

حاشية المكاسب

(ط.ق)

الجزء: ٢

السيد اليزدي

الكتاب: حاشية المكاسب (ط.ق)
المؤلف: السيد اليزدي
الجزء: ٢
الوفاة: ١٣٣٧
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة:
سنة الطبع: ١٣٧٨
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٣	في بيان أصالة اللزوم في العقد
٥	في بيان القول في خيار المجلس
٩	في بيان تعيين مبدأ خيار المجلس
١٠	في بيان مسقطات خيار المجلس
١٧	في بيان القول في خيار الحيوان
١٩	في بيان مسقطات خيار الحيوان
٢٥	في بيان خيار الشرط
٣٥	في بيان خيار الغبن
٤١	في بيان مسقطات خيار الغبن
٤٨	في بيان أن خيار الغبن فوري أم لا؟
٥٢	في بيان خيار التأخير
٥٥	في مسقطات خيار التأخير
٥٧	في بيان خيار الرؤية
٦٣	في بيان اختلاف المتبايعين في صفة المبيع
٦٦	في خيار العيب
٧١	في بيان مسقطات خيار العيب
٩٢	في اختلاف المتبايعين في موجب الخيار
٩٨	في بيان افراد العيوب الموجبة للخيار
١٠٤	في تعارض المقومين
١٠٦	في بيان معان الشرط
١٠٩	في أنه يجب ان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب والسنة
١١٤	في عدم جواز كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد
١٢٩	في بيان حكم تعدد الشرط
١٣٣	في بيان جواز اسقاط الشرط للمشروط له
١٣٥	في بيان أحكام الشرط الفاسد
١٤٣	في بيان كيفية ارث الخيار
١٥٨	في أحكام الخيار وما يناسبها
١٦٢	في عدم جواز تصرف غير ذي الخيار
١٦٧	في أن التلف في زمان الخيار فمن لا خيار له
١٧٢	في عدم وجوب تسليم العوضين في زمان الخيار
١٧٤	في بيان النقد والنسيئة

هذا

ما علقه دام ظلّه

على مسائل خيارات المكاسب

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين ولعنة الله على أعدائهم
أجمعين وبعد فيقول العبد الأقل

محمد كاظم ابن عبد العظيم الطباطبائي اليزدي هذا ما علقته على مصنف الشيخ المحقق
المدقق العلامة وحيد عصره وفريد دهره الشيخ مرتضى

الأنصاري أعلى الله مقامه في الخيارات وأرجو ان ينتفع به الطلاب والله الموفق للصواب
أو إليه المرجع والمآب قوله غلب في كلمات الخ أقول

فعلى هذا ليس من النقل إلى المبائن لان معناه اللغوي ملك مطلق الامر أعم من فسخ العقد
وغيره والظاهر أن الخيار لغة لا يضاف إلى غير الأفعال

فلا يطلق على ملك الأعيان والمنافع والسر ان المصدر وهو الاختيار لا يضاف الا إلى
الأفعال ولو قيل بيده اختيار العين الفلاني يقدر مثل

لفظ التصرف أو نحوه قوله ولعل التعبير الخ أقول لا يخفى ان الملك لغة السلطنة وفي
العقود الجائرة أيضا السلطنة متحققة

فلا دلالة في التعبير المذكور على ما ذكره الا ان يراد من الملكية السلطنة المطلقة على
الفسخ بمعنى كون امره بيده من جميع الجهات كما في لفظ الملك المضاف

إلى الأعيان وهو غير ظاهر إذا لملك المضاف إلى الأفعال يمكن ان يجعل بمعنى السلطنة
على نفس ذلك الفعل بمعنى القدرة عليه لا بمعنى كونه مملوكا له

ومسلطا عليه من حيث يسار التصرفات قوله من الحقوق لا من الخ أقول الفرق بينهما
مفهوما واضحا وهو ان الحق مرتبة ضعيفه من

الملك بخلاف الحكم فإنه لا يرجع إلى اعتبار ملكية للمحكوم له فإذا قال الشارع يجوز
شرب الماء أو اكل الملح مثلا فليس هناك الا أنشأ من الشارع ولا

يعتبر واجدية المحكوم له لشيء بان يكون له شيء يكون امره بيده بل ليس إلا عدم منع
الشارع من الشرب والأكل وهذا بخلاف قوله له الفسخ أوله الخيار فإنه

يعتبر هناك شيء مملوك له بحيث يكون واجد الشيء امره بيده نظير ملك الأعيان فان نفس
العين مما يكون مسلطا عليه فالخيار بمنزلة تلك العين امره

بيد من له الخيار هذا واما تشخيص الصغريات ففي غاية الاشكال ولا ضابط له نعم قد
تشخيص بلحاظ الآثار مثل جواز النقل أو الاسقاط أو الإرث

أو نحو ذلك فإنها من اثار الحق إذا الحكم غير قابل لشيء منها واما العكس فليس دليلا
على كونه حكما إذ يمكن ان يكون الحق مما لا يتعدى ولا يسقط

كما في ملك الأعيان الغير القابلة لذلك كالوقف وأم الولد ونحو ذلك قوله ففيه ان مرجعه
إلى الخ أقول فيه منع ذلك بل حقيقته

تثبيت العقد بحيث لا يقبل الانفساخ غاية الأمر ان اسقاط الخيار أحد أسباب التثبيت وانما
جيبى بهذا القيد لاخراج الجواز في العقود الجائرة حيث إنه

ليس مالكا لهذا التثبيت فيها فهو لبيان كون الخيار من الحقوق حيث إن امره بيد من له

الخيار هذا ولكن التحقيق عدم اعتبار هذا المعنى في حقيقة
الخيار وان كان الا من كذلك فعلا بمعنى ان في كل خيار يمكن تثبيت العقد ولكن
حقيقته ليس إلا السلطنة على الفسخ وعدمه فلو فرض في مقام
عدم امكان جعل العقد ولكن حقيقته ليس إلا السلطنة لازما لا يعد منافيا للخيار والحاصل
انه لا يعتبر في حقيقة السلطنة على اقرار العقد
لا لما ذكره المصنف رجوعه إلى اسقاط الخيار بل لما ذكرنا فتدبر قوله مع أن ظاهر الا
إلزام الخ أقول فيه مع ذلك بل هو أعم منه ومن جعله

(٢)

لازما من قبله بل هو المتبادر منه واللزوم من الطرف الآخر انما يجيء من جهة عدم الخيار له إذا فرض ذلك كما أن تأثير الفسخ من الطرفين انما هو من جهة عدم امكان التفكيك فيه وإلا فلا ظهور في اللفظ فيه قوله والغرض تمكن أقول الظاهر أن هذا وجه اخر وحاصل كلامه ان الأصل للزوم لأن المفروض حصول الملكية والأصل بقائها لان الغرض لا يتم الا باللزوم فيرجع إلى كون ذلك مقتضى بنائه بحسب وضعه عند العرف قوله وفيه أنه ان أراد الخ أقول و أيضا لا دليل على حجية الغلبة قوله فغالبا ينعقد الخ أقول يمكن ان يكون مراده ندرة أسباب الخيار وموارده إذ هي منحصرة في خمسة أو سبعة أو نحو ذلك قوله وان أراد غلبة الا زمان فهي الخ أقول يمكن ان يقال إذا شك في فرد من البيع انه لازم أو جائز فلا مح يكون الشك في جوازه في زمان خاص فيلحق بالغالب من حيث الأزمان فينفع في الافراد أيضا غاية الأمر ان الحكم يثبت ح من حيثية الأزمان وهذا لا يضر بالمطلب والحاصل ان حيثية الشك من حيث الزمان ملازم لحيثية من حيث الافراد فإذا ثبت الحكم من الجهة الأولى كفى في المدعى قوله مع أنه لا يناسب الخ أقول وجه عدم المناسبة ان مورد الخيار ح مقابل الغالب فليس خارجا عنه فتدبر قوله بمعنى ان وضع البيع الخ أقول الانصاف ان هذا الوجه أحسن الوجوه وأتمها ومحصله ان بناء البيع على اللزوم فإذا ورد دليل الامضاء كفى قوله نعم لو كان في أول الخ أقول على هذا أيضا لا ينافي البناء على اللزوم فان مقتضى البيع عرفا لزومه دائما وانما خرج زمان المجلس تعبدا بل لو كان خيار المجلس حكما عرفيا أيضا لا ينافي أصل اللزوم بهذا المعنى إذ على هذا نقول وضع البيع على اللزوم بعد التفرق والحاصل انه لا فرق بين جعل الخيار حقا أو حكما في ذلك فتدبر قوله فان ظاهره ان الخ أقول يمكن توجيهه كلام العلامة بان التزلزل الذي في العيب غير الخيار المصطلح إذ هو عبارة عن ملك فسخ العقد وهذا شئ اخر إذ هو ملك لاحد الامرين منه ومن اخذ الأرش فتدبر قوله نعم قد يساعد عليه الخ أقول الاشكال المذكور جار في عبارة التذكرة أيضا حيث جعل أحد الامرين ثبوت الخيار والاخر ظهور العيب ومقتضى توجيه المصنف ان يكون الثاني ثبوت الخيار من جهة العيب وليس كذلك وان كان الغرض التأويل فهو جار في عبارة القواعد أيضا كما لا يخفى قوله فالعقد بالنسبة إلى جزء الخ أقول لا يعقل النسخ بالنسبة إلى الجزء الا برد ما يقابله من العوض إذ مقتضى مقابلة المجموع بالمجموع كون بعض المبيع في مقابلة هذا الجزء من الثمن فإذا رجع إلى المشتري يرجع ما يقابله إلى البايع فلا بد من التزام ان هذا الفسخ والاسترداد ابطال وإزالة للعقد بتمامه وجعله واقعا على مجموع المبيع وما بقي من الثمن وعلى هذا فالتزلزل انما هو بالنسبة إلى الكل لا خصوص جزء الثمن قوله لكنه مبني على كون الخ أقول بناء على كون الأرش غرامة أيضا يمكن

تصحيحه بأنه يعد عرفاً جزءاً من الثمن قد رد المشتري فالبيع الواقع على المجموع كأنه قد انفسخ ووقع على ما بقي فهو وإن لم يكن جزءاً حقيقة إلا أنه بمنزلة الجزء ولذا لو فرض فسخ البيع بعد أخذ الأرش بسبب آخر يسترجه البائع أو يرد إلى المشتري ما بقي من الثمن وليس له أن يقول هذه غرامة خارجية قد استوفيتها ويسترد تمام الثمن فليس حالها حال النماء الذي استوفاه المشتري قوله فلا يقتضى ذلك الأصل الخ أقول إلا أن يكون ذلك العقد أيضاً مثل البيع في كون بنائه عرفاً على اللزوم إذ ح كفيه دليل الامضاء قوله والمراد بالعقد مطلق العهد أقول الظاهر كما صرح به بعضهم أن المراد من العقود في الآية مطلق العهود أعم من التكليف الإلهية والعهود التي بين الخلق والخالق كالنذر وشبهه والعهود التي بينهم بعضهم مع بعض وح فاما أن يجعل الأمر للوجوب ويكون خروج المستحبات والعقود الجائزة من باب التخصيص واما أن يجعل للقدر المشترك بين الوجوب والندب فيشمّلها أيضاً وعلى هذا يسقط الاستدلال لكن إذا دار الأمر بين التخصيص والمجاز فالأول أولى نعم بعد الاعتراف بشمولها للتكليف الإلهية ويعد خروج المستحبات منها كما هو لازم الوجه ودعوى أن العقد هو العهد الموثق ولا توثيق في المستحبات فهي خارجة من باب التخصيص مدفوعة أولاً بمنع اعتبار التوثيق وثانياً بان لازمه عدم شمول العقود الجائزة أيضاً إذ لا توثيق فيها فمع الشك في اللزوم والجواز لا يمكن التمسك بالآية لعدم احراز كون المشكوك داخلاً فيها شر يمكن أن يقال إن العموم الأزمانى إنما ينفع فيما كان وفائه قابلاً للاستمرار لا في مثل العقود التي مفادها التمليك فإنه غير قابل للاستمرار نعم أثره وهو الملكية باقية أبداً إلى أن يرفعه رافع والا فإيجاد هذه الصفة كما هو مفاد قوله بعثك أنى إذ ليس المراد من بعث أو ملكت بعث أبداً أو ملكت أبداً فترتيب آثار الملكية في الزمان الثانى إنما هو من حيث إنها من مقتضيات الملكية فلا يعد وفاء للعقد وبالجملة فالوفاء في هذه العقود انى الحصول لأنه عمل بمضمونها وهو مجرد حصول الملكية لا الملكية الأبدية فتدبر قوله فيستدل بالحكم التكليفي أقول وذلك لأن عدم جواز التصرف حتى بعد الفسخ لا يكون إلا مع عدم تأثير الفسخ والا كان التصرف في ملكه فيكون الحكم التكليفي المستكشف بالعموم كاشفاً عن الحكم الوضعي ولو قلنا بعدم تأصل الأحكام الوضعية نقول إن بطلان الفسخ ليس إلا حرمة التصرف فيما انتقل عنه بمعنى أنه ينتزع منها قوله من أن معنى وجوب الوفاء الخ أقول وعلى هذا فيكون الأمر للإرشاد إذ لا معنى لوجوب العمل بالعقد الجائز إلا إرشاداً فهو نظيران يقال يجب العمل بمقتضى التكليف الإلهية أن واجباً فواجباً وأن ندباً فنذباً فتدبر قوله توضيح الضعف الخ أقول اللزوم والجواز قد يكونان جزئيين للعقد كما إذا قال ملكتك ملكية لازمة لا فسخ فيها أو ملكتك على أن لا فسخ أو قال ملكتك بشرط أن يكون إلى الفسخ وقد يكونان من الأحكام العرفية كما إذا فرضنا أن حكم التمليك

المطلق بالبيع عندهم عدم جواز الفسخ وحكم الاستنابة المطلقة

(٣)

عندهم جواز الفسخ كما أن حكم الهبة المجانية عندهم كذلك وقد يكونان من الأحكام الشرعية كحكم الشارع في البيع بالزوم وفي الهبة بالجواز فعلى الأول يدل الآية على وجوب العمل بمقتضاها لأن المفروض كونهما جزئين لمضمون العقد فهما داخلان ح في نفس المعاهدة بخلافها على الأخيرين إذا الظاهر من الآية الوفاء بمضمون العقد لا باحكامه العرفية أو الشرعية قوله الا حكم واحد تكليفي الخ أقول بل لا يمكن إرادة كليهما إذ يستلزم استعمال اللفظ في معنيين ويمكن ان يكون نظر المستدل أيضا إلى ما ذكره المصنف لا إلى كون الحكمين في عرض واحد بقي شئ وهو انه يمكن تقريب الاستدلال بالآية بوجه آخر وهو ان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد حرمة الفسخ إذ هو مناقض للوفاء ولازم ذلك فساده وعدم تأثيره لكن فيه منع دلالة الحرمة على الفساد إذ ليس مثل هذا الحكم التكليفي كاشفا من الوضعي والفرق بينه وبين ما ذكره المصنف واضح إذ الحرام على هذا نفس الفسخ لا التصرف بعده والمفروض فيما ذكره حرمة التصرف بعده فهي لا تكون الا مع عدم تأثير الفسخ بخلاف المقام فإنه يمكن ان يكون الفسخ حراما ومؤثرا في إزالة العقد فان قلت يمكن حمل الآية على الارشاد إلى فساد الفسخ كما هو الشأن في الأوامر والنواهي المتعلقة بالمعاملات قلت هذا انما يتم إذا كانت الآية مختصة بالمعاملات وقد عرفت أن العقود منها شاملة للتكاليف والعهود الإلهية أيضا ولا معنى لا رادة الارشاد بالنسبة إلى التكاليف الا ان يقال إن المراد من الآية ان العهود مطلقا ثابتة إلى الأبد ولا تزول الا بالامثال في التكاليف والانتهاة إلى اخر المعاهدة في المعاملات فالامر بالوفاء ارشاد إلى هذا المعنى وعلى هذا فيتم التقريب بوجه احضر فان مفاد الآية ح أولا بيان الزوم والثبوت فتدبر قوله فان حلية البيع الخ أقول الانصاف ان هذه الآية لا دلالة لها الا على مجرد حلية البيع بمعنى التمليك والتملك ولا تعرض فيها لحلية التصرفات بعد البيع حتى تشمل باطلاقها ما كان بعد الفسخ قوله ومنه يظهر وجه الاستدلال الخ أقول هذه الآية متعرضة لحال التصرفات فان مفادها جواز الأكل بالتجارة الا انه لا اطلاق فيها بل هي بصدد مجرد كون الأكل بالتجارة حلالا في مقابل الأكل بالباطل من غير نظر إلى بيان مدة الحلية وانها في الجملة أو مؤبدة فتدبر قوله باطلاق الآيتين الأخيرتين الخ أقول قد عرفت ورود مثل هذا الايراد على الآية الأولى أيضا فلا وجه للتخصيص فتدبر قوله وموارد ترخيص الشارع الخ أقول على هذا التقريب يشكل الاستدلال إذ من المعلوم أنه لا بد من احراز الموضوع في التمسك بالعموم والاطلاق ومع فرض كون الإذن الشرعي كاشفا عن عدم كونه باطلا فمع الشك في الاذن بسبب الفسخ يشك في صدق الباطل فلا يمكن التمسك وصدق الباطل عرفا لا يكفي بعد فرض تصرف الشارع فيه إذا الموضوع ليس الباطل العرفي فالأولى ان يقال إن الموضوع هو الباطل العرفي وموارد الاذن مع صدق البطلان عرفا من باب التخصيص ويمكن ان يقرر الاستدلال بوجه آخر وهو ان الظاهر من الآية ان كل اكل باطل شرعا الا ما كان بالتجارة فتدل على أن الأكل بالفسخ لا مع رضا الطرف المقابل باطل وغير جائز هذا وقد يناقش في هذه الآية أيضا بان حرمة الأكل

