لا يخفى

مسألة في جواز بيع العين الشخصية بثمن مؤجل من بايعه و غيره

قوله طاب ثراه فلا خلاف فيه ألا بالنسبة الى بعض صور المسئلة (-اه-)

أراد بالبعض ما إذا اشترى البائع نسيئته المبيع من المشتري بعد حلول الأجل قبل قبض الثمن بجنس الثمن الذي باعه منه أولاً مع الزيادة عن القدر الذي باعه به أو النقيصة و لازم جمع الصّور انّ للمستثنى منه صورتين أخيرتين و هي (-كك-) فإنّ الأولى شراء البائع نسيئته المبيع من المشتري قبل حلول الأجل إذا لم يكن شرط ذلك على المشتري في ضمن البيع الأوّل و جواز ذلك ممّا افتى به جمع كثير بل استظهره في مجمع الفائدة عدم الخلاف فيه تارة و قال كان الإجماع دليله اخرى و قد نفى وجدان الخلاف فيه في الجواهر و جزم في المستند بعدم الخلاف فيه تارة و ادعى عليه الإجماع اخرى و في الرياض أنّه لا خلاف فيه فتوى و نصّاً عموماً و خصوصاً و في مفتاح الكرامة أنّه لا خلاف فيه و استظهر في كشف الظلام تحصيل الإجماع عليه و قد جزم بعدم الخلاف فيه الماتن (-ره-) (-ره-) أيضاً) لكن ذلك من هؤلاء على كثرتهم و مدقتهم عجيب لصراحة عبارة المراسم في المخالفة حيث قال (-ره-) ان باع ما ابتاعه إلى أجل قبل حلول الأجل فبيعه باطل و ان باعه بعده و ان لم يوف ثمنه جاز ذلك انتهى و قد تنبه لذلك سيّدنا في مفتاح الكرامة و تنبه على عدم وجدان نقل خلافه من احد و على اى حال فحجّة القول المعروف أمور أحدها وجود المقتضى و هو ملك المشتري الأوّل للمبيع بنفس العقد و فقد المانع إذ ليس الإبقاء الثمن في عهده للأجل المضروب في ضمن العقد و ذلك لا يصلح للمانع و لا أقلّ من الشكّ فالأصل عدم المانع الثاني عمومات العقود و البيع و التجارة الثالث الأخبار الخاصّة المستفيضة مثل صحيح بشار بن يسار و صحيحة منصور بن حازم و حسنة الحسين بن المنذر و رواية قرب الاسناد الآيات في كلام الماتن (-ره-) و حجّة سلار لعلّها الصّحيح الذي رواه الشيخ (-ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان بن يحيى عن منصور بن حازم قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك فأتى الطالب المطلوب ليباع منه شيئاً قال لا يبيعه نسناً فأمّا نقدا فليبيعه بما شاء و أنت خير بانّ مورده غير مورد البحث لعدم كون المفروض فيه ابتياع ما باعه منه و عدم دلالاته على كون الطّعام و البقر و الغنم منتقلاً الى المطلوب بالشّراء من الطالب فهو أجنبيّ عن مراد سلار و ما قلناه في وجه مغايرة مورده لمورد البحث هو الوجه لا ما ارتكبه في الجواهر أخذاً من مفتاح الكرامة من احتمال كون شيئاً تصحيف نساء و لا ما ارتكبه الكاشاني في محكى الوافي من تقييد الشيء بكونه من ذلك المتاع الذي عليه ضرورة كون كليهما اجتهدا بلا شاهد و تقييدا من غير قرينه و إذ قد تبين عدم انطباق الرواية على مورد البحث ظهر عدم الحاجة الى حملها على الكراهة كما ارتكبه في الرياض حيث قال انّ فيه إجمالاً مع احتمال الحمل

على الكراهة جدًا جمعاً بينه وبين ما تقدم لعدم مكافئة له قطعاً انتهى و الوجه في عدم المكافئة على فرض الانطباق ظاهر للشذوذ رواية و فتوى فالقول المعروف مما لا يرتاب فيه ذو ادنى مسكة الصورة الثانية شراء البائع نسيئة المبيع من المشتري بعد حلول الأجل قبل قبض الثمن بمثل ثمنه من غير زيادة و لا نقيصة و بغير جنس ثمنه بزيادة أو نقيصة حالاً و مؤجلاً و ذلك (- أيضاً-) مما صرح به جماعة قاطعين به بل نفى في الرياض ظهور الخلاف فيه و نفى في كشف الظلام وجدان الخلاف فيه و جزم في الجواهر بعدم الخلاف فيه و في مجمع الفائدة أنه لا كلام فيه و ظاهر غاية المراد (- أيضاً-) عدم الخلاف فيه لتخصيصه الخلاف بغير الفرض و عن حواشيه على (- عد-) التصريح بعدم الخلاف فيه و عن كشف الرموز الإجماع عليه و الأصل في ذلك بعد العمومات إطلاق صحيحة منصور بن حازم و حسنة بشار الآيتين في المتن بل عمومهما الناشئ من ترك الاستفصال كإطلاق أو عموم ما رواه ثقة الإسلام (-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن علي بن الحكم عن سيف بن عميرة عن ابى بكر الحضرمي قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل تعين ثم حل دينه فلم يجد ما يقضى أيتعين من صاحبه الذي عينه و يقضيه قال نعم بناء على ان العين هو الشراء نسيئة و مثله الحال في الصحيح الذي رواه هو (-) عن ابى على الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان

بن يحيى عن هارون بن خارجة قال قلت لابي عبد الله عليه السلام عينت الرجل عينه فحلت عليه فقلت له افضني فقال ليس عندي فعيني حتى أفضيك فقال عينه حتى يقضيك و رواه الصدوق رحمه الله بإسناده عن صفوان الجمال عن الصادق عليه السلام و مثلهما الصحيح الذي رواه الشيخ (-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن ابن مسكان عن ليث المرادي عن ابى عبد الله عليه السلام قال سأله رجل زميل لعمر بن حنظلة عن رجل تعين عينه الى أجل فإذا جاء الأجل تقاضاه فيقول لا والله ما عندي و لكن عيني (- أيضاً-) حتى أفضيك قال لا بأس ببيعه بيان الزميل الرفيق في السفر الذي يعينك على أمورك و الزميل الرديف قاله في المجمع و خصوص موثق يعقوب بن شعيب و عبيد بن زرارة أو صحيحهما سئلاً أبا عبد الله عن رجل باع طعاماً بمائة درهم الى أجل فلما بلغ ذلك الأجل تقاضاه فقال ليس عندي دراهم خذ مني طعاماً فقال لا بأس به فإنما له دراهم يأخذه بها ما شاء الى غير ذلك من الأخبار الدالة إطلاقاً أو عموماً نصوصاً أو ظهوراً عليه فلا اشكال فيه

قوله طاب ثراه و عن الشهيد (-) أنه تبع الشيخ جماعة (-) (-) (-)

قاله في غاية المراد و لكن في مفتاح الكرامة انا لم نظفر بهم

قوله طاب ثراه فالأقوى هو المشهور (-) (-)

قد اختار هذا القول اعنى الجواز في (- يع-) و (- كره-) و (- عد-) و (- لف-) و (- شاد-) و الإيضاح و اللمعتين و غاية المراد و (- مع صد-) و التنقيح و مجمع الفائدة و الكفاية و (- ثق-) و الرياض و محكي (- س-) و التلخيص و حواشى الشهيد و المقتصر و إيضاح النافع و الميسية و غيرها و حكاها في غاية المراد و غيره

ص: ٢١٣

عن الشيخ المفيد و ابن سعيد و في (- لف-) و الإيضاح عن ابي المظفر والد العلامة بل في (- فع-) أنه أشهر الزويتين و في (- ثق-) و مفتاح الكرامة و المستند أنه المشهور بل في الثاني أنه قد نقلت الشهرة في عدّة مواضع و هي معلومة بل كاد يكون إجماعا انتهى و قد وقع الاستدلال على ذلك تارة بأصالة الجواز و اخرى بما في المتن من العمومات و الاخبار و ثالثه بما في (- لف-) من أنه مال مملوك تصحّ المعاوضة عليه و يمكن نقله و قد وقع عليه عقد البيع فيكون صحيحا عملا بالعلّة و يمكن تقريره بوجود المقتضى و انتفاء المانع

قوله طاب ثراه في صحيحة يسار بن يسار (- اه-)

الموجود في النسخة من نسخ المتن يسار بن يسار بالياء المثناة من تحت ثمّ السّين المهملة ثمّ الزاء فيهما و هو سهو و أنّما الموجود في النسخ المعتمدة من كتب الاخبار بشار بن يسار بالباء الموحّدة ثمّ الشّين المعجمة في الأوّل و الزّواية قد رواها الكليني (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن محمّد بن الحسين عن محمّد بن إسماعيل عن منصور بن يونس عن شعيب الحدّاد عن بشار بن يسار قال سألت أبا عبد الله عليه السّلام الى آخر ما في المتن مع زيادة لفظه به بعد قوله لا بأس مع تقديم قوله و لا بقر ك على قوله و لا غنمك و قد وصف الزّواية بالصّيحة في الرّياض و الجواهر و المتن و هذا الطّريق ليس من الصّحيح لأنّ منصور بن يونس بن بزرج واقفي موثق و لعلّ الوصف بالصّيحة بالنّظر الى الطّريق الأخر و هو الكليني (- ره-) عن ابي على الأشعري عن محمّد بن عبد الجبار عن صفوان بن شعيب و عموم الجواب النّاشي من ترك الاستفصال يقتضى عدم الفرق بين الشّراء حالًا و مؤجّلا بالثمن الأوّل أو زيادة أو نقصان

قوله طاب ثراه و صحيحة ابن حازم (- اه-)

قد رواها الصّدوق (- ره-) بإسناده عن منصور بن حازم و رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان بن يحيى عن منصور بن حازم مع زيادة كلمة (- لك-) بعد الموصول و قبل كلمة عندي و دلالتها أنّما هي على بعض المطلوب و هو ما إذا اشترى بذلك الثمن

قوله طاب ثراه و رواية الحسين بن المنذر (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن عدّة من أصحابه عن احمد بن محمّد بن عيسى عن ابن ابي عمير عن حفص بن سوفة عن الحسين بن المنذر و السّند من الحسن

قوله طاب ثراه فيطلب العينة (- اه-)

قد وقع الخلاف في تفسير اللفظة ففي السّرائر أنّ العينة بالعين غير المعجمة المكسورة و الياء الساكنة و التّون المفتوحة مخفّفة و الهاء المنقلبة عن تاء و معناها في الشّريعة هو ان يشتري السلعة بئمن مؤجل ثمّ يبيعها بدون ذلك نقدا ليقضى ديننا عليه ممّن قد حلّ له عليه فيكون الدّين الثّاني و هو العينة من صاحب الدّين الأوّل روى ذلك أبو بكر الحضرمي مأخوذ ذلك من العين و هو التّقد الحاضر انتهى و يوافقه فيما ذكره في تفسير العينة عبارة النّهاية الأثيريّة و هي قوله و في حديث ابن عبّاس أنّه كره العينة هو ان يبيع من رجل سلعة بئمن معلوم إلى أجل مسمّى ثمّ يشتريها منه بأقلّ من الثمن المذى باعها به فان اشترى بحضرة طالب العينة سلعة من آخر بئمن معلوم و قبضها ثمّ باعها المشتري من البائع الأوّل بالتّقد بأقلّ من الثمن فهذه (- أيضا-) عينة و هي أهون من الاولى و سمّيت عينة لحصول التّقد الذي لصاحب العينة لأنّ العين هي المال الحاضر من التّقد و المشتري إنّما يشتريها لبيعها بعين حاضرة تصل إليه معجّلة انتهى ما في (- يه-) و في الصّحيح أنّها السّلف و عن بعض الفقهاء هي ان يشتري السلعة ثمّ إذا جاء الأجل باعها على بائعها بئمن المثل و أزيد و عن بعضهم أنّها شراء ما باعه نسيئة فعلى التّفسير الأوّل و الأخير يكون الخبر دالًا على المطلوب و على الثّاني و الثّالث لا يدلّ كما هو واضح عند المتدبّر

قوله طاب ثراه و قد يستدلّ (- أيضا-) برواية يعقوب (- اه-)

المستدل هو العلامة (- ره-) في (- لف-)

قوله طاب ثراه و في دلالتها نظر (- اه-)

وجه النظر ان قوله خذ منى طعاما لا- يفيد كون الطعام عين الطعام المذى اشتراه لان الطعام في قوله خذ منى طعاما نكرة و (- ح-) فيخرج الخبر عن محل البحث و قد سبق الشهيد (- ره-) الماتن (- ره-) في المناقشة في دلالة الرواية مبينا لوجه النظر حيث قال في غاية المراد بعد حكايته عن (- لف-) التمسك به ما لفظه و لم يذكر يعنى (- لف-) وجه دلالاته و ليس ظاهر الدلالة على المطلوب لان قوله لا بأس به و ان عاد الى الطعام فليس بلازم ان يكون عين المبيع و ليس النزاع الا فيه هنا و ان كان الشيخ (- ره-) في (- ف-) منع شراء طعام بها زائدا لاستلزامه بيع الطعام بالزيادة سلمنا انه عائد الى عين المبيع لكن لا تصریح بشرائه بنقيصه أو زيادة ثم قال فان استدلل بقوله يأخذ بها ما شاء منعنا عمومه سلمنا لكن الشمول للطعام للمبيع بأن يأخذ بعضه بدراهمه أو أزيد منه بها و هو غير المتنازع إذ النزاع في ان يأخذه بأقل من دراهمه أو أزيد منها و ليس ذلك عين هذا و لا مستلزما له غاية أنه يأخذ ببعض دراهمه نسيئة أخذ أزيد بجميع دراهمه في أنه إضرار بالمشتري و أخذ بعضه بدراهمه نسيئة واحدة بأزيد من دراهمه لأنه كيف على البائع انتهى و لا يخفى ما في عبارته من التعقيد و المراد واضح

قوله طاب ثراه من رواية خالد بن الحجاج (- اه-)

قد رواها الشيخ بإسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن يعقوب بن يزيد عن خالد بن الحجاج

قوله طاب ثراه و رواية عبد الصمد (- اه-)

رواها الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن القسم بن محمد بن عبد الصمد بن بشر و ربما وقع الاستدلال في كلماتهم للشيخ بخبرين اخرين أحدهما ما رواه عن الحلبي قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوبا ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلما بوضيعة قال لا يصلح له ان يأخذ فان جهل و أخذه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول ما زاد و ناقش فيه الشهيد (- ره-) في غاية المراد بظهوره في ان المردود على جهة الإقالة و الظواهر حجة و قد اجمعوا على عدم جواز الزيادة و النقيصة فيها و أبطلوها بها على ان لا يصلح من عبارات الكراهة في بعض الموارد و لا يتعين لها أو للحرمة الا بالقرائن و لا قرينة هنا على أحدهما فيسرى إليه الإجمال ثانيهما رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام من اشترى طعاما و علفا إلى أجل فلم يجد صاحبه فليس شرطه ألا الورق؟؟ فان قال خذ منى بسعر اليوم ورقا فلا يأخذ إلما طعامه أو علفه فان لم يجد شرطه و أخذ ورقا لا محالة قبل ان يأخذ شرطه فلا يأخذ إلما رأس ماله لا يظلمون و لا يظلمون قال في غاية المراد بعد حكاية الاحتجاج بها لمذهب الشيخ (- ره-) ان هذه الرواية ذكرها في (- يب-) في باب السلم و هي صريحة فيها فلا دلالة فيها انتهى و ما ذكره متين لكون الخبر أجنيا عن النسيئة بل مورده عكسها اعنى حلول الثمن و تأجيل المثل و ليس ذلك إلما السلف

قوله طاب ثراه لا يظهر من رواية خالد دلالاته (- اه-)

قد نوقش في رواية خالد بوجه أحدها ضعف السيد بخالد بن الحجاج الكرخي المجهول ثانيها عدم الانطباق على مدعى الشيخ (- ره-) اما أولا فلاختصاص مورده بالطعام و مدعاه أعم و دعوى التميم بعدم القول بالفصل مدفوعة بنقل جماعة قولا بتخصيص الحكم بالطعام و اما ثانيا فلتخصيص الشيخ (- ره-) ذلك بالعين التي باعها و حكم بالجواز في غيرها و مورد الرواية أعم من ذلك و اما ثالثا فلتخصيصه المنع بالزيادة و النقيصة اما بالمثل فجائز عنده و الرواية ظاهرة في المنع من الجميع فان قلت ان الشيخ (- ره-) قد جمع بين هذه الرواية و بين خبر عبيد و يعقوب المتقدم بحمل ذلك على صورة المساواة و هذه على صورة النقص و الزيادة فلا

ص: ٢١٤

اعتراض عليه بوجه قلت نعم و لكن يتجه الاعتراض عليه (-ح-) بعدم الشاهد على ذلك الجمع و عدم اعتبار الجمع الاقتراحي كما لا يخفى ثالثها ما فى المتن من عدم الدلالة اما أولا فلعدم التصريح فيه بان الطعام الذى عرضه المديون عليه هو طعامه الذى باعه اياه و اما ثانيا فلما اشار إليه الماتن (-ره-) من ان كلمة لا خير فيه من امارات الكراهة قلت بل يمكن دعوى انسياق الجواب للإرشاد بل هو الظاهر منه عند التأمل رابعها ما فى المستند من ان الشهرة العظيمة قد اخرجت الخبر عن الحجية و فيه نظر و اما خبر عبد الصمد فقد نوقش فيه أولا- بالقدح فى السند بالقسم بن محمد و ثانيا بعدم الانطباق على مدعاه لكون مورده (-أيضا-) الطعام و إطلاقه عدم الجواز الشامل للزيادة و النقيصة و المساواة و ثالثا بعدم الدلالة على مدعاه بوجه من الوجوه لأنه عليه السلام رخص أولا فى الشراء بسعر اليوم ثم لما طمع السائل ان يرخص له فى أخذ طعامه الذى دفعه اليه عينا مع ان القيمة قد زادت و الحال انه لا يستحق الا الدرهم فلم يرخص له الا ان يأخذه بسعر يومه فلا دلالة فيه على عدم الجواز حتى إذا أخذه بسعر اليوم ناقص أو الزائد مما وقع الشراء أولا عليه

قوله طاب ثراه على قاعدة كلية تظهر من بعض الاخبار (-اه-)

لا يخفى عليك ان ما أسيسه من القاعدة غير معول عليها لان علل الشرع ليست عللا حقيقية و لو سلم فالذى يدل عليه الخبر هو كون البيع طعاما بطعام علة للحكم فيسرى من مورد النص الى كل مورد يكون (-كك-) و اين ذلك من التسرية الى كل ما كان البيع شيئا بشيء و لو لم يكونا من الطعام فلا تذهل

قوله طاب ثراه و اما الحكم فى المستثنى (-اه-)

أراد بالحكم عدم جواز الشراء و ذلك مما صرح به جمع كثير منهم الشيخ (-ره-) و الفاضلان (-رهما-) الشهيديان (-رهما-) و غيرهم

قوله طاب ثراه فهو المشهور (-اه-)

قلت بل فى الرياض تارة نسبة كالحدايق إلى الأصحاب و اخرى نفى الخلاف فيه و نفى فى الكفاية العلم بالخلاف فيه و استظهر فى كشف الظلام و محكى المفاتيح الاتفاق عليه و يشتمله استظهار عدم الخلاف فيه و احتمال الإجماع عليه فى مجمع الفائدة و لكن مع ذلك كله فقد تأمل فى الجواهر فى نفى الخلاف نظرا إلى إطلاق الجواز فى المقنعة و (-يه-) و محكى (-ير-) و الى انه يظهر من (-مع صد-) و (-لك-) و غيرهما عدم اعتباره لاقتصارهم على نقل الاستدلال لذلك بالدور و عدم قصد الثقل معه و رد الوجهين قلت لعله بالنظر الى ما ذكره وصف الماتن (-ره-) عدم الجواز بالشهرة مؤذنا بوجود الخلاف فيه لكن لا يخفى عليك انصرف إطلاق الجواز فى الكتب الثلاثة إلى صورة عدم الشرط و عدم كون ما حكاه عن (-مع صد-) و (-لك-) خلافا فى المسئلة بل منشأ ذلك عدم البناء على استقصاء الكلام فدعوى عدم العلم بالخلاف فى المسئلة فى محلّه و وصف الماتن (-ره-) عدم الجواز بالشهرة لا وجه له

قوله طاب ثراه فاندفع عنه نقض جماعة ممن تأخر عنه (-اه-)

من جملة من نطق بذلك الشهيد (-ره-) فى غاية المراد و وجه الاندفاع ظاهر

قوله طاب ثراه و قرر الدور فى (-مع صد-)

هذا التقرير الطيف من تقرير الشهيد (-ره-) فى غاية المراد بأنه يلزم توقف شرائه من المشتري على تملك المشتري قطعا الموقوف على صحة البيع الموقوف على حصول شرط اعنى الشراء فيتوقف الشيء على نفسه و هو محال انتهى و إن كان مرجعها إلى أمر واحد قوله طاب ثراه و اخرى بالحل (-اه-)

ذكر هذا الجواب فى (-مع صد-) و سبعة الشهيد (-ره-) فى غاية المراد حيث قال لا نسلم توقف صحة البيع على حصول شرطه بل

توقف لزومه و لا يلزم من رفع اللزوم رفع الصيحة لأنه أخص و رفع الأخص أعم من رفع الأعم و العام لا يستلزم الخاص انتهى و ربما أوجب بوجه آخر و هو منع توقف تملك المشتري على تملك البائع بل تملكه موقوف على العقد المتأخر عن ملك المشتري ذكر ذلك في (- لك-) و فيه ان توقف العقد المتأخر على تملك المشتري المتوقف على تملك البائع كاف في إثبات الدور فما ذكره (- ره-) كتر على ما فر منه

قوله طاب ثراه و ثالثه بعدم جريان (- اه-)

قد أشار الى هذا الجواب في (- الروضة-) بقوله و أوضح لتملك المشتري ما لو جعل الشرط بيعه من البائع بعد الأجل لتخلل ملك المشتري فيه انتهى قال في مفتاح الكرامة معناه ان ملك المشتري (- ح-) قد تخلل في طول الأجل لأنه مع شرط البيع قبل الأجل يمكن للبائع فسخه بعد بيعه في كل عام بخلاف اشتراط البيع بعد مدة الانقطاع هذا الخيار في أثناء المدة من البائع و تحقق ملك المشتري و لزومه فيه و هذا الشرط يجعل العقد جائزا بعدم اللزوم ثم قال استضعافا لهذا الجواب و سابقه ما لفظه و ما ألزومه به و جيه لكنه إن كان يذهب الى ان الشرط في العقد و البيع بالشرط يتوقف صحة البيع عليه لا لزومه و يقول باللزوم في المواضع المذكورة بالإجماع و غيره لم يكونوا أنصفوه فيما أوردوه و آلا فما كان ذلك ليخفى على مثل العلامة (- ره-) فليتأمل و هذا منهم (- أيضا-) مبنى على عدم القول بلزوم العقد المشروط فيه و إلزام المشروط عليه بالشرط كما هو مذهب جماعة منهم الشهيد الثاني (- ره-) و مع القول به فدفع الدور واضح لأنه (- ح-) لا يتوقف ملكية له على بيعه (- أيضا-) هذا (- فت-)

قوله طاب ثراه بان الفرض حصول القصد الى الثقل (- اه-)

توضيحه ما في (- الروضة-) من ان الفرض حصول القصد الى ملك المشتري و انما رتب عليه نقله ثانيا بل شرط الثقل ثانيا يستلزم القصد الى الثقل الأول لتوقفه عليه و لاتفاقهم على انهما لو لم يشترط ذلك في العقد صحح و ان كان من قصدهما رده مع ان العقد يتبع القصد و المصحح له ما ذكرناه من ان قصد رده بعد ملك المشتري له غير مناف لقصد البيع بوجه و انما المانع عدم القصد الى نقل الملك الى المشتري أصلا بحيث لا يترتب عليه حكم الملك انتهى

قوله طاب ثراه و استدلل عليه في (- ثق-) (- اه-)

قد سبق في ذلك صاحب الكفاية و هما قد استدلا بخبر علي بن جعفر المتقدم (- أيضا-) و لعله سقط من قلم الماتن (- ره-) كما يشهد له تعرضه له في مقام الجواب بقوله و اما رواية علي بن جعفر فهي أظهر في اختصاص الحكم بالشراء الثاني (- إلخ-) و ربما وقع الاستدلال في كلماتهم بوجهين آخرين أحدهما ما في مفتاح الكرامة و كشف الظلام من التعلق بإجماع الطائفة و هو حجة على من حصّله ثانيهما ان الشرط المذكور فاسد لكونه مخالفا لمقتضى العقد و هو السلطنة على البيع و تركه و الشرط الفاسد مفسد للعقد و فيه منع صغرى و كبرى أما الأولى فلمنع المنافاة لمقتضى العقد لان ذلك ليس سلبا للسلطنة بل نفس اشتراط البيع تقرير للسلطنة و إتقان لها كاشتراط عتق المملوك و اما الثانية فلما مر تحقيقه في باب الشروط من ان الأظهر عدم فساد العقد بفساد الشرط

قوله طاب ثراه و قد يرد دلالتها (- اه-)

قلت الراى هو صاحب الجواهر (- ره-) و العجب من مناقشة بعضهم في سندها (- أيضا-) مع ان رجال السند الى الحسين ثقاء و حسين حسن مضافا الى الاعتضاد بالشهرة العظيمة و الإجماع المنقول

قوله طاب ثراه و فيه ما لا يخفى (- اه-)

(١١) قد خفى ذلك على و لم افهم وجه تأمله في الجواب بعد عدم صراحة البأس في الحرمة فضلا عن الفساد و قد اعترف هو (- ره-) غير مرة بان البأس في الاخبار أعم من الحرمة و الكراهة و انه انما يتعين لأحدهما بالقرينة مع انه لو سلم دلالة على الحرمة فهي أعم من الفساد بل لعل قول السائل أ يحل قرينة على كون المراد الحرمة لا الفساد فما تسمع منه (- قده-) من دعوى ان الحرمة المستفادة من الباس ليس إلا الحرمة الوضعية كما ترى (- فت-)

ص: ٢١٥

جيدا

قوله طاب ثراه و قد ترد (- أيضا-) بتضمّنها (- اه-)

هذا الزاد (- أيضا-) هو صاحب الجواهر (- ره-)

قوله طاب ثراه و قد يرد (- أيضا-) بانّ المستفاد من المفهوم (- اه-)

هذا الرد (- أيضا-) من صاحب الجواهر و له (- قده-) و ردّ رابع و هو انّ ظاهر خبر على بن جعفر هو اشتراط البيع بنقيصة بل لعله المراد من خبر ابن المنذر فالتعدية إلى المساوى و الزائد تحتاج الى دليل و ثبوت إجماع معتدّ به هنا على عدم الفصل محلّ منع إذ لم يحك عن احد التعرّض لأصل الشرط المزبور قبل (- المصنف-) (- ره-) الّا عن (- ظ-) خاصية فى باب المرابحة و لعله لذلك و غيره أو ما أولّ الشهيدين (- رهما-) الى التردّد فى ذلك فى المحكى من غاية المراد بقوله إن كان فى المسئلة إجماع فلا بحث ثمّ قال انّ المتّجه بناء على العمل بالتّصوص المزبورة الجمود عليها فلا يتعدى لغير البيع من العقود و لا له إذا كان الثمن عينا فى وجه أو كان الشرط يبيعه من غير البائع أو نقله اليه لغير البيع و لا لاشترطه فى عقد آخر و نحو ذلك ممّا لا دلالة فيها عليه كى يتجه تخصيص عموم أدلّة الشروط بها و دعوى التنقيح مع عدم المنّح كما ترى بل لو لا مخافة المخالفة لإجماع الأصحاب لأمكن حمل هذه التّصوص على الإثم بالاشترط كما عرفت أو على ارادة مع شرط البيع بنقيصة لأنّه كالحيلة فى تربية الدّراهم أو غير ذلك انتهى قلت أو على الإرشاد إلى أداء الاشتراط الى وقوع البيع قهرا لا عن طيب النّفس و الرّضا و بالجملة فالاعتماد فى الحكم المخالف لعمومات البيع و التجارة و العقود و الشروط على مثل ذلك الخبر الغير الظاهر فى البطلان جرئ عظيمه

قوله طاب ثراه و فيه انّ الحرمة المستفاد (- اه-)

قد عرفت أنّها ما فيه و انّ الباس لا دلالة فيه على البطلان

قوله طاب ثراه و اما لكونه فاسدا غير مفسد

لا يخفى عليك انّ مقتضى قواعد العربيّة عطف العبارة بأو إذ لم يسبق كلمة اما فى المعطوف عليه و هو قوله لعدم ذكر الشرط فى العقد

القول فى القبض

إشارة

قوله طاب ثراه و هو لغة الأخذ (- مط-) أو باليد أو بجميع الكفّ على اختلاف عبارات أهل اللّغة

أقول قد نطق بالأول كلام الجوهري حيث قال فى الصّيحاح قبضت الشىء قبضا أخذته و القبض خلاف البسط و يقال صار الشىء فى قبضك و قبضتك أى فى ملكك الى ان قال القبضة بالضمّ ما قبضت عليه من شىء يقال أعطاه قبضة من سويق أو تمر أى كفى منه انتهى و مثله ما فى المصباح المنير من قوله قبضت الشىء قبضا أخذته و هو فى قبضته أى ملكه الى ان قال و قبض عليه بيده ضمّ عليه أصابعه انتهى و نطق بالثانى عبارة الفيروزآبادى على ما استفاده منها محبّ الدّين فى تاج العروس حيث قال مازجا بالقاموس ما لفظه قبضه بيده يقبضه تناوله بيده ملامسه كما فى العباب و هو أخصّ من قول الجوهري قبضت الشىء قبضا أخذته و يقرب منه قول اللّيث القبض جمع الكفّ على الشىء و قيل القبض الأخذ بأطراف الأنامل و هذا نقله شيخنا و هو تصحيف و الصّواب انّ الأخذ بأطراف الأنامل هو القبض بالصّاد المهملة انتهى ما فى التّياج و نطق بالثالث كلام ابن الأثير حيث قال فى نهايته القبض الأخذ بجميع الكفّ انتهى و أقول قد يقال انّ كلام من أطلق القبض فى الأخذ يرجع الى دعوى العلم باستعماله فى مطلق الأخذ و التقييد يرجع الى نفي

العلم بالاستعمال فى الأخذ بغير اليد فيقدم قول مدعى العلم على نافية العلم وقد يجاب بإرجاع الإطلاق إلى العلم باستعماله فى المطلق و التقييد الى العلم بعدم كونه حقيقة إلا فى الأخذ باليد و مطلق الاستعمال أعظم من الحقيقة و المجاز فيقدم قول من قيد و التحقيق ان القبض فى اللغة بمعنى مطلق الأخذ و ان التقييد باليد و الكف بالنظر الى غالب استعماله و قول الجوهري الذى هو أضبط كاف فى تأييد ما قلناه و استفادته محب الدين التقييد بكونه باليد من عبارة ماتته خطأ ضرورة انه لو كان الكون باليد مأخوذاً فى معنى القبض لكان يقول قبضه يقبضه تناوله بيده فقوله قبضه بيده تناوله بيده صريح فى ان الكون باليد غير مأخوذ فى مفهوم القبض فلا مخالفة بين كلامه و كلام الجوهري و لا أخصيته كما زعمه الشارح فلا تذهل

[مسألة القول فى ماهية القبض و بيان حقيقته]

إشارة

قوله طاب ثراه بعد اتفاقهم على أنها التخليئة فى غير المنقول (- اه-)

قد ادعى الإجماع على ان القبض فيما لا- ينقل كالعقار و الأراضى و البساتين و المزراع و نحوها هو التخليئة فى الغيبة و التنقيح و الزياض و محكى كشف الرموز و ظاهر (- ف-) و فى محكى مجمع الفائدة أنه لا يبعد عدم النزاع فى الاكتفاء بالتخليئة فيما لا ينقل خصوصا فى سقوط الضمان و يأتى بيان المراد بالتخليئة عند إشارة الماتن (- ره-) الى تفسيرها عن قريب (- إن شاء الله-) (- تعالى-) قوله طاب ثراه صرح به المحقق فى (- يع-) (- اه-)

قد صرح به فى (- فع-) (- أيضا-) و عزاه فى (- لف-) الى القليل و فى (- عد-) إلى رأى

قوله طاب ثراه و عن التنقيح نسبته الى (- ط-) (- اه-)

قد خطأه فى نسبة ذلك الى (- ط-) سيدنا فى مفتاح الكرامة نظرا إلى عبارة (- ط-) الاتية و لكن فى الخطأ نظر لاحتمال ان الفاضل المقداد عشر على ما عزاه إليه فى مقام آخر من (- ط-) و على اى حال فقد احتج لهذا القول بوجوه الأول ما فى التنقيح من أنه استعمل فى التخليئة إجماعا فيما لا- ينقل و لا- يحول فيجب ان يكون (- كك-) فى غيره و يكون حقيقة فى هذا المعنى إذ لو استعمل فى المنقول بمعنى آخر لكان أمرا حقيقة فيهما فيلزم الاشتراك أو مجازا فى الآخر فيلزم المجاز و كلاهما على خلاف الأصل و اليه يرجع ما فى محكى كشف الرموز من ان لفظ القبض فى اللغة هو الأخذ باليد و نقل فى الشرع إلى التخليئة فى العقارات و الأراضين إجماعا و فى غيره خلاف فتزيله على الحقيقة الشرعية أرجح لأن اللفظ إذا دار بين الحقيقة اللغوية و الشرعية فالترجيح لطرف الشرع انتهى و رد باننا لا نسلم أنه نقل فى الشرع إلى التخليئة فى غير المنقول بل هى فيه مما توافقت عليها الحقائق الثلاثة إذ وضع اليد على الكل متعسر بل متعذر و كون البعض كافيا و قبضا عرفا غير ظاهر و لا يمكن غير الوضع سلمنا و لكن معيار الحقيقة الشرعية هو ان يكون معروفا عند المتشرع بذلك المعنى لا ما إذا كان الأمر بالعكس قلت لعمرى انى لأقضى العجب من كلام كاشف الرموز فإنه قد اعترف بان القبض فى اللغة هو الأخذ باليد و ادعى ان موضع النقل عنه شرعا هو العقار و الأراضون و لازم ذلك الرجوع فى غير مورد النقل الى المعنى اللغوى و الحقيقة الشرعية و إن كانت مقدمة على اللغوية إلا ان الحقيقة الشرعية هنا فى غير العقار غير موجودة كى تعارض الحقيقة العرفية و ترجح عليها فقوله اللفظ إذا دار بين الحقيقة اللغوية و الشرعية فالترجيح لطرف الشرع مسلم لكن لا حقيقة شرعية هنا كما لا يخفى الثانى أصالة البراءة بالنسبة إلى ضمان البائع المبيع و العمومات بالنسبة إلى التقابض و أنت خير بان استصحاب الضمان الى ان يحصل اليقين بوجود سبب الارتفاع حاكم على أصالة البراءة و التمسك بالعمومات فى تميز الشبهات المصادقية محل كلام الثالث ما فى مفتاح الكرامة من ان الإقباض و التقييض و القبض و التسليم الواجب على البائع ليس هو النقل الذى هو فعل المشتري و لا- وضع اليد و القبض بها لأن ذلك فعل المشتري فلا معنى لإيجابه على البائع إذ لا يجب عليه على الظاهر ان يأخذ بيد المشتري و

يضعها على المبيع و لا يجب عليه كيله إن كان مكيلا و قد كان كاله بحضوره و علمه و أنما تجب عليه التخليه و هى رفع يده عنه و
الاذن له فى القبض مع عدم

ص: ٢١٦

المانع بحيث يسهل عليه قبضه بسرعه عرفا فكانت هي المعبرة فى سقوط الضمان عن البائع (- مط-) و ذلك هو الذى ينبغى ان يعقل و لا- ينبغى ان يكون محل النزاع كما هو الشأن فى سائر الحقوق و قد صرحوا بان الغاصب إذا وضع المغصوب عند المالك بحيث يسهل عليه تناوله تبرء ذمته و (- كك-) الحال فى الموارىث و سائر الأموال المشتركة بعد قسمتها و تمكين صاحبها منها و رفع المانع عنها بل قيل ان ذلك جار فى الديون الى ان قال بل صرحوا فى هذا المقام (- أيضا-) أنه جعل أمر المبيع اليه و مكنه منه فلم يأخذه لا ضمان عليه أى البائع الى ان قال و قد يستشهد له بقولهم فى باب الغصب بتحقق إثبات اليد و الغصب فى الدابة بركوبها و هى واقفة و الفراش بالجلوس عليه من دون نقل كما أئده بذلك الشهيد (- ره-) فى حواشيه و قال المحقق الثانى (- ره-) لا ينحصر ذلك فى الدابة و الفراش و لا يبعد ان يكون الاستيلاء فى كل شىء بحسبه و هو الظاهر من غصب (- كره-) انتهى و أقول ان ما ذكره انما ينفع على فرض التمامية فى جريان الأحكام المترتبة على قبض البائع على التخليه و لا مساس لذلك بإثبات كون القبض كلياً هو التخليه ليرتب عليها جميع احكام القبض حتى المتوقف منها على فعل المشتري كما هو المدعى فالدليل على فرض تمامية أخص من المدعى كما هو واضح

قوله طاب ثراه الثانى أنه فى المنقول النقل (- اه-)

هذا هو الذى عزاه فى (- عد-) إلى راي و فى مفتاح الكرامة إلى المحقق الثانى (- ره-) فى (- مع صد-) و استقره الشيخ فخر الدين (- ره-) فى الإيضاح حاكيا له عن بعض متقدمى الأصحاب تارة و عن والده فى (- لف-) اخرى و سيظهر لك ان قول والده فى (- لف-) غير ما عزاه اليه و ربما استظهر فى مفتاح الكرامة من الإيضاح نسبة ذلك الى (- ط-) و القاضى و ابن حمزة ثم خطائه فى ذلك و من لاحظ الإيضاح و علم جعله قول الشيخ (- ره-) و من تبعه قسيما للقول المذكور ظهر له ان الاشتباه من قلم المستظهر فكيف كان فحجة هذا القول أمور الأول قضاء العرف بذلك و من عادة الشرع رد الناس الى ما يتعارفونه من الاصطلاحات فيما لا ينص على مقصوده باللفظ تمسك به فى (- لف-) للقول الذى اختاره و ولده لما اختار القول الثانى و ظن موافقه والده فى (- لف-) له احتج بما احتج به و أنت خير بما فى قضاء العرف بذلك من النظر الثانى استصحاب عدم ترتب آثار القبض ما لم يحصل النقل فى المنقول و الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون قلت هذا حسن ان لم تتم شهادة العرف بحصول القبض بدون النقل و الكيل و الوزن و الا كان ذلك رافعا للشك المأخوذ فى موضوع الاستصحاب الثالث خبر ان استدلال بكل منهما على جزء من المدعى فاستدل على اعتبار النقل فى المنقول بما رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن عبد الله بن هلال عن عقبه بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجبه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال أتيتك غدا (- إن شاء الله-) (- تعالى-) فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه قال فى (- لف-) فى تقريب الاستدلال أنه عليه السلام جعل النقل قبضا لأنه علل زوال الضمان به و لا خلاف فى أنه معلل بالقبض فكان هو القبض انتهى و استدلال على اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون بالصحيح الذى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن على بن التعمان عن معاوية بن وهب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البع قبل ان يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو ترنه الا ان توليه الذى قام عليه و التقريب على ما فى (- لف-) أنه جعل عليه السلام الكيل و الوزن قبضا للإجماع على تسويغ بيع الطعام بعد قبضه و الجواب اما عن الخبر الأول فأولا بضعف السند مع عدم الجابر و ثانيا بأن غاية ما يدل عليه الخبر أنه يعتبر فى انتقال الضمان من البائع إلى المشتري نقل المتاع و إخراج من بيت البائع و ليس فيه تفسير القبض بأنه عبارة عما ذا ليكون هو المدار فى أحكام القبض مع ان ظاهر الخبر ميا لا يقول به احد من اعتبار الإخراج من البيت فى انتقال ضمان المبيع من البائع إلى المشتري فان قلت ان الإخراج من البيت فى الرواية نظير الإخراج من اليد كناية عن رفع اليد و التخليه للمشتري حتى لا يبقى من مقدمات الوصول إلى المشتري إلا ما هو

من فعله قلت على ما ذكرت (- أيضا-) لا تدلّ الرواية على كون القبض هو التّقل بل لازم ما ذكرت كونه التّخلية و رفع الموانع من استيلاء المشتري عليه فان قلت انّ الإجماع منعقد على ارتفاع الضمان عن البائع بالقبض و عدم ارتفاعه بغيره فلو لم يكن نقله قبضا و قبضه نقله لما توقّف انتقال الضمان إلى المشتري على ذلك فى الرواية غاية ما هناك صرف الإخراج عن البيت إلى إرادته إخرجه عن اليد و الاستيلاء دون التّقل قلت هذا اعتراف منك بدلالة الرواية على كفاية إخراج البائع المبيع عن يده و لا نعى بالتّخلية إلّا ذلك و اما عن الخبر الثّانى فهو انّ غاية ما يدلّ عليه انّ البيع قبل القبض لا يجوز حتّى يكيه أو يزنه و هو لا يستلزم كون القبض ذلك بشىء من الدّلالات الثّلاث فان قلت نستفيد ذلك بضميمة ملاحظة السؤال قلنا أنّه اى مانع من ان يسئل السائل عن أنّه هل يجوز البيع قبل القبض فيجب عليه السّلام بأنّه لا يجوز بدون الكيل بل لا بدّ من الكيل الذى يتحقّق فى ضمنه القبض و لا بدّ من القبض و شىء آخر فإن قلت ان منشأ الدلالة

فيه انعقاد الإجماع على مرجوحية البيع قبل القبض و ان اختلفوا فى أنّه على الكراهة أو التّحريم مع ظهور الصحيح فى عدم المرجوحية (- مط-) فى البيع و ما ذلك إلّا لكون الكيل أو الوزن قبضا فيكون نفس الإجماع المذكور شاهدا على الدّلالة و ما قد يتوهم من أنّه لعلّه كما ترتفع المرجوحية بالقبض فكذا ترتفع بالكيل و الوزن عملا بالرواية فى الثّانى مدفوع أمّا أوّلا فبأنّ ظاهر مطابقة الجواب للسؤال تعين ان يكون هذا قبضا و المنكر مكابر و اما ثانيا فلأنّه لو كان غير القبض يقوم مقامه و ليس منه لتبهاوا عليه فسكوت الكلّ منه قاض بأنهم ما فهموا من الرواية إلّا كون الكيل قبضا قلنا انّ مرجوحية البيع قبل القبض لا تستلزم ما ذكره بعد كون الكيل أعمّ من القبض فاذا حصل الكيل فقد حصل القبض و زيادة فلا يبقى سبب للمرجوحية لا أقول ان المرجوحية ترتفع بالكيل تعديدا للخبر المذكور بل لحصول القبض و هو التّخلية فى ضمن الكيل و مطابقة الجواب للسؤال لا تقتضى كون الكيل قبضا كما ادّعاه بل تدلّ على كفاية الكيل و ذلك كما يمكن ان يكون لأجل كون الكيل قبضا يمكن ان يكون لكونه قبضا و زيادة كما هو واضح قوله طاب ثراه الثّالث ما فى (- س-) (- اه-)

حجّة هذا القول اما على اعتبار التّقل فى الحيوان و الوضع فى اليد فى الثوب فالعرف اما على اعتبار الكيل و الوزن و العد فيما يعتبر فى بيعه ذلك فصحيحة معاوية المزبورة مع إلحاق المعدود بالمكيل و الموزون نظرا إلى إلحاقه بهما فى عدم صحّة بيعه بالمشاهدة و أنّه لا بدّ من اعتباره لعدم القول هناك بالفرق أصلا كما فى (- لك-) و غيره و الجواب منع قضاء العرف بالفرق بين الحيوان و غيره و منع دلالة الصّحيحة عليه كما مرّ و منع الإلحاق لكونه قياسا قوله طاب ثراه و عن (- ف-)

قال فى

ص: ٢١٧

(-ف-) القبض فيما عدى العقار والأرضين نقل المبيع الى مكان آخر و به قال الشافعي و قال أبو حنيفة القبض هو التخليه في جميع الأشياء انتهى و في (-الروضه-) ان هذا القول أجود الأقوال قلت و حجته أمور الأول ما تمسك به في (-ف-) بقوله متصلا بعبارته المذكورة دليلنا ان ما اعتبرناه لا- خلاف أنه قبض و ما ادعوه لا دليل على ثبوته قبضا انتهى قلت لعل مراده التعلق باستصحاب عدم حصول القبض ما لم ينقل و استصحاب عدم ترتب احكام القبض ما لم يحصل اليقين بحصول القبض بالنقل و قد تبهنا آنفا على جوابه و أنه انما ينفع لو لم يثبت كون القبض حاصلًا بما دون النقل الثاني ما في الغنية من إجماع الفرقة حيث قال و القبض فيما لا يمكن نقله التخليه و رفع الخطر و كذا حكم ما يمكن ذلك فيه مما يتصل بها من الشجر و ثمره المتصل به و البناء و فيما عدى ذلك التحويل و النقل كل ذلك بدليل إجماع الطائفة انتهى و حجته مقصورة على مدعيه الثالث ما في (-الروضه-) من قضاء العرف بذلك حيث قال ما زجا باللعمه و القبض في المنقول كالحيوان و الأقمشه و المكيل و الموزون و المعدود نقله و في غيره التخليه بينه و بينه بعد رفع اليد عنه و انما كان القبض مختلفا (-كك-) لان الشارع لم يحده فيرجع فيه الى العرف و هو دليل على ما ذكر انتهى و أقول ان النقل و إن كان موجبا لصدق القبض عرفا الا ان مجرد ذلك لا يجدي في إتمام مطلوبه بل عليه إثبات عدم حصول القبض عرفا بما دون النقل و اني له ذلك فانا نرى بالوجدان صدق القبض عرفا بما دون النقل كالأخذ باليد و نحوه كما لا يخفى

قوله طاب ثراه الخامس ما في (-ط-) (-اه-)

قال في (-ط-) ما لفظه و كفيته القبض ينظر في المبيع فإن كان مميا لا ينقل و لا يحول فالقبض فيه التخليه و ذلك مثل العقار و الأرضين و إن كان مميا ينقل و لا يحول فإن كان مثل الدرهم و الدنانير و الجواهر و ما يتناول باليد فالقبض فيه هو التناول و إن كان مثل الحيوان كالعبد و البهيمة فإن القبض في البهيمة ان يمشى بها الى مكان آخر و في العبد ان يقيمه الى مكان و إن كان اشتراه جزافا كان القبض فيه ان ينقله من مكانه و ان اشتراه مكابله فالقبض فيه ان يكيهه انتهى و قد حكى هذا القول عن القاضي (-أيضا-) و اختاره في (-شاد-) و التنقيح و المهذب البارع و محكى (-ير-) و موضع من (-كره-) بل في المهذب البارع و محكى غاية المرام و إيضاح (-فع-) و المقتصر أنه المشهور بين الأصحاب و أنت خبير بما في دعوى الشهرة في مثل هذه المسئلة الشهيرة بالخلاف و الإعضال من قديم الدهر مع تشتت الأقوال من سابق العصر و كيف كان فحجته هذا القول قضاء العرف بذلك و كل لفظ في الخطابات لم يعلم فيه مراد الشارع فالمرجع فيه العرف لأنه تعالى لم يرسل رسولا الا بلسان قومه تمسك بذلك و بالشهرة في المهذب البارع و الشهرة ممنوعه و انطباق العرف على مدعاهم باعتبار التناول في قبض ما يتناول و النقل في قبض ما يحول و الكيل و الوزن في المكيل و الموزون ممنوع

قوله طاب ثراه و زاد في الوسيلة (-اه-)

قال في الوسيلة القبض يختلف باختلاف المبيع فقبض ما يمكن تناوله باليد التناول و قبض الحيوان الاستياق الى مكان آخر و قبض المماليك إقامتها في موضع آخر و قبض المكيل و الموزون الكيل و الوزن و المعدود العد و ما بيع جزافا فالنقل و قبض الأرضين و العقارات التخليه بين المتاع و بينها انتهى

قوله طاب ثراه و نسب عبارة (-يع-) (-اه-)

اي عبارته في نقل هذا القول و نسبه الى القيل و المناسب هو ابن فهد و غيره ممن سمعت

قوله طاب ثراه السابع ما في (-لف-) (-اه-)

ربما حكى هذا القول عن المحقق الثاني في تعليق (-شاد-) و حجته هي ما تقدم حجته للقول الثاني حرفا بحرف و أنت خبير بكون ذلك أخص من مدعاه لأنه اكتفى في المنقول بالنقل و الأخذ باليد فيبقى اكتفائه بالأخذ باليد غير مشمول للدليل فكان عليه إتمام حجته بالتعلق في كفاية الأخذ باليد بقضاء العرف بذلك

قوله طاب ثراه الثامن أنها التخليئة (- اه-)

حجّة هذا القول اما على كون القبض بالنسبة إلى انتقال الضمان إلى المشتري التخليئة فالوجه الثالث من أدلة القول الأول واما على عدم كونه بالنسبة إلى التهي عن بيع ما لم يقبض فاستصحاب المنع الى ان يحصل اليقين بالجواز بالنقل أو استيلاء اليد أو نحو ذلك ثم ان هناك قولين آخرين لم ينقلهما الماتن (- ره-) أحدهما أنه فى غير المكيل و الموزون الاستقلال و الاستيلاء عليه باليد و فيهما الكيل و الوزن قواه فى (- لك-) و حجته تظهر بنقل كلامه قال (- ره-) و الأجود الرجوع فى معناه الى العرف فى غير المنصوص و هو المكيل و الموزون لأن القاعدة ردّ مثل ذلك اليه حيث لم يرد له تحديد شرعى و العرف يدلّ على ان إقباض غير المنقول يتحقّق بالتخليئة مع رفع يد البائع عنه و عدم مانع للمشتري من قبضه و اما فى المنقول فلا يتحقّق الا باستقلال يد المشتري به سواء نقله أم لا و كذا فى طرف البائع بالنسبة إلى المثلث و هذا مطرد فى المكيل و الموزون و غيرهما إلا أنّهما خرجا عنه بالنصّ الصحيح فيبقى الباقي و هذا هو الأقوى انتهى و أنت قد عرفت ما فى دلالة الصّحيح من المناقشة بل المنع الظاهر ثانيهما أنه لا يفسّر بشيء بل يرجع فى كلّ شيء إلى العرف اختاره الفاضل الكاشانى فى المفاتيح و حجته ان لفظ القبض من الموضوعات المستنبطة و لا ريب فى ان المرجع فيها هو العرف و لا يخفى عليك ان ما ذكره و إن كان حقاً الا ان مرجعه الى التوقف فى المسئلة ضرورة ان كون المرجع فيها هو العرف و اللّغة ممّا لا يخفى على احد و أما النزاع فى تميز العرف و تشخيصه ليكون مرجعاً فى الفروع و منجياً من الإشكال و الذى ينبغى ان (- يق-) هو أنه لا ريب و لا إشكال فى كون القبض موضوعاً لجملة من الأحكام الشرعية و المسائل الفرعية كاتتقال ضمان المبيع إلى المشتري به ان لم يكن له خيار و كون الضمان قبله على البائع و جواز بيع ما اشتراه بعد القبض (- مط-) و تحريمه أو كراهته على بعض الوجوه قبله و امتناع فسخ البائع بتأخير الثمن و تشخيص ما فى الذمّة و غير ذلك من احكام البيع و الزهن و الصدقة و الهبة و التذر و غير ذلك ممّا يقف عليه الخبير المتدرّب فى الفقه و من البين اللّاح ان المرجع فى الألفاظ الدائر مدارها الحكم هو العرف و اللّغة فقط ان فقد العرف أو اضطرب لائن الله تعالى لم يرسل رسولا الا بلسان قومه و اصطلاح أمته الا ان يكون له اصطلاح خاصّ و الفرض هنا عدمه و قد سمعت من أهل اللّغة التصريح بانّ القبض هو الأخذ كما عرفت خطأ من زعم تقيد القبض بكونه باليد فاذا كان القبض من القابض الأخذ كان الإقباض عبارة عن الإعطاء و إيجاد مقدمات الأخذ برفع اليد عنه و الاذن فى الأخذ مع عدم المانع بحيث يسهل عليه قبضه بسرعة عرفاً فالإقباض فى كلّ شيء هو رفع اليد و الإذن فى الأخذ مع عدم المانع و (- ح-) فيكون تخليته فى غير المنقولات و الإذن للمشتري فى التصرف إقباضاً و تصرف المشتري و لو بأخذ مفتاح الدار قبضاً و رفع اليد عن غير المنقول و الإذن فى الأخذ إقباضاً و ادنى التصرف قبضاً و هكذا فى الدابة و غيرها رفع اليد بفكّها من القيد إقباضاً و التصرف أخذاً و بالجملة فالإقباض عبارة عن الإعطاء و القبض عبارة عن الأخذ و الإعطاء و الأخذ من المفاهيم الواضحة عند أهل التحوار فما ترتّب على الإقباض من الأحكام يترتب على ما صدق

ص: ٢١٨

عليه عرفاً أخذ الشيء و ما يترتب على القبض يترتب على ما صدق عليه الأخذ عرفاً من غير اعتبار الكون باليد في شيء منهما و على ذلك يساعد العرف (- أيضاً-) عند إمعان النظر و إنعام الفكر ثم إن ما حرّراه و افدناه أوضح و اجلى ممّا افاده شيخنا و مولانا العلماء في جواهر الكلام و إن كان ما سطره (- أيضاً-) من غوالي اللثالي قال المذى في النفس ان المراد به في جميع المقامات التي اعتبره الشارع في صحتها أو لزومها أو غيرها من الأحكام تحويل السِّلطنة العرفيّة من المنقول منه الى المنقول اليه سواء حصل له السِّلطنة الشرعيّة قبله بالعقد كما في البيع و نحوه أو لا كالوقف و الهبة و نحوهما و لا ريب في حصولهما بالتخليّة في عين المنقول بمعنى رفع المنايات للمنقول اليه مع رفع يد الناقل و الإذن منه ضرورة صيرورته بذلك كالتناقل في قبضه لعقاره و لا يحتاج (-ح-) وصول المنقول اليه بنفسه أو وكيله الى المنقول أو تصرفه فيه بل لا يحتاج الى مضيّ زمان و إن كان بعيداً عن المنقول اليه لصدقه بدونه قطعاً كصدق دخوله في قبضته و استيلائه و تحت يده بذلك كالمقول منه و ليس الإذن المزبور لتوقف جواز قبض المشتري للمبيع عليها كى يرد بأنّه لا دليل عليه بعد ان ملكه بالعقد بل لتوقف تحقّق التخليّة المعترّبة في حصول السِّلطنة العرفيّة في مثله عليها و الّا فالأقوى عدم اعتبار الإذن فيما كان قبضه بغير التخليّة حيث لا يكون له الحبس ليسلم الثمن أو المثلن نعم هي معتبره حيث يكون له ذلك على الوجه الذي عرفته سابقاً و كذا لا ريب في حصولها في المنقول بالاستيلاء على العين استيلاء يستطيع به النقل و الأخذ و غيرها من أحوال المالك من غير حاجة الى وقوع ذلك منه فعلاً- ضرورة صدق تحقّق المراد من القبض بطرح العين بين يدي المنقول اليه على وجه يتمكّن من الفعل فيها كيف يشاء نقلاً و أخذاً و نحوهما إذ ليست أمواله التي بيده و يصدق عليها أنّها مقبوضة له و تحت قبضته و في يده الّا (- كك-) من غير حاجة الى المماسّة و التصرّف الحسيين و ليس ذلك كالتخليّة المزبورة في غير المنقول إذ من الواضح الفرق بين تحقّق السِّلطتين عرفاً في ذلك فإن أراد القائل بالتخليّة (- مط-) ما يشمل ذلك بدعوى أنّها في المنقول غيرها في غيره فمرحبا بالوافق هذا ما أهمنا من كلامه زيد في إعلاء مقامه بقى هنا أمور ينبغي التعرّض لها لعدم تنبيه الماتن (- ره-) عليها الأوّل انه لو كان المبيع بيد المشتري قبل البيع فهل يتوقّف تحقّق القبض على تجديد الإذن أم لا و جوه أحدها التوقف (- مط-) نظراً الى انّ تحقّق القبض (-ح-) ممّا لا بدّ له من سبب من تخليّة أو تسليم أو نحو ذلك و الكل حاصل فانحصر السبب في الإذن الجديد و فيه ما عرفت من عدم توقّف القبض و لا- التخليّة على الإذن بالمعنى المصطلح و أنّما يتوقّف على الأعلام حيث لا يكون المشتري عالماً بالخلوّ فاذا كان في يده انتفى موضوع الأعلام و الأصل عدم اشتراط الاذن بالمعنى المصطلح ثانيها عدم التوقف (- مط-) نظراً الى انّ القبض و التخليّة حاصلان قبل العقد و تحصيل الحاصل محال و كون التصرّف السابق على العقد غير مشروع في صورة كون القبض بغير اذن لا يخرج عن كونه قبضاً غاية ما هناك أنّه قبل العقد كان قبضاً محرّماً فيتحقق الملكيّة عاد مباحاً و ذلك حكم تكليفي لا- ربط له بالحكم الوضعي ثالثها التفصيل بين ما لو كان القبض السابق على البيع بإذنه و بين ما لو كان بغير اذنه بالتوقف على الإذن الجديد في الثّاني دون الأوّل احتمال ذلك في (- لك-) حيث قال لو كان المبيع بيد المشتري قبل الاتّباع فإن كان بغير اذن البائع فلا بدّ من تجديد الاذن في تحقّقه بالنسبة إلى دفع التحريم أو الكراهة و اما بالنسبة إلى نقل الضمان فيحتمل قوياً تحقّقه بدونه كما لو قبضه بعده بغير اذن البائع و يحتمل توقّف الأمرين على تجديده لفساد الأوّل شرعاً فلا يترتب عليه اثر و لو كان بإذنه كالوديعة و العارية لم يفتقر الى تجديد اذن و لا تخليّة انتهى و أنت خبير بأنّ العقد مشتمل على الإذن الشرعيّة فيكون إقباضاً و استمرار المشتري على يده قبضاً و لا دليل من نصّ أو إجماع على اعتبار ما زاد على ذلك فالأصل عدم الاعتبار و ما دلّ بإطلاقه على الاعتبار منصرف الى ما إذا كان المبيع حين يبيعه بيد المشتري فما دلّ على انّ المبيع إذا تلف قبل قبضه فهو من مال البائع مخصوص بما إذا تلف

و كان بعد بيد البائع و كذا ما دلّ على مرجوحية بيع المكيل قبل قبضه مخصوص بذلك و الى ما ذكرنا أشار في الجواهر بقوله لا وجه لاعتبار الاذن في المنقول حيث لا يكون له الحبس كما لو باعه بثمن في ذمّة البائع مثلاً لانتقاله الى ملكه بالعقد و الغرض أنّه في

يده و فى قبضته و كون اليد سابقا عدوانا لا ينافى انتقال استمرارها الى غير العدوان و ليس ذا كالقبض المتوقف صحه العقد عليه فان اعتبار الإذن فى ذلك (- مط-) متجه بخلاف المقام المتجه فيه على الظاهر عدم الفرق ثم تبه على نكتة بقوله نعم لا بعد بقاء حق الحبس له إذا لم يكن الثمن واصلا اليه فيحرم عليه التصرف بناء على اقتضائه ذلك و يبقى له الخيار بعد التثنية اما انتقال الضمان و زوال الحرمة و الكراهة فالوجه تحققها به لصدقه و دعوى ارادة الصحيح منه بدعوى أنه يشترط فيه شرعا الإذن و بذلك ينقسم (- ح-) الى الصحيح و الفاسد دعوى فى دعوى لا- شاهد على شىء منهما خصوصا مع ان الأخذ ضمان المشتري (- فت-) انتهى و أراد بأصالة ضمان المشتري استصحاب الضمان الثابت عليه بالأخذ قبل التملك بغير اذن المالك و لعل وجه الأمر بالتأمل هو الإشارة إلى تبدل الموضوع الموجب لعدم جريان الاستصحاب نعم يثبت ضمانه له بانتقاله اليه و كونه فى يده فتدبر جيّدا و ربما احتمل بعض مشايخ العصر (- قدّه-) فى اعتبار تجديد الإذن فيما يتوقف تأخير العقد و لزومه على القبض و جوها ثالثها اعتباره فيما يتوقف صحته عليه ثم نفى البعد عن عدم الاعتبار (- مط-) ان لم يكن إجماع على عدمه لحصول الشرط عرفا إلا مع الجهل و ما نفى عنه البعد قريب جدا (- فت-) جيّدا الثانى انه لو كان المبيع مشغولا بملك البائع فلا يخلو اما ان يكون منقولا كالصندوق المشتمل على أمتعة البائع أو يكون غير منقول كالدار المشتملة على الأمتعة اما فى الأول فيكفى فى قبضه على ما اخترناه أخذه مشغولا بأمتعة البائع و على ما اختاره صاحب الجواهر (- ره-) حصول السيلطنة عليه (- كك-) و على القول بالثقل بنقله (- كك-) و بالجملة فيكفى القبض على التفاسير قبل التفريغ فى نقل الضمان و غيره حتى مع عدم اذن البائع فى نقل الأمتعة ضرورة ان المتوقف عليه صحه القبض انما هو الإذن فى نقل المبيع ان لم يدفع المشتري الثمن و إلا لم يتوقف صحه القبض على اذن البائع فى نقل المبيع (- أيضا-) و على اى حال فاذا كان قبضه للمبيع صحيحا لم يمنع من ترتب احكامه عليه حصول اثم فى ضمنه و هو التصرف فى أمتعة البائع بنقل الصندوق من غير اذنه و احتمل فى (- لك-) توقف انتقال الضمان إلى المشتري فضلا عن غيره من احكام القبض على اذن البائع فى نقل الأمتعة (- أيضا-) بناء على كون القبض النقل و أنت خبير بأنه مما لا شاهد عليه و اما الثانى فالحال كما فى الأول بل هو أوضح لعدم توقف القبض على النقل لعدم إمكانه فبمجرد استيلاء المشتري عليه يتحقق القبض و يجرى عليه احكامه و احتمل فى (- لك-) هنا (- أيضا-) عدم الاكتفاء بالتخليه و رده فى الجواهر بأنه أضعف من سابقه الثالث انه لو كان المبيع مشتركا بين البائع و غيره ففى (- لك-) انه على ما اخترناه و إن كان منقولا فلا بدّ من اذن الشريك فى تحقق القبض لتوقفه على إثبات اليد و التصرف فى حصه الشريك و إن كان غير منقول ففى توقفه عليه قولان أجودهما

ص: ٢١٩

العدم لأن حقيقة قبض ما هذا شأنه رفع يد المالك عنه و تخليته المشتري بينه وبينه وهذا لا يقتضى التصرف في مال الشريك و وجه
الاشتراط أنّ وضع اليد و التسلّط على التصرف لا يمكن بدون التصرف في حصّة الشريك ثمّ قال و على تقدير التوقف على اذنه بوجه
فان اذن الشريك فيه و الّا نصب الحاكم من يقبضه اجمع بعضه امانة و بعضه لأجل البيع و اختار العلامة (- ره-) في (- لف-) الاكتفاء
(- ح-) بالتخليه لأن المانع الشرعي من النقل كالمانع العقلي في العقار ذكر ذلك في باب الهبة و الحكم واحد بل فيها أقوى انتهى
قلت لا يخفى عليك ان المتوقف على اذن الشريك انما هو جواز القبض لا صحته و ترتب الأثر لما تبهنا عليه آنفا من ان حصول اثم
في ضمنه لا يمنع من حصول القبض عرفا و شرعا المستلزم لترتب اثاره عليه بل قد يقال بتحقيقه و ان لم يحصل له النقل الحثي بل
بمجرد حصول سلطنة البائع له و هي تامّة و المنع من جهة الشريك أمر خارج عنها لا ينافي تسلّط المشتري على ذلك كتسلّط البائع
فما صدر منه (- ره-) من إيقاف حصول القبض على اذن الشريك لا وجه له بل القبض حاصل و القابض مع عدم الإذن اثم فاسق و
(- ح-) فان وقع التشاح بينه و بين الشريك في استيفاء المنفعة رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي و أصلح بينهما بالصّح أو القسمة و من
هنا ظهر ان الحال في غير المنقول أوضح و حصول القبض بتخليه البائع و تصرف المشتري أجلي و كون التصرف و السلطنة من غير
اذن الشريك لا يقدح في تحقّق القبض و ان أوجب الإثم من حيث استلزام وضع المشتري يده متضمّنا للتصرف في حصّة الشريك
نعم ما ذكره بعد ذلك من أنّه مع امتناع الشريك من الإذن بنصب الحاكم من يقبضه اجمع بعضه امانة و بعضه لأجل البيع متين كما
هو الحال في كلّ ممتنع من أداء حقّ غيره لكن ذلك انما هو لاستباحة القبض لا لأصل تحصيله فلا تذهل الزّابع أنّه قال في (- لك-)
لو كان المبيع في مكان لا يختصّ بالبائع كفي في المنقول نقله من حيز الى آخر و إن كان في موضع يختصّ به فان نقله من مكان إلى
آخر بإذنه كفي (- أيضا-) و إن كان بغير اذنه كفي في نقل الضّمان خاصية كما مرّ و لو اشترى المحلّ معه كفت التخليه في البعّة و
فيه وجهان أصحهما الافتقار الى النقل كما لو انفرد بالبيع و لو أحضره البائع فقال له المشتري ضعه ففعل تمّ القبض لأنّ البائع (- ح-)
كالوكيل فيه و ان لم يقل شيئا أو قال لا أريده ففي وقوعه بذلك وجهان و ينبغي الاكتفاء به في نقل الضّمان كما لو وضع المغصوب
بين يدي المالك دون غيره انتهى و أقول امّا ما ذكره أولا من التفرقة بين ما لو كان المكان مختصّا بالبائع و بين ما لو كان مختصّا
بغيره بكفاية النقل من حيز الى آخر على الثاني (- مط-) و مع الإذن في الأوّل و بغير إذن بالنسبة إلى نقل الضّمان فلا ارى له وجهان
الوجه حصول القبض بناء على توقّفه على النقل بالنقل من مكان إلى آخر سواء كان في مكان مختصّ بالبائع أو بغيره و سواء كان
بإذن أم لا بالنسبة الى جميع احكام القبض لصدق القبض على ذلك لغه و عرفا و شرعا و استلزامه لمحرّم لا يخرج عن كونه قبضا
كما مرّ و (- أيضا-) ما الّذى فرق بين نقل الضّمان و غيره من احكام القبض في صورة كون النقل في الموضع المختصّ بالبائع من
غير اذن منه و اما ما ذكره بعد ذلك من اعتبار النقل فيما لو اشترى المنقول مع غير المنقول مع كون النقل في غير المنقول فلا ارى له
(- أيضا-) وجهان إذ لا- دليل على اعتبار النقل هنا و ممّا ذكر ظهر ما في تفرقته في الحكم الأخير بين سقوط الضّمان و ما عداه من
احكام القبض (- فت-) جيّدا الخامس ان لازم القول بكون القبض في المكييل و الموزون هو الكيل و الوزن هو لزوم الكيل و الوزن
للمبيع و توقّف احكام القبض عليه فلا- يكفى الكيل و الوزن الحاصل قبل المساومة و البيع و يأتي الكلام في حكم بيع ما لم يكل أو
يوزن عند تعرّض الماتن (- ره-) فيما يأتي إنشاء الله تعالى السادس أنّه قد صرح كثير منهم باتّحاد معنى القبض في جميع الموارد بل
قد يستظهر من كثير من العبادات الإجماع عليه و هو بناء على المختار من أنّه الأخذ (- مط-) لا بأس به و كذا بناء على