فرع كونه مال الغير وهو مشكوك بعد الفسخ وفيه أن هذا انما يرد إذا جعلنا الأكل بمعنى التصرفات الواقعة بعد الفسخ وليس كك بل نجعله كناية عن مطلق التصرف حتى مثل الفسخ (والتملك وعلى هذا يكون نفس الفسخ) حراما غير مؤثر لأنه تصرف في مال الغير حيث إنه

إزالة لملكيته لكن يمكن ان يقال إن الحرمة لا تدل على الفساد وعدم التأثير جسما عرفت سابقا ولا يمكن ان يحصل النهي عن الأكل ارشادا إلى الفساد لأنه بالنسبة إلى سائر التصرفات حرام تكليفي فلا يمكن حمله على بيان الوضع بالنسبة إلى خصوص الفسخ هذا مع أن الأكل وان كان كناية عن مطلق التصرف الا انه لا ينصرف إلى مثل قوله فسخت فلا تدل على فساد فيجئ الشك في كونه مال الغير فلا يكون الموضوع محرزا فتدبر قوله ومما ذكرنا يظهر وجه الخ أقول هذه الرواية ظاهرة الدلالة

بالتقريب الذي ذكر حيث إنها أسندت الحلية إلى نفس المال لا إلى التصرف المنصرف إلى غير انشاء الفسخ فنفي حلية المال يشمل انشاء الفسخ أيضا فتدل على أن التملك بالفسخ غير حلال أي غير ممضى الا ان يقال إن الحلية فيها ظاهرة في الحلية التكليفية ولا مانع من كون التملك والفسخ حراما ومؤثر والحاصل ان ظهورها في الحرمة

التكليفية يكشف عن أن المراد نفى حلية التصرفات المتعلقة بالمال و ح يمكن دعوى الانصراف وعلى فرض الشمول لمثل الفسخ لا دلالة فيها على عدم تأثيره فيجئ الاشكال المتقدم من أن كونه مال الغير مشكوك بعد الفسخ فتأمل قوله لكن لا يعد منع صدق الخ أقول الحق ان الشرط بمعنى مطلق الالزام والالتزام فيشمل الشروط

البدوية ويدل عليه مضافا إلى التبادر وما عن الصراح من أنه بمعنى العهد اطلاقه في الاخبار كثيرا على الشرط البدوي مثل قوله (ع) ما الشرط في الحيوان قال ثلاثة أيام للمشتري وقوله صلى الله عليه وآله في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري وقوله (ع) في شراء الجارية إذا قبل أولا مس انظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته

إلى غير ذلك فان المراد به في هذه الموارد عهد الله بالخيار هذا مضافا إلى الفقرتين المذكورتين في المتن وتوجيههما على وجه يكون الالتزام في ضمن شئ بعيد لا حاجة إلى ارتكابه مع أن الداعي إلى التخصيص ان كان عبارة القاموس فهي محمولة على المثال وبيان المعنى على سبيل الاجمال والا فمن المعلوم عدم الاختصاص بالبيع ونحوه من المعاملات فان الشرط في الفقرتين بناء على توجيههما أيضا لا ينطبق على ذلك وعلى ما ذكرنا فهذه الرواية من أقوى الأدلة على لزوم قوله

أو علاقة يتفرع على الملك أقول يمكن ان يقال إن علاقة الملك لها مراتب والزائل بعض مراتبها وقد بقي بعضها وجواز التصرف معلق على ذلك البعض بناء

على عدم توقف جواز التصرف في زمان الخيار لمن له الخيار على الفسخ أولا والحكم بجوازه بلا نية الفسخ أيضا غاية الأمر انه يصير من استصحاب الكلى إذا شك في وجوده أولا

في ضمن الفرد الباقي فتأمل قوله إلى عموم أوفوا بالعقود الخ أقول هذا هو التحقيق بناء على إفادة الآية للعموم الا زمني لكنه خلاف مختار المصدر كما سيأتي تحقيق الحال انشاء الله ثم إن استصحاب الخيار مع الاغماض عن العمومات مما لا مانع

منه الا دعوى كونه من قبيل الشك في المقتضى وقد بين في محله حجيته أو دعوى أنه من استصحاب الكلّي البدلي وفيه أنه ليس كك بل هو من استصحاب الكلّي المحتمل وجوده من الأول في ضمن الفرد الباقي أيضا حيث إنه يحتمل تحقق خيار اخر غير خيار المجلس من

(٤)

الأول الا ان يكون الشك في حدوثه حين زوال خيار المجلس قوله فتأمل أقول لعل وجهه ان الكلام مع الاغماض عن العموم إذ مع فرض وجوده لا معنى للتمسك باستصحاب الملكية أيضا فلا تغفل قوله نعم هو حسن في خصوص المسابقة الخ أقول الظاهر جريان الاستصحاب في جميع المعاملات إذ الأصل بقاء اثرها وعدم زواله الا بالفسخ على وجه شرعي كائنا ما كان ذلك الأثر فتدبر قوله فان الأصل قصد الخ أقول هذا انما يثمر إذا كان جواز الرجوع معلقا على عنوان عدم القربة واما إذا كان معلقا على عنوان الهبة فلا كما لا يخفى إذا الأصل لا يثبت العنوان فتدبر قوله بل يرجع في اثر إلى اخر أقول هذا في غير صورة التنازع واما فيها فيمكن ان يكون الحكم بالتخالف والأقوى انه يختلف الحكم باختلاف تحرير الدعوى فان جعلنا النزاع في أصل العقد فالحق التخالف وان كان نزاعهما في ثبوت شغل الذمة بالعوض وعدمه فكما ذكره المصنف قوله حكم بالبراءة التي هي الخ أقول يمكن ان يقال إذا فسخ العقد يعلم اجمالا اما بخروج العين عن ملكه أو بثبوت العوض عليه فلا يمكنه اجراء البراءة وذلك لان لازم البيع العوض ولازم الهبة الانفساخ بالفسخ فتدبر قوله العموم على اليد الخ أقول هذا بناء على أن المستفاد من العموم المذكور اليد مقتضيا فلا يضره كون الشبهة مصداقية إذ الأصل ح عدم المانع من اقتضاؤها للضمان لكن لا يخفى ما فيه قوله كان الأصل البراءة أيضا أقول الرجوع إلى البراءة فرع عدم امكان التمسك بالعموم والا فالوجه الضمان وان جعلنا المستند دخوله في ضمان العين إذ عليه لا يرتفع العموم من البين غاية الأمر تعدد موجب الضمان نعم يتم ما ذكره إذا قلنا إن العموم لا يكفي الا في صورة كون ذي اليد داخلا في ضمان العين ومقدما عليه فتدبر قوله مضافا إلى أن مفاد الخ أقول يعني ان مقتضى أدلة الخيار ثبوته في مورد يكون الشخص مسلطا على التصرف في العوض المنتقل إليه حتى يمكنه نقله إلى الطرف المقابل بالفسخ وفي المفروض ليس كك إذ ليس امر المال بيد الوكيل وانما هو مسلط بمقتضى الوكالة على مجرد ايجاد الصيغة قلت يمكن منع ذلك بل القدر المسلم اعتبار السلطنة على نفس العقد ايجاد أو اعداما الا ترى أنه لو كان وكيلا في أصل المعاملة بان جعل امرها إليه من غير أن يكون وكيلا في التصرف في العين كفى في ثبوت الخيار على التحقيق الآتي وإن لم يكن كك عند المصنف فالمدار على السلطنة على المعاملة مطلقا وإن لم يكن مسلطا على سائر التصرفات في العين ولعل هذا مراد جامع المقاصد من الانصراف إلى العاقد المالك بان يكون مراده مالك العقد لا مالك العين فتأمل فالأولى ان يقال إن الأدلة منصرفة إلى صورة السلطنة على العقد وفي الوكيل في مجرد أجرأ الصيغة ليس كك فلا يثبت له الخيار فان قلت فعلى هذا لا بد في اثبات الخيار من اثبات السلطنة على العقد وهو عين الخيار (فيلزم توقف اثبات الخيار) على اثبات الخيار قلت هذا انما يلزم إذا اعتبرنا السلطنة الشرعية ولا نقول بذلك بل نقول إن ثبوت الخيار شرعا فرع ثبوت السلطنة العرفية على العقد بحيث يكون امره بيده ولو بان يكون له الفسخ مع رضا الطرف المقابل كما في القسم الاخر من الوكيل والوكيل في مجرد اجراء الصيغة ليس له الفسخ ولو مع

رضا الاخر وبالجملة كل مورد يجوز له الإقالة يثبت له الخيار وكل مورد لم يثبت له الإقالة لا ينصرف إليه الأدلة وليس له الخيار والوكيل المذكور ليس له الإقالة قوله الا ترى أنه لو شك الخ

أقول محصله انه يدل على ما ذكرنا من

اعتبار المفروغية المذكورة عدم امكان الاستدلال بأدلة الخيار على نفي الاعتناق وعدم الوجوب في الموارد المذكورة إذ الوجه في عدم امكان الاستدلال

هو عدم مفروغية السلطنة على المبيع المنتقل إليه لفرض الشك في الاعتناق وفي وجوب صرفه في النذر أو النفقة كيف ولو لم يكن المفروغية معتبرة جاز التمسك

بأدلة الخيار والحكم بجواز الفسخ الذي لازمه عدم الاعتناق وعدم وجوب الصرف وفيه أنه ان كان المراد انا لا نحكم فعلا بالخيار في هذه الموارد فهو ممنوع

إذ مع الشك في الاعتناق أو وجوب الصرف يرجع إلى الأصل فيهما فلا مانع من عموم أدلة الخيار بل مع العلم بكونه ممن ينعق عليه أو يجب عليه صرفه في النفقة

أو النذر يمكن الحكم بالخيار لأنه حق ثابت في العقد والاعتناق أو الوجوب فرع عدم ازالته بالفسخ فتدبر وان كان المراد انا لا نجعل أدلة الخيار دليلاً

على العدم وان (؟) نحكم بالعدم من باب الأصل ونحكم بالخيار أيضاً ففيه انه مع فرض اعتبار المفروغية المذكورة أيضاً لا نجعلها دليلاً على العدم

لان أدلة الخيار ليست متكفلة لحال الاعتناق وعدمه أو وجوب الصرف وعدمه قوله وإن لم يكن من تعارض الخ أقول وذلك لتعدد المورد فان خيار

الحيوان لا دخل له بخيار المجلس فلا ينافي كون الأول خاصاً والثاني عاماً قوله واضعف منه أقول الأضعفية ممنوعة بل هذا لازم القول المذكور

إذ مقتضى كون الخيار للوكيلين كونه حقاً ثابتاً للعاقدة في عقده نظير السلطنة على الرد بالنسبة إلى الايجاب فلا ينوط برضا الموكل وعدمه حتى يثمر منعه

في عدمه فتدبر قوله ونسبة الفعل إليهما شائعة أقول يعنى انه يقال باعاه ولو صدر الصيغة من وكيلهما فيمكن شمول لفظ البيع لهما وان قلنا

بكون الاطلاق المذكور مجازاً إذ المدار في الاخبار على الانفهام العرفي وان كان بعنوان المجاز وعلى هذا فلا بد من استعمال قوله البيعان في عموم

المجاز أي من انتسب إليه البيع سواء كان بيعاً حقيقة أو مجازاً ويمكن دعوى كون الاطلاق على الحقيقة أيضاً ولا ينافي كون الوكيل أيضاً بيعاً حقيقة

لامكان لو كان فعل واحد منسوبا حقيقة إلى فاعلين أحدهما سبب والاخر مباشر قيق احرق زيد عمرووا وأحرق النار عمرووا اكل منهما على وجه الحقيقة غاية الأمر

ان احراق زيد انما يكون بالآلة وهذا لا ينافي كون النسبة إليه على وجه الحقيقة فالنار بالنسبة إليه كالحشب بالنسبة إلى الضارب بل يمكن هذه

الدعوى في جميع الأفعال التوليدية فالضرب مؤدب كما أن زيد الضارب مؤدب فتدبر قوله فإن كان وكيلاً مستقلاً الخ أقول ولو مات الوكيل

في المجلس فهل ينتقل خياره إلى وارثه أو إلى الموكل أو يسقط وجوه من عموم دليل الإرث ومن أن الحق في الحقيقة للموكل لأنه ارفاق به وتصرف في ماله

ومن الشك في شمول عموم الإرث وان الموكل التزم ينظر الوكيل لا وارثه والأقوى كونه

للوارث للعموم الانصراف ممنوع ولا وجه لانتقاله إلى الموكل

(٥)