القول بأنّه التخليه (- مط-) أو النقل (- مط-) أو الاستيلاء (- مط-) لاتّحاد المناط (- ح-) في البيع و غيره من موارد و اما على القول
بالفرق بين المكييل و الموزون و غيرهما باعتبار الكيل و الوزن في الأوّلين للنصّ ففي تعديته إلى باقى الموارد نظر بل منع للأصل مع
عدم وضوح المناط و دعوى الإجماع على عدم الفرق ممنوعة و ذلك إشكال آخر على القائلين بكون القبض في المكييل و الموزون
هو الكيل و الوزن لاستلزامه اختلاف القبض في المكييل و الموزون بالنسبة إلى التوافق و ان التزم بالتفرقة بعض أرباب الأقوال الأخر

(- أيضا-) فعن القاضى أنه لا يكفى فى الرهن التخليء و لو قلنا بكفايتها فى البيع لأن البيع موجب لاستحقاق المبيع فيكفى التمكين منه وهنا لا استحقاق بل القبض سبب فى الاستحقاق قلت مصب كلامه يقتضى لحوق الهبة و الوقف و الصدقة و نحوها بالرهن فى ذلك لاتحاد الطريق الذى ذكره فى الجميع و أنت خير بما فى التفرقة بين الموارد من النظر السابع انا نبهنا فى طي كلماتا المذكورة على ان استلزام القبض محرما لا يمنع من جريان احكامه عليه بعد صدق حصوله عرفا و قد عثرت الان على إذعان المحقق الأردبيلي (- ره-) و المحدث البحرانى (- ره-) و غيرهما (- أيضا-) بذلك قال فى (- ثق-) بعد نقل ما مر فى الأمر الأول حكايته عن شيخ (- لك-) ما لفظه لا دليل على ما ذكره لا من النص و لا من الاعتبار و عقد البيع قد اقتضى النقل إلى المشتري و القبض و التسليم الى المشتري حاصل و الفرق بين كون القبض قبل البيع شرعيا أو غير شرعيا مع كونه لا دليل عليه لا ثمره له بعد ما عرفت و مع كونه غير شرعي قبل البيع لا يمنع من كونه شرعيا بعد البيع و الانتقال اليه بالعقد الصحيح و بالجملة فشرط صحة البيع كلها حاصله فلا وجه لما ذكره انتهى الثامن ان لازم جعل القبض فى المكيل و الموزون عبارة عن الكيل و الوزن عدم اعتبار شىء آخر معهما فى تحقق القبض فيشكل باستلزام ذلك حصول القبض بالكيل و لو لم يرفع البائع يده و لكن المحقق الثانى (- ره-) تصدى فى جامع المقاصد لبيان المراد بما يرتفع به الإيراد حيث قال المراد به يعنى بالكيل الكيل الذى به يتحقق اعتبار المبيع و لا بد من رفع البائع يده عنه فلو وقع الكيل و لم يرفع البائع يده فلا تسليم و لا قبض انتهى فتدبر التاسع ان إطلاق بعضهم كالعلامة (- ره-) فى (- عد-) و غيره فى غيره الكيل و الوزن يقتضى الاكتفاء بأيهما كان و لكن الإطلاق غير مراد قطعا بل المراد الكيل فيما يكال و الوزن فيما يوزن فلو كال ما يوزن أو وزن ما يكال لم يحصل القبض عند القائل بحصوله به ضرورة ان المعتبر هو ما لا بد من اعتبار المبيع به لا (- مط-) كما لا يخفى على المتأمل

قوله طاب ثراه أقول لا شك ان القبض (- اه-)

قلت هذا خارج عن جميع الأقوال العشرة المتقدمة و حاصله التفرقة بين احكام القبض و أنه من البائع التخليء و التمكين و من المشتري الاستيلاء فكل ما ابتنى من الأحكام على فعل البائع يدور مدار التخليء و ما ابتنى منها على فعل المشتري يدور مدار الاستيلاء و هذا خارج عن جميع ما تقدم من الأقوال كما هو واضح

قوله طاب ثراه (- فح-) نقول اما ما اتفق عليه من كفاية التخليء (- اه-)

أقول

ص: ٢٢٠

عبارة الماتن (- ره-) فى المقام لا تشبه سائر عبارته لعدم مراعاة قواعد العبارة فيها لأنه اتى بآما المفصلة و لم يأت بعدها بمقابلها من الجملة المصدرية بآما الثانية و كلمة ان فى قوله ان أريد (- اه-) الظاهر أنها وصلية فيكون جواب آما قوله فقد عرفت و يكون ان فى قوله و ان فسرت (- اه-) وصلية (- أيضا-) و الضمير المستتر يرجع الى التخليه و لازمه الإتيان بالضمير فى ان و ليس فى قوله فقد عرفت أنه ليس (- اه-) مؤنثا (- أيضا-) ليرجع إلى التخليه و بالجملة فالعبارة غير سليمة؟؟ بل و لا صحيحة فتدبر

قوله طاب ثراه و ان فسرت برفع جميع الموانع و اذن المشتري فى التصرف (- اه-)

أشار بذلك إجمالا إلى تفسير التخليه و توضيح القول فى ذلك ان التخليه فى اللغة بمعنى الترك قال فى القاموس خلى الأمر و تخلى منه و عنه تركه انتهى و لا-ريب فى توقف حصولها على رفع البائع ما يمنع المشتري من القبض من يد البائع أو يد غيره و أما الكلام فى اعتبار أمر آخر ففى الغيبة أن التخليه أمر آخر غير رفع المانع انتهى و فيه دلالة على اعتبار أمر آخر فيها و مثل ذلك فى الدلالة على ان التخليه أمر آخر غير رفع المانع عبارة (- س-) و ما يحتمل اعتباره مضافا الى دفع المانع أمور أحدها الإذن للمشتري فى القبض صرح باعتباره فى (- لك-) و (- الروضة-) و غيرهما و لا بأس به إذ بدونه لا يرتفع سلطنة المتوقف على رفعها حصول التخليه نعم ربما احتمل فى مفتاح الكرامة عدم الحاجة الى الإذن بعد انتقاله اليه و دخوله فى ملكه ثم استدرك أنه إذا كان فى بيت المالك فبمجرد فهم الرضا لا يقال أنه قبضه و سلمه كما يشير اليه خبر عقبه المتقدم ثم احتمل كون التقييد بالإذن لانتفاء سلطنة البائع لو أراد حبسه لقبض الثمن فإنه إذا لم يأذن كان له الحبس أو يحمل على نحو الهبة و الوقف ثانيها اللفظ الخاص و قد صرح بعدم اعتباره فى (- لك-) حيث قال و لا يختص ذلك أى الإذن بلفظ بل كل ما دل عليه كاف فيه و قد لا يكتفى فيها باللفظ الصريح مع وجود المانع انتهى فافاده (- ره-) أمرين أحدهما عدم اعتبار اللفظ الخاص فى الإذن بل يكتفى كل ما دل عليه و الآخر عدم كفاية الإذن مجردا و لو باللفظ الصريح إذا كان هناك مانع و الوجه فى الأمرين جميعا واضح ففى الأول الأصل بعد عدم وجود ما يدل على اعتبار اللفظ الخاص و فى الثانى ان الإذن لا يثمر فى صدق التخليه عرفا مع وجود المانع ثالثها كون المبيع غير مشغول بما يتعلق بالبائع و قد صرح فى (- مع صد-) بعدم اعتباره حيث قال لا يتحقق التخليه إلا برفع المانع يده و يتحقق برفعها و إن كان المبيع مشغولا بماله انتهى رابعها مضى زمان يمكن فيه وصول المشتري اليه و قد نفى اعتباره فى (- لك-) و (- الروضة-) قال فى الأول ما يكتفى فيه بالتخليه و إن كان عقارا فقبضه رفع يد البائع عنه مع تمكن المشتري كما مرّ و لا يشترط مع ذلك مضى زمان يمكن فيه وصول المشتري اليه أو وكيله لأن ذلك لا مدخل له فى القبض عرفا نعم لو كان بعيدا جدا بحيث يدلّ العرف على عدم قبضه بالتخليه كما لو كان ببلاد اخرى أتجه اعتبار مضى الزمان و الحاصل ان مرجع الأمر إلى العرف حيث لم يضبطه الشرع و إن كان منقولاً- كالحيطان فعلى ما اخترناه من اشتراط نقله أو وضع اليد عليه الحكم واضح و على الاكتفاء بالتخليه يحتمل كونه كالعقار كما مرّ و اعتبار مضى زمان يمكن من قبضه و نقله لإمكان ذلك فيه بخلاف العقار انتهى و كأنه أراد الردّ على من قال أنه يشترط فى التخليه مقارنة رفع اليد لوصول المشتري إليه (- مط-) بعيدا كان أو قريبا حتى يدلّ ذلك على القبض عرفا فنفاه إلا فيما إذا كان المبيع بعيدا جدا بحيث لو رفع اليد بعد العقد فى غيبة المشتري لم يعد عرفا من القبض وقت وصوله اليه فلا بدّ من زمان يمكنه وصوله اليه ليتحقق المقارنة و يدلّ العرف على ان التخليه لأجل القبض و (- ح-) فلو تلف المبيع بعد رفع يده و قبل وصول المشتري إليه فهو فى ضمان البائع و ربما احتمل فى مفتاح الكرامة كون الحكم فى المنقول بناء على الاكتفاء فيه (- أيضا-) بالتخليه (- كك-) ثمّ احتمل اعتبار مضى زمان يتمكّن فيه من قبضه و نقله لإمكان ذلك فيه بخلاف العقار و أنت خبير بأنه بعد كون المدار على التخليه لا معنى لاعتبار مضى الزمان بعد عدم كونه مأخوذا فى مفهوم التخليه لغة و لا عرفا و فى مجمع الفوائد ان الظاهر أنه لا يحتاج الى مضى زمان يمكن فيه الوصول اليه و أيده بأنه قد يوصى بمثل الأراضى أو يهب فى بلد بعيد و القول بعدم حصول الملك إلا بعد الوصول اليه و وضع اليد أو معنى زمان (- كك-) بعيد و الأصل بنفيه و أقول قد بان (- لك-) ممّا ذكر كلّ ان الحقّ فى معنى التخليه أنها رفع المانع للمشتري

من قبض المبيع إن كان هناك مانع و إلا فبالإذن فيه بكل ما دلّ عليه من قول أو فعل أو إشارة و قد ينكر اعتبار الإذن نظرا الى انتقال الملك بالبيع و

نحوه اتفاقا فبقاؤه عند البائع محتاج الى الإذن من المشتري و أنت خبير بأن المراد بالإذن هنا أنما هو الإعلام برفع المانع لا الإذن بمعناه المتعارف فلا يأتي ما ذكر من كون البقاء عند البائع محتاجا إلى اذن المشتري و ليس تصرف المشتري محتاجا إلى اذن البائع و حيث كانت التخليه عبارة عن الترك تحققت بمجرد رفع اليد المانعة فاشتغال المبيع بملك البائع غير مانع بعد رفع يده عن المبيع و ان وجب عليه التفريغ و لو كان مشتركا غير منقول فالأجود أنه لا يتوقف على اذن الشريك لعدم استلزامه التصرف فيمال الشريك كما لا يخفى قوله طاب ثراه فنقول أما رفع الضمان (- اه-)

قلت قد عرفت ان القبض بمعنى الأخذ فكلما صدق عليه أخذ المبيع عرفا ينتقل بصدور ذلك من المشتري ضمان المبيع اليه و على هذا فلا فرق بين النبوي و بين روايه عقبه في المؤدى إلا في اعتبار الإخراج من البيت الذي لا قائل به كما عرفت قوله طاب ثراه فتعين لأمر آخر و ليس إلا لكون ذلك قبضا (- اه-)

قد استشهد في مفتاح الكرامة (- أيضا-) لكون المراد بالكيل و الوزن في صحيح ابن وهب المتقدم القبض بوقوع التعبير عنهما بالقبض في صحيحه منصور و صحيحه علي بن جعفر و روايه أبي بصير المذكورات في المتن و أنت خبير بأن التعبير فيها عن الوزن و الكيل بالقبض لا يدل على كون القبض في المكيل و الموزون هو الكيل و الوزن و أنه لا يحصل بدونهما بل الظاهر ان الحصول بالكيل و الوزن قبض و زيادة فكنى عن الكيل بالقبض إطلاقا لاسم الجزء على الكل و ربما يشهد بعدم انحصار قبض المكيل في الكيل صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال قال أمير المؤمنين عليه السلام من احتكر طعاما أو علفا أو ابتاعه بغير حكرة و أراد ان يبيعه فلا يبيعه حتى يقبضه و يكتاله حيث جمع عليه السلام بين القبض و الكيل فلو كانا شيئا واحدا لم يسع ذلك و احتمال كونه عطف تفسير كما في مفتاح الكرامة مدفوع أنه خلاف الظاهر و لا شاهد عليه مع ان العرف و اللغة يساعدان على ان بينهما عموما من وجه و إن كان الغالب اجتماعهما و لعل ذلك هو السبب في الاقتصار بأحدهما في النصوص كما اعترف بذلك في مفتاح الكرامة بقوله و قد يكون التعبير عنهما بالقبض في هذه الأخبار لأن الغالب في الكيل و الوزن ان يقعا في حال القبض و التقل فصح إطلاق القبض عليهما و ان لم يكونا قبضا انتهى فلا دلالة في التعبير بأحدهما عن الأخر على اتحادهما أو تلازمهما كما قد يتخيل فتدبر

فرعان الأول لو باع دارا أو سفينة مشحونة بامتعة البائع و مكنه منها كان قبضا

قوله طاب ثراه و إن كان في موضع يختص به فالتقل من زاوية إلى

ص: ٢٢١

اخرى بغير اذن البائع لا يكفي لجواز التصرف (- اه-)

هذا مما لا نفهم له محصلا لان العقد يوجب انتقال المال الى ملك المشتري و لازم الانتقال جواز تصرفه بما شاء فتوقيف جواز تصرفه على اذن البائع في القبض مما لا دليل عليه كما لا يخفى

[الفرع الثاني في قبض المكييل و الموزون و عدم جواز بيع المكييل قبل قبضه]

قوله طاب ثراه الثاني قال في (- لك-) (- اه-)

كان الأولى التعرض لهذا الفرع عقيب تعرضه لحكم بيع ما يكال أو يوزن قبل الكيل و الوزن لكون ذلك كالمبنى لهذا الفرع لكن الأمر سهل

قوله طاب ثراه و إن كان الأول ففي افتقاره (- اه-)

أشار بذلك الى الخلاف في ان توقف بيع المكييل و الموزون على الكيل و الوزن هل يعم ما لو كيل أو وزن قبل البيع بمحضر المشتري فيجب الكيل و الوزن بعده (- أيضا-) مرة أخرى أم لا بل يختص بما إذا لم يكمل و لم يوزن بمحضر المشتري كما إذا باعه قدرا معينا منه من صبره مشتملة عليه فإنهم اختلفوا في ذلك على قولين و قد يعنون البحث بان وجوب الكيل و الوزن هل هو من حيث كونهما شرطا في صحة البيع أو ان وجوبهما من حيث كونهما قبضا للبيع يترتب عليهما ما يترتب على القبض الذي هو النقل و الأخذ باليد و نحو ذلك في غير المكييل و الموزون ذكر ذلك في (- ثق-) و فيه نظر ظاهر لان القول بالشرطية لا يستلزم عدم وجوب الكيل و الوزن بعد العقد إذا كان كيلا أو موزونا قبله بل للقاتل بالشرطية أن يقول أنه شرط متأخر في تمامية البيع يجب حصوله بعد العقد تعبدا سواء حصل قبله أم لا و عبارة أخرى للقاتل بعدم كونهما قبضا ان يقول بوجوبهما تعبدا (- مط-) سواء كيل أو وزن قبله أم لا و كذا للقاتل بكونها قبضا ان يقول بعدم الحاجة الى وصولهما بعد العقد كما لو حصل القبض بالأخذ و التخليه أو النقل قبل البيع فإنه لا يجب حصوله بعد العقد مرة أخرى على وجه فالأولى عنوان البحث بما قلناه من ان وجوبهما تعبدا أو للقبض هل يعم صورة حصولهما قبل العقد و عدم حصولهما أم لا بل يختص بما إذا لم يحصل قبل العقد وجهان أولهما خيرة (- لك-) و ثانيهما خيرة المحقق الأردبيلي (- ره-) و جمع ممن تأخر عنه

قوله طاب ثراه من إطلاق توقف الحكم (- اه-)

هذا من اللّف و التشر المشوّش فانّ هذا الوجه مستند لعدم اعتبار الكيل و الوزن ثانيا و مقتضى ترتيب اللّف تقديم دليل الافتقار الى الاعتبار ثانيا و على اى حال فقد تمسّ كوا لعدم الافتقار الى الاعتبار بوجوه هذا أحدها و الثاني ما في مجمع الفائدة من الأصل و لعلّه أراد بذلك أصالة البراءة من وجوب الكيل و الوزن ثانيا الثالث ما في المجمع (- أيضا-) من أنّه تحصيل للحاصل الزابع ما فيه (- أيضا-) من دلالة صحيحة معاوية بن وهب المتقدمة عليه حيث قال ما لم يكن كيل أو وزن فإنه كالصيريح في ان الاحتياج انما يكون مع عدم الكيل لا معه غاية الأمر أنّه (- ح-) يلزم ان يكون قد اشتراه بغير كيل و لا وزن فان ثبت عدم جواز ذلك بالدليل تقيد به و لكن ما ثبت و لا إجماع لأنّه نقل في شرح (- يع-) عن بعض الأصحاب جواز بيع المكييل و الموزون مع المشاهدة بغيرهما و عن ابن الجنيّد بيع الصبرة مع المشاهدة من غير كيل انتهى و ربّما تصدّى في مفتاح الكرامة لتأييد هذا القول بجمله من كلمات الطائفة قال (- قدّه-) قد وجدناهم في غير الباب اجمعوا على ان المشاهدة لا تكفي في المكييل و الموزون سواء كان عوضا أو ثمنا و أنّه لا بدّ من اعتباره بأحدهما و قد حكى على ذلك الإجماع في (- ف-) و غيره كما بيناه في محلّه فكان الاعتبار بالكيل و الوزن في المقام شرطا في الصّحة و لم يتعرّضوا في المقام للقبض أصلا و وجدناهم اجمعوا على أنّه لو أخبره البائع بكيله ثمّ باعه بذلك صحّ و لم يتعرّضوا فيه (- أيضا-) للاعتبار ثانيا لأجل القبض بل قال في (- ط-) و موضعين من (- كره-) ان قبضه بغير كيل صحيح و ان له التصرف فيه

قبل كيله و قد قالوا ان الأخبار في المقام قائم مقام الاعتبار و قد دلت على ذلك (- أيضا-) الأخبار و دلت (- أيضا-) على أنه لا يجوز لهذا المشتري ان يبيعه حتى يكيه و في (- ثر-) جَوَزَ له يبيعه من دون كيل إذا أخبره بما أخبر به البائع و وجدنا (- المصنف-) في (- كره-) قال لو كان طعاما و آخر ينظر اليه فهل لمن شاهد الكيل شراؤه بغير كيل اما عندنا فنعم و هو أحد روايتي أحمد قال و كذا لو كاله البائع للمشتري ثم اشتراه أي الآخر الذي ينظر اليه و هاتان العبارتان قد دلتا على أنه لا يجب كيله مرة أخرى ليتحقق قبض المشتري له ثم قال و قد وجدناهم اتفقوا على أنه يجوز بيع المسلم بعد حلوله و قبل قبضه بمجانس الثمن ربويين كانا أم لم يكونا إذا لم يكن بين الثمنين الربويين تفاوت بزيادة و لا- نقيصة و هذا الإجماع محصل بيناه في محلّه و لعل ذلك هو التولية و لا نلتفت إلى إجماعي (- ط-) على المنع في السلم و الخلاف أنما هو في صورة التفاوت فالمفيد و الحليون على الجواز و الشيخ في (- يه-) و جماعة على المنع و الحق الجواز على كراهية و وجدناهم اختلفوا في بيع ما لم يقبض مع قطع النظر عن التفاوت بزيادة الثمن و عدمه على أقوال ذكرناها في باب السلم و قد وجدناهم قالوا مما يقوم مقام الكيل ان يبيعه مقدارا معيناً من صبرة يقطع باشمالها عليه ثم يهبه الباقي لأن هذا بمنزلة الكيل لأن يبيعه (- كك-) بمنزلة اعتباره و لهذا يصح البيع الى غير ذلك مما ساقه في مفتاح الكرامة و أطال بنقل الكلمات و إيراد الروايات و لا حاجة الى إطالة المقال بنقل كلامه بطوله و أما المهم تنقيح الحال على مقتضى ما يناله الفهم القاصر من الأخبار فنقول أننا قد تبهنا فيما مرّ و نتبه فيما يأتي إنشاء الله تعالى على ان القبض و الكيل و الوزن أمران و ليس المراد بأحدهما الآخر و ظهور بعض الأخبار في كون المراد بالقبض الكيل أو الوزن لا- يوجب رفع اليد عن ظاهر ما أدار الحكم فيه على القبض الظاهر عرفا في الأخذ و التسلم و ظاهر ما أدار الحكم فيه على الكيل الظاهر في الاعتبار بالمكيال و سنقول إنشاء الله تعالى ان لازم العمل بالطائفتين جميعا بعد عدم التعارض و التمانع بينهما و فقد القرينة على اتحاد المراد منهما هو ان من اشترى مكيلا أو موزونا توقّف جواز بيعه ذلك من غيره على أمرين أحدهما قبضه المبيع من البائع فلا يجوز بيعه من آخر قبل قبضه و تسلّمه المبيع من البائع إلّا تولية و الآخر كيله أو وزنه للمبيع فلا يجوز بيعه من آخر من غير كيله و لا وزنه و لكن ليس في شيء من تلك الأخبار كما ستسمعها

إنشاء الله (- تعالى-) دلالة على اعتبار كون الكيل بعد البيع الأول أو قبله و (- أيضا-) ليس الكيل لكونه قبضا حتى يعتبر مرة أخرى في المكيل و قد بينا في فروع الكلام على اشتراط العلم بقدر المبيع بالكيل أو الوزن أو العدّ انه لو كيل عنده مكيل شخصي لغيره جاز له بعد ذلك شرائه منه و لا يجب الكيل مرة أخرى و ان شئت توضيح ذلك صورنا لك فروض المسئلة فنقول أحدها ان يشتري مائة من من حنطة و قد كيل أو وزن عنده قبل العقد أو بعده و قبض المبيع و هنا لا إشكال في جواز بيعه من غيره من غير حاجة الى الكيل أو الوزن مرة أخرى ان رضى به المشتري الثاني كما صرح به خبر ابن الكرخي حيث قال قلت فاذا قبضته جعلت فداك فلي أن أدفعه بكيه قال لا- بأس بذلك إذا رضوا و مفهوم قوله عليه السلام في صحيحة ابن وهب المتقدمه ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه دلّ بالمفهوم على أنه ان كيل أو وزن فبعه من دون كيل و مفهوم صحيح الحلبي المزبور في الرجل يبتاع

ص: ٢٢٢

الطعام ثم يبيعه قبل ان يكال قال لا يصلح له ذلك دل بمفهومه على ان بيع المبيع بعد ان يكال صالح و ما رواه في الكافي و (- يب-) مسندا عن عبد الكريم بن عمرو قال قلت لابي عبد الله (-ع-) اشترى الطعام فأكتاله و معي من قد شهد الكيل و انما أكيه لنفسى فيقول بعينه فأبيعه إياه على ذلك الكيل الذي اكتلته قال لا بأس و خبر سماعة قال سئلته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن هل يصلح شرائه بغير كيل و لا وزن فقال اما ان تأتي رجلا في طعام قد كيل و وزن تشتري منه مرابحة فلا بأس ان اشتريته منه و لم تكله و لم تنزهه إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن و قلت له عند البيع إنني أربحك كذا و كذا و قد رضيت بكيلك و وزنك فلا بأس الثانية ان يشتري مائة من منحنطة و كيل أو وزن عنده قبل العقد أو بعده و لكنه لم يقبضه بعد و لم يتسلمه و هذا لا يجوز له يبيعه ما لم يقبض لما يأتي من الأخبار الكثيرة الناطقة بتوقف صحة بيع المكيل و الموزون على قبض البائع له من البائع الأول الثالثة ان يشتري مائة من منحنطة و لم يكال عنده و لم يوزن و لكن اعتمد على قول البائع في اخباره بالكيل و الوزن و هذا الشراء لا إشكال في صحته و انما الإشكال في جواز بيعه إياه من غيره بغير كيل و لا وزن فهل يجوز أم لا الأظهر عدم سواء ما بعد ان يقبضه و ما قبله اما قبله فلعدم صحة البيع قبل القبض و اما بعده فلعدم جواز بيع المكيل و الموزون الا بعد كيل البائع الثاني له و عدم حججه اخبار البائع الأول بالوزن في حق المشتري الثاني و إن كان حجة في حق المشتري الأول و قد نطق بذلك شطر من الأخبار و قد أوضحنا الحال فيه عند الكلام في الشرط الخامس من شروط العوضين من منتهى (- صد-) و مما نطق بذلك خبر سماعة و خبر محمد بن حمران قال قلت لابي عبد الله عليه السلام اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه و أخذناه بكيله فقال لا بأس فقلت ايجوز ان أبيعه كما اشتريته بغير كيل قال لا اما أنت فلا تبعه حتى تكيله و قد تبهنا في الموضوع المشار اليه على ان المتحصل من الأخبار بعد استيفائها و التأمل فيها هو اختصاص جواز الشراء على اخبار البائع بالكيل أو الوزن بما إذا كان إخبارا ناشئا عن الحس بان يكون قد كيل عنده فلا يجوز الاعتماد على اخباره الناشى من اخبار غيره و لعل ذلك يوافق القاعدة (- أيضا-) لأن إخباره إذا كان هو الذي كاله أو كيل عنده اخبار ذى اليد بخلاف اخباره بأخبار من باعه إياه بكونه قد كيل فإنه إخبار بأخبار غير ذى اليد فلا يعتبر لأنه بالبيع الأول خرج المبيع عن يد البائع الأول فلا يكون إخباره حجة و لا الأخبار المبني على اخباره و هنا كلمات أخر متعلقة بالمقام حذفنا لخلوها عن ثمره

قوله طاب ثراه و من ان الظاهر ان ذلك لأجل القبض (- اه-)

هذا احد الوجوه المستدل بها للافتقار الى اعتبار جديد بعد العقد و ربما أيد في (- ثق-) هذا الوجه بوقوع التعبير عن الكيل و الوزن في هذا المقام بالقبض في جملة من الأخبار و عد منها صحيحة منصور بن حازم و صحيحة علي بن جعفر و صحيحة معاوية بن وهب و رواية أبي بصير المزبورات و أقول اما الدليل ففيه منع ظاهر لمنع كون اعتبار الكيل لأجل القبض بل ظاهر الأخبار انه واجب مستقل فلو سلم فالمقبوض قبل البيع لا يلزم قبضه ثانيا بعد البيع و قد أجاب الماتن (- ره-) عن هذا الدليل في ذيل الكلام بما ينبغي ان يفهم و أما التأييد ففيه منع كون المراد بالقبض في الأخبار المزبورة الكيل و الوزن بل قد عرفت ان لازم الجمع بين الأخبار بعد عدم الشاهد على اتحاد المراد بالكيل و القبض هو وجوب الأمرين جميعا بمعنى توقف صحة البيع على عدم جواز بيع ما يكال أو يوزن قبل الكيل و الوزن و على قبض المشتري الأول المبيع قبل البيع الثاني فدعوى اتحاد المراد بالقبض و الكيل و الوزن في الأخبار مما لا شاهد عليها كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و يدل عليه قوله عليه السلام الا ان يؤيه (- اه-)

هذا ثانى الوجوه المستدل بها للقول بالافتقار الى الاعتبار ثانيا و يرده منع الملازمة إذ لنا ان نقول بان اعتبار الكيل و الوزن انما هو لاشتراط صحة البيع بهما و مع ذلك نلتزم باختصاص دليل هذا الاشتراط بغير التولية و قد رد الماتن (- ره-) هذا الوجه في ذيل الكلام فلاحظ و تدبر جيدا و الوجه الثالث إطلاق الأخبار الآتية المانعة من بيع المكيل و الموزون قبل القبض و قبل الكيل و الوزن من

غير تقييد بما إذا لم يكن قد كيل أو وزن أو بما إذا لم يكن قد قبض قبل ذلك والإطلاق حجة (-فت-)

قوله طاب ثراه أقول يبعد التزام القائلين بهذا القول (-اه-)

لقد أجاد (-قدّه-) في هذا الاستبعاد واستوفى المقال في ذلك فعليك بإمعان النظر فيما ذكره

قوله طاب ثراه ثمّ الظاهر أنّ مراد (-لك-) ممّا نسبه الى العلامة (-اه-)

لا يخفى عليك أنّه بمجرد هذا الاستظهار الذي لا مستند له لا يمكن تخطئته الشهيد الثاني (-ره-) الذي هو خريت هذه الصنعة في

نقله بعد عدم نسبة ذلك الى موضع خاص من كلماتهم فلعلهم صرحوا بذلك في موضع لم يعثر عليه المحقق الماتن (-قدّه-) و

مجرد عدم عثوره (-ره-) لا يدلّ على العدم

قوله طاب ثراه وأظهر من ذلك فيما ذكرنا ما في (-ط-) فإنّه بعد ما صرح باتّحاد معنى القبض في البيع والزهن (-اه-)

قال في المبسوط وكلّ ما كان قبضا في البيوع كان قبضا في الزهن والهبات والصّدقات لا يختلف ذلك ومن جملته أنّ المرهون ان

كان خفيفا يمكن تناوله باليد فالقبض فيه ان يتناوله بيده وإن كان ثقيلًا مثل العبد والدابة فالقبض فيه ان ينقله من مكان الى مكان و

إن كان طعاما وارتهن مكيالا- من طعام بعينه فقبضه ان يكتاله و ان ارتهن صبرة على ان كيلها كذا فقبضه (-أيضا-) ان يكتاله و ان

ارتهنها جزافا فقبضه ان ينقله من مكان الى مكان انتهى

القول في وجوب القبض

مسألة في وجوب تسليم كل من المتبايعين ما استحقه الآخر

قوله طاب ثراه يجب على كلّ من المتبايعين تسليم ما استحقّه الآخر (-اه-)

أراد بذلك الوجوب عند إطلاق العقد وعدم اشتراط التأخير و انما قيّد العبارة بصورة الإطلاق في جملة من كلماتهم منها (-يع-)

حيث قال إطلاق العقد يقتضى تسليم المبيع والثمن وقال في (-لك-) احترز بالإطلاق عمّا لو شرط تأجيل أحدهما أو تسليمه قبل

الأخر فإنّه (-ح-) يختصّ وجوب التسليم بالحال و من شرط تقديمه أوّلا و لو شرط تأجيلهما و كانا عينين صحّ (-أيضا-) و كان

خارجا من الإطلاق انتهى ثمّ ان اقتضاء العقد تسليم البائع المبيع والمشتري الثمن فورا بحيث يجب على كلّ منهما البدار الى ذلك و

أنهما ان تعاسرا تقابضا ممّا لا كلام فيه و في الجواهر أنّه لا خلاف فيه و قد يستظهر من التنقيح الإجماع عليه حيث قال الحقّ عندنا انّ

إطلاق العقد يقتضى وجوب التسليم على كلّ من البائع والمشتري للمبيع والثمن من غير أولويّة تقديم انتهى والأصل في ذلك

اقتضاء العرف ذلك فيتبعه الوجوب شرطا لعموم قوله تعالى أوّفوا بالعقود وغيره بل الظاهر ذلك و ان لم يطالب كلّ منهما الآخر

بذلك فلا يجوز لأحدهما التأخير إلّا برضاء الآخر ضرورة أنّه بتمام العقد يتمّ ملك كلّ منهما للعوض فإبقائه في اليد محتاج الى الإذن

فتدبر جيّدا ثمّ ان امتنعا من التقابض مع عدم رضا كلّ منهما بامتناع الآخر عصيا و أجبرا على التقابض و لو امتنع أحدهما أجبر الممتنع

كما صرح بذلك جمع كثير من خلاف ينقل والوجه في

ص: ٢٢٣

ذلك عموم ما دلّ على إجبار الممتنع عن أداء حق غيره و المجبر هو الحاكم لأنه شانه و تكليفه لأدلة الحسيّة و يحتمل جواز الإجبار بل وجوبه على جميع المكلفين نظرا الى كون التسليم من المعروف الذى يجب الأمر به على كلّ مكلف لكن لا يخفى أنّ الإجبار غير الأمر فإن شمله أدلّة الأمر بالمعروف و الّا اختصّ بالحاكم ثمّ أنّ الواجب هل هو التقابض و أنّه مع امتناعهما يجبران جميعا عليه أم لا بل لأحدهما أولويّة فى وجوب التسليم فيجبر الأولى أوّلا على التسليم ثمّ يجبر الآخر و جهان بل وجوه أشار الماتن (- ره-) الى اثنين منها