سواء قلنا أيضا الخيار أو لم نقل لأنه لا دليل على الانتقال إليه ولا يلزم من كون الخيار ارفاقا به انتقاله إليه بل إن كان له أصالة فهو والا فالانتقال إليه يحتاج إلى دليل هذا ولو قلنا في السورة السابقة بالخيار للوكيل فالقول بانتقاله إلى وكيله بالأولى حيث إن التعبدية فيها أظهر وكون الخيار فيها حقا للعائد في عقده أوضح ولازمه الانتقال إلى وارثه ودعوى أن الخيار من شؤون الوكالة الزائلة بالموت مدفوعه بمنع ذلك ومجرد كونه جاءنا من قبل الوكالة انه لا يستلزم ان يكون دائر مدارها فتدبر ثم هل يبطل خيارهما بعزلهما وجهان من أن الحق لهما بمقتضى العقد ومن أن ذلك من جهة كونهما بمنزلة الموكلين في السلطنة على التصرف وكونهما كك فرع بقاء النيابة وهذا هو الأقوى في هذه الصورة واما في الصورة السابقة بناء على القول بثبوتة للوكيلين فالأقوى عدم البطلان والسر في الفرق ان القول به هناك كان من جهة دعوى أن الحق ثابت للعائد كائنا من كان بخلاف المقام حيث إن القول به من جهة انها متصرفان ومسلطان على التصرف فكأنهما نفس المالكين ومع العزل يبطل هذا الامر فتدبر قوله ولكن الوجه الأخير لا يخ عن قوة أقول هذا هو الأقوى عندي أيضا قوله وليس المقام من تقديم الخ أقول هذا إذا قلنا إن هناك خيارا واحدا ثابتا لكل واحد من حيث إنه من مصاديق البيع واما إذا قلنا إن لكل واحد من الموكل والوكيل خيارا مستقلا وانه متعدد فيكون المقام من مسألة تقديم الفاسخ إذ السر فيه تعدد الحق والمفروض في المقام ذلك والحق ما ذكره المصنف لأن الظاهر من البيع الجنس لا العموم فتدبر قوله أقواها الأخير أقول الأقوى انه يكفي في سقوط الخيار تفرق أحد الشخصين الوكيل أو الموكل و ذلك لأن الظاهر أن الحكم معلق على صدق التفرق لا على صدق عدم التفرق والمفروض صدقه وان كان يصدق عدم التفرق أيضا مع بقاء أصيل أو وكيل قوله والظاهر ح عدم الخيار الخ أقول قد أشرنا ان التحقيق ثبوتة لان المدار على مالكية امر العقد لا مالكية التصرف في المال قوله تفويض الامر الخ أقول ولا فرق في عدم جواز ذلك بين ان يكون قبل العقد حين التوكيل أو بعد جريان الصيغة نعم يجوز نقل الخيار إليه بل الأجنبي بعنوان المصالحة ان قلنا إنه من الحقوق القابلة للنقل كما هو الظاهر قوله فتأمل أقول وجهه واضح حيث إن الإجازة تصحيح للعقد لا اسقاط للخيار فتدبر قوله لو كان العائد واحدا الخ أقول يعني إذا اشترى لنفسه عن غيره أو اشترى لغيره عن نفسه أو عن غيره فصور المسألة ثلث وعلى هذا قوله عن نفسه أو غيره يتعلق بالقسمين الأولين في الجملة لا بان يكون كل واحد من كونه لنفسه أو غيره منقسما إلى قسمين إذ لا يتصور شرائه لنفسه عن نفسه وقوله ولاية أو وكالة قيد للغير في الموضوعين قوله والغاية فيه الافتراق الخ أقول هذا انما يتم إذا كانت الغاية قيما في الحكم وليس كك إذ ليس الحكم هو الخيار المقيد بما قبل الافتراق حتى لا يتحقق في صورة الاتحاد بل الظاهر من الخبران الخيار ثابت لكل من المتبايعين وغايته التفرق بمعنى انه ان حصل يرتفع الخيار لا انه يختص بما إذا حصل التفرق ولذا لو فرض تلازم البيعين كما إذا

باع أحد الشخصين المتلاصقين أو الشريكين في الرجلين من الاجر لا نقول فيهما بسقوط الخيار مع أنه لا يحصل الافتراق بينهما وبالجملة الوجه في عدم ثبوت الخيار امر ان أحدهما كون الموضوع لفظ البيعين الظاهر في التعدد وفيه أنه لبيان حكم كل منهما كسائر احكامهما على ما بينه المصنف فلا ينافي اجتماعهما في موضوع واحد الثاني جعل الغاية الافتراق وفيه أن الغاية ليست مقيدة للحكم الا ترى أنه لو قال أكرم زيدا إلى أن يفسق لم يرد الاكرام المقيد بكونه قبل الفسق بل المراد ان الفسق إذا حصل يرتفع الوجوب وهكذا في نظائره فالحق ثبوت الخيار له من الجانبين وله اسقاطه من أحدهما وابقاء الاخر قوله فالظاهر بقائه الخ أقول يمكن ان يقال يبقى إلى مقدار طول مجلس نوع المتعاقدين بمعنى مقدار طول المجالس أو وسطها فتأمل قوله قد يستثنى أقول يمكن عد هذه الموارد من المسقطات أيضا وانما لم يعدها منها لأنها ترجع إلى عدم المقتضى لان كون المبيع ممن ينعق عليه مثلا لا مقتضى فيه للخيار فلا يكون من قبيل السقوط لكن التحقيق عدها منها لان المقتضى نفس العقد وكون المبيع كذا مانع عن تأثيره كما أن شرط السقوط والاسقاط كذلك فتأمل قوله واحتمل في س الخ أقول أي ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين بدعوى أن الانعقاد انما يحصل بعد مضي زمان الخيار أو مراعى بعدم الفسخ ويمكن تأييده بان ما دل على عدم الملك في الأب والأم ونحوهما منصرف إلى الملك المستقر الباقي فلا ينافي الملكية المتزلزلة فالانعقاد تبع للملك المستقر ويمكن توجيهه بأنه وان كان يحصل الانعقاد بمجرد الملك الا انه متزلزل يقبل العود إلى الرقية وما دل على أن الحر لا يعود رقا انما هو في الحرية المستقرة أو الأصلية كما يظهر مما سينقله عن ير بالنسبة إلى خيار الغيب هذا ولكن نظر الشهيد إلى الوجه الأول قوله وإلا فلا اشكال في ثبوت الخ أقول وذلك لان الموجب للانعقاد الذي هو المانع عن الخيار الملكية لا نفس الشراء بما هو هو لأنه ليس في الاخبار لأنه لو اشترى قريبة ينعق عليه بل الموجود انه لا يملك أبويه أو ابنه أو نحو ذلك كقوله إذا ملكوا أعتقوا فالعق معلق على الملكية الغير الحاصلة الا بعد الخيار على هذا المذهب فلا وجه لعدم الخيار نعم لو كان هناك خبر دال على الانعقاد بالشراء أمكن دعوى أنه بمجرد حصوله وإن لم نقل بالملك ولم أعثر على مثل هذا المضمون بل لولا الاجماع أمكن دعوى بطلان شراء من ينعق عليه إذ قد عرفت أن الموجود انهم لا يملكون وإذا ملكوا أعتقوا ومقتضى هذا عدم امكان البيع الذي هو التملك الا ان الظاهر قيام الاجماع على صحة البيع وحصول الانعقاد ولعله من جهة الجمع بين القواعد وهي عموم دليل البيع وعموم لا عتق الا في ملك وعموم قوله (ع) إذا ملكوا أعتقوا فان الجمع بين الجميع يقتضى ما ذكره من صحة البيع وتأثير الملكية (الانية ثم الانعقاد أو الملكية) التقديرية ثم الانعقاد

على خلاف التحقيق وتام الكلام في محله قوله لكن الانصاف الخ أقول الانصاف يقتضى خلاف ذلك وذلك لمنع كون الشراء اتلافا إذا المفروض انه لا يقصد منه الا التملك الحقيقي والانعقاد حكم تعبدى شرعي قهري بل لو قصد بالشراء

الاعتاق بطل لان العتق فرع الملكية وما سيحى من سقوط الخيار

(٦)

بالاتلاف لا دخل له بالمقام كما لا يخفى ولا فرق في ذلك بين القول بحصول الملكية الحقيقية الانية ثم الانعتاق والقول بالملكية التقديرية مع أن التحقيق هو الأول إذ قد عرفت أنه لا دليل على أن الشراء يوجب الانعتاق حتى يقال مقتضى الجمع بينه وبين قوله (ع) لا عتق الا في ملك تقدير الملك ثم الانعتاق بل الموجود انه لا يملك وإذا ملك أعتق كما عرفت فاللازم اما الحكم ببطلان أصل البيع لعدم امكان تأثيره الملكية التي هي مقتضاه أو حصولها انا ما ثم الانعتاق وبعد الاجماع على صحة البيع لا يبقى الا الثاني وما دل على عدم ملكية المذكورين لا يدل على أزيد من عدم الملكية المستقرة والحاصل ان الشراء ليس اتلافا بحسب قصد المتعاقدين وان علما بان الحكم الشرعي ذلك فهو كما لو باعا مع العلم بوجود خيار المجلس أو الحيوان فإنه ليس اقدا ما على الخيار وجعلا له حتى يكون راجعا إلى خيار الشرط وإذا لم يكن اتلافا فمقتضى العموم ثبوت الخيار غاية الأمر ان نفس العين لما لم يمكن استرجاعها يجب دفع البدل والمفروض ان الخيار انما هو في العقد وليس حقا في العين فيكون المقام نظير ما إذا تلف أحد الوضعين قوله تقديري لا تحقيقي الخ أقول يعنى انه لو قلنا بكونه تحقيقا لم يصدق الاتلاف لأن المفروض كون قصدهما ايجاد الملكية دون الاعتاق بخلاف ما لو قلنا بكونه تقديريا فان اثر البيع ح ليس إلا الاعتاق فيكون الاقدام عليه اقدا ما على الاعتاق وانشاءه انشاء له ولكن قد عرفت أنه ليس كك بل الانعتاق حكم قهري ولا فرق بين القولين في كون المنشأ ايجاد الملكية والا بطل البيع إذ لا يمكن انشاء العتق بالبيع الذي مقتضاه التملك هذا مع أن التحقيق هو الملك الحقيقي لا التقديري كما عرفت ولعله إذا ما ذكرنا أشار بقوله فتأمل فلا فرق بين العالم بالحكم والجاهل في عدم صدق الاتلاف خصوصا بالنسبة إلى البايع الا ترى أنه لو علم البايع ان المشتري يخرج العين عن ملكه بعد الشراء بلا فصل فاقدم على البيع منه لا يقال إنه اقدم على اتلاف ماله فلا خيار له إذا كان البيع خياريا بل يبقى خياره غاية الأمر انه يرجع إلى البدل لو لم تبق العين قوله وقد يقال إن ثبوت الخ أقول هذا التفصيل انما يناسب إرادة اثبات الخيار بالنسبة إلى نفس العين لا بالنسبة إلى القيمة كما هو مراد المفصل إذ على هذا لا فرق بين تقارن التعلقين وتقدم أحدهما إذ غاية الأمر ان العتق يحصل بمجرد العقل فيكون بمنزلة تلف المبيع وهذا لا ينافي الخيار الذي هو حق في العقد نعم لو قلنا إن الخيار يتوقف على الملك بخلاف العتق وان العقد لا يؤثر في الملك أصلا وانما اثره حصول الانعتاق من أول الأمر لا يثبت الخيار لكن هذا الوجه واضح الفساد مع أنه يكفي الملك التقديري الذي لا بد من التزامه لا أقل فالحق ما ذكره من الثبوت جمعا بين الحقين الخ ثم إن ما ذكره من أنصية اخبار العتق على فرض تسليمه لا يقتضى عدم الخيار بعد كونه في نفس العقد دون العين فلا ينافي ثبوته بالنسبة إلى القيمة وكونها بدلا عن العين لا يضر وما ذكره من امتناع استحقاقها من دون المبدل لا محصل له إذا المبدل وهو العين قد حصل في ملكه ثم تلف عليه ثم لا محصل لقوله وبالاجماع على عدم امكان الخ إذ لا يلزم

زوال يد البايع عن العوضين على شئ من تقديري الفسخ وعدمه إذ
 مع عدمه يبقى له الثمن ومع الفسخ يأخذ القيمة ثم قوله وتنزيلا للفسخ منزله الأرش لا ربط
 بالمطلب كما لا يخفى قوله أقول إن قلنا إلى اخره أقول التحقيق
 هو الوجه الأول إذ لا معنى للفسخ الا رد ما انتقل عنه إلى ملكه ورد ما انتقل إليه إلى ملك
 مالكة الأول وذلك لأنه حل العقد الأول فكل ما كان
 مفاده يعود ويرجع إلى الحالة الأولى ومن المعلوم ان مفاد العقد تمليك كل منهما صاحبه
 ماله بعوض فالفسخ إعادة هذا معنى من حينه ولازمها ما ذكرنا
 واما الوجه الثاني وهو دعوى أن الفسخ لا يقتضى أزيد من رد العين ان كانت موجودة
 وبدلها ان كانت تالفة بدون
 اعتبار تلقى الفاسخ الملك من
 المفسوخ عليه ففيه انه على هذا لا وجه لضمائه البديل لأن المفروض ان العين تلفت في
 ملكه بلا ضمان منه فما لم يقدر كون العين التالفة ملكا لملكها
 الأول لا معنى للتضمنين هذا ولكن لا نم ان لازم الوجه الأول ما ذكره المصنف من عدم
 الخيار وذلك لان العبد وإن لم يمكن كونه مملوكا للمشتري ويسترجعه
 البايع حقيقة الا انه يمكن تقدير كونه مملوكا له فيقال بعد الفسخ ان العبد الذي تلف عند
 المشتري بالانعتاق كأنه ملك للبايع حين الفسخ وهو موجود
 عند المشتري فلا بد من اعطاء عوضه كما في سائر موارد الفسخ مع تلف العين ولا يعتبر
 تقدير ملكه له قبل الانعتاق ليكون منعتقا في ملكه بل يكفي تقدير
 ملكية حين الفسخ وكذلك الكلام في صورة البيع في زمن الخيار فإنه لا يقدر بعد الفسخ
 كونه ملكا للبايع قبل أن يبيع المشتري حتى يكون اتلافا لماله
 بل يكفي ان يقال إذا فسخ المبيع الذي هو كالتالف ملك للبايع الأول وهو عند المشتري
 حيث باعه واخذ عوضه فيجب عليه رده إليه برد بدله وكذا الحال
 في التلف الحقيقي والحاصل ان تصحيح الفسخ مع التلف انما هو بدعوى أن الخيار حق
 متعلق بالعقد ولذي الخيار ان يحل العقد من هذا الحين و ح يعود كل
 من العوضين اللذين وقع عليهما العقد من حين الفسخ إلى مالكة الأول فإن كان موجودا فله
 اخذه وان كان تالفا عند الاخر فيعتبر ويقدر وجوده في
 عهده فيؤخذ منه عوضه وهذا المعنى ممكن الاعتبار فيما نحن بعد كون الانعتاق بمنزلة
 التلف فالتقدير انما هو حين الفسخ بمعنى انه يقدر التالف
 حين الفسخ موجودا عند المفسوخ عليه لا ان يقدر تملك الفاسخ له قبل التلف ليصير مالا
 له قبل التلف ليكون مضمونا على الاخر لمكان كون التلف في
 يده هذا وعلى فرض اعتبار التقدير على هذا الوجه أيضا لا مانع منه في المقام أيضا كما لا
 يخفى وكيف كان فلا ينبغي التأمل والاشكال في أن مقتضى
 القاعدة ثبوت الخيار بالنسبة إلى القيمة لكل من المتبايعين وليس في انعتاق العبد في المقام
 مزية على سائر موارد تلف العين إذ في الجميع لا بد من اعتبار
 كون التالف ملكا للفاسخ مع أنه لا معنى لمملوكية التالف ومع هذا لا معنى للضمان مع أن
 المفروض ان تلفه كان على وجه لا يوجب الضمان لأنه تلف وهو
 ملك له فكما يقدر في سائر الموارد وجود التالف ويقدر كونه مملوكا فعلا للفاسخ

ويحكم بضمائه من جهة انه كأنه موجود عند المفسوخ عليه فكذا في المقام حرفا

(٧)