قوله طاب ثراه و غيرها (- اه-)

كالمعتين و التنقيح و شرح (- شاد-) للفخر و غاية المرام و الكفاية و ظاهر محكى الجامع و هو المحكى عن الإسكافى (- أيضا-) بل فى مجمع الفائدة و الرياض أنّ عليه الأ-كثر و زاد فى الثانى أنّ عليه عاميّة من تأخر و نفى فى الجواهر وجدان الخلاف فيه بين المتأخرين

قوله طاب ثراه و عن ظاهر التنقيح الإجماع عليه (- اه-)

لعله لقوله أنّه (- كك-) عندنا

قوله طاب ثراه لما فى (- كره-) (- اه-)

توضيحه ما فى (- لف-) و غيره من أنّ حالة انتقال المبيع الى المشتري هى حالة انتقال الثمن الى البائع فلا أولويّة بل كلّ منهما قد وجب عليه حقّ صاحبه و الى ذلك يرجع ما قيل من أنّ العقد يوجب حكمهما معا و لا-مريّح لأحدهما على الآخر فاما ان يقيد التقابض فيجبران عليه عند الامتناع دفعة أو لا يفيد فلا يجبران عليه أصلا فاما أنّ أحدهما يجبر على التقديم دون الآخر فلا مأخذ له قوله طاب ثراه و عن (- ف-) (- اه-)

قال فى (- ف-) إذا باع شيئا بثمن فى الذمة فقال البائع لا أسلم المبيع حتى قبض الثمن و قال المشتري لا أسلم الثمن حتى قبض المبيع فعلى الحاكم ان يجبر البائع على تسليم المبيع أوّلا ثمّ يجبر المشتري على تسليم الثمن بعد ذلك بعد ان يحضر الثمن و المبيع و قال الشافعى فيه ثلثة أقوال و الثانى يجبر البائع و هو ظاهر كلامه و الثانى يجبر كلّ واحد منهما مثل ما قلناه و هو الصّحيح عندهم و الثالث لا يجبر واحد منهما و قال أبو حنيفة و مالك يجبر المشتري على تسليم الثمن أوّلا دليلنا على ما قلناه أنّ الثمن أنّما يستحقّ على المبيع فيجب أوّلا تسليم المبيع ليستحقّ الثمن فاذا سلّم المبيع استحقّ الثمن فوجب حينئذ إجباره على تسليمه فلا بدّ إذا ممّا قلناه انتهى و قد اختار ذلك فى (- ط-) (- أيضا-) و تبعه عليه ابن زهرة فى الغنية و القاضى و حكى فى الرياض عن الحلبي فى (- ثر-) متابعتة و خطّائه فى مفتاح الكرامة و قد نوقش فى حجّته بالمنع لاستواء العقد فى إفادة الملك لكلّ منهما فتملك كلّ منهما تابع لتملك الآخر فيحصلان دفعة و ربّما انتصر فى مفتاح الكرامة لأرباب هذا القول بقوله و لعلهم يعنى المشهور ما أنصفوهم حيث ناقشوهم بعدم الأولويّة مبالغين فى ذلك إذ لعلهم أرادوا أنّ البيع و الشراء يبنى الحال فيهما على المتعارف بين الناس و المتداول بين التجار و غيرهم من أنّ البائع إذا لم يسلم المبيع يعاب عليه طلب الثمن فلا- يطلبه ما لم يسلم بل فى الغالب أنّ البائع أحوج فإذا تبايعا على ما هو المتعارف لم يجب الدّفع و الإعطاء إلّا عليه على أنّهم مطبقون على الظاهر فى باب الإجارة على انه لا يجبر المستأجر على دفع الأجرة إلا- بعد تسليم العين ثمّ قال و الغرض أنّه ليس بتلك المكانة من الضّعف انتهى قلت من لاحظ هذا الوجه بعين الإنصاف ظهر له أنّ اللازم أنّما هو البناء على المتعارف فى كلّ عصر و مصر بالنسبة الى من فيهما فإن كان المتعارف سبق البائع أوّلا و إن كان المتداول سبق المشتري أجبر هو أوّلا و إن كان مجرى العادة التسالم معا أجبرا معا عليه و كون مقتضى العقد ملك كل منهما للعرض لا- ينافى ذلك الا- ترى حكمهم بوجوب تبقية مشتري النخلة المؤبّرة الثمرة عليها الى أو ان الصّلاح حتى مع عدم الاشتراط مع ان مقتضى انتقال النخلة الى المشتري تسلّطه على ماله و ليس إيجاب الإبقاء إلّا بالنظر الى جريان العادة بذلك فيتقيد الشراء و الملك

بذلك ففيما نحن فيه و إن كان العقد مؤثرا ملك كل منهما للعوض في ان واحد إلا ان جريان العادة بسبق أحدهما يقيد العقد بذلك و على هذا فيتخرج في المسئلة وجه خامس يكون هو الأقرب و أما سميانه خامسا لأن في المسئلة وجهين آخرين لم يتعرض لهما (- المصنف-) (- ره-) أحدهما تقديم أحدهما بالقرعة فيقرع بينهما فمن اقتضت القرعة أولويته اجبر هو أولا احتمله الحلّي (- ره-) في (- ثر-) و لعل مستنده عمومات القرعة و فيه ان عمومات القرعة يتوقف الأخذ بها على تمسك الطائفة بها كما هي الحال في كل عام سرى اليه الوهن بسبب كثرة ورود التخصيص عليه ثانيهما إجبار المشتري أولا بدفع الثمن ثم إجبار البائع بدفع المثلن احتمله بعضهم و هو الذي افتى به أبو حنيفة و مالك و مستنده دعوى كون الثمن هو الأصل و المتوقف عليه ملك المثلن و فيه نظر ظاهر

قوله طاب ثراه و قد صرح بعض آخر (- أيضا-) بعدم الخلاف

هذا البعض هو سيدنا في مفتاح الكرامة

قوله طاب ثراه و لعل الوجه فيه (- اه-)

هذا الوجه (- أيضا-) أصله من صاحب مفتاح الكرامة

قوله طاب ثراه فلا يردان و جوب التسليم (- اه-)

المورد هو المحقق الأردبيلي (- ره-) و وجه سقوط الإيراد أن الامتناع عند امتناع صاحبه هو مقتضى إطلاق العقد فلا يكون ظلما

[مسألة في وجوب تسليم المبيع و تفرغه من أمواله]

قوله طاب ثراه ففي غير واحد من الكتب (- اه-)

من جملة تلك الكتب (- لك-) فإنه قد صرح به في ذلك بل عزا إلينا قال لا يتوقف صحته التسليم على التفرغ فلو سلمه مشغولا فتسلمه حصل القبض عندنا و يجب التفرغ مع ذلك انتهى

قوله طاب ثراه و كان المشتري جاهلا كان له الخيار (- اه-)

أراد بالخيار السيلطنة على فسخ العقد و إبقائه و ذلك مما صرح به جمع و علله في الرياض و الجواهر بقاعدة الضرر و فيه ان قاعدة الضرر لا تثبت السيلطنة على الفسخ فقط لأن الضرر كما يرتفع بالسيلطنة على الفسخ و الإبقاء مجانا فكذا يرتفع بالتخير بين الفسخ و الإبقاء بعوض إلا ان يجاب بأن الضرورة تقدر بقدرها و أنه بعد ارتفاع الضرر بتسليطه على الفسخ لم يكن لتسليطه على أخذ الأجرة و العوض وجه و ربما زعم بعضهم كون ذلك من قبيل العيوب فيثبت خيار العيب و فيه منع صدق الزيادة و النقصان من الخلقة الأصلية على فوات الانتفاع زمانا فلا يكون من العيب فتأمل

قوله طاب ثراه و في ثبوت الأجرة لو كان لبقائه أجرة إلى زمان الفراغ وجه

منشأه صدق تفويت المنفعة فيضمن عوضها لأن من أ تلف عينا أو فوت منفعة ضمن

قوله طاب ثراه و جب الصبر الى بلوغ أو انه للزوم تضرر البائع بالقلع (- اه-)

(١١) قلت يمكن القول بأن للمشتري مطالبة المقلع في صورة علم البائع بالحال و عدم بيانه ذلك للمشتري لأنه ملك الأرض بالعقد و ضرر القلع على البائع مسلوب الأثر بسبب اقدمه عليه بالمبيع المطلق الذي لازمه الانتقال من حينه و لزوم التفرغ من ساعه (- فت-)

قوله طاب ثراه و لو احتاج تفرغ الأرض إلى هدم شيء هدمه (- اه-)

(١٢) قال بعض مشايخ العصر (- قده-) أنه لا يبعد تسلط المشتري على إلزام البائع بعد الهدم و الكسر و الحفر بتفاوت قيمة الأرض محفورة و غير محفورة و قيمة الدار مستهدمة و غير مستهدمة و الصندوق صحيحا و مكسورا و نحو ذلك و منعه من تسوية الأرض و إصلاح الدار ثم قال نعم لو طلب ذلك من البائع وجبت اجابته إليه لأن ذلك نوع من أداء حقه مع احتمال عدمه للأصل ان لم يكن إجماع على خلافه و تعليله بوجوب تسليم المبيع

ص: ٢٢٤

اليه متمكنا من الانتفاع به كأنه عليل كتعليل وجوب إخراجه بتوقف التسليم عليه و وجوب إصلاحه بأنه إتلاف لبعض المبيع لحق وجب عليه ثم قال و دعوى ان ذلك من الشرائط الضميمة التي قد اقتضاها إطلاق العقد مما لا يساعد عليها الوجدان انتهى و أقول أما ما نفى عنه البعد ففي غاية البعد إذ لا دليل عليه بل الدليل على خلافه واضح السبيل فان الواجب على البائع بمقتضى إطلاق العقد أنما هو تسليم المبيع مفرغا و إعادة المبيع على ما كان عليه حال البيع فإثبات التفاوت عليه مما لا وجه له إذ الأصل برأيه ذمته من وجوب دفع التفاوت و تخيل ان الملك للمشتري فله منع البائع من التصرف فيه بالإصلاح فيجب عليه دفع التفاوت فاسد لأن منعه من تصرف البائع لا يثبت اشتغال ذممة البائع ببذل التفاوت إذ ليس له إلا مطالبة المبيع على ما كان عليه حال العقد فاذا امتنع من تمكين البائع في الإعادة فقد أقدم على ضرر نفسه فلا تذهل و أما ما ذكره بعد ذلك من احتمال عدم وجوب اجابة البائع المشتري الى إعادة المبيع على ما كان عليه حال العقد بإصلاح ما هدمه مقدّمة للتفريغ ففي غاية الوهن و أوهن منه تعلقه لذلك بالأصل ضرورة انه انما اشترى الصّحيح فكيف يسوغ للبائع تسليم المعيب و جواز الهدم لا ينافي وجوب الإصلاح لأداء حقه الذي ملكه بالعقد الصّحيح و أغرب من ذلك كله توهينه لتعليل وجوب الإصلاح بوجوب تسليم المبيع إلى المشتري متمكنا من الانتفاع به و تعليل وجوب الإخراج بتوقف التسليم مفرغا الواجب عليه على ذلك و هو (- ره-) ادري بما قال و أجل من التفوه بهذا المقال نعم استضعافه لتعليل وجوب الإصلاح بأنه إتلاف لبعض المبيع لحق وجب عليه في محله لان هذه العلة لا تثبت وجوب الإصلاح و انما يسوغ التمسك به لجواز الهدم و نحوه و أما توهينه كون وجوب التسليم مفرغا و جواز الهدم و وجوب الإصلاح من الشرائط الضميمة التي اقتضاها إطلاق العقد فلا وقع له و إنكاره الوجدان إنكار للوجدان

قوله طاب ثراه الإعادة (- مط-) كما في (- يع-) (- اه-)

قال في (- يع-) و لو هدمه بغير اذن شريكه وجب عليه اعادته انتهى و اختاره العلامة (- ره-) في (- شاد-) و المحقق الورع الأردبيلي (- ره-) في مجمع الفائدة و حجته أنه بهدم الجدار قد ضمنه و الأصل في الضمان ان يكون بالمثل فيلزم إعادة ما هدمه قوله طاب ثراه و الأرش (- كك-) كما عن العلامة (- اه-)

قد اختار ذلك في (- عد-) و (- كر-) و ولده في الإيضاح و حجته أمران الأول ان ضمان المثل انما يكون في المثلي و الجدار قيمى و ليس مثلثا على ان العين موجودة و الزائد انما هو الصّيفة فعليه أرش ما بين قيمته منه وما مأمورا و ردّ بأنه قد تكون قيمته بعد الهدم قليلة جدا و قيمة الجدار الصّحيح كثيرة جدا و بان الجدار و إن كان قيميا باصطلاحهم إلا ان العرف قد يقضى بالمماثلة في بعض الجدران إذ المطلوب كونه حائلا و مانعا و لا يريدون في مثل ذلك إلا المماثلة في الجملة الثانى أصالة برأيه ذمته من إلزامه بالإعادة بنفسه أو بواسطته مع ان المعهود في ضمان المتلفات انما هو شغل الذمّة بالمال مثلا أو قيمته و ذلك متعذر في الحائط و نحوه بخلاف الأرش فإنّ الذمّة مشغولة به كما في سائر نظائره و دعوى ان دفع الأرش هنا على وجه يجبر ضرر الشريك غير ممكن لأنه ان أريد به ما يخصّ الشريك من مقابل الهيئة الفائتة فهو مما لا يجدى في عمارة الجدار الذى قد تحقّق الضرر بهدمه و لو لفوات حصّة الشريك فلم يكن في ذلك جبر لضرره و ان أريد به ما قابل تمام الهيئة ففيه أنها مشتركة بين الهادم و الشريك و الإنسان لا يضمن لنفسه شيئا كما صدرت من صاحب الجواهر (- ره-) يدفعها مع انتقاضها بصورة تعذر المثل أنه لا يجب عليه عمارة حصّته (- أيضا-) مع قطع النظر عن حصّة الشريك و اما مع النظر اليه فلا بأس بأن يضمن لنفسه (- أيضا-) كما يضمن الرهن لو أتلفه من جهة حق المرتهن مع ان الظاهر منهم ارادة الشق الأول و به يندفع الضرر من حيث نقص المال و لا دليل على وجوب دفع غيره كما في سائر الإتلافات فتدبر

قوله طاب ثراه كما عن (- س-) (- اه-)

قد حكى ذلك عن حواشى الشهيد (- ره-) (- أيضا-) و حجته هي حجة الأول فيما إذا كان المماثل و لو في الجملة ممكنا و اما مع

عدم إمكان المماثل فلا طريق الى التضمن إلّا القيمة وقد يستدل لهذا القول بما مرّت إليه الإشارة من أنّ الجدار وإن كان قيمياً باصطلاحهم إلّا أنّ العرف قد يقضى بالمماثلة في بعض الجدران المطلوب منه كونه حائلاً- و مانعاً ولا يريدون في مثل ذلك إلّا المماثلة في الجملة مؤيداً ذلك بعدم معلومية مقدار الأرش لاحتماله ان يراد به تفاوت ما بين قيمته منهدماً و مأموراً كما عن الحواشي وغيرها و لان يراد به مقدار ما يصرف في بنائه بمثل البناء الأوّل كما مال اليه بعضهم و قد يناقش في ذلك بأنّ إرادة الناس لا دخل لها في تعيين ما اشتغلت به الذمّة بالهدم المزبور من كونه عملاً أو مالا و المعهود من الشرع هو الثاني دون الأوّل و دعوى حكومته العقل به عهدها على مدّعيتها و الظنّ به مع تسليم حصوله غير مجد و اما التأييد المذكور ففيه أنّ الأرش إنّما هو الأوّل قطعاً كما في نظائره التي تبقى عين المال فيها و يذهب منها بعض صفاتها مع ان لو سلّم التردّد في ذلك كان اللّازم أقلّ الأمرين لأصالة برأيه الذمّة من الأكثر

[مسألة لو امتنع البائع من التسليم]

قوله طاب ثراه احتمله في (- مع صد-) (- اه-)

قد نظر في ذلك الى أنّ جواز الحبس غير سقوط حقّ المنفعة و لا يلزم من ثبوت الأوّل الثاني و قد يؤيد بأنهم أفتوا في باب الإجارة بأنّه يجوز للخياط حبس الثوب ليأخذ أجرته للإذن فيه و ذلك لا يرفع عنه ضمانه و أنت خير بانّ المباح لا يستعقب ضماناً و ما أفتوا به في باب الإجارة إن كان لنصّ مخرج عن القاعدة اختصّ بمورده و إلّا منعناه (- أيضاً-) و من هنا نفى الأجره في الفرض في (- كره-) و (- لك-) و (- الروضة-) وغيرها

قوله طاب ثراه و على المشتري نفقة المبيع (- اه-)

هذا ممّا صرح به جمع قال في (- لك-) و حيث يكون الحبس سائغاً فالنفقة على المشتري لأنّه ملكه فان امتنع منها رفع البائع امره الى الحاكم فان تعذر أنفق بتيه الرجوع و رجع بها عليه كما في نظائره انتهى و ما ذكره متين

قوله طاب ثراه و في (- مع صد-) (- اه-)

فيه أولاً- أنّ التوقف في المسئلة التي أشار إليها (- أيضاً-) في غير محلّه بعد كونها زوجة و منع الحبس من وجوب الإنفاق مختصّ بحكم التبادر بصورة كونه بغير حقّ و هو النشوز و ثانياً ما أشار إليه الماتن (- ره-) من إمكان الفرق بين النفقة في المقامين و وجه الفرق ان نفقة الزوجة في مقابلة الاستمتاع فاذا حبست نفسها أمكن ان لا تستحقّ شيئاً لعدم تمكينها إياه من المعوض و هذا بخلاف نفقة المملوك الذي حبسه غيره

قوله طاب ثراه ففي وجوب اجابته وجهان (- اه-)

من أنّه قد انتقل إلى المشتري و انّ البائع إنّما استحقّ الحبس لاستيفاء حقه و تصرف المشتري فيه و هو في يد البائع لا ينافي حقّ البائع فليس له منعه منه بل يجب عليه إجابته إياه و من انّ حبسه إياه قد جاز لحقه و منعه إياه من التصرف لعله ادعى الى استيفاء حقه و قد استظهر الوجه الأوّل في (- مع صد-) و الحقّ أنّه ان توقف حصول غرضه الذي حبسه لأجله عليه جاز له منعه من التصرف و إلّا فلا لأنّ الناس مسلطون على أموالهم فمنعه من الانتفاع مع عدم توقّف حقه عليه ظلم و إضرار فيحرم

قوله طاب ثراه و لو كان امتناعه

ص: ٢٢٥

لا الحقّ (- اه-)

لم يتعرّض الماتن (- ره-) لما إذا غصب ثالث المبيع من يد البائع قبل قبض المشتري إيّاه و حيث أنّ جمعا من الفقهاء (- رض-) عنونا ذلك في المقام و كان محلّ حاجة لم يكن بأس في ان نوضح الكلام في ذلك في طيّ مطالب الأوّل أنّه إن أمكن في الفرض استعادته في الزمان اليسير الذي لا يشتمل مضيه على فوات منفعة مقصودة بحيث يستلزم فواتها نقصا معتبرا و فوات غرض مقصود عرفا على المشتري لم يكن للمشتري بذلك فسخ العقد و وجب على البائع السّعي في تخليص البيع من يد الغاصب و تسليمه الى المشتري كما صرّح بذلك في (- عد-) و (- شاد-) و (- مع صد-) و اللّمعنين و (- لك-) و غيرها بل نفى في مفتاح الكرامة وجدان الخلاف فيه و نفى في هداية الأنام المعرفة بالخلاف تارة و استظهر الإجماع عليه اخرى و الوجه اما في عدم ثبوت الخيار للمشتري فأصالة لزوم العقد و انتفاء الضرر و اما في وجوب السّعي على البائع في الاستخلاص فلتوقّف التسليم الواجب عليه على ذلك فلا إشكال الثّاني انه لو لم يمكن في الفرض المذكور الاستخلاص في الزمان اليسير بان تعذّر أصلا أو أمكن لكن بعد زمان يفوت فيه غرض عقلائي للمشتري ثبت له الخيار بين الفسخ ثمّ الرجوع بالثمن و بين الرضا بالمبيع و الصبر و ارتقاب حصوله في يده و ذلك (- أيضا-) ممّا صرّح به من صرّح بالمطلب الأوّل و نفى فيه (- أيضا-) في مفتاح الكرامة وجدان الخلاف فيه و الذي يحتمل استنادهم إليه أمران أحدهما الإجماع على ثبوت الخيار تعديدا و فيه نظر بل منع ثانيهما قاعدة الضرر و فيه أنّ الضرر هنا لم ينشأ من جهة لزوم العقد كى يرفعه و أنّما نشأ من بعض المخلوقين على بعضهم كما لو كان بعد القبض إذ لا فرق بينهما من هذه الجهة فالتحقيق أنّ الغصب إن كان تلقا فاللزام انفساخ العقد به رأسا و الّا فالتخير لا دليل عليه فان قلت ان الغصب ليس تلقا لبقاء عينه و إمكان الانتفاع بها بالعتق و لكنّه مفوت للتسليم الذي هو بمنزلة الشيء المشروط في العقد فلا يتأتى فواته الّا بالخيار نعم الغصب الذي لا يمكن الانتفاع به و لا يحتمل حصوله (- كك-) يكون بمنزلة التلف في تأثيره انفساخ البيع قلت لا دليل على إيجاب فوات التسليم الخيار و كونه بمنزلة الشرط في العقد لا- يقتضى إيجابه الخيار مع ان إمكان الانتفاع به بالعتق مخصوص ببعض صور المسئلة و بالجملة فالأصل لزوم العقد و كون التّقص و الضرر على من انتقل اليه بعد ان كان حادثا بعد العقد و لا مخرج عن ذلك إذ ليس هو تلقا كى يجرى قاعدة كون التلف قبل القبض من مال البائع مع أنّ جريانها يقتضى انفساخ العقد لا الخيار كما قالوا و هم ادري بمواقع كلماتهم و أدلّة فتاويهم لكن كلّا مكلف بما فهم و نحن لم نفهم للخيار معنى سيّما بعد ان كان الضرر حادثا بعد العقد فتدبّر جيّدا لعلّك تقف على مستند يمكن الركون إليه في ذلك و يصحّ العروج عليه فيما هنالك فروع الأوّل ان إطلاق كلماتهم يشمل ما لو أمكن استخلاصه و لو بعد حين و ما لو لم يمكن أصلا و الأجود على فرض تسليم الخيار تخصيصه بالصورة الأولى و اما الثانية فالأقوى فيها انفساخ البيع من رأس لما مرّ في مسئلة كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع من ان تعذّر الوصول الى المبيع كالتلف في انفساخ العقد به لرواية عقبه المنجبرة التي موردها التّبرقة بل لعلّ العرف يطلقون التلف على تعذّر الوصول فيشملة التّبوي (- ص-) (- أيضا-) الثّاني ان إطلاق كلماتهم يشمل ما لو تمكّن المشتري من استعارته من الغاصب في زمان يسير و قصر و ما لو لم يتمكّن من ذلك بل ربّما صرّح بالتعميم بعض الأواخر و لعلّه لوجوب التسليم على البائع فلا يجب على المشتري السّعي في مقدمات ذلك و التسلم من غير تسليم البائع و فيه نظر ظاهر ضرورة بنائهم الخيار على الضرر فإذا أمكنه الاستخلاص و ترك كان هو الذي أدخل الضرر على نفسه الّا ان يقال ان الضرر قد ورد عليه و المكلف بالتسليم غيره و الأصل عدم وجوب الدّفع عليه الثّالث أنّه لو اختار الصبر ففي جواز الفسخ له بعد ذلك وجهان من الأصل و من استصحاب الخيار بل وجود سببه و هو التضرّر في كلّ ساعة و أنّه كما لو انقطع المسلم فيه فأجاز ثمّ أراد الفسخ و من هنا اختار العلّامة (- ره-) في محكي (- كره-) الجواز الرّابع انه ان تلف المبيع في الفرض في يد الغاصب فان كان بدون اختيار المشتري الصبر و لا

تصرف منه في العين بالعتق و نحوه فلا إشكال في أنّه من مال البائع فينفسخ البيع و يرجع المشتري على البائع و البائع على الغاصب و

إن كان مع اختيار الصبر بدون تصرف فيه فوجهان ظاهر (- لك-) بل صريحه اختيار الانفساخ و لعله لإطلاق ما دل على كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع و احتمال بعضهم كون ذلك بمنزلة القبض نظرا الى كون الرضا المذكور قبضا و استضعفه في الجواهر ثم قال بل لو تصرف في المبيع بنظر أو لمس و نحوه و هو في يد الغاصب لم يكن قبضا عرفا بل الرضاء بالبقاء في يد البائع ليس قبضا فضلا عن الغاصب كما صرح به خبر عقبه بن خالد المتقدم انتهى و ما ذكره قوئى متين ثم ان ذلك إذا كان التلف في يد الغاصب أو البائع بافه من الله تعالى امّا إذا كان منهما أو من أجنبي فالظاهر جريان الخلاف السابق في باب تلف المبيع قبل القبض بغير الآفة السّماوية من الرجوع الى مقتضى القاعدة أو تخير المشتري بين الرجوع بالثمن أو مطالبة المتلف بالمثل أو بالقيمة بل قد (- يق-) ان التلف في يد الغاصب بافه من الله تعالى بمنزلة إتلاف الغاصب لا يقضى بانفساخ البيع بل هو كإتلاف الأجنبي في إيجابه الرجوع الى احد الأمرين المذكورين من القاعدة أو الخيار لكنّه لا يخلو من بعد المطلب الثالث انه لا يلزم البائع أجره المدّة التي استوفاهها الغاصب و ذلك هو احد القولين في المسئلة و قد صرح به جمع كثير منهم العلّامة (- ره-) في (- شاد-) و محكى (- ير-) و الشّهيديان في اللّمعين و (- لك-) و المحقق الكركي في جامع المقاصد و الصّيمرى في محكى غايه المرام و المحقق الأردبيلي و غيرهم و عن الشهيد (- ره-) في الحواشى نسبة الى إطلاق الفقهاء (- رض-) بل لم أعثر في ذلك على خلاف صريح نعم تنظر في ذلك في (- عد-) و تردّد في الكفاية و ظاهر الإيضاح ففي المسئلة وجهان فمبنى الوجه الأول المفتى به و هو عدم اللزوم أصالة برأيه ذمّة البائع من ذلك ضرورة ان المضمون عليه انما هو العين و ما كان من توابعها الدّاخله في البيع و ليست المنفعة من هذا القبيل و انما هي نماء المبيع فلا- تكون مضمونه و منشأ الاحتمال الثاني وجوه الأول ان العين مضمونه عليه و المنفعة من توابعها فتكون مضمونه و فيه نظر ظاهر ضرورة ان مجرد التبعية لا دليل على إيجابها الضمان بعد كون ضمان البائع مخالفا للقاعدة و كون مورد النصّ العين دون المنفعة الثاني ان ذلك نقص دخل على المبيع قبل القبض فيكون من ضمان البائع و فيه ان المضمون على البائع انما هو تلف المبيع و اما النقص الداخلى عليه فكونه مضمونا عليه ممّا لا- دليل عليه فيبقى تحت قاعدة كون التلف ممّن انتقل اليه الثالث ان المنفعة كالنماء المتّصل و قد قيل انه مضمون كما لو سمن في يد البائع ثم هزل و فيه ان الحق عدم ضمان البائع النماء المتّصل الحاصل بعد العقد لاختصاص دليل الضمان بالمبيع فيبقى النماء تحت الأصل و لو سلّم فقد يقال ان النقص الداخلى على المبيع من أجنبي ضمانه مع اختيار المشتري اللزوم على الأجنبي لا على البائع فيختصّ

ص: ٢٢٦

(ح -) الغاصب بالرجوع عليه

[القول في أحكام القبض]**[مسألة من أحكام الضمان انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض]**

قوله طاب ثراه إجماعاً مستفيضاً (- اه-)

قد ادعى الإجماع في الغنية و (- ثر-) و (- مع صد-) و (- الروضة-) و المستند و الجواهر و محكى كشف الزموز و غيرها و نفى معرفة الخلاف فيه في الكفاية و نفى الخلاف فيه عندنا في (- كره-) و جزم بعد الخلاف فيه في مجمع الفائدة

قوله طاب ثراه و مرجعه الى ما ذكره في (- كره-)

قد سبقه في ذلك الشيخ (- ره-) في (- ط-) و تبعه المحقق و الشهيد الثانيان و غيرهما بل في مفتاح الكرامة أنه لا خلاف فيه بينهم

قوله طاب ثراه فيوهم ضمانه بالمثل و القيمة (- اه-)

قد صرح بعدم ضمانه للمثل و القيمة جمع منهم المحقق الثاني (- ره-) في (- مع صد-) حيث قال ليس للمشتري مطالبة البائع بالمثل و القيمة لما قلناه من ان معنى كونه مضمونا عليه أنه بالتلف يفسخ العقد و يرجع الى ملكه و ليس هو كغيره من المضمونات التي تضمن بالمثل أو القيمة لأن المشتري ما استقر ملكه للمبيع حيث لم يقبضه فكان مترزلا فعند التلف تعذر احد العوضين فبطلت المعاوضة انتهى و غرضه أنه لا مال للمشتري حتى يطالب البائع بعد التلف بمثله أو قيمته و يمكن الاستدلال على عدم استحقاقه المثل و لا القيمة بوجه آخر أجلى و هو ان استحقاق المطالبة بالمثل أو القيمة إنما هو من آثار الضمان الذي هو من آثار الإلتاف و هنا لا إلتاف من البائع لأن الفرض كما ستسمع إنشاء الله تعالى هو كون التلف بافه من الله تعالى من غير تفريط من البائع و أأفلو كان التلف منه أو بتفريطه ثبت الضمان بلا- ريب و حيث كان المفروض عدم كون التلف من البائع كان حكمه حكم الأمين لا يضمن المثل و لا القيمة فتعين بطلان البيع من حين التلف بدليل خاص هو النص و الإجماع كما عرفت لا الضمان الموسوغ لمطالبة المشتري البائع بالمثل أو القيمة لأنه ممّا لا دليل عليه

قوله طاب ثراه و يدل على الحكم المذكور (- أيضا-) رواية عقبه بن خالد (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن عبد الله بن هلال عن عقبه بن خالد و لا يضر ضعف سندها بمحمد بن عبد الله بن هلال بعد انجبارها بعمل الطائفة كما لا يقدح تضمنها للإخراج من البيت الذي لا يقول به احد لكون الإخراج من البيت كناية عن الإخراج عن السلطنة و رفع اليد فلا تكون الرواية متضمنة لما لا يقول به احد حتى توهن بذلك قوله طاب ثراه و لعل الرواية أظهر في الدلالة (- اه-)

وجه الأظهرية ظهور الجواب عقيب السؤال في كون التلف من مال البائع (- فت-)

قوله طاب ثراه و يترتب على ذلك كون التمام قبل التلف للمشتري (- اه-)

قد ذكر في الرياض في ذلك وجهين حيث قال هل التمام بعد العقد قبل التلف بالآفة للمشتري أو البائع وجهان مبنيان على ان التلف هل هو امارة الفسخ للعقد من حينه أو من أصله ظاهر (- لك-) و غيره الأول مشعرا بدعوى الاتفاق عليه و هو مقتضى القاعدة و استصحاب الحالة السابقة لكن ينافيه ظاهر النص كعبارات الجماعة فيحتاج الى تقدير دخوله في ملك البائع انا ما و يكون التلف كاشفا عنه مثل دخول الدية في ملك الميت و العبد المأمور بعنقه في ملك المعتق عنه و حكى الثاني في (- كره-) وجهها انتهى قلت لم افهم من (- لك-) الإشعار بالاتفاق نعم استظهر في مفتاح الكرامة عدم الخلاف فيه و ما ذكره من كون ذلك مقتضى القاعدة لا