بحرف قوله الا مع اقدام المتبايعين الخ أقول قد عرفت أنه ليس اقداما على الاتلاف كيف
والا فلو باع عبدا بشرط ان يعتقه المشتري لزم أن لا
يكون له خيار المجلس أو الحيوان بعد العتق بل قبله أيضا إذا لشرط المذكور في قوة
اسقاط الخيار على ما ذكره المصنف وكذا في سائر البيوع إذا شرط
عليه تصرفا ناقلا أو متلفا وكذا لو باع عبدا على من نذر عتقه إذا ملكه فإنه مع علم البائع
بذلك يلزم ان يسقط خياره فتدبر قوله
فتأمل أقول العل وجهه وضوح الفرق بين المقام ومسألة اتلاف البائع فإنه اتلاف المتعلق
الحق بخلاف المقام فان الاقدام على البيع
لا يكون اقداما على تفويت متعلق الحق هذا مع أن ارتفاع الخيار في تلك المسألة أيضا
ممنوع ومما ذكرنا ظهر أن أهويته الدفع من الرفع
لا تنفع في المقام فتدبر بقي شيء وهو ان لازم القول بعدم الخيار في بيع من ينعق على
المشتري سقوط الخيار إذا لم يكن ممن ينعق عليه لكن اعتقه
المشتري فإنه لا يمكن ان يسترجع العبد لمكان اعتاقه ولا يمكن خروجه عن ملك
المشتري إلى البائع إذ لا يجوز تملك الحر فكما انه لا يملك العمود ان كذلك
لا يملك الحر فالمانع مشترك كما أن المصحح وهو التقدير أيضا مشترك فلا تغفل قوله
ويمكن ان يزيد بذلك الخ أقول لازم كون
البيع المذكور استنقاذ بالنسبة إلى الكافر بمعنى ان المشتري يستنقذه منه ويبيعا بالنسبة إلى
المشتري بمعنى ان الكافر يبيعه ان يكون الخيار للكافر
دون المسلم لأنه البيع على هذا التقدير دون المشتري هذا ولكن ظاهر العبارة ان الكافر
مستنقذ والمشتري مشتري ولازمه ما ذكره المصنف لكن
ليس الامر كذلك إذ مع فرض امكان التفكيك الامر بالعكس كما لا يخفى فان المشتري
معتقد لعدم ملكية الكافر وهو معتقد لملكته فتدبر قوله
والأقوى في المسألة الخ أقول والأقوى ان الخيار بالنسبة إلى نفس العين أيضا إذ مقتضى
نفي السبيل عدم الملكية المستقرة الباقية
فلا ينافي عوده إليه ثم اجباره على البيع كيف والا لزم الحكم بخروجه عن ملكه بمجرد
الأسلم فيكون البيع باطلا واقعا وح فلا خيار حتى بالنسبة إلى القيمة
أيضا بل لازمه عدم استحقاق الكافر للقيمة واقعا لعدم ملكيته له فيكون من قبيل التلف
السماوي ولا يمكن الالتزام بذلك فتدبر قوله
لعدم شمول أدلة الخيار أقول إن قلنا بصحة شراء العبد نفسه وانه شراء حقيقي كما لا يبعد
إذ لا مانع منه الا دعوى اعتبار مغايرة المبيع للمشتري
وانه لا يعقل تملك الشخص لنفسه وفيه أنه يكفي المغايرة الاعتبارية وهي مصححة للتملك
أيضا نظير تملكه ما على نفسه كالدين يبيعه الدائن من المديون غاية الأمر
انه بعد هذا الاعتبار يسقط المال عن كونه مملوكا له فلا وجه لعدم شمول دليل الخيار إذ
هو اما دعوى الانصراف وهو ممنوع أو دعوى أن يتعقبه
الحرية فيكون نظير شراء من ينعق عليه وقد عرفت أنه لا يمنع الا رد العين فلا ينافي
الرجوع إلى القيمة قوله فتأمل أقول لعل وجهه ان عدم
قابلية العين للبقاء إذا فرض كونه مانعا وإنما يمنع من امتداد الخيار بامتداد المجلس وإلا فلا

يقتضى سقوط أصل الخيار و ح فلا يتم ما وقع به كلام جامع المقاصد من أنه لا يسقط به إذا ثبت قبله لأن المفروض ثبوته قبل التف في الجملة فتأمل فإنه لا يتم على هذا كلام جامع المقاصد أيضا إذ هذا المقدار من الثبوت لا ينفذ في الرجوع إلى القيمة مع التلف كما هو مراده والتحقيق عدم اعتبار القابلية المذكورة بعد اطلاق الأدلة وكون الخيار حقا في العقد لا العين وليس الغرض منه استرجاعها بل التروي لدفع الضرر الحاصل من المعاملة وهذا لا يتفاوت فيه بقاء العين وعدمه بقي شئ وهو انه لو كان المبيع دينا على المشتري بان باع ما عليه من الدين منه فالظاهر ثبوت خيار المجلس لكل منهما ولا يضر سقوطه بمجرد البيع إذ لا يبقى الدين مملوكا للمديون بل يسقط بمجرد الشراء و ح فإذا فسخ أحدهما لا يرجع الدين إلى البائع بل يثبت له عوض ذلك الدين فإنه تلف بمجرد الشراء مثلا لو كان له عليه من من الحنطة فباعه ثم فسخ لا يرجع الحنطة إلى ذمته بل عليه عوضها لأنها تالفة فليس حالها حال العين بمجرد الشراء ويحتمل القول برجوع نفس الحنطة وذلك لا مكان اعتبارها في ذمته فكأنها تالفة فليس حالها حال العين الشخصية إذا تلفت بعد البيع فإنه لا يمكن استعادتها بخلاف الكلى في الذمة فتدبر قوله فتنفسخ بفسخ البيع أقول على هذا أيضا يكون الخيار في البيع لا فيها غاية الأمر ان مقتضى تبعيتها له انفساخها بفسخه وهذا لا يعد خيار فيها والأولى ان يقال بناء على إرادة هذا المعنى انه يدخل الخيار فيها أنفسها إذا وقعت في ضمن العقد بعنوان شرط النتيجة فان مقتضى القاعدة لزومها ح لولا دخول الخيار فيها فيمكن ان يقال بجريان الخيار بان يفسخ الوكالة المشروطة في البيع مع عدم فسخ أصل البيع لكن هذا صحيح بالنسبة إلى خيار الشرط لعموم أدلته واما بالنسبة إلى خيار المجلس فلا لاختصاص دليله بالبيع قوله فتأمل أقول لعل وجهه انه لو كان مراد الشيخ ما ذكره السرائر جرى في جميع العقود الجائزة لا خصوص المذكورات في كلام الشيخ وأيضا لم يكن مختصا بمقدار زمان المجلس أو الشرط وظاهر كلامه الاختصاص في المقامين فلا وجه لحمله كلامه على هذا قوله وجوبا تكليفيا الخ أقول التحقيق عدم الوجوب التكليفي لعدم الدليل وما ذكره العلامة من لزوم الربا ممنوع فان الظاهر أن مراده انه لو لم يتقابضا يكون كبيع الربوي نسيئة وهو رباء وفيه أولا انه انما يتم إذا كان العوضان من جنس واحد بان يكون كل منهما ذهباً أو فضة لا في صورة بيع الذهب بالفضة وثانيا مجرد عدم التقابض لا يلحقه بالنسيئة كما لا يخفى وثالثا ان ترك التقابض يوجب البطلان فلا يبقى بيع حتى يكون ربويا ومن الغريب انه حكم بوجوب التقابض إذا فرض عدم امكان التقابض لئلا يلزم الربا إذا حصل البطلان بالتفرق قال في صرف التذكرة بعد ذكر اشتراط التقابض في الصحة لو تعذر عليهما التقابض في المجلس وأراد الافتراق لزمها ان يتفاسخا العقد بينهما فان تفرقا قبله كان ذلك ربوا وجرى مجرى بيع مال الربا بعبه ببعض نسيئة ولا يغني تفرقهما

(A)

لان فساد العقد انما يكون به شرعا كما أن العقد مع التفاضل فاسد ويأثم ان به انتهى وأنت خبير بأنه لا دخل لما نحن فيه بالبيع مع التفاضل

فان وجه حرمة كونه معاملة ربوية بخلاف (التفرق) التصرف في المقام فإنه ليس معاملة غايته انه يجعل المعاملة السابقة ربوية على تقدير صحتها والمفروض انه يوجب فسادها فلا يبقى للحرمة والاثم وكيف كان لا وجه للتمسك بالربا في وجوب التقابض في المقام هذا واما ما ذكره المصنف من دليل وجوب الوفاء بالعقد ففيه انه لا معنى للوفاء بالعقد الا ترتيب الأثر والمفروض ان ذلك غير حاصل الا بعد التقابض لأنه شرط في صحة (العقد)

فما لم يتحقق لا يتم العقد ودعوى أنه شرط شرعي والا فالعقد تمام بالنسبة إلى المتعاقدين إذ المفروض تمامية معاهدتهما على النقل والانتقال فيجب عليهما ابقاء هذه المعاهدة واتمامها بما جعله الشارع شرطا في صحتها مدفوعة بان المفروض عدم تأثير هذه المقابلة قبل التقابض فكيف يرتبان عليها الأثر ولا يجب عليهما اتمام المعاهدة بل انما الواجب العمل بها والمفروض عدم وجوب العمل قبله هذا مع أنه يمكن ان يقال لا يعقل وجوب ايجاد ما يكون شرطا في صحة العقد إذ مآله إلى وجوب ايجاد العقد والحال ان الواجب العمل به لا ايجاده فتأمل وقد يتمسك في اثبات الوجوب بما دل من الاخبار على الاخبار بالتقابض أو النهى عن البيع الا يدا بيد وفيه أن مفاد هذه الأخبار الوجوب الشرطي لا الشرعي فلا يمكن ارادتهما معا كما لا يخفى فلا يمكن دعوى امكان كون المراد الأعم والحاصل ان الامر دائر بين حمل هذه الأخبار على الوجوب الشرعي فقط و ح لا يستفاد منها الشرطية أو الشرطي فقط فلا تكون دليلا على المدعى والجمع غير ممكن والوجوب الشرطي مراد قطعا فلا يبقى محل للاستدلال بها قوله

فلا يجب التقابض أقول قد يتوهم انه ان بيننا على وجوب التقابض فكيف يجرى الخيار الذي لازمه عدم وجوبه فلو كان جريان الخيار موقوفا على وجوبه يلزم من وجوده عده وفيه أن الخيار موقوف على وجوب التقابض لو خلى وطبعه وإن لم يكن واجبا من جهة الخيار فتأمل فان المفروض ان القائلين بوجوبه يقولون به فعلا ولازمه عدم الحكم بالخيار والأولى ان يقال إن وجوب التقابض معلق على بقاء العقد والخيار في الفسخ والابقاء لا يستلزم عدمه غايته انما يمكن تفويت موضوعه وهذا لا ينافي الوجوب المادامي فوجوب التقابض حاصل فعلا حتى مع الخيار لكن له ان يفسخ العقد لئلا يبقى موضوعه فهو نظير ان الصوم واجب فعلا على المكلف الحاضر عينا لكن له ان يسافر فيرتفع موضوع الوجوب فجواز السفر لا ينافي وجوب الصوم في موضوع الحاضر قوله ويمكن ان يكون اثر الخ أقول ويثمر أيضا في جواز الصلح عنه هذا ويمكن ان يقال لا يعقل الخيار في المقام إذ هو ملك فسخ العقد والفسخ انما يتعلق بالعقد الصحيح والمفروض ان الصحة موقوفة على التقابض فقبل وجوده لا يتحقق موضوع الفسخ فان قلت هذا انما يتوجه إذا لم يتحقق التقابض في الخارج أصلا واما إذا حصل

التقايض بعد الفسخ فيكون المؤثر في البطلان هو الفسخ إذ لولاه كان العقد صحيحا لمكان حصول شرطه قلت الشرط هو تقايض العوضين بما هما عوضان ولا يعقل حصول ذلك بعد الفسخ إذا التقايض بعده ليس واردا على العوضين فتأمل فان قلت البطلان من قد يستند إلى الفسخ وقد يستند إلى عدم التقايض فإذا فرض سبق أحد السببين يستند المسبب إليه والمفروض ان الفسخ أسبق قلت هذا انما يتم إذا فرض احراز الصحة قبل الامرين بحيث يكون كل منهما مبطلاته والمفروض ان الصحة لا تتحقق الا بالتقايض فليس تركه مبطلا للعقد بل وجوده شرط في صحته بمعنى ان عدمه يكشف عن البطلان من الأول نعم يتم ما ذكره ان قلنا بان العقد اثر في الملكية وان ترك التقايض مبطل من حين التصرف نظير الفسخ أو قلنا إنه شرط في حصول الملكية لا في صحة العقد نظير معنى زمان الخيار على مذهب الشيخ فإنه لا يجعل ذلك شرطا في صحة العقد والا ورد عليه هذا الاشكال بل يجعله شرطا في الملكية والا فالعقد صحيح وليس له شرط متأخر فح يمكن الفسخ لرفع هذه الأهلية وهذا بخلاف ما لو جعلناه شرطا في

الصحة فان الفسخ قبله كالفسخ بين الايجاب و القبول فتدبر هذا ولكن التحقيق معقولية الفسخ لان اثره رفع الأهلية عن العقد وهي غير موقوفة على التقايض بل حاصلة فعلا حتى مع عدم حجيته أصلا إذ هو انما يكشف عن البطلان من الأول بمعنى التأثير في النقل والانتقال فعلا لا البطلان بمعنى عدم الأهلية ولذا يعقل في عقد الفضولين قبل الإجازة ولو قلنا بكونها ناقلة وانما لم نقل بثبوت الخيار لهما من جهة الانصراف نعم لو قلنا إن الفسخ بمعنى رفع الأثر المترتب على المعاملة فعلا بحيث تحقق موضوع الوفاء ولو على سبيل الجواز بان يجوز الوفاء لم يمكن تحققه قبل تمامية شرايط الصحة فتدبر قوله وعليهما التقايض أقول هذا مناف لما نسب إليه سابقا من وجوب التقايض إذ مقتضى هذه العبارة ان وجوبه متفرع على اسقاط الخيار

والا فمع بقاءه لا يجب كما هو المصرح به في عبارة الدروس أيضا ومقتضى ما نسب إليه سابقا وجوبه مطلقا حتى قبل الالتزام واسقاط الخيار غاية الأمر انه يجوز له الفسخ حتى يرتفع موضوعه جسما بينما ثم إن ظاهر قوله فان تفرقا قبله انفسخ العقد ان التفرق قبل التقايض مبطل من حينه وهذا يناهض كونه شرطا في الصحة ويمكن توجيهه بأنه موجب للانفساخ بمعنى الخروج عن الأهلية والا فهو كاشف عن الانفساخ بمعنى عدم التأثير من الأول قوله ومما ذكرنا يظهر الخ أقول وذلك لان مبدء الخيار وان كان من حين العقد الا ان العقد لا يصير عقدا الا بعد الإجازة فمبدأ عقدهما أول زمان الإجازة والا فهو قبلهما غير مربوط بهما ولو على القول بالكشف فلا يعقل مالكية الفسخ قبلهما بالنسبة إليهما وان كانت معقولة بالنسبة إلى الفضولين لكن يمكن ان يقال يكفي في ذلك كون العقد واردا على مالهما

فلهما الفسخ قبل الإجازة لاسقاطه عن الأهلية هذا ولو كان أحدهما أصيلا

(٩)

فالظاهر أن مبدء خياره من حين العقد ومبدء خيار الاخر من حين الإجازة ولا يضر التفكيك فتدبر قوله

باشترط سقوطه الخ أقول يعنى في ضمن ذلك العقد وكذا إذا اشترط سقوطه في ضمن عقد اخر لازم فإنه أيضا يسقط ولا يرد عليه بعض

الاشكالات الآتية مثل اشكال الدور واشكال كونه خلاف مقتضى العقد إذ المفروض كونه في عقد اخر وكذا اشكال كونه اسقاطا لما

لم يجب إذا كان ذلك بعد البيع قبل مضى زمن الخيار نعم يرد عليه اشكال مخالفة السنة وكذا إذا اشترط سقوطه في ضمن عقد جايز ولا يضره

جواز ذلك العقد فإنه بمجرد الشرط يسقط ولا يعود يفسخ ذلك العقد وكذا لا يعود بفسخ العقد اللازم بالإقالة أو بحدوث سبب الفسخ بعد

اللزوم فان قلت الشرط تابع للعقد فإذا فسخ يفسخ عقد أيضا بالتبع قلت نعم ولكن هذا فيما لم يكن من قبيل شرط النتيجة كالمقام

بل فيما نحن فيه نظير ان يشترط في ضمن عقد الوكالة سقوط دينه فإنه بفسخ الوكالة لا يعود ومن نظائره ما إذا اشترط في ضمن بيع داره بيع فرسه