بأس به لأن البيع يملك بالعقد فيتبعه الثمنا كما لا بأس باستصحاب ملك المشتري الثمنا قبل التلف واما ما ذكره من ظهور النص و عبائر الجماعة في خلاف ذلك فلا يخلو من نظر ضرورة ان كون التالف من مال البائع الموجود في النص و الفتوى لا اشعار فيه بكون الفسخ من أصله فضلا عن الظهور و اما ما ذكره من التقدير ففي الجواهر انه قد لا يحتاج اليه و يكون المراد من النص و الفتوى ان حكم هذا التالف ما لو كان مالا للبائع أي لا يستحق بالعقد ثمنا على المشتري بمعنى انه يبطل اثر العقد بالنسبة الى ذلك و إن كان قد تلف و هو على ملك المشتري و أقصاه تحكيم التوى المنجبر بعمل الأصحاب على غيره مما يقتضى خلافه و كان مقصوده المقدر مراعاة رجحان الجمع على الطرح انتهى و أقول ان ما ذكره (- قدّه-) لا يخلو من إجمال و توضيحه ان لنا قاعدتين إحداهما ملك المشتري المبيع بنفس العقد و الأخرى كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع و صاحب الزياض (- قدّه-) زعم وقوع التعارض بين القاعدتين و كون حكمهم بالدخول انا ما في ملك البائع قبل التلف و كون التلف كاشفا عنه مسوقا لدفع ما زعمه من الإشكال فاعترض عليهم بعدم الظهور من النص و غرض صاحب الجواهر (- ره-) هو الاعتراض عليه بان ما ذكره جمع بين القاعدتين جميعا و لكن فيه ما لا يخفى بل الراجع لإشكال التعارض ما ذكر عند الكلام في أصل المسئلة من ان التعارض بين هذه القاعدة و قاعدة ملك المشتري المبيع بنفس العقد انما هو على وجه العموم و الخصوص المطلق فأدلة هذه القاعدة مخصية لأدلة تلك و اما تصريحهم بالدخول انا ما في ملك البائع قبل التلف فالوجه فيه انما هو الاقتصار فيما خالف الأصل على القدر المتيقن لأنهم لما فهموا من الأخبار عدم مطالبة البائع بالمثل أو القيمة كما هو ظاهر قوله عليه السلام من مال بائعه لأن قضية نسبة المال إلى البائع هي ان يكون قد خرج عن ملك المشتري و دخل في ملك البائع و ضمان المثل و القيمة انما يتصور ان لو كان التلف من مال المضمون له و انما يجب عليه دفع الثمن الذي دفعه المشتري اليه و كان ذلك في الحقيقة انفسا و جب الاقتصار في محله على المتيقن و هو آخر زمان قد اتصل بحين التلف و لذا حكموا بان الثمنا المتجدد بين العقد و التلف للمشتري فلم يبق الا استبعاد دخوله في ملكه قبل التلف انا ما بلا دليل و فيه ان الدليل موجود بعد ان تبين دلالة الرواية عليه بضميمة الأصل مضافا الى انه لما انعقد الإجماع على عدم ملك العوض و المعوض بلا تجدد سبب من إتلاف و نحوه من احد المتعاقدين و قام الدليل هنا على استحقاق المشتري لما دفعه من الثمن مع انه مالك للثمن الى حين تلفه لوجوب استمرار حكم العقد و جب الحكم برجوع المثل الى ملك البائع و الثمن الى ملك المشتري في ان التلف جمعا بين الأدلة كما و جب الحكم بدخول الدية في ملك الميت انا ما فأجروا عليها حكم المتروكات فتقضى منها ديونه و تخرج الحقوق و تقسم بين الورثة على نحو سائر المائيات و لذا ترى ان الشهد الثاني (- ره-) لما نقل في (- لك-) عن (- كره-) و جها بان الفسخ هنا بان الفسخ هنا يكون من أصله قال و عليه فلا يحتاج الى تقدير دخوله في ملكه و ما هذا الا من جهة إلغاء الأصل الموجب لتزليل الرواية على ما قررناه و عدم حصول الموجب الذي ذكرناه و بانفساخ العقد من أصله لا يحصل جمع بين ملك العوض و المعوض حتى يحتاج الى التقدير بل ينكشف بالتلف عدم ملك المشتري للمثل أصلا

قوله طاب ثراه و فيه معناه الركا الذي يجده العبد

قال في المصباح المنير الركا المدفون من المال في الجاهلية فعال بمعنى مفعول كالبساط بمعنى المبسوط و الكتاب بمعنى المكتوب و يقال هو المعدن و أركز الرجل اركازا وجد ركاذا انتهى

قوله طاب ثراه و عليه يحمل رواية عقبه (- اه-)

هذه هي الحجة في إلحاق تعدد الوصول اليه بالتلف حيث ان موردها السرقة و الا فمقتضى القاعدة هو قصر الحكم على ما يصدق معه التلف عرفا لاقتضاء

ص: ٢٢٧

لزوم الاقتصاف فيما خالف أصالة بقاء ملك المشتري التالف المقتضى لكون التلف منه على مورد النصّ و هو التلف قبل القبض فكلمًا صدق هذا العنوان جرى الحكم و يرجع في غيره الى الأصل
قوله طاب ثراه لبقاء المائئة (-اه-)

الوجه في بقائها هو إمكان الانتفاع به بعق و نحوه
قوله طاب ثراه و في غير موضع مما ذكره تأمل (-اه-)

لعلّ من جملة مواضع التأمل إطلاقه كون وقوع الدرة في البحر و انفلات الطير و الصيد من التلف مع أنّ ذلك مقيد بما إذا لم يكن استعادته و قد كان عليه تقييده بذلك إذ قد يرجى استعادته كما جعل رجاء عود العبد مانعا من الانفاسخ و منها تقويته سلطنة البائع على فسخ العقد بمجرد هرب المشتري مع أنّه غير مندرج في شيء من عناوين الخيارات
قوله طاب ثراه فلو وقع بغير إذن ذي اليد كفى (-اه-)

الوجه في ذلك هو دوران الحكم مدار القبض الذي هو الأخذ و الأصل عدم اشتراط كونه بإذن ذي اليد
قوله طاب ثراه و لو لم يتحقق الكيل و الوزن (-اه-)

يأتي في باب بيع ما لو لم يقبض توضيح الحال في ذلك إنشاء الله تعالى
قوله طاب ثراه لا يخلو الشقوط من قوة و ان لم نجعله قبضا (-اه-)

لم افهم وجه القوة بل هو ممّا لا وجه له أصلا إذ بعد كون الحكم مرتبًا في النصّ و الفتوى على القبض و عدم صدق القبض لغه و لا عرفا و لا شرعا على التخليه كما هو الفرض يصدق على التلف بعد التخليه قبل القبض أنّه تلف قبل القبض فيترتب عليه كون التلف من البائع و مثله الحال في وضع اليد من دون نقل بناء على اعتبار النقل فيه
قوله طاب ثراه فالظاهر عدم الخلاف (-اه-)

قد تنظر في الحكم سيد الرياض و لعله للإطلاق و منع انصرافه الى غيره فيكون التلف من البائع و العقد منفسخا بذلك و يرجع هو على البائع بالثمن و البائع عليه بمثل المبيع إن كان مثلثا أو قيمته إن كان قيميا و لعلّ هذا أشبه لمنع الانصراف المبني على شيوع الاستعمال المفقود في المقام و لا أقلّ من الشكّ المورث لتحكيم أصالة الإطلاق (-فت-)

قوله طاب ثراه ففي كونه كالتلف السماوي وجهان
من استصحاب الضمان الثابت قبل تصرفه جهلا و من أنّه قد تصرف في ملكه و أتلفه فلا يكون ضمانه على البائع و لا تغرير منه حتى يزول اثر فعل المالك و انّ النصّ منصرف الى غير الفرض (-فت-)
قوله طاب ثراه لعموم التلف في النصّ (-اه-)

فان قوله عليه السلام من مال صاحب المتاع حتى يقبض المتاع دالّ على علية عدم قبض المبيع لكون التلف من البائع و النبوى (-)
ص (-) (- أيضا-) يشمل بإطلاقه للفرض
قوله طاب ثراه فيتخير المالك (-اه-)

فيه انّ تخيير المالك لا وجه له إذ لا ضرر عليه و أما الضرر على المشتري حيث لم يسلم له المبيع و لم يسلم اليه
قوله طاب ثراه اقويهما العدم (-اه-)

وجه القوة انّ جواز الحبس على خلاف القاعدة فيلزم الاقتصاف فيه على مورد النصّ و هو نفس المبيع و بدلية القيمة لا تقتضى جريان جميع احكام العين عليها

قوله طاب ثراه الا انّ المتعين منها هو التخيير (-اه-)

(١١) لا يخفى عليك انّ الأظهر هنا هو انفساخ البيع لادن مورد خبر عقبه هي السرقه التي هي أخذ الأجنبي للمبيع فلا وجه لترك الحكم في مورد النصّ و جعل إتلاف من لا يعرف بعينه كالسرق من التلّف السّماوى كما صدر من شيخ الجواهر (-ره-) وغيره إن كان جعل اصطلاح فلا مشاحه فيه لكن لا يضرنا ولا ينفع الخصم و إن كان بيانا لمفهوم الزوايه ففى غايه السّقوط و تعليل استحقاق المشتري إلزام الأجنبيّ بالمثل أو القيمة بإتلافه عليه ماله لا وجه له بعد افاده النصّ خروج المبيع من ملكه الى ملك البائع و حرمة الإتلاف على الأجنبي لكونه عاديا فيطالب (-ح-) بما أتلفه لا ينافى تحقّق الانفساخ به للنصّ و إن كان اثما بالفعل

[مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين]

قوله طاب ثراه و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف فى المسئله

(١٢) بل يظهر من بعضهم دعوى الاتفاق عليه و عن ظاهر (-ف-) دعوى الإجماع عليه لكن لا يخفى عليك انّ ظاهر قصر جماعة على ذكر البيع هو عدم لحوق الثمن بالمبيع فى الحكم المذكور و به افتى بعض الأواخر صريحا نظرا منه الى انّ الحكم مخالف لقاعده انتقال كلّ من العوضين بنفس العقد المقتضية لكون التلّف ممّن انتقل عليه فيقتصر فى الخروج عنها على مورد النصّ و الإجماع و هو المبيع و يبقى الثمن تحت القاعده

قوله طاب ثراه و يمكن ان يستظهر من روايه عقبه (-اه-)

(١٣) ربّما نوقش فى ذلك بانّ الضمان فيه أعمّ من الانفساخ الحاصل بتلف المبيع و فيه نظر

قوله طاب ثراه بناء على صدق المبيع على الثمن (-اه-)

(١٤) أراد بالصّيدق لغه و التفرقه فى العرف و إن كانت موجبه للقصر على المبيع لكون الخطاب محمولا على العرفى عند التعارض الّا انّ ذلك موقوف على العلم بتحقّق العرف فى أيام صدور الخطاب و الأصل عدمه

قوله طاب ثراه كما قال فى (-كره-) (-اه-)

(١٥) غرضه بنقل العبارة إثبات صدق المبيع على الثمن بإطلاق العلامه (-ره-) إيّاه عليه و الإنصاف ان صدق المبيع على الثمن لغه غير معلوم و إطلاق العلامه (-ره-) أعمّ من الحقيقه

قوله طاب ثراه و ظاهر هذا الكلام كونه مسلما بين الخاصه و العامه

(١٦) قلت الخروج عن القاعده المقتضية لكون التلّف ممّن انتقل اليه بمثل ذلك مشكل فالقصر على البيع أقوى و الله العالم ثمّ أنّه بقى فرع لم يتعرّض له (-المصنف-) (-ره-) و هو أنّه لو كان عدم القبض لامتناع المشتري من التسلم فقد صرح جمع بكون التلّف منه بل نفى فى الجواهر وجدان الخلاف فيه تمسّكا بالأصل السالم عن معارضه القاعده بعد انصرافها الى غيره و لى فى ذلك نظر و إشكال لأنّ الانصراف على فرض تسليمه لا يجرى فى خبر عقبه لكون مورد عدم القبض لامتناع المشتري فان قلت انّ الزوايه ضعيفه قلت قد انجبرت بالشهره و صارت حججه بديعه فما معنى رفع اليد عنها و التعلّق بالأصل و كذا الحال فيما لو كان التأخير بالتماس منه بعد العرض عليه و التمكين منه نعم بناء على القول بكون القبض هو التخليه يكون التمكين و التخليه قبضا و يكون التلّف بعد ذلك من المشتري لكن قد عرفت انّ القول بكون القبض عبارة عن التخليه بمعزل عن التحقيق بل القبض من البائع هو الإعطاء و من المشتري هو الأخذ فينبغى استعمال انّ القبض المعلق عليه انتقال الضمان الى المشتري هل هو بمعنى إعطاء البائع أو أخذ المشتري و الحقّ انّ المدار على حصولهما جميعا لأصالة بقاء الضمان و كون مورد خبر عقبه ترك المشتري المبيع فى يد البائع المستلزم لكون المدار على أخذ البائع فالقول بالضمان لا يخلو من قوه ان لم يكن إجماعا على خلافه

[مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]

قوله طاب ثراه و فيه تأمل (-اه-)

(١٧) لعل وجه اتحاد نقصان الجزء و نقصان الصيغة في الحكم لاشتراكهما في الاندراج تحت النقص عن الخلقة الأصلية الذي هو ميزان العيب الموجب للخيار بين الرد و الأرش فجعل نقصان الجزء أظهر بالنسبة إلى ثبوت الأرش من نقصان الوصف مما لا وجه لكن ظاهر قول الماتن (-ره-) بعد ذلك بل ظاهر (-يع-) (-اه-) هو كون تأمله في أصل ثبوت الأرش هنا و عليه فوجه التأمل ما سيأتي من حجة القول بعدم ثبوت الأرش

قوله طاب ثراه فتأمل

(١٨) لعل وجه ان عبارة (-يع-) انما نطقت بالتردد في ثبوت الأرش في صورة نقص القيمة بسبب حدوث حدث فيه و التردد ليس ظاهرا في العدم

قوله طاب ثراه و الظاهر المصرح به في كلام غير واحد (-اه-)

ص: ٢٢٨

قد صرّحوا بذلك هنا و في فروع بيع الحيوان و فروع العيب بل قطع به في المهذّب البارع و نفى الخلاف فيه في مجمع الفائدة و الكفاية و الجواهر و غيرها و استظهر اتفاق الأصحاب عليه في (- ثق-) و كشف الظلام و في باب بيع الحيوان من (- الروضة-) أنّه موضع وفاق و عن كشف الرّموز الإجماع عليه و لكن اعترف جماعة بعدم العثور في ذلك على نصّ و عليه فإن تمّ الإجماع كان هو الحجة و ألّا فللتأميل مجال واسع لبقاء قاعدة كون النقص على من انتقل اليه بعد حدوثه في زمان استقرار ملكه عليه سليمة عن المتعارض و ربّما تعلق في الجواهر في ذلك بأصالة صحّة العقد و الضّرر بالزامه بقبوله على هذا الحال و أنّه قد علم من حكم التلّف قبل القبض إرفاق الشارع بالمشتري خاصية دون البائع و جبر ضرره المشابهة للانفساخ أنّما هو بالخيار و أنت خير بما فيه ضرورة أنّ الثابت سابقا أنّما هو الصّحّة و اللزوم معا فاستصحاب أحدهما و هو الصّحّة دون الآخر و هو اللزوم ممّا لا وجه له و أمّا ما أشار إليه من علّة الإرفاق ففيه أنّه علّة مستنبطة لا اعتماد عليها في تأسيس الأحكام الشرعيّة مع أنّ لازم إلحاق نقص القيمة بالتلف هو ابطال البيع كما في الأصل لا إثبات الخيار نعم لا بأس بقاعدة الضّرر في نفسها الّا أنّه لا مجرى لها في قبال كون النقص على من وقع النقص في ملكه و (- أيضا-) كما أنّ إلزام المشتري بقبول الناقص ضرر عليه فكذا إلزام البائع باسترداد المبيع ناقصا ضرر عليه و لا مزية لضرر المشتري ان لم تكن المزية لضرر البائع الموجبة لتقديم حاله نظرا الى عدم وقوع النقص في ملكه بل في ملك المشتري و بالجملة فما تعلق به في إثبات الحكم لا وجه له فالأولى التعلّق في ذلك بالنبوي (- ص-) كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و خبر عقبه بضميمة عدم القول بالفصل بين التلّف و نقص القيمة بعيب حادث فإن تمّ ذلك كان هو الحجة و الّا كانت القاعدة المشار إليها محكمة ثمّ ان غير واحد من الأواخر منهم صاحب الجواهر (- ره-) صرّح بعدم الفرق في ذلك بين كون العيب بافء سماوية أو بفعل البائع أو الأجنبي و إطلاق كلمات الباقيين يقضى بعدم الفرق نعم صرّح كاشف الظلام و غيره باختصاص الحكم بما إذا كان نقص القيمة بعيب حادث في المبيع فلو كان لتفاوت السوق لم يثبت الخيار فأصالة اللزوم بالنسبة إلى النقص الحاصل من تفاوت السوق محكمة ثمّ أنّه كما لا- خلاف في أنّ للمشتري في الفرض الردّ فكذا لا خلاف في أنّ له الإمساك مجانا بل في مجمع الفائدة انه إجماع و الوجه فيه ظاهر لتسلّط الناس على أموالهم و حقوقهم و كذا لا- إشكال في جواز الإمساك مع الأرش بالتراضي من الطرفين بل نفى بعضهم الخلاف فيه و ادّعى آخر الإجماع عليه و استدلّ على ذلك بأنّه أكل مال بالتراضي و هذا كلام مجمل فان كان المراد بقاء جواز امتناع الدافع بعد ذلك و رجوعه عن عطائه و أنّما هو بمنزلة الهبة فلا بأس به و إن كان المراد أنّه يجوز التّعاض على الردّ بدفع الأرش في مقابلة قهر البائع عليه فمن المعلوم أنّ ذلك لا يكون الّا بطريق الصّيلح عن الحق و (- ح-) فالدليل على المطلوب هو عموم أدلّة العقود و أدلّة الصّلح و على أيّ حال فلا إشكال في الحكم

قوله طاب ثراه ففي (- ف-) عدمه مدّعيًا عدم الخلاف فيه (- اه-)

قال في (- ف-) إذا حدث بالمبيع عيب في يد البائع كان للمشتري الردّ و الإمساك و ليس له اجازة البيع مع عدم الأرش و لا يجبر البائع على بذل الأرش بلا خلاف فان تراضيا على الأرش كان جائزا و به قال ابن شريح و ظاهر مذهب الشافعي أنّه لا يجوز دليلنا قوله عليه السّلام الصّيلح جائزا بين المسلمين ألّا ما حرّم حلالا أو أحلّ حراما انتهى و ربّما حكى نفى الخلاف في ذلك عن (- ط-) (- أيضا-) و قد اختار هذا القول في (- ظ-) و (- ثر-) و نكت (- يه-) و محكى كشف الرّموز و غيرها و حكاه الحلّي (- ره-) عن المفيد في المقنعة

قوله طاب ثراه لأصالة لزوم العقد و أنّما ثبت الردّ لدفع تضرر المشتري (- اه-)

لا يخفى عليك ما في التمسك بأصالة اللزوم مع الالتزام بأنّ له الردّ من النظر الظاهر إذ لازم اللزوم عدم التسلّط على الردّ (- أيضا-) و كون الردّ لدفع ضرر المشتري لا ينفع بعد اندفاع الضّرر بالأرش (- أيضا-) كالردّ فلا معنى للقصر على الردّ الّا ان يقال أنّ الضرورة تقدر بقدرها فاذا كان الضرر مرتفعا بالسّليطنة على الردّ فقط لم يكن لإثبات الأرش وجه و الخروج عن أصالة اللزوم في الردّ لقاعدة

الضرر لا يوجب الخروج عنها في الأرش من دون دليل وقد يستدل على هذا القول بأصالة برأيه ذمة البائع من الأرش بعد عدم كون العيب بفعل منه و بلزوم الاقتصار في الخروج عن قاعدة كون التلف و النقص من المنتقل اليه على القدر المتيقن قوله طاب ثراه و اختاره العلامة و الشهيدان (-ره-)

قد اختاره المحقق (-أيضا-) في (-يع-) و (-فع-) و اختاره العلامة (-ره-) في (-عد-) و (-شاد-) و (-كره-) و (-لف-) و محكى (-ير-) و المقتصر و الفخر في الإيضاح و الشهيدان في اللعنين و (-لك-) و محكى (-س-) و الفاضل المقداد في التنقيح و المحقق الكركي في (-مع صد-) و محكى تعليق (-شاد-) و الورع الأردبيلي (-ره-) في مجمع الفوائد و هو ظاهر الوسيلة و غاية المراد بل صريح الثاني (-أيضا-)

قوله طاب ثراه بل عن (-لك-) أنه المشهور (-اه-)

النسبة في محلها بل عن ظاهر (-كره-) الإجماع عليه و إن كان هو كما ترى و حكي عن الفاضل القطيفي في إيضاح (-فع-) أنه قال البدي يقتضيه النظر السليم ثبوت الخيار للمشتري بين الردّ و الأرش لكن ان اختار الأرش فللبائع الخيار في الفسخ و لم اسمع من قال بهذا من أصحابنا انتهى و أقول قد جعل أولا ما ذكره مقتضى النظر السليم و اعترف أخيرا بكونه خرقا للإجماع فالذيل ينافي الصدر قوله طاب ثراه و استدلوا عليه بأن الكل مضمون (-اه-)

قد يقرر الدليل بوجه آخر و هو ان الأرش عوض عن جزء فائت و إذا كانت الجملة مضمونة على البائع قبل القبض (-فكذلك-) اجزائها و أوصافها لأن المقتضى للضمنان في الجميع و هو عدم القبض موجود في الصفات و الاجزاء فيثبت الحكم قوله طاب ثراه و أورد عليه (-اه-)

ربما قزر الإيراد في مفتاح الكرامة بأن المشبه به لا ضرر فيه على البائع لأن التلف موجب لبطلان البيع الموجب للتسلط على استرداد الثمن خاصة و لا (-كك-) ما نحن فيه فإن فيه ضرر على البائع لعدم رضاه ببذل العين إلّا في مقابلة تمام الثمن فأخذ المبيع منه ببعضه من غير رضاه تجارة عن غير تراض و يؤيده ان المال للمشتري فيكون العيب و التلف منه خرج التلف بدليله و بقي الباقي و لا ينتقض بأخذ الأرش في العيب السابق على العقد بدعوى ورود دليل المنع فيه (-أيضا-) لأنه مع علم البائع بالعيب فلا نقض إذ قد يكون الوجه في أخذ الأرش المقابلة له بإقدامه على الضرر و التغيير و اميا مع الجهل فيدفع بالإجماع و فيه بلاغ مضافا الى الاعتبار و الخصوص ان تمت دلالتها على ذلك لكن قد يدعى في المقام الأولوية العرفية و هي حجة هذا و قد تبعه في تقرير الردّ بهذا الوجه كاشف الظلام و هو كما ترى و ليت شعري كيف صار دفع الأرش و أخذ الثمن المسمى ضررا على البائع و لم يكن ردّ الثمن إلى المشتري و فوات وصف المبيع منه ضررا قوله ان التلف موجب لبطلان البيع الموجب للتسلط على استرداد الثمن خاصة مردود بأن التلف و ان أوجب استرداد الثمن خاصة لكن

ص: ٢٢٩

مع عدم بقاء شيء للبائع بخلاف المقام المذمى لا يفوت منه إلا مقدار الأرض فكيف عدّ الأرض ضرراً عليه و ذهل عن كون ذهاب وصف المبيع ضرراً عليه إلا أن يجب بأن ضرر ذهاب الوصف ينجر بتسلطه على الفسخ و بعد ارتفاع الضرر بالسلطنة على الفسخ لا يبقى لإثبات الأرض وجه فتأمل ثم إن الأولى تقرير الإيراد على أصل الدليل بوجه آخر و هو أن مقتضى القاعدة هو كون التلف و النقص ممن انتقل اليه خرجنا عن ذلك فى تلف العين كلاً أو بعضاً بالنبوى و غيره و بقى فوات الوصف بعد عدم صدق التلف عليه و عدم اندراجه فى النبوى و غيره تحت القاعدة و من هنا ظهر سقوط ما يذكره الماتن (- ره-) فى دفع الإيراد و تنقيح القول بثبوت الأرض بقوله و يدفع بان وصف الصيحة لا يقابل ابتداء (- اه-) و قد تفتن هو (- قده-) (- أيضاً-) لذلك فقال فى ذيل كلامه أنه قد يشكل الحكم المذكور بعدم الدليل على ضمان الوصف (- إخ-) مضافاً الى ما يخطر بالبال القاصر من انه على فرض لحوق فقد الوصف بالتلف فاللزام انفساخ العقد فيه كانفساخه فى التلف و اين ذلك من ثبوت الأرض و السلطنة على الرد فتدبر جيداً قوله طاب ثراه و يؤيد ما ذكرنا من اتحاد معنى الضمان (- اه-)

ربما جعل الصيحة بعضهم دليلاً للقول بثبوت الأرض بتقريب ان الحدث بإطلاقه أو عمومه الناشئ من ترك الاستفصال يشمل نقص الجزء و الصيغة و قد اثبت ضمانه على البائع و كون بعض ما فى الخبر و هو توقف الملك على انقضاء الخيار متروك الظاهر غير ضائر على أنه قد يحمل صيرورة المبيع على استقراره و لزومه و قد يحمل مصير المبيع اليه على ارادة قبضه و ان بعد و القول بان الظاهر من الحدث ما كان من قبيل الموت خلاف الظاهر كذا قيل فى توجيه الخبر و أنت خبير بأنه لو سلم ذلك فففيه قصور من وجه آخر هو عدم دلالته على ان تعلق الضمان بالبائع مشروط بكونه قبل القبض بل هو دال على تعلقه به قبل انقضاء زمان الخيار و قد ينقضى الخيار قبل القبض و قضيه المفهوم (- أيضاً-) ان ليس عليه فى هذه الصورة ضمان و ذلك خلاف غرض المستدل و تتميم المطلوب بعدم القول بالفصل بين كون الضمان فى زمان الخيار على البائع و بين كونه بعد انقضائه قبل القبض كما ترى و ربما استدلل فى (- لف-) و الإيضاح و التنقيح على هذا القول بوجه ثالث و هو ان إلزام المشتري بالرد أو الإمساك مجاناً نوع ضرر عليه إذ الحاجة أقدمته على المعاوضة و إلا لم توجد فالزامه بجميع الثمن ضرر عظيم لأنه دفعه فى مقابلة الجميع بصفاته فلا يجب دفعه عن العوض و فيه ما مرّت إليه الإشارة من انه كما ان إلزام المشتري بالرد أو الإمساك مجاناً ضرر عليه فكذا إلزام البائع بدفع الأرض ضرر عليه و كما ان المشتري دفع الثمن فى مقابلة الجميع بصفاته فكذا البائع قد دفع المبيع فى مقابل جميع الثمن و العيب حدث فى ملك المشتري و لقد أجاد سيدنا فى مفتاح الكرامة حيث قال فى مقام الجواب ان حاجة المحتاج لا تؤثر أثراً فى مال آخر و هؤلاء الفقراء محتاجون إلى أموال الأغنياء و مع ذلك لا يجوز أخذهم منهم قهراً شيئاً

قوله طاب ثراه فان كان هو المشتري فلا ضمانه بأرضه (- اه-)

قلت و لا بالردّ و الوجه فى ذلك ظاهر لأنه بمنزلة إتلافه الجميع لاختصاص دليل الخيار بما إذا لم يكن هو المباشر لإحداث العيب و احتمال الانفساخ فى إتلاف الجميع مع رجوع البائع عليه بالمثل و القيمة مع تسليمه فى نفسه لا مساع لجريانه هنا مع ان فساد الاحتمال المذكور كمنار على علم لاختصاص دليل كون الضمان على البائع ما لم يقبض المبيع بما إذا كان التلف أو التعيب بغير فعل المشتري بحكم الانصراف

قوله طاب ثراه و إلا كان له على الجاني أرض جنائته (- اه-)

اي ان لم يكن العيب من المشتري و لا بافه سماوية بأن كان بفعل الأجنبي كان للمشتري على الجاني أرض جنائته لما أشار إليه الماتن (- ره-) ثم ان إطلاق العبارة يشمل ما إذا كان العيب بفعل أجنبي أو بفعل البائع و لكن فى صورة كون العيب بفعل البائع وجوه ثلثة أحدها ثبوت الخيار بين فسخ العقد و الإمساك بالأرض افتى به فى (- لك-) حيث قال أنه لو كان العيب من البائع أو من أجنبي تخير المشتري بين الرجعة على المتلف بالأرض و بين فسخ العقد انتهى و الوجه فى الخيار إطلاق دليله و فى الأرض ضمان من أتلف ثانيها

ثبوت الأرش من غير خيار نظرا الى انصراف إطلاق دليل الخيار لما إذا كان التلف من غير البائع فلا يشترط إلا الأرش للإلتلاف ثالثها عدم ثبوت الخيار لانصراف دليله الى غير الفرض و عدم ثبوت الأرش لأن الأرش ظاهر في التفاوت بالنسبة إلى الثمن و اللّازم أنّما هو ثبوت ما بين القيمتين فتدبر

قوله طاب ثراه و مع الفسخ يرجع البائع على الأجنبي بالأرش الوجه في ذلك ظاهر ضرورة كون المبيع بالفسخ مال البائع فيكون هو المطالب للأجنبي بالأرش هذا إذا فسخ المشتري العقد و أما لو لم يفسخ فهل يرجع الى البائع بعوض النقص أو الى التلف و جهان من ان المبيع في ضمان البائع فيكون هو المطالب بالتفاوت غاية ما هناك أنه يرجع به على المتلف و من ان ضمان البائع للمبيع بالنسبة الى ما إذا كان التلف من الأجنبي غير معلوم فلا رجوع عليه بل على المتلف و الإنصاف شمول دليل كون المبيع في ضمان البائع لما إذا كان التلف بفعل أجنبي فيكون مختيرا بين الرجوع على كل من البائع و المتلف كما في الغصب

[في حرمه بيع المكيل و الموزون قبل قبضه إلا تولى]

قوله طاب ثراه لصحيحه منصور بن حازم المرويه في الفقيه (-ه-)

و رواها الشيخ (-ه-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قوله طاب ثراه و صحيح الحلبي في الكافي (-ه-)

رواه في الكافي عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام و رواه الشيخ (-ه-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن ابن مسكان و فضالة بن أيوب عن ابان جميعا عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام و دلالة مبيته على كون كلمه لا يصلح دالة على الحرمة و أما بناء على أنها من الألفاظ المشتركة فلا تدل إلا بمعونة باقى الأخبار و (- أيضا-) مورده البيع قبل الكيل و الوزن فلا ربط له بالبيع قبل القبض ثم ان الاستدلال به مع ان مورده الطعام انما هو لدلالته على بعض المطلوب

قوله طاب ثراه و صحيحه الأخرى في الفقيه (-ه-)

قد رواها الشيخ (-ه-) (- أيضا-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن ابن مسكان عن الحلبي و موضع الدلالة ذيلها حيث يدل على المنع من بيع الطعام بل مطلق المكيل بحكم عموم العلة و دلالاته على بعض المدعى و هو المستثنى منه و لا- تعرض فيه للمستثنى و هو جواز البيع

قوله طاب ثراه اشتروا بزّا

البرّ من الثياب أمتعته التاجر و منه البرّاز

قوله طاب ثراه و روايه معاوية بن وهب (-ه-)

هذه (- أيضا-) صحيحه السند لأن الشيخ (-ه-) رواها بإسناده عن الحسين بن سعيد عن علي بن النعمان عن معاوية بن وهب ثم أنه قال في الوافي بعد ذكر الحديث ما لفظه يعنى إلا ان يبيعه تولى أى الثمن الذى اشتراه و هو معنى الذى قام عليه انتهى و أنت خير بأن الذى قام عليه يشمل غير الثمن (- أيضا-) و يشهد بذلك ما ذكره العلامة (-ه-) فى (- كره-) حيث قال و لبيع المرابحة عبارات أكثرها دورانا على الألسنة ثلثة الأولى بعتك بما اشتريت أو بما بذلت من الثمن و ربح كذا الثانية بعتك بما قام على و ربح كذا أو بما هو على و ربح كذا الثالثة بعتك برأس المال و ربح كذا فاذا قال بالصيغة الأولى لم يدخل فيه إلا الثمن خاصه و إذا قال بالثانية دخل فيه الثمن و ما عزمه من اجرة الدّال و الكيال و الحمال و الحارس و القصار

ص: ٢٣٠

و الزفء و الصيباغ و الصياط و قيمة الصيبغ و اجرة الختان و تطيين الدار و سائر المؤمن الذى يحفظ فيه المتاع لان التربص ركن فى التجارة و انتظار الأرزاق و اما المؤمن التى يقصد بها استيفاء الملك دون الاسترباح كنفقة العبد و كسوته و علف الدابة فلا تدخل فيه انتهى و على هذا فيستفاد من الرواية وقوع التولية على الوجه الذى تضمنته هذا و لكن لى فى انطباق الرواية على محل البحث نظر من حيث ان السؤال و إن كان عن البيع قبل القبض الا ان الجواب بعدم جواز بيع المكيل و الموزون الواقع عليهما الشراء من غير كيل و لا وزن الا بعد ان يكيه أو يزنه اخرج الرواية عما نحن بصده فان هناك أمرين أحدهما عدم جواز بيع المكيل و الموزون قبل القبض و الآخر عدم جواز بيع المكيل و الموزون قبل ان يكال أو يوزن و المسئلان انما يرجعان إلى أمر واحد ان قلنا ان القبض فى المكيل و الموزون هو الكيل و الوزن و اميا على ما حققناه من كونه بمعنى الأخذ (- مط-) أو على الأقوال الأخر فالموضوعان متغايران و لا يكون الحكم فى أحدهما حكما فى الأخر فإنه (- ح-) لو كيل و وزن بمحضر المشتري و لكنه لم يأخذه و لم يتسلمه فلازم الخبر المذكور صحة البيع و لازم القول بتوقف صحة بيع المكيل و الموزون على القبض عدم الصيحة و (- أيضا-) لو لم يكال و لم يوزن لكن المشتري قبضه فلازم القول المذكور صحة بيعه له و لازم الرواية عدم الصحة كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و صحیحته منصور فى الفقيه

قد رواها الشيخ (- ره-) (- أيضا-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن القاسم بن محمد عن ابان عن منصور

قوله طاب ثراه و صحیح الحلبي (- اه-)

لم أقف على سند هذه الرواية و كفى بالماتن (- ره-) مصححا

قوله طاب ثراه و خبر حزام (- اه-)

رواه الحسن بن محمد الطوسى فى مجالسه عن أبيه عن ابن حمويه عن الهزالي عن أبي خليفه عن مسدد بن شرهذ عن ابى الأحوص

عن عبد العزيز بن رقية عن عطا بن ابى رباح عن حزام بن حكيم بن حزام

قوله طاب ثراه و مفهوم رواية خالد بن الحجاج

رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن مسكان عن ابن الحجاج الكرخى و زاد بعد ما فى المتن من قوله كما

اشترت قوله و ليس لك ان تدفع قبل ان تقبض قلت فاذا قبضته جعلت فداك فلى أن أدفعه بكيله قال لا بأس بذلك إذا رضوا

قوله طاب ثراه و مصححة على بن جعفر (- اه-)

قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن على بن جعفر عن أخيه عليه السلام انه سئل أخاه موسى بن جعفر عليهما السلام عن الرجل إلى