فباع الفرس ثم فسخ بيع الدار فإنه لا يبطل بيع الفرس فان قلت الشرط بمنزلة الجزء لاحد العوضين فلا بد من عود مثله قلت نعم ولكن

معنى عوده انه لا يجب الوفاء به بعد الفسخ وهذا انما يتصور فيما لم يف به بعد واما إذا وفي به فلا معنى لعوده نعم له ان يأخذ عوض ذلك الشرط

لأنه قد تلف عنده فيكون كما لو تلف بعض أحد العوضين حيث إنه يؤخذ منه القيمة حين الفسخ مثلا إذا اشترط الخياطة في ضمن عقد فحاط

ثم فسخ يأخذ منه عوض الخياطة ففي المقام أيضا يأخذ عوض اسقاط الخيار أو عوض بيع الدار أو عوض ابراء الدين أو نحو ذلك فلا تغفل

قوله إذ فيه أن أدلة الخيار الخ أقول لعل غرض المستدل ان هذا العقد من حيث اشتماله على الشرط كأنه ينحل إلى عقدين بيع و

شرط وأخصيته دليل الخيار انما تنفع بالنسبة إلى حيثية البيعية لا بالنسبة إلى اثبات وجوب الوفاء بالشروط بأوفوا بالعقود وإذا كان العقد المذكور بمنزلة عقدين وفرض ان دليل الخيار أثبت الجواز

في ذلك العقد من حيث تبعيته لا من حيث شرطيته فيكون عموم أوفوا بالعقود بالنسبة إلى حيثية الشرطية حاكما على دليل الخيار وان كان

أخص منه إذ هو نظير ما إذا صالح عن اسقاط خياره بشئ فان دليل وجوب الوفاء بهذا الصلح ولو كان عموم أوفوا بالعقود وهو أعم من دليل

الخيار الا انه مقدم عليه وكذا إذا صالح على اسقاط الخيار في ضمن عقد البيع كما إذا قال بعتك وصالحتك خياري فقال الآخر قبلت فان مقتضى

صحة هذه المعاملة سقوط الخيار ولا يضره كون دليل وجوب الوفاء عموم أوفوا فإنه مخصص بأدلة الخيار بلحاظ كونه بيعا وبقا على عموم بلحاظ كونه

صلحا فتدبر قوله لوجوب العمل به شرعا أقول لا يخفى انه يكفي في المقام وجود دليل على صحة الشرط ولو لم يدل على وجوب العمل به إذا

مع صحته يحصل السقوط فلا يبقى خيار فلو فرض ان مفاد قوله (ع) المؤمنون ليس إلا الامضاء كفى بل وكذا الحال في سائر المقامات حتى مثل شرط الخياطة فإنه إذا الزم على نفسه فعل الخياطة وأمضى الشارع التزامه بها فيصير المشروط مالكا عليه هذا الفعل فيجب العمل به من جهة قاعدة السلطنة ولا يحتاج في لزومه إلى كون الشرط واجب العمل شرعا من حيث إنه شرط فهذا نظير ما لو قلنا بعدم دلالة أوفوا أو أحل على لزوم البيع فبعده وجود دليل الصحة وفرض إفادة البيع للملكية يكفيها عموم الناس مسلطون ففي الشروط أيضا إذا جاء دليل الامضاء حصل المؤدى ونثبت لزوم العمل به بدليل الناس بل وكذا الحال في النذر والعهد فلو قلنا إن مفاد قوله تع وليوفوا نذورهم ليس

إلا الامضاء وانه لا يفيد الوجوب نقول إن مقتضى صحة النذر كون المنذور لله فيجب الاتيان به والحاصل انه لو حملنا الامر بالوفاء بالشرط أو النذر أو البيع أو نحو ذلك على الارشاد وقلنا إنه لا يفيد الوجوب الشرعي لا يضر بمقصودنا من اثبات اللزم والوجوب فيها لامكان الاثبات بقاعدة الناس أو نحوها قوله والرواية محمولة الخ أقول الانصاف ان هذه الرواية دليل على شمول أدلة الشروط للشروط البدوية وانها أيضا واجبة الوفاء والاجماع على الخلاف ممنوع مع أن في مورد الرواية وهو شرط سقوط خيار المراه لا حاجة إلى اللزوم بل يكفي فيه صحة الشرط إذ مقتضى صحته السقوط فلا يبقى محل لعدم الوفاء الا ان يناقش في صحتها أيضا فتدبر قوله اما الأول فلان الخارج الخ أقول محصل

الجواب ان مقتضى عموم المؤمنون وجوب الوفاء بالشرط خرج منه الشرط في ضمن العقد الجائر فعلا لان مقتضى كونه تابعا للمشروط جوازه بجوازه لعدم امكان التفكيك واما اللزم فعلا ولو كان لزومه لأجل الشرط فلا دليل على خروجه لان المانع كان هو التفكيك بين التابع والمتبوع وهو غير حاصل وفيه أن مقتضى التبعية كونه لازما بلزوم العقد وجائزا بجوازه فيعود المحذور الا ان يمنع التبعية المطلقة ويقال انه تابع في الجواز فقط لا في اللزوم لكن هذا ليس معنى التبعية بل هو في الحقيقة انكار لها وقول بان جواز العقد فعلا مانع عن لزوم الشرط فالأولى ان يقال إن مقتضى العموم وجوب الوفاء به لكن جواز العقد فعلا مانع عنه ومع لزومه ولو بلزوم الشرط لا يبقى المانع لكن على هذا يبقى السؤال عن وجه المانعية فإن كان هو التبعية يعود المحذور وان كان شيئا اخر فلا بد من بيانه فان قلت المانع هو التفكيك قلت إنه مانع إذ سلمنا التبعية وإلا فلا بأس به نعم يمكن

ان يقال المانع هو الاجماع لكن معه يسقط التقرير المذكور معه في المتن والتحقيق ان يقال إن الشرط واجب الوفاء حتى ما كان في ضمن العقد الجائر لكن وجوب الوفاء به مشروط ببقاء العقد وفي العقد الجائر فعلا يمكن الفسخ لئلا يبقى موضوع

الشرط وهذا معنى التبعية لا انه جائز بجواز العقد بمعنى

(١٠)

انه يجوز فسخه وعدم العمل به ولو مع عدم فسخ العقد فمعنى التبعية انه جائز بجواز العقد لا انه جائز حين جواز العقد وبعبارة أخرى جوازه عين جواز العقد بمعنى انه فسخه يؤثر في رفعه أيضا لا بمعنى انه يمكن رفعه مع قطع النظر عن رفع الذي هو موضوع له ولعل هذا مراد الفقهاء القائلين بجواز الشروط في العقود الجائزة لا انها جائزة في حد أنفسها والحاصل ان مقتضى عموم وجوب الوفاء وجوبه حتى في العقود الجائزة ولا يضر به امكان فسخ العقد المقتضى لرفع موضوع الشرط نظيره ان الصوم في الحضر واجب علينا ولكن للمكلف ان يسافر فيرتفع موضوع الوجوب وكذا لا تمام؟ واجب عليه عينا لكن يجوز له تبديل الموضوع بالسفر ليرتفع هذا الوجوب ويثبت وجوب القصر ولا يقال حينئذ انه مخير بين القصر والتمام وحينئذ فيرتفع الاشكال في المقام إذ الشرط إذا كان واجب العمل حتى في العقد الجائزة فإذا كان مفاده لزوم ذلك العقد لا يبقى جوازه فلا يمكن رفع موضوع الشرط هذا ويمكن الجواب عن الاشكال المذكور بان شرط السقوط لا يقبل اللزوم والجواز فلو لم يكن الشرط لازم الوفاء أيضا كفى إذ بمجرد الصحة كما هو المفروض يحصل السقوط نعم لو كان راجعا إلى اشتراط عدم الفسخ أو اشتراط الاسقاط يقبل الجواز كما لا يخفى فيحتاج إلى الجواب السابق فتدبر قوله واما الثاني فلان الخ أقول محصله بعد التهذيب وان كان في العبارة تهافت لا يخفى ان الاشكال بوجهين أحدهما انا نمنع كون الخيار من مقتضيات العقد مطلقا حتى في صورة الشرط بل الدليل انما دل عليه في صورة فقد الشرط واطلاقه لا يشمل صورة وجوده بل منصرف عنه والثاني انا سلمنا كون الدليل شاملا للصورتين الا انا نستكشف من النص والاجماع على جواز اسقاطه في الجملة انه ليس من مقتضيات العقد على وجه لا يمكن تقديره غيره وحينئذ نقول إن دليل الشرط لما كان حاكما على أدلة الاحكام يدل على امكان اسقاطه بالشرط أيضا وأنت خبير بان الوجه الأول فاسد إذ الاشكال في ظهور دليل الخيار وشموله للصورتين كيف والا لم يكن الشرط مسقطا بل كان عدم الخيار من جهة عدم الدليل مع أن لازمه عدم ثبوت الخيار مع الاغماض عن صحة الشرط ووجوب الوفاء به أيضا فان المفروض ان وجه السقوط عدم شمول الدليل لصورة الشرط فلا يتفاوت الحال بين صحته وعدمها ولا يقول به المصنف أيضا فضلا عن غيره نعم الوجه الثاني تام الا ان المصنف خلط بين مسألة مخالفة الشرط المقتضى العقد ومخالفته للشرع فالأولى ان يقال في الجواب عن الاشكال انه ان كان المراد ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد من حيث هو مع قطع النظر عن الحكم الشرعي فهو ممنوع أشد المنع إذ ليس الخيار من مقتضيات جعل المتعاقدين بل ولا من الاحكام العرفية؟ للبيع وانما اقتضاه التمليك والتملك وهو حاصل مع عدم الخيار أيضا بل بالأولى وان كان المراد انه مخالف لمقتضاه شرعا أي للأثر الذي رتب عليه الشارع فهو راجع إلى أنه شرط مخالف للكتاب والسنة حيث إن السنة حاكمة بالخيار والشرط ناف له والجواب ما ذكره المصنف ثانيا من أن الشرط

المنافى انما هو فيما كان الحكم الثابت بالشرط من الأحكام المطلقة التي لا تتغير أصلا والخيار في المقام ليس كذلك فتدبر قوله للاسقاط والإرث أقول قابليته للإرث لا دخل له بالمقام كما لا يخفى قوله

كما لو اشترط في هذا العقد الخ أقول لو كان الاشكال من جهة مخالفته للمقتضى الشرعي لا يتفاوت الحال بين كونه في ذلك العقد أو في عقد اخر كما لا يخفى قوله واما عن الثالث بما عرفت الخ أقول قد عرفت ما في هذا الجواب والأولى ان يقال إن شرط السقوط معناه شرط عدم الثبوت فلا يكون اسقاطا حقيقة حتى يكون اسقاطا لما لم يجب مع أن اشترط السقوط في محل الثبوت ليس اسقاطا لما لم يجب كما لا يخفى وسيأتي تنمة

البيان لهذا انشاء الله قوله من هذا الوجه الثالث الخ أقول اما من هذا الوجه فواضح إذ اشترط سقوط الخيار فيه اسقاط لما لم يجب إذ

الخيار انما يحصل بعد ذلك الا ان يقال الخيار ثابت لها بمجرد الكتابة وزمان الفسخ متأخر وفيه ما لا يخفى واما دفعه الاشكال من الوجه السابق فهو مبنى على أن يكون الاشكال السابق مخالفة الشرط للشرع والا فلو كان المراد به مخالفته لمقتضى العقد فالشرط في الصحيحة ليس في عقد الكتابة ولا في عقد النكاح مع أن الخيار ليس من مقتضيات عقد الكتابة ولا من مقتضيات عقد النكاح بل هو من احكام الحرية فلا ربط لهذا الشرط بمسألة المخالفة للعقد كما لا يخفى

هذا ولكن قاله في المستند وكون هذا الشرط مخالفا للسنة المثبتة للخيار أو لمقتضى العقد ممنوع لأنه انما هو إذا شرط عدم ثبوت الخيار لا سقوطه المستلزم للثبوت أو لا فيشترط انه يسقط بمجرد ثبوته وهذا لا يخالف سنة ولا مقتضى العقد نعم لو شرط عدم ثبوت الخيار فالظاهر فساده ولكن لا يبعد القول باستلزامه للإيجاب

لدلالته التزاما على الالتزام المسقط للخيار انتهى وهو مخالف لما قلنا من جهات والتحقيق ما عرفت فتدبر قوله لان وجوب الوفاء بالشرط الخ أقول

أولا يمكن منع وجوب الاجبار وثانيا انه لا يدل على عدم التأثير إذ لا ملازمة بينه وبين عدم التأثير الا ترى أنه لو شرط البيع فلم يبيع ولو بعد الاجبار لا يحكم بوجوب ترتيب اثر البيع واما دعوى عدم السلطنة على تركه فان أريد بها عدم السلطنة الوضعية فهو أول الدعوى وان أريد عدم السلطنة التكليفية فلا يجدى واما حكمهم بطلان بيع منذور التصديق فيرد عليه أولا المنع وثانيا نقول يمكن؟

ان يكون من جهة حدوث حق للفقير في ذلك الشئ

نظير حق الرهانة فيكون هو المانع من تأثير البيع الا ان يقال في المقام أيضا انه يحدث للمشروط له حق في خيار المشروط عليه يمنعه عن العمل بمقتضاه والتحقيق منعه في المقامين إذ النذر لا يثبت أزيد من الحكم التكليفي وكذا الشرط في المقام هذا واما ذكره المصنف أخيرا من أن الأوفق

بعموم وجوب الوفاء بالشرط إلى اخره ففيه ان وجوب الوفاء لا يقتضى ترتب اثار الشرط وانما يقتضى وجوب العمل به ففي المقام مقتضى العموم المذكور وجوب ترك الفسخ لا ترتيب اثر عدم الفسخ وذلك كما في عكسه وهو شرط الفسخ فان مقتضى وجوب العمل به ايجاده لا ترتيب اثر

(۱۱)

الفسخ ولو مع عدم انشائه ثم على فرض وجوب ترتيب اثر عدم الفسخ نقول إنه مشروط ببقاء موضوعه وهو عدم الفسخ واما إذا فسخ فلا يبقى شرط حتى يجب الوفاء به بمعنى ترتيب اثره لا أقل من الشك وهو مانع عن التمسك بالعموم كما قلنا بنظيره في عموم أوفوا فراجع والتحقيق تأثير الفسخ ونفوذه لأنه مقتضى الخيار المفروض عدم اسقاطه وكذا نفوذ بيع المنذور عدم بيعه أو التصديق به وما يتصور وجها لعدم النفوذ أمور لا يتم شيء منها أحدها ما ادعاه (المصنف؟) أولا من أن وجوب الوفاء يقتضى عدم السلطنة على تركه الذي هو في معنى عدم السلطنة على الفسخ الراجع في الحقيقة إلى سقوط الخيار ونظيره في بيع المنذور صدقته ان يقال إنه يخرج عن ملكه وفي المنذور عدم بيعه انه لا يبقى له ملكية البيع فليس مسلطا على ماله بالتصرف البيعي وان كان مسلطا على سائر التصرفات وتوضيح هذه الدعوى ان يقال إنه إذا قال بعثك على أن لا افسخ في قوة قوله بعثك وجعلت لك فسخي وإذا صار الاخر مالكا لعدم فسخه فيبقى هو بلا سلطنة على الفسخ وهذا معنى سقوط الخيار ولكن فيه أن الشرط التزام بعدم الفسخ لا تمليك له فالمجوعول للمشروط له التزام ترك الفسخ لا نفس تركه فتدبر الثاني ما ذكره (المصنف؟) أخيرا من أن مقتضى العموم ترتيب اثر عدم الفسخ حتى بعد الفسخ وفيه ما عرفت الثالث ان الفسخ منهي عنه والنهي يقتضى الفساد كما ركن إليه في المستند وفيه أن النهي متعلق بأمر خارج عن المعاملة الرابع ان يقال إن الشرط ثبت حقا للمشروط له في خيار المشروط عليه فهو ممنوع عن العمل بمقتضى خياره لمكان تعلق حق الغيرية كما أنه لو شرط في العقد ان يبيع منه شيئا معيناً يكون له فيه حق يمنعه عن البيع بمعنى انه يصير ملكيته لذلك الشيء غير طلق نظير العين المرهونة ففي المقام أيضا يصير ملكيته للخيار غير طلق وفيه منع تعلق الحق بالخيار كمنع تعلق حق المشروط له بالعين المشروط ببيعته منه وانما له على المشروط عليه حق الشرط وليس هذا الحق متعلقا بعين خارجي أو غيره كالخيار فيما نحن فيه قوله ومقتضى ظاهره الخ أقول يعني ان ظاهر الاشتراط الاسقاط بعد العقد بلا فصل والا فمطلق الاسقاط بعد العقد مقتضى صريحه قوله الوجهان أقول لا يمكن في هذا المقام توجيه عدم التأثير بان شرط الاسقاط راجع إلى شرط السقوط والا لم يحتج إلى الاسقاط ففي المقام الخيار باق قطعاً والشك انما هو في امكان العمل به وعدمه فان قلت مع فرض عدم تأثير الفسخ ما فائدة بقاءه قلت يسقط فيما لو اسقط المشروط له حق شرطه فإنه يجوز حينئذ العمل بالخيار بخلاف ما لو شرط السقوط أو قلنا برجوع شرط عدم الفسخ إلى شرط السقوط فإنه لا يعود الخيار باسقاط حق الشرط فان الساقط لا يعود فتأمل ثم إن الأقوى في هذا المقام أيضا ما قويناه في السابق من تأثير الفسخ بل هذا المقام أولى كما لا يخفى قوله وجهان من عدم الخ أقول لا وجه لعدم الخيار لان التخلف حاصل إذ المشروط هو الاسقاط بعد العقد بلا فصل على ما هو الظاهر

والمفروض عدم العمل به ودعوى أن المقصود وهو ابقاء العقد حاصل كما ترى والا لم يجب عليه الاسقاط ولا معنى لدعوى أن التخلف لا يحصل الا إذا فسخ بعد فرض شرطية الاتصال بل مع كونه موسعا أيضا يمكن التخلف إذا علم من حاله انه لا يسقط ومما ذكرنا ظهر انه لا وجه لقوله والأولى الخ إذ تأثير الفسخ وعدمه لا مدخلية له في صدق التخلف بعد كون المفروض انه لو لم يسقط يبقى الخيار والمشروط اسقاطه والغرض كونه بحيث لا يمكن اعادته ولو باسقاط حق الشرط وبعبارة أخرى الغرض عدم كون العقد في معرض التزلزل ولو لم يكن متزلزلا فعلا والحاصل انه إذا قلنا ببقاء الخيار قبل الاسقاط فلا وجه لعدم صدق التخلف سواء قلنا بتأثير الفسخ أولا وحينئذ لا بد من الحكم بالخيار للمشروط له وان قلنا بعدم بقاء الخيار فلا معنى للاسقاط ولا شرطه بقي شيء وهو انه لو لم يسقط حتى مات وانتقل الخيار إلى وارثه فهل يجب على الوارث الاسقاط أولا الظاهر عدم الوجوب لعدم كونه مشروطا عليه فله حينئذ الفسخ ويؤثر فسخه وان قلنا بعدم تأثير فسخ المورث لان المانع منه هو وجوب الوفاء بالشرط والمفروض عدمه في حق الوارث فعلى هذا يكون للمشروط له خيار تخلف الشرط ما لم يفسخ الوارث ومن هنا يظهر اشكال اخر على تفصيل المصنف؟ إذ يكفي في تزلزل العقد كونه في معرض موت المشروط عليه وانتقال حق الخيار إلى الوارث ولو قلنا بعدم تأثير فسخ المورث الا ان يقال بعدم تأثير فسخ الوارث أيضا وإن لم يجب عليه الوفاء بالشرط أو قيل بوجوب الوفاء عليه فإنه لا يسقط هذا الاشكال عنه فتدبر بقي شيء اخر وهو انه لو شرط سقوط الخيار في بعض المدة مثل ساعة من الأول أو من الاخر أو عدم الفسخ كذلك أو الاسقاط كذلك أو اسقط بعد العقد كذلك فالظاهر صحته وحينئذ فيثبت الخيار في غير محل الشرط أولا أو اخر أو وسطا فتدبر قوله فهذا هو ظاهر كلام الشيخ أقول يمكن حمل كلامه على الأعم من ذلك ومما إذ اشترط السقوط قبل العقد وغفل عنه حين العقد بان لا يكون التباني عليه أيضا بل هذا مقتضى اطلاق كلامه وظاهر المستند أيضا اختياره وفي الرياض نفى البعد عنه قال إن قول الشيخ غير بعيد لولا

نصوص النكاح للشك في شمول دليل الخيار ومراده من نصوص النكاح الأخبار الدالة هناك على عدم العبرة بالشرط قبل العقد لكن لا عموم فيها يشتمل المقام فالأقوى ما ذكره الشيخ لا ما في الرياض من الشك في شمول دليل الخيار بل لصدق الشرط على الشرط البدوي وشمول المؤمنون ولا يضره كونه اسقاطا لما لم يجب إذ هو راجع إلى المعاهدة على عدم الثبوت فهو نظير ما لو شرطا في ضمن عقد سقوط الخيار في البيع الذي يريدان انشاءه وحمل كلامه على إرادة ما كان قبل تمام العقد ليكون ردا على بعض أصحاب الشافعي بعيد إذ ذلك البعض يحكم ببطلان شرط السقوط ولو كان في ضمن العقد ولو كان غرضه الرد عليه لم يكن وجه للتعبير عنه بالشرط قبل العقد بل كان

المناسب أن يقول ولو شرطاً في العقد صح ولا يكون من

(١٢)

اسقاط ما لم يجب ويدل على ما ذكرنا كلام المختلف حيث إنه أورد عليه بأنه إنما يعتبر إذا وقع في متن العقد فيظهر منه انه فهم منه ما قلنا قوله

اما وعد بالتزام أو التزام تبرعي الخ أقول اما كونه وعدا فممنوع إذ ليس قصدهما الوعد على ما هو المفروض بل انشاء السقوط واما كونه التزاما

تبرعيا فهو كذلك لكن نقول يجب الوفاء به لعموم المؤمنون الا ان يكون اجماع وهو ممنوع سيما مع مخالفة من ذكر واما قوله والعقد اللاحق إلى اخره

فمحصله انه ان أريد اثبات وجوب الوفاء به من حيث رجوعه إلى الشرط الضمني إذا فرض تباينهما عليه وإن لم يذكر في العقد نقول إن التباين؟ لا يثمر

الا إذا كان ما تبايننا عليه من قيود أحد العوضين كوصف الصحة وغيره من أوصاف المبيع أو الثمن فان مثل هذه يمكن الاكتفاء بقصدها في

الانشاء بدون اللفظ وكذا نفس العوضين بخلاف شروط الخارجية فإنها محتاجة إلى دلالة في الانشاء والسر ان العوضين وقيودهما من

ضروريات العقد فيمكن جعل العقد دالا عليها وانشاء البيع انشاء لها بخلاف الشروط حيث إنه لا يمكن ارادتها من العقد بدون ان

تذكر فيه قرينة لفظية عليها فقوله بعت بمنزلة قوله بعت الشيء الفلاني المتصف بالوصف الفلاني بعد كونه معلوما ومقصودا للمتبايعين

على الوجه المذكور واما الشروط فلا يمكن الاكتفاء عنها بمجرد قوله بعت ومجرد القصد والتباني ليس انشاء للالتزام والحاصل ان الشرط

الضميني انما يعتبر في القيود لا مطلقا أو يقال لا يصدق الشرط الا فيها وفيه نظر ظاهر إذ لا فرق في الشروط بين كونها من أوصاف أحد

العوضين أو غيرها فإن كان ولا بد من دال لفظي فهو مفقود في المقامين وان قلنا بكفاية المعلوماتية المعهودية بين المتعاقدين فلا فرق بل الشروط

أولى بعدم الحاجة إلى القرينة اللفظية من نفس العوضين حيث إنهما ركنا العقد مع أنه يمكن حذفهما فتدبر قوله ولا يتم برفع الخيار إلى اخره

أقول ينبغي فرضه فيما لا يمكن اقلته أو الشراء منه ثانيا والا فليس منافيا هذا ولم افهم وجه تخصيص الفرض بما إذا نذر عتقه إذا باعه مع أن الحكم

يجرى فيما إذا نذر عتقه وإن لم يقيد بصورة البيع إذ البيع الخيارى ليس منافيا والبيع بشرط سقوط الخيار مناف له فلا يجوز له شرط السقوط

ثم لو لم يشترط سقوط الخيار لكن لم يفسخ إلى أن انقضى الخيار يحصل الحث في فرض العلامة وكذا فيما فرضنا ولا يحكم معه ببطان البيع إذ المفروض

انه لم يكن منافيا وانما المنافى ترك الفسخ فالمخالفة مستندة إليه قوله الغير القابلة للنقل إلى اخره أقول يظهر منه انه لو كان قابلا للنقل

لم يمكن الاستدلال إذ حينئذ يكون معنى التسلط عليه التسلط على نقله فلا يشمل مثل الاسقاط وليس كذلك إذ يمكن إرادة الأعم من الاسقاط و

النقل كما أن الأموال لو كانت قابلة للاسقاط كانت منطوق دالا على التسلط على اسقاطها أيضا قوله فرضى الاخر سقط الخ أقول

يعنى إذا رضى في زمان الخيار والا فلو اسقط في زمانه ورضى الاخر بعد الانقضاء لا

يكشف عن السقوط سابقا لعدم جريان الفضولية فيه فاعتبار
الرضا من حيث إنه اسقاط بالفعل لا من حيث إنه إجازة قوله أقوال أقول الأولى في بيان
الأقوال ان يقال لو قال أحدهما لصاحبه اختر فهل
يسقط خيار الامر أولا أقوال أحدها السقوط مطلقا الثاني السقوط إذا قصد التمليك الثالث
السقوط إذا قصد التمليك أو التفويض
الرابع السقوط إذا قصد التمليك وأسقط الاخر أيضا فعلى الثلاثة الأولى يسقط خياره
بمجرد الامر وعلى الأخير يسقط حين اسقاط
الاخر لكن لا بد لهذا القائل ان يقيد ذلك بما إذا اسقط المأمور الخيار مطلقا اما إذا اسقط
خصوص خيار نفسه فلا يسقط خيار الامر كما هو
واضح قوله وليس فيه ما ذكره من تمليك الخ أقول يظهر منه انه لو علم إرادة التمليك
سقط الخيار وهو مشكل إذ قد مر منه انه حق
الخيار لا يقبل النقل الا ان يكون المراد انه لو قصد التمليك سقط الخيار من حيث إنه
راجع إلى الاسقاط لا من حيث نقله إلى الاخر وتملكه
له لكن على هذا ينبغي القول بالسقوط ولو سكت الاخر ولم يمض فالمسقط نفس انشاء
التمليك لا اسقاط الاخر ولعله مراد المصنف؟ أيضا فالاشكال
اما يرد على القول الرابع الذي نقلنا ولعل القائل به ملتزم بجواز نقل الخيار إلى الغير أو إلى
خصوص الطرف المقابل فتدبر قوله لزوم العقد من
الطرفين أقول مراده بالطرفين الشخصان اللذان لهما الخيار في أحد طرفي العقد لا
المتعاقدان كما لا يخفى ثم إن الأصيل والوكيل يكونان مما نحن
فيه إذا قلنا بثبوت خيار واحد لكل منهما (لا بثبوت الخيار لكل منهما) وإلا فلا يسقط
خيار الاخر باسقاط أحدهما خياره فلا تعارض وعلى الأول يكون السابق مقدما إذا
ترتبا ومع التقارن يحصل التعارض ويقدم الأصيل لان فسخه أو امضائه عزل للاخر فان قلت
إذا جعلنا الخيار للوكيل أيضا فلا يسقط خياره
بالعزل لأنه حكم شرعي تعبدى قلت نعم ولازمه القول بان لكل منهما خيارا مستقلا فلا
يجئ مسألة التعارض واما مسألة اختلاف الورثة فهي أيضا
مما نحن فيه بناء على كون خيار واحد لكل منهم وحينئذ فالسابق في الفسخ والامضاء
مقدم ومع التقارن يحصل التعارض وحكمه التساقط لعدم جهة
لتقديم البعض فهي مما نحن فيه على البناء المذكور ومن أمثلة التعارض أيضا ما إذا وكل
شخصين في خياره فسحا وامضاء فاختر أحدهما الفسخ و
الاخر الامضاء في أن واحد واما مسألة تصرف ذي الخيار في العوضين دفعة واحدة فهي
وان كان من تعارض الفسخ والإجازة الا انها لا تدخل
تحت ما فرضه المصنف؟ في العنوان من اقتضاء الإجازة لزوم العقد من الطرفين كما لا
يخفى ففي العبارة حلل قوله ولم يظهر له وجه تام أقول بل
لا وجه أصلا وذلك لان الإجازة اسقاط للخيار وتثبيت للعقد والفسخ ابطال له وهما
متنافيان ولا وجه لتقديم أحدهما على الاخر فمقتضى
القاعدة تساقطهما كما عرفت فيبقى العقد مع الخيار قوله وان كان ظاهر الخ أقول يمكن
منع ظهوره في ذلك الاحتمال بل ظهور كون المراد

لا خيار لهما بعد أن رضيا بالبيع أي أوجدا البيع مع الرضا فالمراد الرضا بأصل البيع لا الالتزام به بعد ذلك فتدبر قوله والظاهر أن ذكره الخ أقول
يعنى ان من مثل لأقل الافراد بالخطوة لا يريد انه لا أقل منه بل تمثيله مبنى على الغالب في الخارج من وقوع الفرد الأقل بمعنى ان من يريد الاقتصار على أقل الافراد يوجد الخطوة غالبا لا أقل وان كان يحصل بالأقل أيضا وان ذلك مبنى على الغالب في التمثيل (يعنى ان من يريد التمثيل) لأقل الافراد يمثل بالخطوة غالبا وان كان يمكن التمثيل بالأقل

أيضا فضمير قوله ذكره راجع إلى الخطوة وقوله لبيان متعلق بذكره وقوله مبنى خبران قوله وعن صريح اخر الخ أقول فالأقوال ثلاثة كفاية مجرد الافتراق ولو كان أقل من خطوة وهو مختار المصنف واعتبار الخطوة لا أقل وعدم كفايتها بل المدار على الصدق العرفي ولهذا هو الأقل (ع)؟ للانصراف عن الخطوة فضلا عن الأقل ولقوله فمشيت خطأ؟ فلو كان الأقل كافيا لم يكن وجه لتعليق الإمام (ع) الوجوب على المشي خطأ ومنع الانصراف ودلالة الرواية كما ذكره المصنف كما ترى إذ لا ينبغي التأمل في عدم صدق الافتراق إذا فرض كونهما جالسين في مجلس العقد لكن تحرك أحدهما في الأثناء بحيث بعد عن الآخر بخطوة أو نصفها واما دلالة الرواية فهي واضحة لا من حيث فعل الإمام (ع) بل من حيث تعليقة الوجوب على المشي خطأ ثم على ما ذكرنا من الانصراف لا حاجة إلى الاستصحاب في ابقاء الخيار بل الخبر دال عليه لأنه إذا فرض كون التفرق منصرفا إلى أزيد من الخطوة فهي داخله في عدم التفرق وقد صرح فيه ببقاء الخيار معه ومن ذلك أظهر ما في قوله قدس سره لانصراف الاطلاق إلى أزيد فيستصحب الخيار حيث تمسك بالاستصحاب بعد دعوى الانصراف نعم نحتاج إلى الاستصحاب لو شككنا في الشمول وعدمه و الانصراف غير الشك في الشمول كما هو واضح قوله فذات الافتراق الخ أقول لا يريد من هذه العبارة ان الساكن ليس بمفترق وانما المفترق هو المتحرك وسكون الاخر موجب لاتصاف حركته بالافتراق بل غرضه ان الافتراق لما كان من الأفعال التي يحتاج تحققه إلى الطرفين فمجرد الحركة من أحدهما لا يكفي في صدقه بل يحتاج إلى عدم مصاحبة الآخر فعلى هذا سكون الاخر أيضا افتراق بشرط حركة صاحبه إلى جانب اخر والحاصل ان الافتراق يحصل تارة بالحركة من كل منهما إلى غير جانب الاخر وحينئذ حركة كل منهما افتراق منه بملاحظة عدم مصاحبة صاحبه له وتارة يحصل بالحركة من أحدهما والسكون من الاخر وحينئذ فحركة المتحرك افتراق منه بملاحظة (سكون الاخر وسكونه افتراق منه بملاحظة) حركة الأول وعلى هذا البيان لا يبقى مجال لاحتمال اعتبار حركة كل منهما إلى غير جانب الاخر في صدق الافتراق لما عرفت من أن سكون الساكن أيضا