آخر ما فى المتن و زاد قوله و سئلته عن الرجل يشتري الطعام أ يحل له ان يولّى منه قبل ان يقبضه قال إذا لم يربح عليه شيئا فلا بأس

فإن ربح فلا بيع حتى يقبضه و الى هذه الزيادة أشار الماتن (- ره-) بقوله و فى معناها روايته الأخرى و روى فى الوسائل عن كتاب

على بن جعفر و عن الحميرى فى قرب الإسناد عن عبد الله بن الحسن عن على بن جعفر و متنه مثل ذلك فى السؤلين و الجوابين

جميعا و إذ قد عرفت ذلك كله فاعلم ان صحیحته منصور الأولى و رواية معاوية بن وهب و صحیحته على بن جعفر المزبورات منطبقه

على تمام مدعى الماتن (- ره-) من حرمة بيع المكيل و الموزون قبل القبض مباحه و جواز البيع تولية و بها و مثلها فى الانطباق على

تمام مدعى الماتن (- ره-) خيران اخران أحدهما خبر ابى بصير الآتى فى المتن ثانيهما الموثق الذى رواه الشيخ (- ره-) (- أيضا-)

بإسناده عن الحسين بن سعيد (- ره-) عن ذرعة عن سماعة قال سئلته عن الرجل يبيع الطعام أو الثمرة و قد كان اشتراها و لم يقبضها

قال لا حتى يقبضها الا ان يكون معه قوم يشاركهم فيخرجه بعضهم من نصيبه من شركته بربح أو يوليه بعضهم فلا بأس و بهذه الأخبار

يجمع بين الأخبار الأخر و اميا سائر ما ساقه الماتن (- ره-) من الاخبار فدلالته على تمام مدعاه بالاجتماع و الا فكل منها متضمن

لبعض مطلوبه فإن صحیحته الحلبي الأولى نطقت بالشق الأول من مطلوبه و هو المنع من بيع المكيل قبل القبض و كذا صحیحته

الأخرى و صحيح منصور الثانى و خبر حزام و مفهوم خبر خالد بن الحجاج الكرخى و اما صحيح الحلبي الثالث فقد تضمن الشق الأول و كذا الثانى و هو جواز بيع المكيل و الموزون قبل القبض تولية إلا ان مورده خصوص الطعام كما لا يخفى قوله طاب ثراه خلافا للمحكي عن الشيخين (-ه-)

قال فى المقنعة لا- بأس ببيع ما استوجبه المبتاع قبل قبضه إياه و يكون قبض المبتاع الثانى له نائبا عن قبض الأول و يكره ذلك فيما يكال أو يوزن و ليس بمفسد للبيع و لا مانع عن مضته انتهى و قد اختار ذلك فى (- يع-) و (- فع-) و (- لف-) و الإيضاح و التنقيح و (- مع صد-) و مجمع الفائدة و محكى الكافى لأبى الصلاح و (- س-)

قوله طاب ثراه و المشهور بين المتأخرين

قد ادعى الشهرة بين المتأخرين فى (- ثق-) و الجواهر (- أيضا-) و قد وقع الاستدلال فى كلماتهم على هذا القول بوجوه غير ما أشار إليه الماتن (- ره-) من التصوص و غيرها الأول الأصل تمسك به فى مجمع الفائدة و الظاهر أنه أراد بذلك أصالة البراءة من حرمة بيع المكيل و الموزون قبل القبض و أنت خير بأن الأصل يخرج عنه بما مر من الأخبار الثانى ما فى المجمع (- أيضا-) من ان عموم القران و الأخبار الدالة على جواز البيع يدل على الجواز و أنت خير بلزوم تخصيص العمومات بما تقدم من التصوص الخاصة الثالث ما فى المجمع (- أيضا-) من التمسك بالعقل و لم افهم للجمع بينه و بين التمسك بالأصل و جها إلا ان يريد بالأصل الإباحة و البراءة الشرعيتين و بالعقل حكم العقل بقبح العقاب من غير بيان و الجواب ان اى بيان أعظم من الأخبار المزبورة الرابع ما فى المجمع (- أيضا-) من التمسك بقوله (- ص-) الناس مسلطون على أموالهم و أنت خير بما فى دلالة على جواز البيع من التأمل و لو سلم فهو عام و يخص بالأخبار المزبورة الخامس ما تمسك به هو (- ره-) (- أيضا-) من حصول التراضى و عدم المانع عقلا و عدم الخروج عن قانون و قاعدة و أنت خير بما فيه فى قبال الاخبار المزبورة و اى مانع أعظم من الاخبار المزبورة السادس ما تمسك به فى (- لف-) من أنه عقد صدر من اهله و وقع فى محله فكان سائغا كغيره و فيه منع الوقوع فى محله بعد نطق الأخبار المزبورة بالمنع عنه السابع ما فى (- لف-) (- أيضا-) من ان الطعام مملوك يجوز التصرف فيه قبل قبضه لمشتريه بجميع أنواع التصرف فجاز له بيعه و فيه ما فى سابقة

قوله طاب ثراه مثل ما فى الفقيه فى ذيل رواية الكرخى المتقدمة (- ه-)

قد جعل الشيخ ذلك رواية مستقلة رواها بإسناده عن خالد بن الحجاج الكرخى قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الى آخر ما فى المتن قوله طاب ثراه و روايته جميل

رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن محمد بن علي بن حديد عن جميل بن دراج و مثلها و مثل سابقها روايات أخر تمسكوا بها فمنها ما رواه الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن صفوان عن ابن مسكان عن إسحاق المدائنى قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القوم يدخلون السيفينة يشترون الطعام فيتسامون بها ثم يشتريه رجل منهم فيسئلونه فيعطيه ما يريدون من الطعام فيكون صاحب الطعام هو الذى يدفعه إليهم و يقبض الثمن قال لا- بأس ما أريهم إلا و قد شركوا الحديث و منها صحيحة منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل أمر رجلا يشتري له متاعا فيشتريه قال لا بأس بذلك أما البيع بعد ما

ص: ٢٣١

يشتره و منها صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال سئلته عن رجل أتاه رجل فقال اتبع لى متاعا لعلى أشتريه منك بنقد أو بنسئه فابتاعه الرجل من اجله قال ليس به بأس أتما يشتري منه بعد ما يملكه تمسك بها و بسابقها فى مجمع الفائدة قائلا فى التقريب ان فى الابتاع مسامحة بان يشتري ثم هو يشتري منه كما هو ظاهر و ان قوله بعد التملك و بعد الشراء كالصيريح فى الجواز قبل القبض (- مط-) و اعترضه فى (- ثق-) بان المتاع فىهما مطلق شامل بإطلاقه للمكيل و الموزون و غيرهما و الواجب تخصيصهما بما عدى المكيل و الموزون كما أفصحت به صحيحة منصور بن حازم التى هى أدل من تلك الأخبار من قوله عليه السلام إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن (- إلخ-) فإنها قد فضيحت بين المتاع المكيل و الموزون و غيرهما و به يجب الحكم على إطلاق الخبرين

قوله طاب ثراه و من ذلك يعلم ما فى الاستيناس للجمع بالكراهة بخبر ابى بصير

قد روى ذلك الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن القاسم بن محمد بن محمد بن علي بن ابى بصير و المستأنس هو المحقق الأردبيلي (- ره-) فإنه استشهد أولا بورود أكثر أخبار المنع بلفظ لا يصلح الظاهر فى الكراهة و بهذا الخبر قائلا أنه صريح فى الكراهة مرابحة و كراهة المكيل و الموزون قبل القبض و عدم البأس فى غيرهما ثم قال و لا يضرك الكلام فى السند بجهل القسم بن محمد و اشتراك غيره أو ضعفه ان علم لأنه مؤيد انتهى و وجه ظهور سقوط الاستيناس يأتى فى كلام الماتن (- ره-) و ربما اعترض فى (- ثق-) على الاستيناس المذكور بان قوله عليه السلام فى الرواية ما يعجبني أعم من التحريم و الكراهة و هذا اللفظ يساوق قولهم فى مواضع ما أحب الذى قد وقع استعمالهم فى التحريم فى مواضع و سياق الخبر ظاهر فى ذلك ثم قال و بذلك يظهر ما فى قوله و هذه صريحة فى الكراهة و ما ادرى من اين حصلت له هذه الصراحة مع الإجمال فى اللفظ المذكور و دلالة السياق على ما ذكرنا من التحريم انتهى و هو اعتراض موجه

قوله طاب ثراه فان ذلك يوجب رفع الكراهة رأسا (- اه-)

هذا تعليل لتبين سقوط الاستيناس مما ذكره

قوله طاب ثراه و ربما يستدل على الجواز بصحيفة الحلبي (- اه-)

أراد بالأولى الصريحة التى رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان بن يحيى عن ابن مسكان عن محمد الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال سئلته عن الرجل يشتري الثمرة ثم يبيعها قبل ان يأخذها قال لا بأس به ان وجد ربحا فليبع و بالثانية الصريحة التى رواها هو (- ره-) بإسناده عنه عن صفوان و فضاله عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام انه قال فى رجل اشترى الثمرة ثم يبيعها قبل ان يقبضها قال لا بأس به و المستدل بهما هو المحقق الأردبيلي (- ره-) فى مجمع الفائدة قائلا فى التقريب ان الثمرة مكيل بل طعام على بعض الإطلاقات و ان الأولى صريحة فى الجواز مع إرادة المرابحة (- أيضا-) انتهى و اعترضه فى (- ثق-) بان الخبرين ليسا من محل البحث حيث ان الظاهر من الأخبار من المكيل و الموزون هنا ما أمكن كيله و وزنه بالفعل لا بالقوة قريبة أو بعيدة و الثمرة أتما هى من قبيل الثمانى مع أنهما أخص من محل البحث و معارضتان بموثقة سماعة المتقدمة و بذلك يظهر ما فى قوله و لا يخفى أن الثمرة مكيل فإنه ان أراد بالفعل فهو ليس (- كك-) كما هو ظاهر لكل ناظر و ان أراد بالقوة فهو ليس محل البحث الذى دلت عليه الأخبار

قوله طاب ثراه و ربما يستأنس للجواز بالأخبار (- اه-)

جعل صاحب الجواهر ذلك من الأدلة و حكى اتحاد المسئلتين عن صريح (- لك-) و (- الروضة-)

قوله طاب ثراه بل الظاهر (- اه-)

قلت النصوص المزبورة (- أيضا-) شاهد بتغاير موضوع المسئلتين و يشهد بذلك (- أيضا-) أنه قال بالحرمة هنا من قال بالجواز

هناك كالمحدث البحرانى (- قده-)

قوله طاب ثراه ثم ان صريح (- ير-) و (- س-) الإجماع على الجواز فى غير المكيل و الموزون (- اه-)

قد ادعى الإجماع بقسميه عليه فى الجواهر و نفى الخلاف فيه فى التنقيح و كشف الظلام و يدل عليه الأصل و عمومات البيع و التجارة و العقود و خصوص مفهوم التقييد بما إذا كان المبيع مكيلا أو موزونا فى جملة من الأخبار المزبورة و منطوق جملة أخرى مثل قوله عليه السلام فى صحيح منصور بن حازم فان لم يكن كيل أو وزن فبعه و قوله (- ع-) فى خبر منصور الآخر لا بأس بذلك ما لم يكن كيل و لا وزن و خبر أبى حمزة و غير ذلك من الأخبار المزبورة الدالة مفهوما و منطوقا على ذلك

قوله طاب ثراه مع ان المحكى فى (- كره-) عن بعض علمائنا القول بالتحريم (- مط-) (- اه-)

يعنى حتى إذا لم يكن مكيلا- و لا موزونا و يدل على هذا القول ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن احمد بن الحسن بن على بن فضال عن عمرو بن سعيد عن مصدق بن صدقة عن عمارة عن أبى عبد الله قال بعث رسول الله صلى الله عليه رجلا- من أصحابه واليا فقال له انى بعثت الى أهل الله يعنى أهل مكة فإنها هم عن بيع ما لم يقبض و عن شرطين فى بيع و عن ربح ما لم يضمن لكن فيه عدم نفاء سنده فلا حجة فيه فتبقى الأخبار المجوزة لبيع ما لا يكال و لا يوزن سليمة عن المعارض و على فرض التعارض فهى أرجح من وجوه لا تخفى

قوله طاب ثراه و التفصيل بين المكيل و الموزون و غيرهما

قد قال بالتحريم فى المكيل و الموزون (- مط-) و الجواز فى غيرهما ابن ابى عقيل قال فيما حكى عنه فى (- لف-) كل من اشترى شيئا مميلا يكال أو يوزن فباعه قبل ان يقبضه فالبيع باطل و إن كان مملا لا يكال و لا يوزن كالثياب و الورق و الأرضين و الرقيق فباعه من قبل ان يقبضه فالبيع جائز و الفرق بينهما ان السنة جاءت عن رسول الله (- ص-) بإبطال بيع الطعام و جميع ما يكال و يوزن قبل القبض و أجاز فيما سوى ذلك انتهى بل عن الشهيد (- ره-) فى (- س-) نسبه الى كثير من الأصحاب و حكاه بعضهم عن الحسن بن عيسى و حجة هذا القول جملة من الأخبار فمنها صحيح معاوية بن وهب المزبورة بناء على كون المراد بالتولية فيها التوكيل فى الكيل و الوزن و أنت خير بظهورها و لو بقرينة الأخبار الأخرى فى التولية المصطلحة مضافا الى ما مر من كون الخبر أجنبيًا عما نحن بصدده و منها الصريحة الأولى لمنصور بن حازم المتقدمه و حالها كسابقتهما فى ابتناء دلالتها على هذا القول على كون المراد بالتولية التوكيل فى الكيل و الوزن أو فى القبض و قد عرفت أنه خلاف الظاهر من كلمة التولية و ان فسرها بذلك فى هذه الرواية الصدوق (- ره-) فيمن لا يحضره الفقيه حيث قال عقيبها ما لفظه يعنى أنه يوكل المشتري يقبضه بل ظاهر الوسائل كونه من الرواية حيث قال بعد عنوان الباب ما نصه محمد بن على بن الحسين بإسناده عن منصور بن حازم عن أبى عبد الله (- ع-) قال إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا- تبعه حتى تقبضه إلا ان توليه فاذا لم يكن فيه كيل و لا وزن فبعه يعنى أنه يوكل المشتري فى قبضه انتهى حيث لم يشر الى كون التفسير من الصدوق (- ره-) و ساقه على وجه يوهم كونه من الرواية إلا ان الظاهر بل المقطوع به كونه من الصدوق (- ره-) كما جزم به الكاشانى فى محكى الوافى و يشهد به رواية الشيخ (- ره-) للخبر بهذا الطريق من غير تفسير و حيث كان التفسير من الصدوق (- ره-) لم يكن حجة و أخذنا بظاهر الرواية و هو التولية المصطلحة و منها صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله و ابى صالح عن أبى عبد الله عليه السلام و متنه كسابقه و فيه ما فيه و منها موثق سماعة المتقدم بناء على عدم كون المراد بالتولية فيها هى التولية المصطلحة لكن قد عرفت فساد المبني و منها ما رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن عدة من

ص: ٢٣٢

أصحابه عن احمد بن محمد عن علي بن الحكم عن أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال سئلته عن رجل اشترى متاعا ليس فيه كيل ولا وزن أبيعته قبل ان يقبضه قال لا بأس بتقريب ان تقييد السائل بأنه ليس فيه كيل ولا وزن يكشف عن كون المنع عن بيع المكيل و الموزون قبل القبض كان مسلما بين أوائل الطائفة و أنت خير بان هذا المقدار لا يضرننا لأن هذه الاستفادة لا تثبت المنع حتى تولية حتى يعارض الأخبار المزبورة و على فرض التعارض فالمجوزة للتولية أخص فتخص به هذه الزوايه و غيرها مما أطلق فيه المنع كما عرفت

قوله طاب ثراه و هو قول الشيخ (- ره-) في (- ط-) مدعيا عليه الإجماع (- اه-)

قال في (- ط-) إذا ابتاع شيئا و أراد بيعه قبل قبضه فان كان طعاما لم يجز بيعه حتى يقبضه إجماعا و اما غير الطعام من سائر الأموال فإنه يجوز بيعه قبل القبض انتهى و هو الذي يظهر من عبارة (- ف-) و المقنع و هو المحكى عن القاضي في المهذب و ابن زهرة في الغنية و الظاهر من ابن حمزة في الوسيلة حيث منع بيع الطعام قبل القبض سواء كان مبيعا أو قرضا و قال ان غير الطعام يجوز بيعه قبل القبض على كل حال إلا ان يكون سلفا و حجة هذا القول إجماع (- ف-) و (- ط-) و الغنية البين سقوطه في مثل المقام و التصوص الواردة في الطعام بعد تقييد إطلاق المكيل و الموزون في جملة من الأخبار المزبورة بالطعام حملا للمطلق على المقييد و فيه أنه قد تقرّر في محلّه ان من شروط حمل المطلق على المقييد و العام على الخاص تنافى ظاهرهما و أنه لا معنى لحمل المطلق على المقييد مع توافق ظاهرهما كما هنا حيث لا مانع من توقف صحته بيع الطعام على القبض و توقف بيع مطلق المكيل و الموزون على القبض فلا تنافى كى يسوغ الحمل

قوله طاب ثراه و هنا سادس اختاره في التحرير (- اه-)

حجة هذا القول اما على الجواز في غير الطعام فأدلة الجواز (- مط-) المزبورة و اما على التفصيل في الطعام فصحيحة على بن جعفر و صحيحة منصور و خبر سماعه المزبورات و تحقيق القول في المسئلة ان من الواضح عند كل منصف متدبر ان اخبار الجواز (- مط-) ما بين ضعيف السند و قاصر الدلالة فتبقى اخبار القول بالحرمة سليمة عما يصلح للمعارضه و حمل النهى على الكراهة من غير معارض مكافئ مما لا وجه له و اشتغال بعض أخبار الحرمة على كلمتى لا يصلح و لا يعجبني غير قادح بعد وجود النهى الظاهر فى الحرمة فى جملة منها الموجب لحمل لا يصلح و نحوه من الألفاظ المشتركة عليها مع ان حمل اخبار المنع على الكراهة ليس بأولى من حمل اخبار الجواز على بيع التولية بل العكس اولى لما سمعته من (- المصنف-) (- قده-) فالحق (- ح-) هو حمل اخبار الجواز بناء على تكافؤها لما يعارضها على بيع التولية و حمل اخبار المنع على غير التولية و الشاهد على ذلك الأخبار السابقة المفصلة بالجواز تولية و المنع مرابحة و مواضعه و المناقشة فى هذه الأخبار بعدم ذهاب المعظم الى العمل بمضمونها مدفوعة بأن مجرد عدم قول المعظم بذلك لا يوهن تلك الأخبار مع صحتها و استفاضتها و كون الحجّة فيها دون قول المعظم فالحق الذى به أدين الله تعالى هو عدم جواز بيع المكيل و الموزون قبل قبضهما إلا تولية و كذا عدم جواز بيعهما قبل الكيل و الوزن إلا تولية نعم لو لا ما فى اخبار الجواز من ضعف السند و قصور الدلالة لكننا خصصنا الحكم بما إذا لم يوكل المشتري فى القبض و الكيل و الوزن و جوزنا البيع قبل القبض و الكيل و الوزن مع التوكيل بغير تولية (- أيضا-) و من العجيب ما فى كشف الظلام من ان أدلة الجواز فى أعلى افراد القوة لقطعية سندها و كمال وضوح دلالتها و تأييدها بالعقل و الاعتبار و ليس (- كك-) اخبار المنع فان فيه أنه إنكار للواضح و ما ادرى ما الذى دعاه الى وصف اخبار المنع بعدم الصّحة مع ان أكثرها صحاح ظاهرة الدلالة ان هذا و أمثاله إلا ناشئا من الاغترار بالشهرة و لو كانت محكية و لو فى مثل هذه المسئلة التى فيها أقوال عديدة بل من تدبر فى اخبار المسئلة ظهر له ان الحكم بالتحريم كان شائعا مشهورا فى الصدر الأوّل بين أصحاب الأئمة عليهم السلام كما يشير اليه خبر على بن حمزة و صحيح الحلبي المشتمل على شراء البرّ و صحيح منصور حيث يشعر بتوهم الزاوى سريان التحريم الى غير المكيل و الموزون فتدبر جيدا بقى هنا شىء و هو أنه هل كون البيع

مرابحة مانع عن جوازه قبل القبض و الكيل و ان كونه تولية مجوز و جهان فعلى الأول يجوز كل ما سوى المرابحة من المواضعة و التولية و المساومة و على الثانى يختص الجواز بالتولية و يدل على الأول صحيح على بن جعفر حيث أدار المنع مدار الرّيح فيلزم منه جواز التولية و المساومة و المواضعة لعدم الرّيح مع شىء منها و يساعد على ذلك قاعدة الاقتصار فى الخروج عن تحت الأصل و العمومات و الإطلاق على المتيقّن و يدل على الثانى قوله (-ع-) فى رواية أبى بصير المزبورة أنّ ان يوليه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع (-اه-) دل على المنع من المواضعة (- أيضا-) مؤيدا بإطلاق المنع من بيع المكيل قبل القبض فيقتصر فى الخروج عن تحت الإطلاقات على القدر المتيقّن و هو البيع تولية و فى الجواهر بناء منه على ما اختاره من الكراهة أنّه قد يقوى فى النفس خفة الكراهة فيها بالنسبة إلى التولية إذ الظاهر ان المراد من النصوص أنّه مع البيع مرابحة ينبغى الكيل و الوزن و عدم الاكتفاء بالأخبار كما هو المناسب لأخذ الرّبح و دفعه اما إذا لم يكن له فيه ربح فاللائق أخذه منه كما اشتراه بالأخبار و نحوه و لا ينبغى مداقته لعدم حصول ربح له فلا- ريب فى أولوية المواضعة (-ح-) فلاحظ النصوص و تأمل ما ذكرناه تجده واضحا انتهى قلت بناء على القول بالكراهة يمكن الالتزام بما ذكره و استنتاج ذلك من النصوص إلما أنّك قد عرفت ان الأقوى هو الحرمة دون الكراهة و (-ح-) فالأظهر تخصيص المنع بالمرابحة و التجوز فى غيرها لانّ صحيح على بن جعفر (-ع-) حجة و إن كانت دلالتة على المطلوب بالمفهوم بخلاف خبر أبى بصير فإنّه لقصور سنده لا حجة فيه و إن كانت دلالتة بالمنطوق أنّ ان يقال ان مفهوم صحيح على بن جعفر ليس قابلا لتقييد الأخبار الكثيرة الدالة على المنع إلّا فى التولية فيؤخذ

بإطلاقها لكونه أقوى (-فت-) جيّدا

قوله طاب ثراه كما قيل أنّه موضوع له لغة (-اه-)

قال فى المصباح المنير و فى العرف الطّعام اسم لما يؤكل مثل الشراب اسم لما يشرب و جمعه اطعمه انتهى و فى النهاية الأثيرية ان الطّعام عام فى كلّ ما يؤكل و يقتات من الحنطة و الشعير و التمر و غير ذلك انتهى و عن شرح الشفاء ان الطّعام ما يؤكل و ما به قوام البدن و يطلق على غيره مجازا

قوله طاب ثراه و حكى عن بعض أهل اللغة (-اه-)

قال فى المصباح المنير إذا أطلق أهل الحجاز لفظ الطّعام عنوا به البرّ خاصّة انتهى و فى القاموس ان الطّعام البرّ و فى تاج العروس انّ به فسّر حديث أبى سعيد فى صدقة الفطر صاعا من طعام أو صاعا من شعير و قيل أراد به التمر و هو الأشبه لأنّ البرّ كان عندهم قليلا لا يتسع لإخراج زكاة الفطر و قال الخليل العالى فى كلام العرب انّ الطّعام هو البرّ خاصيّة و فى الأساس عنه الغالب بدل العالى و هذا من الغلبة كالمال فى الإبل انتهى

قوله طاب ثراه كما يظهر من الاستدلال فى (-كره-) للمانعين بضعف الملك (-اه-)

فيه انّ هذا التعليل لا يخصص الحكم بالعين و ان اختصت العلة به لوجود الدليل العام مع انّ العلة

ص: ٢٣٣

اعتبارية لا اعتماد عليها فى الشخصى (- أيضا-) فالأظهر عدم الفرق فى الحكم المذكور بين المبيع المعين الشخصى و الكلى لإطلاق ما مر من الدليل

قوله طاب ثراه و هو المحكى عن صريح العماني (- اه-)

قد سمعت عبارته آنفا و تبعه كاشف الظلام و احتج لذلك بأن النهى يقتضى الفساد شرعا و لذا ترى ان المعروف بين الفقهاء ذلك فى سائر المعاملات مع ان المحقق فى الأصول عندهم العكس لان ذلك بالنظر الى العقل و اللغة و قد نقل الإجماع على الفساد شرعا فى النواهي المتعلقة بنفس المعاملة من حيث هى كمحل البحث دون ما يتعلق بها لأمر خارج كتزوج العبد بدون اذن سيده ثم قال و يدل على هذا التفصيل مضافا الى انعقاد الإجماع على الشق الأول كما سمعت الأخبار الواردة فى تزوج العبد بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده فإنها ظاهرة كمال الظهور فى ان عصيان الله تعالى بنفس المعاملة المحرمة لذاتها مفسد لها كالتهى عن معاملة الزبا و بيع المجهول و عصيانه لأمر خارج كعصيان السيد الملتزم لعصيان الله بالواسطة لا- يفسدها انتهى و يمكن تعليل الفساد بأن النواهي المذكورة للإرشاد إلى الفساد كما فى أكثر نواهي المعاملات و ربما أيد هذا القول فى (- لك-) بأن النهى راجع الى نفس البيع فيبطل كبيع المجهول و نحوه و يتعلق النهى بمصلحة لا تتم إلا بإبطاله و قد يقال ان أكثر الأخبار ظاهرة فى البطلان لظهور عدم الجواز فى الحكم الوضعى و رد بمنع الظهور المذكور بل هى ظاهرة فى الحكم التكليفى

قوله طاب ثراه إلا ان المحكى عن (- لف-) (- اه-)

قد احتج لذلك بما تقر عندهم فى الأصول من عدم اقتضاء النهى فى المعاملات الفساد و قد عرفت رد كاشف الظلام لذلك بأن عدم الاقتضاء لغه لا ينافى قيام الدليل الشرعى على الاقتضاء (- مط-) أو فى مورد دون آخر قوله طاب ثراه و هو ظاهر (- مع صد-) فى شرح قول (- المصنف-) (- قد-) و لو أحال (- اه-)

أراد (- بالمص-) مصنف القواعد و لو كان قال مصنفه لكان أجود و وجه ظهور عبارة (- مع صد-) فى القول بالجواز قوله فى طى كلام له ان المنع إنما هو من بيع ما لم يقبض و إذا كان احد المالكين سلما دون الآخر لم يتعين لكونه مبيعا لإمكان اعتباره ثمنا إذ لا معين لأحدهما انتهى فإنه نص فى اختصاص المنع بالمبيع و سيأتى من (- المصنف-) فى أواخر التنبيه الثالث نقل هذه العبارة قوله طاب ثراه و يؤيده تعليل المنع

لم أعر على ما أشار إليه من التعليل فى أية و لا رواية و لا معقد إجماع و لا حاجة لنا الى التمسك فى قصر الحكم على المبيع إلى الزاوية المذكورة كى يناقش فيها بما ذكره الماتن (- ره-) بل يكفينا فى ذلك كون الحكم و هو توقف جواز البيع على القبض أو الكيل على خلاف الأصل و القاعدة المأخوذة من العمومات بعد كون مورده المبيع فيقتصر على المنصوص و يرجع فى غيره الى الأصل و العمومات و بنائهم على عدم الفصل بين المبيع و الثمن غير معلوم بل المعلوم باعتراف من الماتن (- ره-) عدمه حيث حكى البناء على عدم اللقوق عن جمع من الأصحاب فلا تذهل

قوله طاب ثراه و كيف كان فى المسئلة محل اشكال من حيث اضطراب كلماتهم (- اه-)

لا وجه للاستشكال فى المسئلة لعدة من عبارتهم المشتبهة المحتملة لإجراء الحكم فى غير البيع من أحكام المعاوضة بعد عدم الدليل على الإلحاق و كون مقتضى مخالفة الحكم للأصل و القاعدة هو الاقتصار على مورد النص و هو الانتقال اليه بالبيع و نقله إياه بالبيع و على هذا فلو ملك مالا بالإرث أو الصداق للمرث أو عوض الخلع أو الهبة أو نحو ذلك جاز له بيع ذلك الشىء قبل القبض و قبل الكيل و الوزن مرابحة و غيرها للأصل و عموم تسلط الناس على أموالهم بعد فقد المانع و كذا ان ملك بالشراء شيئا جاز له جعله صداقا و هبة من غيره و وقفه و إجارته و التذر به و سائر التصرفات فيه كما صرح بذلك كله جمع بل نفى غير واحد وجدان الخلاف فيه فى جملة من الفروض قال فى (- لك-) المنع على القول به مشروط بأمرين انتقاله بالبيع و نقله به فلو انتقل بغيره أو نقله بغيره لم

يحرّم أماً الأوّل فلا نعلم فيه خلافاً و أماً الثانى فهو المشهور غير أنّ الشيخ (- ره-) الحق به الإجارة محتجاً بأنّها ضرب من البيوع و هو ممنوع و (- كك-) منع من الكتابة بناء على أنّها بيع العبد من نفسه و هو مع تسليمه لا يستلزم المنع لأنّ العبد ليس ممّا يكال أو يوزن و غاية المنع عندنا ان يكون المبيع مقدّراً بهما و قد استثنى بعض المانعين من الميراث ما لو كان الموروث مبيعاً للمورث قبل قبضه فإنه لا- يجوز للوارث بيعه (- ح-) و فيه نظر لأنّ انتقاله الى الوارث بالإرث واسطة بين المبيعين و كذا القول فى الصداق إذا كان المصدّق قد اشتراه و لم يقبضه ثمّ أصدقه و أرادت المريّة أن تبيعه قبل القبض و مثل عوض الخلع من جانب المريّة المشترية له قبل القبض إذا أراد الزوج بيعه و الاستثناء فى الجميع غير واضح لثبوت الواسطة انتهى و قال فى التنقيح ما لفظه فوائد الأولى لم نسمع خلافاً بين أصحابنا و غيرهم فى جواز بيع الأمانات قبل قبضها لتمام الملك و عدم كونها مضمونة على من هى فى يده و كذا المملوك الإرث ألاً ان يكون المورث ملكه بالشراء و لم يقبضه و كذا لو اشترى من مورّثه ثمّ مات البائع قبل قبضه و المشترى وارث لجميع ماله فإنّه يجوز بيعه قبل قبضه لأنّه بحكم لقبوض الثانية لم نسمع خلافاً (- أيضاً-) بين أصحابنا فى جواز بيع ما ملك بغير بيع كالصلح و غيره قبل قبضه الثالثة ظاهر أصحابنا (- أيضاً-) و يكاد يكون إجماعاً أنّ ملك بالبيع يجوز التصرف فيه و نقله قبل قبضه بما عدى البيع من النواقل و التصرفات كالصلح و الإجارة و المزارعة و المساقاة و الكتابة و العتق و الوقف و الرهن و الإصدار و الترويج و الإقراض إلّا ما نقل عن الشيخ فى (- ط-) من منع الإجارة و الكتابة انتهى الى غير ذلك من كلماتهم المتضمنة لنفى الخلاف المؤيد لما قلناه

قوله طاب ثراه و عليه فلو كان عليه سلم لصاحبه فدفع اليه دراهم و قال اشترى لى بها طعاماً و اقبضه لنفسك جرى فيه الخلاف (- اه-) هذا يتصوّر على وجهين الأوّل ان يقول اقبضه لى ثمّ اقبضه لنفسك و الثانى ان يقول اشترى لى بها طعاماً و اقبضه لنفسك أماً الأوّل فتوضيح القول فيه أنّه قد صرح بصحة الشراء و القبض الأوّل الواقع عن الموكل منهم الشيخ (- ره-) و العلامة و الشهيد (- ره-) و المحقق و الشهيد الثانيان و غيرهم فى (- ط-) و (- عد-) و (- لف-) و (- مع صد-) و (- لك-) و محكى الحواشى و (- س-) بل قطع بذلك بعضهم و عن غاية المرام للصيّمرى نفى الخلاف فيه و وجهه ظاهر لكونه واقعا عن وكالة فتشمله عمومات الوكالة و إطلاقاتها كظهور الوجه فى انتقال الضمان من البائع الى الأمر لأنّ قبض الوكيل قبض الموكل و أماً القبض الثانى الواقع لنفسه ففى صحته و ترتب الآثار اعنى انتقال الضمان و برأيه ذمّة الموكل و جواز البيع من غيره عليه قولان أحدهما عدم الصحة و هو خيرة الشيخ (- ره-) فى (- ط-) و القاضى ابن البراج ثانيهما الصّحة و هو خيرة العلامة فى (- لف-) و الشهيد فى محكى (- س-) و الحواشى و الصيّمرى فى غاية المرام و الثانيين فى (- مع صد-) و (- لك-) و صاحب (- ثق-) و غيره من الأواخر حجّة الأوّل أمور الأوّل انه لا يجوز ان يتولّى الواحد طرفى العقد و فيه منع ظاهر بل الحق الجواز كما نقحنا القول فى ذلك فى فروع عقد النكاح من منتهى المقاصد الثانى ما فى (- لك-) من انه لا يجوز ان يكون وكيلاً عن غيره فى قبض حقّ نفسه من نفسه و فيه انه عين الدّعوى الثالث ما أشار إليه الماتن (- ره-) من صحيح الحلبي و خبر عبد الرحمن و أنت خير بان لسان