افتراق حقيقة كحركة المتحرك هذا ولكن الانصاف ان الذي يظهر من تمام كلام المصنف ان الساكن عنده ليس بمفترق أو ان صدق الافتراق في صورة حركة أحدهما فقط انما هو بملاحظة حركته بمعنى ان المتحرك هو الموجد للافتراق واما الساكن فلم يفترق فالافتراق في هذه الصورة مستند إلى المتحرك فقط وهو كاف في سقوط الخيارين لدلالة قوله (ع) فمشيت خطأ ليجب البيع حين افتراقنا حيث أثبت افتراق

الطرفين بمشيئه (ع) فقط والتحقيق ما عرفت من أن الساكن أيضا مفترق سواء كان سكونه باختياره وقصده أو غفلة عن حركة الاخر والخبر لا دلالة فيه على أن الإمام (ع) أوجد افتراق الطرفين بان يكون هو الفاعل للافتراق فقط بل المسلم انه (ع) صار سببا لصدور الافتراق من الاخر أيضا هذا ولو كان الامر كذلك أشكال سقوط الخيار الساكن لأن الظاهر من الخبران؟ افتراق كل سبب لسقوط خياره لا ان حصول الافتراق سبب لسقوط الخيارين فلو فرضنا امكان حصول الافتراق مسندا إلى أحدهما دون الاخر لزم عدم سقوط خياره الا ان يقال إن هذا الخبر دليل على كفاية ذلك والانصاف عدم امكان الاسناد إلى أحدهما فقط مع أن افتراقا في قوة افتراق البائع وافتراق المشتري فلا يصدق افتراقهما الا بصدوره من كل منهما وكيف كان ان كان مراد المصنف ما ذكرنا أولا فهو حق الا انه لا طائل تحت قوله وكيف كان فلا يعتبر إلى اخره إذ لا مجال لهذا التوهم ولا يحتاج إلى الاستدلال بالرواية وان كان مراده ان الافتراق في صورة سكون أحدهما مسند إلى المتحرك فقط فلا وجه له بل غير معقول حسبما عرفت فان قلت قد يقال افتراق زيد من عمرو فيسند الافتراق إلى أحد المفترقين دون الاخر قلت نعم ولكن في هذا المورد يصح ان يقال افتراق عمرو عن زيد وان كان المتحرك زيدا فهذا الاسناد والاطلاق انما هو في مقام كان الشأن أن لا يفترق زيد وأن يكون باقيا على الاجتماع ولا دخل له بكونه متحركا أو ساكنا الا ترى أنه قد يسند إلى الساكن منهما دون المتحرك كما إذا كانا مصطحبين في المشي فترك زيد المشي مع عمرو فإنه يقال افتراق زيد عن عمرو مع أنه ساكن وعمرو متحرك ويصح ان يقال في هذا الفرض أيضا افتراق عمرو عن زيد

والحاصل ان هذا الاطلاق انما يكون في مقام تعلق الغرض بذكر افتراق أحدهما عن الاخر دون العكس فلا يدل على عدم صحة العكس قوله المعروف انه لا اعتبار الخ أقول التحقيق ان الافتراق مسقط بأي وجه حصل من غير فرق بين كونه على وجه القصد والشعور أو على وجه النسيان أو الغفلة أو الاضطرار أو الاكراه أو نحو ذلك وذلك لصحة استناد الافتراق إليهما في جميع هذه الصور وهو المدار إذ لا يعتبر في اسناد الفعل إلى الفاعل الا قيامه به أو صدوره منه ولا يشترط فيه كونه على وجه القصد والشعور فضلا عن كونه على وجه الاختيار في مقابل الاكراه نعم بعض الأفعال يعتبر فيها القصد كالتعظيم والتأديب ونحو ذلك كما أن بعضها لا يمكن صدوره الا بلا قصد كالسهو والنسيان والغفلة أو بالاضطرار كالموت والسقوط ونحو ذلك وفي الحقيقة هذا راجع إلى مادة الفعل نحو؟ بمعنى انه يعتبر في مادته القصد أو الغفلة وعدم الشعور والا فالاسناد لا شرط له فالأفعال التي لا يشترط

في صدق موادها القصد والاختيار لا يشترط في صدق اسنادها شيء والافتراق من هذا القبيل ودعوى أن المتبادر من الاسناد ذلك وان كان اسناده إلى المضطر أيضا على وجه الحقيقة كما ترى وكذا دعوى أن الاسناد إلى الفاعل المختار ظاهر في صدوره منه على وجه الاختيار فإنها ممنوعة ولا مستند لهذه الدعوى سوى دعوى الانصراف ولا بد للانصراف من سبب وكون الغالب كذلك يمكن منعه ولذا ترى

ان الظاهر من قوله (ع) من أتلف مال الغير أعم وكذا من أحدث بطل وضوءه
أو صلاته ونحو ذلك فاعتبار الاختيار سواء كان في مقابل الاضطرار أو الاكراه لا بد من
دليل ولذا الاشكال عندهم على الظاهر في سقوط الخيارين في المقام

(١٤)

إذا كان أحدهما قاصدا مختارا وكان الآخر غافلا أو نائما أو مضطرا في ترك المتابعة أو نحو ذلك مع أنك قد عرفت أن الظاهر من الخبران افتراق كل منهما مسقط لخياره لا ان حصول الافتراق ولو من أحدهما (مسقطا للخيارين) فلو كان الاختيار شرطا كان الواجب التفكيك وكذا لا اشكال في سقوطهما إذا كانا مضطرين في الافتراق أو فرقهما الريح أو نحوه أو افترقا خوفا من سبيع أو لص أو نحو ذلك وكذا إذا كانا غافلين معا أو ناسيين فيكشف هذا كله عن كون المدار؟ على مجرد حصول الافتراق واستناده إلى كل منهما وغاية ما يمكن ان يقال في توجيه اعتبار الاختيار في مقابل الاكراه وجوه أحدها دعوى التبادر وقد عرفت ما فيه خصوصا بالنسبة إلى الاكراه الثاني الاستناد إلى الاجماع المنقول عن الغنية وتعليق الشرايع المعتمدة؟ بالاستناد إلى المعروف في كلام المصنف وبدعوى عدم الخلاف في الجواهر وفيه ما فيه الثالث ان يقال إنه مقتضى حديث الرفع وفيه أنه انما يجرى فيما كان لفعل منوطا بالقصد و الاختيار كالبيع والطلاق ونحوهما من العقود والايقاعات الا ترى أنه لا يجرى في الاتلاف وايجاد أسباب الوضوء والغسل والنجاسة (ونحوهما) مما لا يعتبر فيه قصد واختيار ومن المعلوم ان الافتراق المسقط في مقامنا لا يعتبر فيه قصد كما عرفت من عدم الاشكال فيما كان في حال الغفلة والسهو النوم والموت ونحوها هذا مع أن حديث الرفع كما يدل على رفع الاكراه يدل على رفع النسيان والاضطرار ونحوهما مما لا يلتزمون به في مقامنا هذا مضافا إلى أن مقتضاه عدم السقوط بمجرد صدق الاكراه و إن لم يكن ممنوعا من التخاير مع أنهم لا يقولون به ثم إنه يمكن الاشكال في التمسك بحديث الرفع بوجه آخر وهو انه انما يجرى فيما كان الفعل مع قطع النظر عن الاكراه مما له اثر شرعي حتى يرتفع ذلك الأثر بالاكراه وهذا مبني على كون الافتراق مسقطا واما إذا جعلناه حدا للخيار وغاية له فلا حكم له وانما اثره رفع موضع الخيار الا ترى أنه لو قال أكرم زيدا ما دام في المسجد وكان فيه ثم أخرجه مخرج كرها لا يقال إنه واجب الاكرام بعد خروجه أيضا لان هذا الخروج كلا خروج وذلك لان الخروج ليس له حكم شرعي وانما هو معير للموضوع إلى ما لا حكم له ففي المقام أيضا إذا قلنا إن الخيار معلق على ما قبل الافتراق فهو ليس له اثر شرعي وانما اثره تبديل الموضوع الذي علق عليه الحكم إلى غيره وحينئذ فاطلاق المسقط عليه من باب المسامحة وقوله (ع) فإذا افترقا فلا خيار لهما لا يدل على كونه مسقطا لاحتمال كونه من باب بيان لازم تبديل الموضوع فتدبر الرابع انه المستفاد من صحيح الفضيل فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا حيث اعتبر الرضا وفيه ما عرفت سابقا من أن المراد منه بعد الرضا بأصل البيع سابقا لا الرضا بالافتراق مع أن لازمه عدم السقوط الا مع الرضا ولا يلتزمون باعتباره في غير صورة الاكراه مضافا إلى أنه يعارض بما يستفاد من قوله (ع) فمشيت خطأ ليجب البيع حيث يظهر منه كفايته وإن لم يرض الطرف المقابل فالحق هو القول بالسقوط مطلقا سواء كانا ممنوعين من التخاير أم لا إن لم يكن اجماع والظاهر عدم الاجماع فهذا العلامة قد يستشكل في المسألة في عد في عبارته التي ينقلها

المصنف ونقل صاحب الجواهر عن بعض التوقف في المسألة هذا ومع العلم بعدم المخالف في المسألة نقول لا يحصل القطع من هذا الاجماع فلعل مستند الكل أو البعض بعض الوجوه المذكورة التي عرفت فسادها ومع عدم حصول القطع لا ينفع الاجماع كما هو واضح شر مما ذكرنا ظهر حكم عكس المسألة وهو ما لو كانا مكرهين على عدم التفرق بعد ارادتهما الافتراق فإنه لا يسقط خيارهما لتحقق الموضوع وعلى المشهور لا بد من الحكم بالسقوط لأن عدم الافتراق الاكراهي لا حكم له فتدبر ثمر على قول المشهور من عدم العبرة بالافتراق الاكراهي لو كان الاكراه من أحد الجانبين كان يكره أحدهما على الافتراق دون الاخر أو أكره على البقاء في المجلس وعدم مصاحبة الاخر فهل يثبت الخيار ان أو يثبتان ويسقط خيار المختار دون المكره أقوال ذكرها المصنف ومقتضى القاعدة على المختار سقوطهما بطريق الأولوية من الصورة السابقة ولكن لو قلنا في الصورة السابقة بمقالة المشهور فالحق القول الأخير وذلك لأنك قد عرفت أن الظاهر من الخبران افتراقهما معا غاية لسقوط مجموع الخيارين من باب مقابلة الجمع بالجمع لا كون افتراق المجموع غاية لكل من الخيارين ولا كون افتراق أحدهما غاية لهما فإذا كان الظاهر ما ذكرنا فنقول ان افتراق أحدهما وان كان لا ينفك عن افتراق الاخر الا انه إذا قلنا باعتبار الاختيار في كونه مسقطا من جهة التبادر أو دلالة حديث الرفع أو ظهور صحيح الفضيل في اعتبار الرضى فلا بد من التفكيك لا مكانه بهذا الاعتبار فيلحق كلا من الافتراقين حكمه والعمدة اثبات ظهور الخبر في كون افتراق كل غاية لخياره والا فكون مقتضى القاعدة بعد هذا ما ذكرنا لا اشكال فيه والانصاف ظهور الخبر في ذلك كما يظهر بملاحظة نظائر هذه العبارة مثلا إذا قلنا المتبايعان بالخيار حتى ينقضي شرطهما يستفاد منه ان كل واحد بالخيار حتى ينقضي شرطه وكذا إذا قلنا يجب عليهما الوفاء بالعقد ما لم يشترط الخيار أو ما لم يتخلف شرطهما ونحو ذلك وكون الافتراق من أحدهما ملازما للافتراق من الاخر لا يقتضى كون الغاية مجموع الافتراقين لكل من الخيارين خصوصا إذا اعتبرنا الاختيار في كونه مسقطا بأحد الوجوه المتقدمة فإنه ح يمكن التفكيك أيضا بملاحظة القيد كما بينا قوله بعد تبادر الاختيار الخ أقول يظهر منه الحاجة إلى الأصل بعد دعوى التبادر مع أنه لو تم هذه الدعوى الا حاجة إلى اجراء أصالة بقاء الخيار لأنه لو كان المراد من الافتراق الاختياري فمنطوق الرواية دال على بقاء الخيار ويمكن حمل العبارة على إرادة كون كل منهما دليلا مستقلا قوله فان المتبادر هو الاختيار الخ أقول قد عرفت منعه أيضا ودعوى أنه لا يعد فعلا حقيقيا بل صورة فعل كما ترى فان من الواضح ان الاتلاف في حال النوم فعل للمتلف حقيقة وكذا مشيه وقيامه وقعوده وكذا الاحراق فعل النار حقيقة وهكذا إلى ما شاء الله ولعمري ان هذه الدعوى من المصنف عجيبة قوله للاعتراف بدخول المكره الخ أقول يعنى ان مقتضى حديث الرفع عدم سقوط الخيار مطلقا ولو لم يكن ممنوعا من التخايير لصدق الاكراه مع ذلك أيضا مع أنهم يقولون بالسقوط ح الا ان يقال خرج هذا بالدليل وفيه ما

فيه قوله لأن المفروض ان الخ أقول

(١٥)