ص: ٢٣٤

الأول لسان الاستحباب و كذا الثاني و على فرض كون ذلك امرا فالظاهر أنه للإرشاد الى عدم ارتكاب ما يلحقه التهمة كما يكشف عن ذلك ما رواه الحلبي متصلا بهذه الرواية و ما رواه شعيب حيث تضمننا كما تسمعها إنشاء الله تعالى الجواز مع عدم التهمة حجة القول الثاني أمور الأول ان الأصل جواز ذلك و من منع فعليه الدلالة الثاني عمومات الوكالة و إطلاقاتها مع كفاية المغايرة الاعتبارية الثالث قول الحلبي في ذيل صحيحة المذكورة في المتن و سئلته عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب أو تمر فيبعث اليه بدنانير فيقول اشتر بهذه و استوف منه الذي لك قال لا بأس إذا ائتمنته و صحيح شعيب المذكور في المتن فإنهما صريحان في الجواز و التقييد فيهما يكشف عن ان المنع في الخبرين الآخرين لخوف التهمة و أنه متى أمن من التهمة جاز له الشراء فظهر ان القول الثاني هو الأطهر و اما الثاني فالأظهر فيه (- أيضا-) الصحة للأصل و إطلاقات الوكالة بل صحيح شعيب أدل على صحة ذلك من الأول و لا يحتاج الى ان يقبض أولا بتيه أنه لذي الدراهم ثم يقبض بعد ذلك بل يكفي قبضه لما اشتراه إذا كان مشخصا بتيه أنه وفاء عما له في ذمته و أقصاه أنه يكون استيفاء ميا لم يقبضه بإذنه بل لو كان ما اشتراه كلياً يمكن الاكتفاء بقبض الغريم عوضا عما له في ذمته عن القبض أولا بعنوان أنه لذي الدراهم و إطلاق الخبر المذكور شاهد عليه كما تبه على ذلك في الجواهر ثم قال و لو دفع اليه دراهم و قال خذها بدل الطعام جاز لأنه استيفاء من غير الجنس بل لو قلنا أنه بيع للطعام على من هو عليه قبل قبضه جاز (- أيضا-) بناء على المختار من كراهة ذلك لكن عن (- ط-) أنه لم يجز لأنه بيع المسلم فيه قبل قبضه و هو غير جائز و فيه ان الدفع بدله أعم من البيع و لو سلم فقد عرفت التحقيق

قوله طاب ثراه لكن في صحيحة الحلبي (- اه-)

قد رواها الكليني (- ره-) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد و عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي و قد عرفت حملنا لهذا الخبر على استحباب الترك تارة و على الإرشاد إلى الفرار من التهمة أخرى و كتب الكاشاني في محكي الوافي في ذيل الرواية ما لفظه أنما منعه ان يتولى شراء ذلك بنفسه لأنه ربما يكون الدراهم المبعوثة أزيد من رأس ماله فإذا أخذها مكانه توهم أنه ربا و فقه هذه المسئلة ان البائع إذا رد الدراهم على أنه يفسخ البيع الأول لعجزه عن البيع المضمون فأخذ الزائد على رأس المال منه غير جائز و إذا دفعها على ان يشتري بها المضمون جاز فالأخبار المتضمنة لمنع أخذ الزائد في هذا الباب و اللذان يتلوانه كلها محمولة على الأول و المتضمنة لجوازه محمولة على الثاني و الجواز لا يخلو عن كراهة إلا للفقهاء بالمسئلة كما يشعر به بعض تلك الأخبار و بهذا يندفع التنافي عنها إلا بما في الاستبصار انتهى

قوله طاب ثراه و في موثقة عبد الرحمن (- اه-)

قد رواها الكليني (- ره-) عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعة عن غير واحد عن ابان عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف دراهم في طعام فحل الذي له فأرسل إليه بدراهم فقال اشتر طعاما و استوف حَقَّك هل ترى به بأسا قال يكون معه غيره يوفيه ذلك

قوله طاب ثراه من أنه لو كان له على غيره طعام من سلم (- اه-)

قد وقع الخلاف في جريان حكم البيع قبل القبض في هذا الفرض فالشيخ في (- ط-) و المحقق و العلامة على الجريان و الشيخ في (- ف-) و المحقق و الشهيد الثانيان على عدم الجريان بل ظاهر (- ف-) الإجماع عليه و نسبة (- لك-) الى (- ف-) موافقة (- ط-) سهو من قلمه الشريف

قوله طاب ثراه و قد علل ذلك في (- يع-) بأنه قبضه (- اه-)

هذه صغرى القضية و الكبرى انه يكون من قبيل بيع ما لم يقبض فيجوز الخلاف لكن فيه ان قبضه عوضا عن ماله ليس بيعا قطعاً و هو (- ره-) قد اعترف بكون الحكم المذكور و الخلاف المزبور خاصاً بالبيع غير جار في شيء من المعاوضات الأخر فلا وقع (- ح-) لما

يجاب به عن الإشكال من انّ الواقع حوالة و الحوالة تلحق بالبيع ضرورة أنّ اللّحوق بالبيع فى بعض الأحكام الدليل لا يستلزم اللّحوق فيما لا دليل عليه سيّما الحكم المخالف للقاعدة اللّازم ان يقتصر على مورده و هو المبيع خاصّة كما هو واضح قوله طاب ثراه و على كلّ تقدير يمكن تعميم محلّ الخلاف (- اه-)

لا يخفى عليك ما فى هذا التعميم من البعد و المخالفة لظاهر جملة من كلماتهم قوله طاب ثراه و اعترضه فى (- لك-) بانّ مورد السّلم (- اه-)

قال فى مفتاح الكرامة بعد نقل هذا الاعتراض عن (- لك-) أنّه كلام جيّد لكن إذا لم يكن مبيعا كيف تلحقه احكام المبيع من التلف و الخيار و النّماء و لم يدّع أنّه عين المبيع أوّلا و بالذّات بل صار بعد التّعيين مبيعا و انصبّ العقد عليه نعم يفرّق بينه و بين المعين بما ذكره و ذلك لا يقضى بكونه غير مبيع نعم يقضى بكونه غير معين و قد اعترف بذلك صاحب (- لك-) فى باب الصّيرف فيما إذا كان العيب من الجنس فى غير المعين قال له الردّ و الإمساك بالأرّش مع اختلاف الجنس فى المطالبة بالبدل و ان تفرّقا لأنّ الإمساك بالأرّش لا يتمّ إلّا إذا كان مبيعا الى ان قال و قد طفحت عباراتهم بصدق اسم المبيع عليه فى باب الخيار و الصّيرف و السّلم و القبض الى غير ذلك ممّا لا يكاد يحصى و كلامهم فى باب الإجارة فيما إذا وقعت على عين موصوفة فى الذّمة كالصّيرف فى أنّها مستأجرة فى عدّة مواضع خصوصا فيما إذا غصب و تعدّر البدل ثمّ قال و أقصى ما يمكن ان يقال انّ الأصل عدم كونه مبيعا و لا يخرج عنه إلّا فى موضع نصّوا عليه و حكموا به و فى غيره نقول أنّه وفاء و الأصل بعد التّعيين ممنوع الى ان قال و مرادهم بقولهم الأمر بالكلّى ليس أمرا بشىء من جزئياته أنّها ليست مأمورا به أوّلا و بالذّات و إن كانت مأمورا بها ثانيا من باب المقدّمة بالأمر بالكلّى لمكان التلازم الخارجى انتهى و أنت خبير بما فى معارضة دعوى كونه مبيعا بلحوق جملة من احكام المبيع عليه من النّظر كما تتبّه له هو (- ره-) (-

أيضا-) فإنّ لحوق جملة من الأحكام إن كان لدليل كان هو الفارق و الّا معنا اللّحوق و (- أيضا-) دفع الجزئى بعد بيع الكلّى ليس من باب بيع الجزئى لا أوّلا و لا آخرا بل هو من باب الوفاء و كلّما ربّوه عليه من احكام البيع فهم المطالبون بدليله و لو من إجماعهم فيقتصر عليه و مسألة الإمساك بالأرّش تجامع جعله وفاء لا يبيعا لأنّ أخذه لازما من باب الوفاء مع ظهور عيبه بعده ضرر لا يندفع الّا بالخيار و اين دلالتة على ارادة الشّهد الثّانى (- ره-) البيع

قوله طاب ثراه لكن يرد على ما ذكره الشّهد (- ره-) (- اه-)

قد سبقه فيما اعترض به على على الشّهد (- ره-) صاحب الجواهر (- ره-) حيث قال ان ما ذكره الشّهد (- ره-) لو سلم فإنّما هو فى الفرد الّذى يتشخّص بالدفع و القبض أمّا الّذى يتشخّص بعقد الحوالة كما فى المقام فقد يمنع صدق اسم المسلم عليه إذ هى عقد مستقلّ تحصل به ملك ما فى الذّمة و لا ينصب عقد السّلم عليه انتهى لكن لا يخفى عليك ما فى جمع الماتن (- ره-) بين تسليم عدم تشخيص المبيع فى ضمن الفرد الخاصّ و بين دعوى صدق الانتقال إلى المشتري من المنافاة فلا تذهل قوله طاب ثراه و المسئلة تحتاج الى فضل تتبع (- اه-)

تحقيق القول فى المسئلة انّ المنهى عنه أنّما هو بيع ما لم يقبض و لم يكل و لم يوزن و فرض المسئلة خارج عن ذلك عرفا و لغة فلا يجرى عليه أحكامه إلّا ما قام الدليل على اللّحوق و لا دليل على لحوق حكم حرمة البيع أو كراهته فلا وجه للإطالة نعم ربّما التزم المحقّق و الشّهد الثّانين (- رهما-) بالكراهة فى المسئلة لكن لا من باب الإلحاق بمسئلة البيع قبل القبض بل خروجا عن شبهة خلاف الشّخ (- ره-) و الجماعة

ص: ٢٣٥

و تحرّزا ممّا هو مظنة التحريم و فيه تأمل لعدم تسبّب ذلك للكرهه الشرعيه كما لا يخفى
قوله طاب ثراه و استدللّ في (- ثق-) على الجواز

أقول قد وقع الاستدلال عليه في كلماتهم بوجوه الأول ما في (- ف-) من أنّ الأصل جوازه و المنع يحتاج الى دليل الثانی عمومات
البيع و التجارة و العقود و تسلّط النّياس على أموالهم خرج عنها بيع ما لم يقبض فيبقى الفرض تحتها الثالث ما في (- لك-) من أنّ
المنع من بيع ما لم يقبض تحريما أو كراهة مشروط بشرطين انتقاله بالبيع و نقله به و ما ذكر في هذا الفرض و ان كان يباع حيث أنّ
السّلم فرد من أفرادها أنّ الواقع من المسلم اما حواله لغريمه في القبض أو وكالة له فيه و كلّ منهما ليس يبيع و دعوى أنّ الحواله
ملحقه بالبيع في حيز المنع

قوله طاب ثراه الرابع ذكر جماعة أنّه لو دفع الى من له عليه طعام (- اه-)

عزاه في (- ثق-) إلى الأصحاب و نفى في الجواهر وجدان الخلاف فيه و لكنّا قد وجدنا العلامة (- ره-) في (- لف-) قد استقرب
الجواز و الصّحة و جعله قضاء للطعام بجنس الدرّاهم أو قرضا للدرّاهم ثمّ أنّ الجماعة كما صرّحوا بعدم صحّته للمدفع اليه معلّين
بامتناع الشّراء بمال الغير لغيره ما دام على ملك الغير و لو ياذنه اقتصارا على المتيقّن من إطلاق أدلّة البيع فتبقى أصالة الانتقال بحالها و
يقرب منه ما في المتن من العلة فكذا صرّحوا بعدم صحّته للدّافع نظرا إلى أنّه غير مأذون فيه فما اذن فيه و هو الشّراء لنفسه لم يقع و
الشّراء للمالك غير مأذون فيه فلا يقع و الّذى يقتضيه التدبّر هو صحّته الشّراء و القبض ان علم من الدّافع ارادة القبض للطعام بجنس
الدرّاهم أو قرضا للدرّاهم أو إرادته معنى غيرهما يصحّ كما لو علم منه إرادته استيفائه بعد الشّراء و قبضه له و أنّ التعبير بكون الشراء له
لكونه راجعا اليه و ان لم يعلم شيء من ذلك فأصالة عدم انتقال المال الى الغريم الّذى اشترى بمال الغير و أصالة عدم برأيه ذمّة
المديون بالطعام بدفع غيره محكمة فتدبّر جيّدا

[مسألة فيما لو كان له طعام على غيره فطالبه في غير مكان مدونه في ذمته]

قوله طاب ثراه مع عدم اشتراط تسليمه بالمدينة (- اه-)

احترز بذلك عمّا لو اشترط ذلك أو كان منصرف الإطلاق فإنّه لا إشكال في لزوم الوفاء به للعمومات

قوله طاب ثراه فلا إشكال في عدم وجوب أدائه في ذلك البلد (- اه-)

قد نفى الشّبهة في ذلك في (- لك-) و نفى وجدان الخلاف فيه في الجواهر و عن ظاهر الإيضاح الإجماع عليه و الوجه في ذلك
انصراف الإطلاق إلى بلد العقد الّا ان لكون هناك قرينة على خلاف ذلك فما في (- ثق-) من أنّي لم أقف على ما ادّعوه هنا من أنّه
مع الإطلاق يتعيّن التسليم في بلده فان وجد الدليل ثمّ ما ربّوه على ذلك و الّا فلا- فليتأمل انتهى لا وجه له إذ أيّ دليل امتن من
الانصراف الكاشف عن مراد المتعاقدين فما ذكره (- قدّه-) لا يصغى اليه بعد كون الانصراف كالشرط الّذى جعل الله المؤمن عنده و
(- أيضا-) فالأصل برأيه ذمّة المسلف من الدّفع في غير البلد المنصرف إليه الإطلاق ثمّ أنّه لا فرق في الحكم بين ان تكون قيمته في
بلد المطالبة مخالفة لقيمته في بلده أو مساوية كما صرّح بذلك في (- لك-) نافية عنه الشّبهة و هو الّذى يقتضيه إطلاق غيره و لكن
استشكل في ذلك المحقّق الثّاني (- ره-) في (- مع صد-) حيث قال و يشكل بأنّه ربّما لم يكن مريدا الى بلد السّلف أو أنّ المسلم
فيه لا يوثق بعوده اليه و الظفر به هناك بل ربّما يكون قد هرب من المسلف فلم يظفر به الّا بعد مدّة فيكون منعه من مطالبته مفضيا الى
ذهاب حقّه ابدا و طريقا إلى مدافعة الغريم عن أداء الحقّ دائما و ذلك ضرر بين مع كون الدّين حالا و الاستحقاق له ثابتا ثمّ قال و
التحقيق ان يقال له المطالبة به إن كان في موضع المطالبة مثل بلد السّلف أو أدون و إن كان أكثر فله المطالبة بقيمته بلد السّلم لتعدّر
المثل و لو أتاه برهن أو ضمّين و تهيّأ للمسير مع أوّل رفقة فالظاهر عدم وجوب الصّبر لما فيه من الضّرر و تأخير الدّين الحال المستحقّ

انتهى وفيه أولا ما في مفتاح الكرامة من أنه لو فرض الضرر في بعض موارد كماله لو علم بالقرائن ان المديون لا يرجع الى تلك البلدة أو ان الحق يفوت بالتأخير أتجه (-ح-) رفع امره الى الحاكم ليجبره على احد الأمرين دفع العين أو القيمة في بلد التسليم أو دفع العين فيها بوجه يمكن اميا لو كان المسلم اليه مصاحبا له في الطريق الى بلد التسليم و وكل في تسليمه فيه فالأمر كما قالوه لأن ذلك هو المذى اقتضاه الأمر الشرعي فالعدول عنها (- مط-) غير جيد و اما ما حقه فففيه أنا نمنع حصول الارتفاق فيما ذكره (- مط-) لجواز ان يكون المدين قادرا على عين الحق في بلد التسليم عاجزا عنها في الأخر و إن كان انقص قيمة فيحصل الضرر عليه بذلك مع مخالفة ما شرط عليه من الارتفاق أو دل عليه الإطلاق و المؤمنون عند شروطهم و ثانيا ان التفصيل بين مساواة القيمة أو نقصانها و بين الزيادة بمطالبتة بالعين في الأول و القيمة في الثاني مما لا وجه له بل اللازم اما تجويز المطالبة في الصورتين أو المنع منها فيهما ضرورة ان الموجب للانتقال إلى القيمة ليس الا تعذر المثل و صدق التعذر على زيادة القيمة عن بلد التسليم ممنوع و حصول الضرر بالزيادة ليس تعذرا سيما مع ملاحظة أنه هو المقصير بعدم إحضاره في بلد التسليم كما لا يخفى بل في الجواهر أنا لو قلنا انه يجب عليه في ذلك اليوم التسليم في العراق و هو متعذر فالمتجه فيه السقوط لقبح التكليف بما لا يطاق و يبقى خطاب الوضع و هو ثبوت الدين لا أنه ينتقل إلى القيمة قياسا على تعذر المسلم فيه في بلد السلم بعد بطلان القياس عندنا انتهى فلا تذهل

قوله طاب ثراه و لو طالبه في ذلك البلد بقيمة في بلد وجوب التسليم و تراضيا على ذلك قال الشيخ (- ره-) لم يجز (- اه-) توضيح ذلك أنهم اختلفوا في جواز الدفع للمديون و الأخذ لذي الحق في الفرض على أقوال أحدها عدم الجواز افتى به الشيخ (- ره-) و جماعة الثاني الجواز مع الكراهة و هو خيرة المحقق في (- يع-) و جماعة بل قيل ان عليه الأكثر الثالث الجواز من غير حرمة و لا- كراهة و هو خيرة جملة من متأخري المتأخرين بل في (- تق-) ان الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين حجة الأول أمران الأول ان القيمة عوض من مال السلم و دفعها عوضا عنه من قبيل بيع الطعام على من هو عليه قبل قبضه و هو غير جائز لأن المفروض كونه طعاما و أنت خبير بأنه انما يتم ان لو باع ما في ذمته بالقيمة و الفرض خلافه نعم لو تم أحد الأمرين لتم ما ذكره اما دعوى كون ذلك بيعا (- مط-) أو دعوى ان المحرم مطلق الاستبدال و الأمران ممنوعان ضرورة كون ذلك استيفاء للحق غايته بغير جنسه و مثل ذلك لا يسمى بيعا و حرمة مطلق الاستبدال مما لا دليل عليها فهو على فرض تسليم كونه معاوضة لا تلازم بينها و بين البيع فان قلت ان الظاهر انه لا خلاف في انحصار المعاوضات فيما ذكره الفقهاء في كتبهم و لم نر أحدا منهم زاد على الأخر قسما من المعاوضات فاذا لم يكن هذا مع كونه معاوضة بيعا فماذا اذن من المعاوضات قلت ان عدم تعرضهم للفرض لا يمنع من جريان عمومات العقود بعد كونه وفاء بتراض فصدق اسم العوضي على ذلك لا يقتضى المنع منه بعد عدم كونه بيعا و عدم وقوع عقد السلف عليه و اختصاص دليل الحرمة لو تم بالبيع كما مر الثاني ان عقد السلف لم يجر على القيمة و لم يدل دليل على استحقاتها انما المستحق هو الطعام فان جازت المطالبة بالطعام و الا فلا مطالبة بالقيمة نعم إذا تعذر الطعام و حرم من جهة المطالبة

ص: ٢٣٦

به انتقل إلى القيمة حكي كاشف الظلام التمسك به عن بعضهم ثم حكي عنه الجواب بأن الطعام لما حلّ و كان المسلم اليه مقصيرا في عدم حضوره عند الاستحقاق في مكان التسليم و لا مانع من تسليمه في ذلك المكان إلا عدم حضوره فيه مع انه حقّ واجب عليه من باب المقدّمة فإذا أسقط المسلم حقه من المطالبة بالطعام و أسقطناه انتقل الى جواز المطالبة بالقيمة في مكان التسليم جمعا بين الحقيين ثمّ أنّ الحاكي (- قدّه-) قال و لنعم ما قال أنّ هذا السؤال و الجواب أنّما ينطبقان على مسألة جبر المسلم اليه و عدمه و ذكرهما هنا غفلة لأنّ الكلام الآن في جواز التراضي على ذلك و عدمه و ستسمع مسألة الجبر و كان متخيّل هذا الوجه على غفلة عن محلّه غافلا و متغافل عمّا إذا انقطع المسلف عنه عند الحلول و كان لذلك متعدّرا على المسلم إليه فإنّه ينتقل و الحال هذه إلى القيمة البتّة لأنّ المبيع لا يمكن المطالبة به لاستلزام ذلك التكليف بما لا يطاق مع أنّ القيمة لم يجر عليها العقد حتّى ينتقل إليها و أقول الغفلة أنّما هو من الحاكي ضرورة أنّ المحكي عنه أنّما هو محقّق (- مع صد-) و هو أنّما ذكر ذلك في مسألة جبر المسلم و لم يذكر هنا كما لا يخفى على من راجعه انتهى حجّة الثاني هي الوجه الأوّل من حجّة الأوّل بضميمة أنّ البيع قبل القبض مكروه غير محرم و الى ذلك أشار الماتن (- ره-) بقوله و على ما قلناه يكره ثمّ ان ذلك بناء على كون ما نحن فيه يبيعا موضوعا أو حكما و اما بناء على ما عرفت من المنع من ذلك فقد يحتجّ للكرهه بالخروج من خلاف الشيخ (- ره-) و الخلاص من الشبهة و قد تبهنا آنفا على عدم افادة ذلك الكراهة الشرعية حجّة الثالث أمور الأوّل أصالة برأيه ذمّة المسلم من حرمة الدفّع و ذمّة المسلم اليه من حرمة الأخذ و لا يخفى عليك أنّه أنّما ينفع بناء على حرمة البيع قبل القبض و اما على القول بالكرهه فلا يخلو التمسك بأصل البراءة من نظر لعدم رفعها الكراهة فالأجود التعلّق بأصالة عدم جريان حكم البيع قبل القبض عليه بعد عدم كونه يبيعا عرفا الثاني عموم تسلّط الناس على أموالهم و جواز ما تراضيا عليه الثالث طائفة من الأخبار فمنها المرسل كالصحيح لابن ابي عمير الذي رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمد عن ابن ابي عمير عن ابان بن عثمان عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (- ع-) في الرجل يسلم الدرهم في الطعام إلى أجل فيحلّ الطعام فيقول ليس عندي طعام و لكن انظر ما قيمته فخذ منّي ثمّنه فقال لا بأس بذلك و منها ما رواه هو (- ره-) عن سهل بن زياد عن معاوية بن حكيم عن الحسن بن عليّ بن فضال قال كتبت الى ابي الحسن عليه السّلام الرجل يسلفني في الطعام فيجىء الوقت و ليس عندي طعام أعطيه بقيمته دراهم قال نعم و منها الصحيح الذي رواه هو (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن محمّد بن الحسين و عن محمّد بن إسماعيل عن الفضل بن شاذان جميعا عن صفوان عن العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئلته عن رجل أسلف رجلا دراهم بحنطة حتّى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام و وجد عنده دوابا و متاعا و رقيقا يحلّ له ان يأخذ من عروضه تلك بطعامه قال نعم يسمّى كذا و كذا بكذا و كذا صاعا و قد يناقش في دلالة بأنّ الأصحاب جعلوا القبض هنا من باب الاستيفاء و هو قد دلّ على المعاوضة لقوله و يسمّى (- إلخ-) و يوجّه بأنّه لعلّهم فهموا أنّه لما كانت القيمة عروضيا لا دراهم فلا بدّ من تشخيصها في مقابلة الطلب الذي له فيحصل بذلك استيفاء حقه و منها ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الصيّف عن محمّد بن عيسى عن عليّ بن محمّد و قد سمعته من عليّ قال كتبت اليه رجل له على رجل تمر أو حنطة أو شعير أو قطن فلما تقاضاه قال خذ بقيمة مالك عندي دراهم ا يجوز له ذلك أم لا- فكتب يجوز ذلك عن تراض منهما إنشاء الله الى غير ذلك من الأخبار فالقول الأخير هو الذي بالقبول جدير و اما ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن يحيى عن بنان بن محمّد عن موسى بن القاسم عن عليّ بن جعفر قال سئلته عن رجل له على آخر تمرا و شعيرا و حنطة يأخذ بقيمته دراهم قال إذا قومه دراهم فسد لأنّ الأصل الذي اشترى

به دراهم فلا- يصلح دراهم بدراهم و رواه الحميري في محكي قرب عن عبد الله بن الحسن عن جدّه عن عليّ بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام قال سئلته (- إلخ-) فلا ينافي ما ذكرناه لظهوره بمؤنة العلة فيما إذا فسخ البيع و أخذ عوض الدرهم التي أعطاه دراهم تزود عليها أو تنقص في زمان الحلول فإنّ ذلك هو الرّبا اما إذا أسقط حقه من الطعام بقيمته فلا يندرج في الرّبا

بوجه و الأصل و الأخبار كافية في تجويزه و لو فرض عدم دلالة الخبر على ذلك فلا يعارض الأخبار المذكورة المؤيدة بالعمل و المعتضدة بالأصل و عموم تسلط الناس على أموالهم مع ان الخبر المذكور مما لم يعمل به الشيخ (- ره-) (- أيضا-) بناء على عدم الإطلاق على ما قلناه فيترك للشذوذ (- فت-) جيدا

قوله طاب ثراه قولان المشهور كما قيل العدم

الواصف بالشهرة هو صاحب (- ثق-) و في (- لك-) و مفتاح الكرامة تارة أنه الأشهر و اخرى ان عليه الأكثر

قوله طاب ثراه الواجب في ذمته هو الطعام لا القيمة (- اه-)

هذا صغرى الدليل و كبراه ان ما في ذمته لا- يجب دفعه في البلد المذكور فالأولى ان لا يجب دفع ما لم تجر عليه المعاوضة و لم يقتضيه عقد السلم مضافا الى الأصل

قوله طاب ثراه و عن جماعة منهم العلامة (- ره-) في (- كره-)

قال في مفتاح الكرامة انى وجدت (- المصنف-) في (- كره-) في موضعين منها لم يصرح بالخلاف المذكور و لعله في موضع آخر زاغ عنه النظر نعم هو خيرة (- مع صد-) انتهى

قوله طاب ثراه لان الطعام الذى يلزمه (- اه-)

فيه ان لزوم الدفع (- ح-) غير مسلم حتى يترتب عليه نزول فقد الطعام الذى يلزمه دفعه منزلة فقده في بلد التسليم و بعبارة اخرى ليس ثم طعام يلزمه دفعه حتى ينتقل إلى القيمة

قوله طاب ثراه و توضيحه ان الطعام قد حل (- اه-)

هذا التقرير من المحقق الثانى (- ره-) في (- مع صد-) و قد جعله بعضهم دليلا آخر لقول العلامة (- ره-) و تمسك بعضهم بوجه ثالث و هو ان منع المالك من المطالبة بحق حال و جعله متوقفا على الوصول الى بلد التسليم ضرر ظاهر فإنه ربما لم يكن له عزم العود الى ذلك البلد أصلا أو ان الوصول اليه يحتاج إلى أضعاف المسلم فيه من المؤمن أو ان المسلم اليه قد لا يظفر به بعد ذلك فيفوت حقه بالكليّة و ما يقتضيه العقد من ارتفاع المسلم اليه بالتسليم في البلد المعين قد تحمله المسلم اليه فلو لا الانتقال إلى القيمة لضاع حقه إذ ليس له المطالبة بالعين فلو لم نجعل له المطالبة بالقيمة على الوجه الذى ينتفى به ضرر المسلم لأدى إلى ضياع حقه رأسا حكي الاستدلال بذلك في (- لك-) ثم أجاب بأن هذه العلة لا توجب الانتقال إلى القيمة متى طلبها المسلم بل مع خوف ضياع حقه بدونه للعلم بأنه يختلف الضرر في موارد كثيرة بل غير ما ذكر كما لو كان المسلم فيه مصاحبا له في الطريق الى البلد المعين للتسليم أو وكل في تسليمه فيه و نحو ذلك فان ذلك هو الذى اقتضاه الأمر الشرعى فالعدول عنه إلى القيمة (- مط-) غير جيد نعم لو فرض الضرر في بعض موارد كما لو علم بالقرائن ان المديون لا يرجع الى تلك البلدة و لم يوكل في الإيفاء توكيلا يوجب تحصيل الحق فان الحق يفوت بالتأخير اتجه (- ح-) رفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على دفع

ص: ٢٣٧

العين أو القيمة في بلد التسليم أو دفع العين فيها بوجه يمكن انتهى و هو متين
قوله طاب ثراه فتعذر البراءة مستند الى غيبته (- اه-)

إذ لا مانع من التسليم ألا عدم حضوره في ذلك المكان مع أنه حق واجب عليه من باب المقدمة فإذا أسقط المسلم حقه من المطالبة بالطعام وأسقطناه إرفاقا بحال المسلم اليه انتقل حق المسلم إلى القيمة في مكان التسليم جمعا بين الحقين و ليس كانقطاع المسلف فيه عند الحلول فإن تعذر العوض يمنع من استحقاق المطالبة به لأنه يستلزم التكليف بما لا يطاق و القيمة لم يجر عليها العقد لكن في الاستدلال المذكور نظر ضرورة ان مثل هذه التعليلات لا يوجب الانتقال إلى القيمة متى طالبها المسلم و هي لم يجر عليها عقد و لا دل دليل على استحقاقها و إنما المستحق هو الطعام فان ثبتت المطالبة فذاك و ألا فلا مطالبة بالقيمة و لا فرق في ذلك بين ان يكون المسلم اليه قد قصير أو لم يقصر و الوجه في الثاني ظاهر و لهذا لم يفرض المسئلة فيه و اما الأول فلا ريب في ان تقصيره لا يوجب ما ذكره عقلا و لا شرعا و لعله الى ذلك أشار في الجواهر بالجواب بان الحلول أعم من ذلك و التقصير مع إمكان فرض عدمه هو أعم منه (- أيضا-) و لا تعارض بين الحقين حتى يجمع بينهما بذلك على ان الله تعالى قد جمع بينهما بإمرة المؤمنين بالوفاء بالشروط قوله طاب ثراه الثانية ان يكون ما عليه قرضا (- اه-)

توضيح القول في ذلك أنه إذا استقرض منه بالعراق طعاما أو غيره فان اشتراط الأداء في بلد التسليم أو أطلق اشتراط الدفح في بلد معين غير بلد التسليم لزم ذلك و لم يجب على المديون دفعه في غير البلد الذي تعين الدفح فيها كبلد التسليم عند الاشتراط أو الإطلاق أو بلدة معينة عند اشتراطها كما لا يجب على الغريم القبول في غير بلد تعين الدفح فيها نعم ان تراضيا بالدفح في البلد الواجب دفعه فيها جاز ذلك للأصل و عموما تسلط الناس على أموالهم و حقوقهم بعد فقد المانع المحتمل في صورة السلم و هو بيع الطعام المنتقل بالبيع قبل قبضه فإنه ان جعل الدفح وفاء فواضح و ان جعل ييعا كان ييعا لغير المنتقل بالبيع و معه لا بأس إجماعا كما تقدم و من هنا نفى في (- لك-) الشبهة عن الجواز هنا و عن الصيمري في غاية المرام نفى الخلاف فيه و لا بأس به ظاهرا و إنما الخلاف في أنه هل للغريم المطالبة بالمثل أو القيمة في غير البلدة التي تعين الدفح فيها أم لا وجهان بل قولان بل وجوه و أقوال أحدها ما عن (- لف-) من أنه يجب على المديون دفع المثل وقت المطالبة فإن تعذر فالقيمة بسعر العراق اي بلد القرض و في (- مع صد-) ان فيه قوة و هو الذي يظهر من المحقق الورع الأردبيلي الميل ثانيها ما عن (- ط-) و (- كره-) و (- ير-) و غاية المرام من أنه لا يجبر على دفع الطعام و إنما يجبر على دفع قيمته بسعر العراق بل قيل انه يلوح من غاية المرام و القاضي أنه لا خلاف فيه و إن كان فيه ما لا يخفى ثالثها أنه لا يجبر على شيء منهما و إنما يجبر على الدفح في البلد الواجب دفعه فيها و هو خيرة العلامة (- ره-) في (- شاد-) و ثاني الشهيدين (- رهما-) في (- لك-) و جماعة من الأواخر حجة الأول ما تمسك به في (- ثق-) مما رواه الشيخ (- ره-) في الموثق عن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئلته عن رجل لى عليه مال فغاب عني زمانا فرأيتة يطوف حول الكعبة فأتقاضاه قال قال لا تسلم عليه و لا تردعه حتى يخرج من الحرم محل التسليم قال المستدل ان ترك الاستفصال يفيد العموم في المقال كما ذكره في غير مقام قلت أراد بترك الاستفصال تركه بين ان محل التسليم هل كان هو الحرم أو مكان آخر و بين ان المال هل كان من القرض أم من غيره و أنت خبير بان مساق الرواية إنما هو ملاحظة حرمة الحرم و لا دلالة فيها على ان المطالبة بعد الخروج من الحرم هل هو بالدفح في موضع الملاقاة أو في موضع التسليم و بعبارة أخرى غاية ما تدل عليه الرواية جواز المطالبة بعد الخروج من الحرم و نحن لا نمنع من جواز المطالبة في غير بلد التسليم بالتادية في بلد التسليم و إنما الممنوع منه المطالبة بالدفح في غير مورد الوجوب و الخبر لا عموم فيه من هذه الجهة يقتضى الجواز كما لا يخفى مع ان ظاهره كون المديون هاربا منه مما في الأداء و المطالبة معه لا نمنعها ألا أنه لا يطالبه بالمثل و القيمة بل يخيره بين شيء منهما و بين المضي معه الى بلد التسليم كما هو واضح حجة الثاني هي الثالث من حجج القول الأول من القولين في السلم من ان منع المالك من المطالبة بحق حال و جعله متوقفا على الوصول الى بلد السلم ضرر فحيث لم

نجعل له المطالبة بالعين لزم من نفى استحقاها بالمطالبة بالقيمة تضييعا لحقه الى آخر ما مرّ موضحا مع جوابه حجّة الثالث ان الإطلاق منزل على قبضه في بلده فليس للمقرض المطالبة به في غيره كما أنّه لو بذل له المقرض لم يجب عليه قبضه (- أيضا-) لما في نقله الى ما عيّنه الشارع مرضعا للقبض من المؤنة و إذا لم يجب عليه دفع عين الحق فكذا قيمته لعدم وقوع المعاوضة عليها و لو شكّ فالأصل عدم وجوب دفعه في غير بلد التعيين كذا قيل و قد يناقش فيه أولا- بأن إطلاق القرض ليس كإطلاق البيع و شبهه فان تخصيص وجوب التسليم في بلد العقد هناك ممّا يستفاد من نفس إطلاق العقد بخلاف القرض فانّ الظاهر أنّه مبني على حلول ردّ المثل متى طلبه المقرض أو دفعه المقرض الّا ان يشترط أحدهما الدّفع في مكان معيّن فانّ الظاهر لزومه لقاعدة الشرط كما سيجيء في محلّه و إذ كان الإطلاق (- كك-) فإنّه ظهر وجوب الدّفع متى طوّل به كالغصب خلافا لمن اشترط مصلحة المقرض ثمّ قال المناقش اعني كاشف

الظلام نعم قد يستثنى ما إذا اختلفت المكافاة في قيمته المثلى فيكون في موضع المطالبة أكثر بأن يقال بعدم وجوب الدّفع (- ح-) للضرر الّا ان يرضى المقرض بقيمة موضع القرض جمعا بين الحقيقتين ثمّ تنظر فيه بأنّه بعد تسليم اقتضاء العقد الحلول (- مط-) فأى دخل لزيادة القيمة و نقصها و الّا لأثر زيادة القيمة في مكان القبض عن قيمة وقت القرض في الانتقال إلى القيمة ثمّ قال سلّمنا انّ إطلاق القرض يقتضى تعيين تسليم مثله في بلده و لكن نقول ثانيا بأن إطلاق القول بعدم وجوب الدّفع على المقرض حتى لو كان ممّا لا يوثق بعوده على حدّ ما قرّرناه في الإشكال في السّلم لا وجه له كما سمعت ثمّ قال و ليعلم انه بناء على الجواب الأوّل من هذين يكون المطالبة بالطعام أو القيمة في بلد المطالبة و على الثّاني يكون المطالبة بقيمة بلد التسليم انتهى كلامه علا مقامه و أقول قد كان يخطر بالبال قبل العثور على مقالة الإشكال بتقرير آخر و هو أنّهم صرّحوا بأنّ القرض من العقود الجائزة و من آثار العقد الجائر ان لكل من الطرفين الفسخ متى شاء و أحبّ و انّ الشرط المذكور في ضمنه غير لازم الوفاء و الّا لزم مزية الفرع على الأصل ثمّ الفسخ كما يكون يقول فسخت فكذا يكون بالالتزام و على هذا فيلزم جواز المطالبة بمال القرض في أىّ موضع شاء و أحبّ مثلا ان أمكن و قيمته ان تعذر المثل سواء شرط الدّفع في موضع التسليم أو في موضع آخر معينا أو أطلق وجه اللزوم انه إذا كان القرض جائزا جاز الفسخ و كانت المطالبة فسحا بالالتزام و اشتراط الدّفع في موضع التسليم لا يؤثر بعد عدم لزوم المشروط فيه و من هنا يظهر ما في تسليم الفاضل المذكور لزوم الشرط نظرا الى عمومات الشّروط فإنّها مخصّصة بالشروط المذكورة في ضمن العقود

ص: ٢٣٨

اللازمة كما ظهر انّ الحقّ هو القول الأوّل من وجوب دفع المثل على المديون حيثما طالبه المقرض مع الإمكان و مع التعذّر فالقيمة قوله طاب ثراه ثمّ انه اعترض في (- لف-) بتعيّن قيمة بلد القرض (- اه-)

لعلّ نظره في ذلك الى ان موضع القرض هو موضع اشتغال الدّمة بذلك فتعيّن قيمة ذلك الموضوع قوله طاب ثراه و فيه تأمل

(- فت-) وجه التأمل انّ موضع التسليم و إن كان موضع اشتغال الدّمة ألا انّ المشتغل به هناك أنّما هي العين و اما الانتقال إلى القيمة و اشتغال الدّمة بها فموضعه موضع المطالبة فيلزم ان يكون المدار على قيمته لا قيمة بلد القرض و يومه قوله طاب ثراه و ظاهر بعض عدم جواز المطالبة (- اه-)

قد عرفت أنّنا القائل به و دليله كما عرفت سقوطه و لعله الى ما تقدّم من وجوه السّقوط أشار الماتن (- ره-) بالأمر بالتأمل في ذيل العبارة

قوله طاب ثراه أنّه لا يجوز مطالبته بالمثل (- اه-)

تقييد المطالبة بالمثل يكشف عن جواز مطالبته إيّاه في غير بلد الغصب (- أيضا-) في الجملة و هو (- كك-) بلا اشكال فيما يطالبه به على أقوال أحدها ما عراه الماتن (- ره-) الى الشيخ و القاضي استنادا الى ما في المتن ثانيها المطالبة بالمثل حيث كان و بالقيمة الحاضرة عند المطالبة و الإعواز و هو خيرة (- يع-) و (- عد-) و (- شاد-) و (- مع صد-) و (- لك-) و عن الشيخ يوسف والد العلامة و غاية المرام (- أيضا-) اختيار ذلك نظرا إلى أنّه حقّ ثبت عليه بعد و انه فيعمّ كلّ مكان و هو مؤاخذ بأسوء الأحوال و وجه وجوب القيمة عند الإعواز أنّه وقت الانتقال من المثل إلى القيمة في المثلي ثالثها ما اختاره في محكي (- لف-) من الإيجار على دفع المثل فان تعذّر فقيمة بلد الغصب كالقرض نظرا في وجوب دفع المثل حيثما طالبه ذو الحقّ الى ما عرفت من حجّة الثاني و في كون المطالب عند تعذّر المثل قيمة بلد الغصب إلى أنّه موضع اشتغال الدّمة و فيه ان بلد الغصب هو موضع الاشتغال بالعين و قد تعذّرت و اما الاشتغال بالقيمة فموضعه موضع الانتقال إلى القيمة بالتعذّر فتدبرّ

قوله طاب ثراه و يحتمل وقت التعذّر لأنّه وقت الانتقال إلى القيمة

فيه انّ الانتقال إلى القيمة عند تعذّر العين ليس مستقرّا بل هو في كلّ آن على سبيل البدل مخاطب بدفع المثل مع التمكن أو القيمة مع الإعواز و لو كان الانتقال إلى القيمة حين التعذّر مستقرّا لما عاد الخطاب بالعين إذا عاد التمكن فتعيّن قيمة يوم الدّفع هو الأظهر يقول مصنّف هذه الحاشية عبد الله المامقاني انّ هناك عدّة مسائل قد تداول الفقهاء (- رض-) التعرّض لها في باب القبض لم يتعرّض لها الماتن (- قدّه-) و لا بأس بختم الكتاب بها الأولى انه إذا قبض المشتري المبيع ثمّ ادعى نقصانه و لم يكن حين الكيل أو الوزن حاضرا فالقول قول المشتري فيما وصل اليه مع يمينه و البيّنة بينه البائع فإن أقامها و ألا حلف المشتري و أخذ التّفاوت و ذلك ممّا صرّح به جمع قاطعين به بل في الرّياض أنّه (- كك-) قول واحد بل عن (- كره-) نسبته إلى علمائنا و غاية ما تمسّكوا به لذلك وجهان أحدهما ما في هداية الأنام لبعض مشايخ العصر (- قدّه-) من التعلّق بظهور اتفاقهم عليه المعتضد بمخالفة من جعل الله تعالى الرّشد في خلافهم قال فإنهم ذهبوا الى غير ذلك كما في (- كره-) بل لعلّ المقام ممّا ورد الأخذ فيه بخلاف قول قاضي البلد إذا لم يرد فيه نصّ عنهم الثاني أصالة عدم وصول حقّ المشتري إليه السّالمة عن معاوضة الظاهر و غيره كما صرّح به غير واحد فيكون منكرا و البائع مدع و البيّنة على المدعى و اليمين على من أنكر و في الوجهين جميعا نظر اما الأوّل فلانّ المحضّل منه غير حاصل و المنقول صريحا غير موجود و لو كان فليس حجّية و تأييد ذلك بمخالفة من جعل الرّشد في خلافه لا وجه له لأنّ ذلك أنّما هو عند تعارض الخبرين و ما ذكره من انّ المقام ممّا ورد الأخذ بخلاف قاضي البلد ساقط لكون مورد ذلك (- أيضا-) الخبرين و ألا فأصول قواعد الدّعوى من كون اليمين على المنكر و البيّنة على المدعى احكام نبويّة مشتركة بيننا و بينهم كما لا يخفى و اما الثاني ففيه أولا ان تميز

المدعى من المنكر غير منحصر في الأصل بل له طرق آخر بل الحق الحقيقي بالقبول كما بيناه غير مرة كون المرجع في ذلك الصديق العرفي ضرورة ان المدعى والمنكر من الموضوعات المستنبطة المتعين استفادتها من العرف واللغة والمدعى عرفا من يترك لو ترك هو الدعوى والمنكر من يترك هو ان تركه غيره ونحن نرى هنا بالعيان ان المشتري لو سكت لسكت عنه البائع فينبغي ان يكون القول قول البائع مع يمينه ان لم يتم المشتري بينة على دعواه وثانيا انه على فرض البناء في التميز على كون المدعى من يخالف قوله الأصل والمنكر من يخالف قوله الأصل نقول كما ان قول المشتري يوافق أصالة عدم وصول حقه اليه فكذا قول البائع يوافق أصالة عدم نقص ما قبضه المشتري عن حقه فالأصلان متعارضان بل الحكم للثاني منهما لأن الشك في وصول حقه اليه ينشأ من الشك في نقص ما قبضه عن حقه فأصالة عدم النقص سببية وأصالة عدم الوصول مسببية والسببية مقدم على المسببية بلا ريب كما تقرّر في محله فيكون الموافق للأصل المعتمد هو قول البائع فيلزم ان يكون القول قوله مع يمينه وبالجملة فلم افهم لما ذكره (-) قدهم-) من تقديم قول المشتري بيمينه من مستند ولا وجه بل الذي يقتضيه التحقيق هو تقديم قول البائع بيمينه الا ان يكون للمشتري بينة فتسمع قطعا ولا يقدح في صحته ما اخترناه ذهاب بعض العامة اليه على ما قيل فان سلوك العامي مسلكا هو حق عندنا لا يمنع من اختيار ذلك المسلك ولا يرفع عنه وصف الحقيقة والحق أحق ان يتبع بل قد يؤيد ما قلناه أصالة الصيحة في دفع المسلم وقبضه إذ الفرض انه قبض على انه تمام الحق وصحة كلشيء بحسبه كما في الجواهر فتأمل المسئلة الثانية إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى نقصانه وكان قد حضر عند الكيل والوزن فالقول قول البائع بيمينه والبينة بينة المشتري وذلك أحد الأقوال في المسئلة وأشهرها بين الطائفة بل عن (- كره-) نسبة الى علمائنا بل في الرياض نفى وجدان الخلاف فيه وكأنه لم يطلع على غيره من الأقوال للندرة وقد تصدى لتوجيه هذا القول في (- لك-) بأن الأصل وإن كان عدم وصول المشتري اليه في الصورتين الا ان العمل على الظاهر فان الظاهر ان صاحب الحق إذا حضر استيفاء حقه يحتاط لنفسه ويعتبر مقدار حقه فيكون هذا الظاهر مرجحا لقول البائع و مقويا لجانبه ومعارضاً للأصل فيقدم قوله بيمينه قال وهذا مما رجح فيها الظاهر على الأصل وهو قليل ثم قال ويمكن توجيهه بوجه لا يحصل به التعارض بان يقال انه عند قبضه للحق وقبل دعواه الاختبار المؤدى الى التقصان كان يعترف بوصول حقه اليه وقبضه له كله فاذا ادعى بعد ذلك النقصان كان مدعيا لما يخالف الأصل إذ الأصل برأيه ذممة البائع من حقه بعد قبضه ويخالف الظاهر (-) أيضا-) كما قلناه فيبقى الأصل والظاهر على خلاف دعواه فان قيل هذا يستلزم قبول قول البائع (- مط-) لعين ما ذكرتم من التعليل قلنا إذا لم يحضر المشتري الاعتبار لا يكون معترفا بوصول حقه اليه لعدم اطلاعه عليه حتى لو فرض حصول ما يقتضى الاعتراف يكون مبتدئا على ظاهر الحال ومعتمدا على قول غيره الذي يمكن تطرق الخلل اليه كثيرا بخلاف ما لو حضر و (- أيضا-) فان البناء على ظاهر الحال لا يقتضى الإقرار بوصول حقه اليه بوجه حتى لو صرح بأن الذي وصل

ص: ٢٣٩

الى تسليمه على أنه مجموع المبيع بناء على الظاهر و ركونا الى قول الغير لم يكن إقرارا بوصول جميع حقه اليه بخلاف ما لو أقر بقبض الجميع بناء على حضوره الاعتبار فإنه يكون إقرارا صحيحا فيتحقق الفرق انتهى كلامه علا مقامه و هو و ان دقق النظر و حقق الأمر ألا ان الكلام معه في المبني إذ ليت شعري أى دليل دل على تميز المدعى من المنكر بموافقة الأصل و مخالفته و موافقة الظاهر و مخالفته ليس اللفظان من موضوعات الأحكام في الكتاب و السنة أم ذهل عن ان الله تعالى ما أرسل رسولا إلا بلسان قومه و أنه يرجع في خطابات و خطابات رسوله (- ص-) الى عرف القوم و لسانهم أم يشك في ان المدعى في العرف من يتركونه ان ترك هو الدعوى أم يتأمل في ان المشتري هنا لو ترك دعوى التقيصه لتركه البائع فالمشتري هو المدعى و البائع هو المنكر و البيئه على المدعى (- مط-) و اليمين على المنكر دائما فالحق الجرى في المسئلتين على مسلك واحد و هو الرجوع الى العرف و تقديم قول البائع في الفرضين و الله العالم و ربما تأمل صاحب (- ثق-) (- أيضا-) في الحكم المشهور فمنع أولا من حجبه الظهور ثم ناقش فيه باحتمال البهوه و الغفلة من المشتري و الاعتماد على كيل البائع و وزنه و الحق ما عرفت تنبيهات الأول أنه حكى عن العلامة (- ره-) أنه فضل في (- كره-) بتقديم قول مدعى التمام ان اقتضى النقص بطلان العقد كالتصرف بعد التفريق و السلم و الأ فيقدم قول مدعى النقص و عن (- س-) احتمال ذلك قيل و لعله لاندرج الأول في مدعى الصيحه و الفساد بخلاف الثاني و إن كان قد يناقش كما في الجواهر يمنع كون الأول (- كك-) بعد فرض عدم اعترافه بما يقتضى الحكم عليه بالصحة كما لو قال قبضته بإخبار البائع أنه تمام و الفرض تسليم البائع ذلك مجرد ذلك لا يقتضى الحكم عليه بصحة العقد المشتري فيه التقابض الذي مقتضى الأصل عدم حصوله إن كان قد وقع العقد بمعنى الإيجاب و القبول إذ ذلك بمجرد لا يقتضى حصول الشرط المتأخر كما هو واضح خصوصا بعد ملاحظه نظائره مما يشترط في صحته القبض كالزهن و الهبة و نحوهما بل ربما زاد بعض مشايخ العصر (- ره-) فاعترض على التوجيه المذكور بأن أصالة العدم جارية في المقامين و أصالة صحة العقد بمعنى ترتب أثره عليه إنما تجرى بعد البناء على صحته ظاهرا و ترتب أثره شرعا من المتعاقدين و لو في الجملة و بعد الإقرار بوقوع البيع مثلا ثم النزاع فيها و أنت خبير بما فيه ضرورة أن تسالمهما في الفرض على وقوع البيع حاصل و كذا على وقوع القبض و إنما النزاع في صحة القبض و فساده و قد قام الإجماع على تقديم مدعى الصيحه و من هنا يتوجه الإشكال على ما سمعت من شيخ الجواهر بان عدم تمامية التوجيه في بعض فروض المسئلة كقوله قبضت بإخبار البائع أنه تمام لا يقتضى رفع اليد عن قاعدة تقديم قول مدعى الصيحه حتى في المورد الذي لا مانع من جريانه فيه بعد عدم ثبوت اتفاقهم على عدم الفصل كما لا يخفى فالأولى رد التوجيه بمنع رجوع دعوى التمام الى دعوى الصيحه و دعوى النقص الى دعوى الفساد كى تجرى القاعدة ضرورة ان صحة كلشيء بحسبه و صحة القبض عبارة عن وقوعه على النحو الشرعى كإقباضه من المشتري أو وكيله و هما في الفرض متسالمان على الصحة بهذا المعنى و إنما النزاع في حصول قبض ذى الحق جميع الحق أو بعضه و ذلك لا ربط له بدعوى الصيحه و الفساد بوجه و دعوى ان صحة القبض عبارة عن أخذ جميع الحق واضحة السقوط الثاني انه ربما يحكى عن أية الله في (- لف-) قول آخر في المسئلة الثانية و هو ان القول قول البائع بيمينه ان ادعى المشتري نقضا كثيرا و الوجه قبول قوله في قليل يمكن وقوعه في الكيل قال في الجواهر و كأنه لحظ عدم الظهور يعنى ظهور الحضور في تمامية المقبوض في الأخير يعنى قلته التفاوت بخلاف الأول ثم قال و فيه منع قلت لا وجه للمنع بعد كون المبني في تقديم قول البائع في الفرض ظهور الحضور في التمامية فالأ-جود توجيه المنع إلى أصل البناء على كون المدعى من خالف قوله الظاهر كما ارتكبه هو (- ره-) في المسئلة الأولى حيث قال و احتمال ان القول قول البائع بيمينه ان ادعى المشتري نقصانا كثيرا قد لا يخفى مثله على القابض بخلاف القليل الذي يمكن خفائه نحو ما تسمع من (- ير-) في صورة الحضور ناشئا من ملاحظه معارضة الظاهر للأصل في الأول بخلاف الثاني يدفعه منع الظهور (- مط-) مع عدم الحضور أولا و منع حجبه بحيث يعارض الأصل ثانيا و دعوى أنه به يكون البائع منكر بناء على أنه ما وافق الظاهر فيقدم (- ح-) بيمينه يدفعها مضافا الى ما عرفت منع تسليم كون المنكر ذلك بل

القول بأنه ما وافق قوله الأصل أقوى منه نعم لو فرض قرائن تشهد بكذب المدعى على وجه يحصل العلم للحاكم لم تسمع دعواه لذلك كما لو ادعى قبض حقه بعنوان أنها وزنه و كان من أهل الخبرة انتهى كلامه علا مقامه فلا تذهل الثالث ان ما ذكر انما هو فيما لو اعترف المشتري بقبض المبيع و ادعى نقصانه و امّا لو قال حضرت و لم تعطني جميع حقي الذي وقع عليه العقد و قال البائع قد أقبضت فقد صرح جماعة منهم العلماء (- ره-) في (- عد-) و الشهيد (- ره-) في اللعنة و محكي (- س-) و الحواشي و المحقق و الشهيد الثانيان في (- مع صد-) و (- لك-) و (- الروضة-) و غيرهم بانّ القول قول المشتري يمينه سواء حضر الاعتبار أم لا بل في مفتاح الكرامة أنه ممّا لم يجد فيه مخالفا و لا متأملا و في كشف الظلام انّ الظاهر أنه لا خلاف فيه بل عليه الإجماع على الظاهر المصرح بما يظهر منه ادعائه في الكفاية و الزياض انتهى و الوجه في ذلك أنه في الفرض السابق كانا متفقين على قبض المبيع و انما كان المشتري يدعى النقص و البائع ينكره و هذا بخلاف الفرض فإنهما لم يتفقا هنا على تسليم المبيع و انما البائع يدعى و المشتري ينكره فهنا لو ترك البائع دعوى الإقباض لتركه المشتري لا يقال ان ترك المشتري غير متصور بعد مطالبته بعد ذلك بالمبيع بل الذي يترك النزاع لو ترك صاحبه الدعوى هو البائع فإنّ المشتري لو ترك دعوى عدم وصول الحقّ إليه لسكت البائع لأننا نقول ان اعتراف البائع لوقوع البيع اقتضى اشتغال ذمته بالمبيع و لازم ذلك كونه مدعيا لأنه يدعى تحصيل البراءة و المشتري ينكر ذلك و ان البائع يترك دعوى تحصيل البراءة لسكت المشتري و مطالبته له بالمبيع لا يقتضى كونه مدعيا بعد كون الاشتغال ثابتا باعتراف المنكر و من هنا ظهر الفرق على المختار في أصل المسئلة بينها و بين الفرض و امّا على مذهب الجماعة من الفرق هناك بين الحضور و عدمه بتقديم قول البائع في الأول و قول المشتري في الثاني و إطلاق تقديم قول المشتري في الفرض فالفرق أنهما لم يتفقا على تسليم المبيع و انما البائع يدعى و المشتري ينكره و لا يلزم من حضور المشتري الاعتبار حصول تسليمه و امّا في المسئلة الأولى فقد اتفقا على تسليم ما يعدّ انه مبيعا و المشتري يدعى نقصانه عن القدر المعين و لا يلزم من هذا أنه يجب ان يكون القول قول البائع (- مط-) حضر المشتري الكيل أم لم يحضر لأنه إذا لم يحضر الاعتبار لا وجه لتقديم قول البائع لأنه انما بنى على قول غيره و تمسك بظاهر الحال و تطرق الخلل اليه كثير بخلاف ما لو حضر و (- أيضا-) فالبناء على ظاهر الحال لا يقتضى وصول حقه بوجه فإنه لو صرح بأنّ الذي وصل اليّ تسلّمته على أنه مجموع المبيع بناء على الظاهر و ركونا على قول الغير لم يكن إقرارا بوصول حقه إليه فالأصل في المقام عدم وصول حقه اليه و بقاؤه عند البائع و ليس لهذا الأصل معارض من ظاهر و غيره

ص: ٢٤٠

كما في الشق الآخر فكان قوله يمينه هو المقدم و الى ذلك أشار الشيخ الشهيد الثاني (- ره-) في (- لك-) بقوله و لو أنه مع فرض حضوره ادعى عدم قبض جميع حقه محولا لها عن دعوى الغلط قبل قوله (- أيضا-) لأصالة عدم قبض الجميع و ما ذكر من الأصل الآخر و الظاهر منتف هنا إذ يلزم من حضور المشتري الاعتبار قبضه لجميع حقه و هو واضح و هذه من الحيل التي يترتب عليها الحكم الشرعي فإنه مبني على القواعد الظاهرة المنضبطة انتهى (- فت-) الرابع ان الظاهر اتحاد الحكم المزبور في المعدود و لو مذكورا كالمكيل و الموزون و ان اقتصر بعضهم على الثاني كما تبه على ذلك في مفتاح الكرامة و الجواهر و غيرهما لاتحاد الطريق في الجميع الخامس أنه على القول بالفرق بين حالتى الحضور فى أصل المسئلة فهل حضور الوكيل كحضور الموكل وجهان أشبههما الاتحاد لاتحاد الطريق (- فت-) جيدا السادس انه قال فى الجواهر ان المدار فى الظاهر الذى يترتب عليه الحكم هو ما كان متحققا فى غالب الأفراد لا ما اتفق باعتبار فرد خاص قد انضمت اليه بعض القرائن الحالية أو المقالية (- فت-) جيدا انتهى و هو متين بناء على اعتبار الظاهر فى المقام كما عليه الجماعة المسئلة الثالثة انه لو اشترى عينا بعين و قبض إحداهما ثم باع ما قبضه و تلفت العين الأخرى فى يد بائعها بطل البيع الأول و لا سبيل إلى إعادة ما بيع ثانيا بل يلزم البائع قيمته لصاحبه و هذا الذى ذكرناه ينحل الى حكمين صرح بهما جمع كثير قاطعين بهما بل فى (- ثق-) نسبتها إليهم بل نفى بعضهم معرفة الخلاف فيهما و هو فى محله إذ لم يحك خلاف فى ذلك و لم نقف على من تأمل فيهما أو خالف و الحجية أما على الحكم الأول و هو بطلان البيع الأول فهى ان تلف المبيع قبل القبض من مال بايعه بمعنى ان المبيع ينتقل قبل التلف آنا ما الى ملك البائع فيتلف منه فالتلف مستلزم للانفساخ قبل التلف بان و هو المطلوب لكن لا يخفى عليك ان هذا الوجه إنما يتم حجة على إطلاق الحكم المذكور ان لو قلنا ان حكم الثمن فى كون تلفه ممن انتقل منه حكم المبيع و إنما لم يفد الوجه المذكور إنما بطلان البيع الأول فى خصوص ما إذا كان التالف هو المبيع كما لا يخفى و أما حجة الحكم الثانى و هو عدم بطلان البيع الثانى ببطلان الأول فهى ان لازم ما ذكر من مبنى الوجه الأول إنما هو انفساخ البيع من حين التلف اى قبله بأن يكون البيع الثانى مصادفا للملك ضرورة ان العين المبيعة كانت ملكا خالصا للبائع و إنما طرء البطلان على العقد بعد انتقال العين فلا يؤثر فيما سبق من التصرفات بل يلزم البائع الثانى دفع المثل إن كانت العين مثلية و القيمة إن كانت قيمية كما لو تلفت العين و بالجملة فلا سبيل الى بطلان المعاوضة الصريحة اللازمة لمجرد حدوث مبطل المعاوضة الأولى بالنسبة إلى الآن الواقع بعد المعاوضة الثانية فان الحق هنا متعلق بثالث فيجعل بمنزلة التلف لأن المانع الشرعى كالمانع العقلى و كما يقدر رجوعه الى ملك ناقل هناك فكذا (- فت-) جيدا تنبيهات الأول أنه قد يحتمل فى المقام و قوف العقد الثانى على حصول القبض من الطرف الآخر نظرا الى تعلق حق الغير بالمبيع على تقدير التلف فلا يكون ملكا (- مط-) للبائع و فيه ان المنافى لذلك إنما هو فعليه الحق لا (- مط-) و ان لم يجز إتلافه بأكل و نحوه مع أنه جائز قطعا الثانى ان المعتبر هل هو القيمة يوم البيع أو يوم تلف العين الأخرى وجهان من أنه وقت تعدد المثل و من ان القيمة (- ح-) لم تكن لازمة للبائع و إنما لزمت بتلف العين الأخرى الموجب لبطلان البيع و لعل الثانى أجود الثالث انه لو كان العقد الثانى جائزا و لو لخيار فيه ففى وجوب فسخه عليه وجهان من أنه كالهبة قبل التصرف و من الأصل و منع كونه كالهبة و هذا أقرب و عليه فهل يجب لو اختار الفسخ دفع العين الى مالكة الأول أم لا وجوه ثالثها التفصيل بين ما بعد دفع القيمة و ما قبله بوجوب دفع العين على الثانى دون الأول و منشأ الاحتمال الأول الذى قواه فى الجواهر أنه و إن كان للفسخ مدخلا فى الملك من حينه إلا ان المملك الأول قد انفسخ ففسخ العقد الثانى يرجعه على مقتضى العقد الأول المفروض انفساخه فيعود الملك الى مالكة الأول بمجرد فسخ العقد نعم لو كان انتقاله اليه بعقد جديد كهبة و نحوها أتجه عدم وجوب دفع العين عليه و

منشأ الاحتمال الثانى ان دخولها فى الملك بالفسخ بمنزلة الملك الجديد و بالتلف قد اشتغلت ذمة المشتري بقيمتها و لا تعلق للبائع بها مع كونها فى ملك غيره و لا دليل على برأيه ذمته منها و تعلق حق البائع بالعين بمجرد تجدد ملك لها و الأصل البقاء فيهما معا لا شاهد على كون التلف فى هذه الصورة ليس موجبا لشغل ذمة المشتري بالقيمة و إنما هو موجب لعدم تملكه للعين بالسبب الجديد

فتكون فائدته عود الملك إلى الأول ابتداء أو بعد دخوله في ملك المشتري انا ما بل قد يقال بان المبيع المقبوض لو خرج عن ملك المشتري ثم عاد اليه قبل تلف عوضه ثم تلف العوض قبل قبضه و انفسخ البيع لم يرجع المبيع إلى بائعه و إنما يوجب له قيمته على المشتري للأصل و لأنها هي المستحقة حال خروجه عن ملكه و لأن الانفساخ إنما يوجب رجوع ما أثره نفس العقد المنفسخ ما دام باقيا على حاله اقتصارا على المتيقن في مخالفة الأصل لا رجوع الملك (- مط-) اللهم إلا ان يتم إجماع على عدمه و على رجوع الملك (- مط-) بمجرد مقارنة الانفساخ لكون الملك للمشتري و نحوه و أتى له بذلك و منشأ الاحتمال الثالث أنه مكلف برد العين و إنما ينتقل إلى القيمة بتعذره أو بكونها في ملك غيره حال دفعها و كلاهما مفقودان في صورة الفسخ قبل دفع القيمة و هذا بخلاف ما بعد دفع القيمة ضرورة ملك البائع (- ح-) للقيمة بمجرد قبضها و لا دليل على جواز فسخه له و الرجوع بعينه فتأمل جيدا الزايع أنه لو تلف العين الأخرى في يد بائعها ثم باع المشتري ما قبضه فلا ريب في وقوف بيعه على إجازة البائع الأول ضرورة رجوع الملك بمجرد التلف من غير فرق بين علم المشتري و جهله و لكن في مجمع الفائدة أنه إن كان البيع الثاني قبل التلف فذلك غير بعيد و إن كان أعم كما هو ظاهر المتون فليس بواضح قلت لعل ذلك لعطف التلف على البيع بالواو في نحو عبارة (- يع-) إلا ان الموجود في كثير منها كالقواعد و (- كره-) و محكي (- ير-) و (- س-) و غيرها العطف بثم و هو مراد الباين بل و ظاهرهم كما قيل و لعله (- كك-) اعتمادا على ظهور الحكم الخامس انه لو لم يقبض المشتري المبيع من المشتري الثاني و تلفت العين الأخرى لم يبطل بيعه كما يستظهر من كثير من العبارات من غير خلاف فيه يعرف لاتحاد المناط و لكن في (- كره-) أنه لو تلفت العين الأخرى قبل قبض المشتري بطل البيعان و كان مراده بالأخرى كما قيل هي المبيعة ثانيا لا الباقية في يد بائعها و لكن عن (- ط-) أنه إذا اشترى من رجل عبدا بثوب و قبض العبد و لم يسلم الثوب فباع العبد صحَّ بيعه لأنه قبضه و انتقل ضمانه إليه إذا باعه و سلمه الى المشتري ثم تلف الثوب الذي في يد البائع انفسخ البيع و لزمه قيمة العبد لبائعه لأنه لا يقدر على رده بعينه فهو بمنزلة المستهلك و ان باعه و لم يسلمه حتى تلف العبد و الثوب جميعا في يده بطل البيعان معا و حكى نحو ذلك عن (- كره-) و الأجود هو ابطال البيع الثاني (- أيضا-) نظرا الى نحو ما مرَّ في بطلان البيع الأول (- فت-) جيدا السادس أنه قال في الجواهر لو جهل تاريخ كل من البيع الثاني و التلف اتجه البطلان بناء على ان مقتضى تعارض الأصلين الاقتران الذي لا ريب في البطلان مع تحققه و اما إذا قلنا بعدم الاقتران و ان الأصل يقتضى عدمه أيضا فيمكن الصحة تسمى كما بأصالتها الناشئة من إطلاقات البيع و عموماتها فتأمل انتهى و أشار بالأمر بالتأمل إلى أن أصالة الصيغة لا تثبت التأخر المتوقع عليه الصحة فالبناء على البطلان أوجه فتدبر جيدا صورة خط المصنف ادام الله بقاءه هذا ختام الكلام في هذا الكتاب و الحمد لله تعالى على ان وفقني للإتمام و الصلوة و السلام على محمد خير الأنام و آله البررة الكرام و قد انتهى الحال بي إلى هنا مع تشويش الفكر و البال يوم الاثنين سادس شهر صفر سنة ألف و ثلث مائة و اربع و عشرين من الهجرة الشريفة النبوية عليه و على آله ألف صلاة و تحية سنة ١٣٢٤ و قد فرغت من تسويد هذه النسخة الشريفة (٢١) من ذى قعدة الحرام سنة ألف و ثلثمائة و اربع و أربعين من الهجرة النبوية حرره احمد بن الشيخ محمد حسين الزنجاني

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

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 والمتقنين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقله 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 والمتقنين 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 القائمية 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 كiosk، 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 القائمية 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 مجمع القائمية الثقافى والدينى فى أصفهان، مكاتب مراجع التقليد، مركز النور للدراسات

الكمبيوترية فى العلوم الإسلامية، مؤسسه مهر للدراسات الكمبيوترية فى الحوزة العلمية بأصفهان، مركز المكتبات العامة، المتاحف

ومركز الوثائق لآستان القدس الرضوى، مؤسسه تبيان الثقافيه، منظمة الحج والزيارة، منشورات مسجد جمكران المقدس، منظمات

والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباهه اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونى : Info@ghaemiyeh.com

هاتف المكتب المركزى ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شئون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
أصبحان
الغائمة



للحصول على المكتبات الخاصة الأخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للإيحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