لو كان الدليل اختصاص الأدلة بالتفرق الاختياري كان الواجب الحكم بعدم السقوط مع الاضطراري سواء كان ممنوعا من التخايير هم أولا مع أنهم يقولون بالسقوط في صورة عدم الممنوعة ودعوى أنه إذا كان متمكنا من التخايير لا يكون مضطرا مدفوعة بان الاختيار في ترك التخايير لا ينافي الاضطرار في التفرق كما هو واضح قوله والى ان المتبادر من التفرق الخ أقول هذا ممنوع أشد المنع كيف ولازمه عدم اعتبار التفرق في حال الغفلة عن البيع أو في حال النوم أو نحو ذلك ولا يلتزم بذلك قوله أو يقال إن قوله الخ أقول الفرق بين هذا الوجه والوجه الأول انه بناء على الوجه الأول يكون محصل المعنى لا خيار إذا افترقا ورضيا بالبيع حين التفرق فالمسقط مجموع الامرين من التفرق والرضا المتصل به وبناء على هذا الوجه يكون محصل المعنى انه لا خيار إذا افترقا لكون الافتراق رضى بالبيع أي كاشفا عنه نوعا فقوله ع لا خيار بعد الرضا في قوة قوله ع لا خيار بعد الافتراق لكونه رضى هذا وقد عرفت سابقا قوة احتمال كون المراد بعد الرضا بالبيع سابقا يعني إذا افترقا والمفروض صدور البيع منهما عن رضى فلا خيار لهما ويؤيد هذا انه بناء على ما ذكره المصنف يلزم عدم الاعتبار بالافتراق حال الغفلة والنوم ونحوهما مما لا يمكن الالتزام به قوله ومبنى الأقوال الخ أقول لا يخفى ان العمدة توجيه كل واحد من هذه المباني المصنف قده أهمل ذلك فالأولى ان يقال إذا نبينا على أن الافتراق المسقطه هو ما كان عن الاختيار في مقابل الاكراه فلا بد ان يتأمل في أن المستفاد من الخبران تفرق كل واحد مسقط لخياره بان يكون من باب مقابلة الجمع بالجمع حتى يكون تفرق المختار مسقطا لخياره دون المكره أو ان مجموع التفرقين غاية لكل من الخيارين حتى يكون اللازم بعد التخصيص بالاختياري عدم سقوط واحد منهما أو ان حصول الافتراق ولو من واحد منهما غاية لكل من الخيارين حتى يكون اللازم سقوط الخيارين لفرض حصول الافتراق الاختياري إذا كان أحدهما مختار أو هذا مطلقا إذا قلنا إن الساكن أيضا مفترق أو في خصوص ما إذا فارق الآخر المجلس اختيارا إذا لم نقل هذا وقد عرفت أن الاظهر هو الأول وان الثاني خلاف الظاهر واما الثالث فهو بعيد غايته بل لا معنى له لأنه لا يمكن جمل قوله ع حتى يفترقا على معنى حتى يحصل الافتراق من واحد منهما لا بعينه كما لا يخفى فبناء على اعتبار الاختيار بأحد الوجوه المتقدمة الأقوى هو القول بالتفكيك كما ذكرنا سابقا ولا يضر قلة القائل به أو عدمه كما لا يخفى هكذا ينبغي ان يبين المطلب فتبصر قوله فتأمل أقول وجهه ما سيشير إليه من احتمال كون مراد الشيخ والقاضي ان الساقط خيار من تمكن من التخايير مع قطع النظر عن التلازم والا فيما لاحظته يسقط كلاهما قوله إذا لغاية غاية للخيارين أقول قد عرفت أنه ظاهر في مقابلة الجمع بالجمع وهكذا الكلام في صحيحه فضيل بناء على استفادة اعتبار الرضى منها إذ مقتضاها سقوط خيار من رضى دون الآخر قوله وتبادر تقيده بكونه الخ أقول لا يخفى انه بناء على كون المتبادر التفرق عن رضا لا بد من اعتبار رضى كليهما إذا لافتراق فعل لكل منهما

فإذا قيد بالرضا فلا بد من رضی كل منهما وهذا واضح جدا قوله
الا انه معارض الخ أقول مقتضى الرواية السابقة عدم اعتبار الرضا أصلا فلو قدمناها على
الصحيحة بملاحظة كونها مؤيدة بالتزام
مقتضاهما في كثير من المقامات جسما ذكره المصنف كان اللازم عدم اعتبار الرضا أصلا
والحكم بالسقوط في المسألة المتقدمة أيضا وهي ما إذا كانا
مكرهين كليهما جسما اخترنا قوله والا بقيا فتأمل أقول لعله إشارة إلى ما ذكرنا من كونه
من باب مقابلة الجمع بالجمع فتدبر فإنه سيصرح
بان ظاهر النص لا يساعد عليه قوله فالنص ساكت الخ أقول لا نعلم ذلك بل هو دال على
بقاء الخيار ابدا لأنه إذا فرض كون المسقط الافتراق
الاختياري والمفروض عدم تحققه وعدم بقاء شأنية التحقق له أيضا لأن المفروض حصول
الافتراق حسا فيكون كما لم يمكن الافتراق من الأصل كالمبايعين
المتلازمين كما إذا كانا ذوي راسين على حق واحد فلا بد من الحكم ببقاء الخيار إلى أن
يحصل أحد المسقطات الاخر بل المقام أولى مما لم يمكن الافتراق من
الأصل لامكان ان يقال النص لا يشمل له لأنه انما يشمل ما يمكن فيه الافتراق لكن لا مانع
من شموله للمقام لأن المفروض امكان الافتراق من الأول وانما
طرد عدم الامكان بعد ذلك هذا إذا قلنا إن الافتراق منصرف إلى الاختياري وان قلنا بذلك
لا من باب الانصراف بل من جهة حديث الرفع
فكذلك لان مقتضاه ان الافتراق الاكراهي لا اثر له في الاسقاط والمفروض عدم مسقط
اخر فلا بد من بقاء الخيار تنبيه لو اختلفا
تحقق الافتراق فالأصل عدمه وبقاء الخيار ولو اتفقا على الافتراق واختلفا في كونه على
وجه الاكراه أو الاختيار بناء على اعتبار الاختيار فان قلنا بذلك
من باب التبادر فالأصل بقاء الخيار ولا يجزى أصالة عدم الاكراه لأنه لا يثبت كون
الافتراق اختياري والمفروض انه الغاية بمقتضى الانصراف وان قلنا
به من باب حديث الرفع فالأصل عدم الاكراه ولازمه رفع الخيار والوجه فيه أنه على هذا
يكون الاكراه رافعا لاثر الافتراق فالحكم معلق عليه فيجزي أصالة
عدمه من غير حاجة إلى الاثبات فالسر في الفرق انه على الأول يكون المسقط هو الافتراق
الخاص والأصل عدمه وعلى الثاني يكون البقاء معلقا على تحقق الاكراه
والأصل عدمه وذلك لان الافتراق مقتضى للسقوط والاكراه مانع له فتدبر ولو كان
اختلفاهما في الافتراق وعدمه من جهة الاختلاف في زمانه
البيع كان يقول أحدهما كان البيع بالأمس وقال الآخر بل كان في هذا المجلس فان قلنا إن
الخيار ثابت بعد البيع ما لم يفترقا فالأصل بقاءه وان قلنا إنه
ثابت فيما قبل الافتراق أو في مجلس العقد فالأصل عدم تأثير الفسخ لعدم امكان
استصحاب الخيار لعدم اثباته كون هذا مجلس العقد أو ما قبل الافتراق
ولو اختلفا بعد الافتراق في الفسخ قبله فالأصل عدمه ولو اتفقا على أنشأ الفسخ واختلفا في
كونه قبل الافتراق أو بعده فأصالة عدم كل منهما إلى زمان
الاخر متعارضة ويبقى أصالة عدم تأثير الفسخ بمعنى استصحاب ملكية كل منهما لما انتقل
إليه سليمة قوله ولعل لدلالة التعليل الخ أقول سيأتي ان

التمسك بهذا التعليل في غير خيار الحيوان عليل والأقوى دوران الحكم مدار أنشأ الاسقاط بذلك التصرف وعدمه فمع قصد الاسقاط يقصد ولو انكشف بطلان التصرف بان كان بيعا فاسدا مثلا ومع عدمه لا يسقطا لعدم الدليل قوله فتأمل أقول وجهه وضوح كون نظره في قوله فلا شرط له إلى خصوص خيار الحيوان فلا تعرض له لسائر الخيارات والتمسك باطلاقه كما ترى بعد ما ذكرنا قوله ولا يبعد اختصاصه أقول هذا هو الأقوى للانصراف إلى غير المذكورات لا أقل من الشك في الشمول ولا ينافيه قوله ع في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام فان العموم بمقدار ما ينصرف إليه لفظ الحيوان فتأمل قوله ويشكل فيما صار الخ أقول يعنى يشكل الاختصاص في هذا القسم وفيه أنه أولى بذلك كما لا يخفى فإنه لا يقال إنه باع حيوانا بل باع لحما قوله وجوه أقول أحدها كونه إلى مضي الثلاثة الثاني كونها دام حيا إذا مات في الثلاثة لا مط الثالث كونه فوريا ولا يخفى انه يتعين الوجه الأول لأنه إن لم يكن مشمولا للنص فلا خيار أصلا والافهو إلى الثلاثة ولا يضر موته فيها وعدم بقائه حيوانا لان المدار على كونه حيوانا حال العقد بناء على الشمول قوله بالحكمة الغير الجارية أقول وهي الاطلاع على عيوبه الخفية التي تظهر في الثلاثة غالبا قوله ولعله الأقوى أقول الأقوى التعميم لاطلاق النص والفتوى والحكمة الظنية لا تصلح مقيدة بل القطعية أيضا كذلك لعدم لزوم اطرادها في جميع موارد الحكم مع احتمال كون الحكمة تروى المشتري وتأمله في أصل البيع وانه موافق لفرضه أولا والظاهر أن المصنف مستشكل في ظهور الاطلاق وإلا فلا وجه لتقوية الخلاف بمجرد عدم جريان هذه الحكمة قوله لعموم قوله ع إذا افترقا الخ أقول يمكن الخدشة فيه بأنه مقيد ببيع غير الحيوان بقريئة المقابلة في صحيحة الفضيل الآتية بل هو الظاهر من قوله ع في صحيحة محمد بن مسلم وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا ويدل عليه أيضا رواية ابن أسباط عن الرضا ع الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري وفي غير الحيوان ان يفترقا وكذا صحيحا محمد بن مسلم وزرارة أحدهما عن الصادق ع و الأخرى عن الباقر (ع) رسول الله صلى الله عليه وآله البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام والحاصل انه يمكن ان يدعى ان مورد وجوب البيع بالافتراق انما هو بيع غير الحيوان فهو لا يشمل بيعه فلا يبقى مجال للاستدلال به فتدبر قوله بالنسبة إلى ما ليس فيه الخ أقول التحقيق كما سيحى جواز التمسك به بناء على افادته العموم الزماني في صورة ثبوت خيار المجلس أيضا قوله ولكن الانصاف ان الخ أقول بل الانصاف ان ظهورها أقوى من ظهور الصحيحة بمراتب وعلى تقدير التكافؤ في الظهور فاخبار المشهور أكثر وأشهر فيجب ترجيحها ومع الاغماض فالمرجع ما ذكره المصنف من العمومات ومع الاغماض

فالأصل عدم تأثير فسخ البايع فلا ينبغي التأمل في ضعف قول السيد كما ذكره المصنف قوله حتى محمد ابن مسلم الخ أقول يشير إلى صحيحته التي نقلناها

وسينقلها المصنف بعد سطرين عن الصادق ع قال رسول الله صلى الله عليه وآله البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام حيث خصه بصاحب الحيوان و عدل عما جعله موضوعا لخيار المجلس من قوله البيعان الخ قوله في موثقة ابن فضال أقول هي ما عن علي بن موسى (ع) صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام قوله ولا ينافي هذه الدعوى الخ أقول يعني انه ان قيل كما يمكن حمل التقييد في الموثقة بالمشتري على الغالب كذا يمكن حمل اطلاق الصحيحة عليه أيضا بمعنى ان يكون المراد من صاحب الحيوان هو المشتري ويكون عدم ذكر القيد من باب الاتكال على الغلبة نقول يمكن ان يكون التقييد منزلا على الغالب وبكونه الاطلاق بحاله وفي المقام كذلك قلت نعم ولكن مجرد الدعوى لا يصح الاستدلال والأولى ان يقال إن الظاهر من التقييد بالمشتري إرادة ان المراد من صاحب الصاحب بعد البيع لا الصاحب السابق وهو البائع فليس بصدد اخراج البائع إذا كان الثمن حيوانا والحاصل ان المقصود من التقييد دفع توهم إرادة البائع فيما كان البيع حيوانا فقط فعلى هذا يؤخذ بعموم الصاحب سواء كان هو البائع أو المشتري لكن بإرادة الصاحب الفعلي فتدبر قوله فلا محيض عن المشهور أقول الأقوى هو القول الثالث لصحيحة محمد بن مسلم المذكورة المعتمدة بصحتها الأخرى بعد الحمل المذكور وبصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام مثلها جسما نقلناها انفا وبحكمة الحكم وبغير ذلك ولا ينافيها التقييد بالمشتري في سائر الأخبار لما عرفت من حمله على الغالب فتدبر قوله فجعله من حين التفرق أقول يمكن ان يقال بعدم ثبوت خيار المجلس في بيع الحيوان أصلا لما عرفت من أنه مقتضى المقابلة بينهما في الاخبار فتذكر ولو أغمضنا عن ذلك لاطلاق بعض اخبار خيار المجلس ولظهور الاجماع فلا ينبغي الاشكال في ضعف قول الشيخ لأن الظاهر من اخبار خيار الحيوان انه من حين العقد ولا تنافى بين الخيارين جسما بينه المصنف قوله وما دل على أن تلف الخ أقول كخبر عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت أبا عبد الله (ع) إلى أن قال ليس على الذي اشترى ضمان حتى بمضي بشرطه وفي خبر عبد الله بن سنان حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري وغير ذلك فراجع قوله مع أنه بالتقرير الثاني مثبت أقول لا يخفى ان كون مبدء الخيار من حين التفرق يستلزم أمرين أحدهما عدمه قبل التفرق الثاني بقاءه إلى ما بعده الثلاثة من حين العقد فان أريد من اجراء الأصلين ترتيب اثر العدم قبل التفرق والوجود بعد الثلاثة فكل منهما مثبت من جهة غير مثبت من أخرى فالتقرير الأول مثبت من حيث ترتيب اثر العدم على ما قبل التفرق وغير مثبت من حيث ترتيب اثر الوجود بعد الثلاثة والتقرير الثاني بالعكس فلا وجه لتخصيص الاثبات بأحدهما وكان المصنف لم ينظر إلى ترتيب اثر العدم على ما قبل التفرق وانما لاحظ بقاءه بعد الثلاثة وعدمه فقط قوله وأدلة التلف من البائع الخ

أقول وعلى فرض الاخذ باطلاقها تكون مؤيدة أو أدلة على ما احتملنا من عدم جريان خيار
المجلس في بيع الحيوان لا على مذهب

(١٧)

الشيخ نعم لو فرض الاجماع على ثبوت خيار المجلس في المقام تكون أدلة على ما ذكره مع الاغماض عن حملها على الغالب والانصاف ان حملها على ذلك بعيد مع أن كون الغالب التلف بعد المجلس يمكن منعه فتأمل والأولى مع الاغماض عما ذكرنا أن يجاب عنها بمنع كون حكم الخيار المشترك كون التلف من المشتري كلية حتى في مثل المقام فان اطلاق هذه الأخبار على كثرتها مخصص لتلك القاعدة ويمكن ان يقال

بملاحظة هذه الاطلاقات ان في الخيار المشترك يكون التلف على المشتري إذا لم يكن خيار اخر مختص به كما في المقام فان خيار المجلس فيه مشترك ولازمه كون التلف من المشتري لكن خيار الحيوان أيضا موجود للمشتري وهو يقتضى اختصاص التلف بالبايع بل يمكن ان يقال إن هذا بمقتضى القاعدة فان المقام من باب تعارض المقتضى والا مقتضى فيعمل الأول عمله فان كون التلف من المشتري في صورة الاشتراك انما هو بمقتضى قاعدة الملكية بمعنى ان خيار المشتري لا يقتضى كون التلف على البايع وكونه من البايع في صورة الاختصاص من باب اقتضاء الخيار ذلك فإذا قلنا باجتماع الخيارين فاللازم الحكم بكون التلف على البايع لوجود مقتضيه وهو خيار الحيوان ووجود خيار المجلس ليس مقتضيا شيئا وانما كنا نحكم بكون التلف معه على القاعدة المشتري من باب قاعدة الملكية المحكومة بالنسبة إلى قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له فتدبر قوله ثم إن المراد الخ أقول الظاهر من اخبار ان ابتداء الخيار من زمان البيع بحيث يصدق على المشتري انه صاحب الحيوان وهذا لا يتحقق في بيع الفضولي الا بعد الإجازة بناء على النقل إذ قبلها ليس العقد عقد المشتري المعجز حتى يصدق عليه انه صاحب الحيوان نعم بناء على الكشف يكون هو صاحب الحيوان من أول العقد فلو كانت الإجازة في الثلاثة يبقى البقية ولو كانت بعدها يلزم البيع عليه واما في بيع السلم قبل القبض فيصدق عليه المشتري وصاحب الحيوان وان كانت الصحة الشرعية موقوفة على القبض الغير المتحقق بعد قوله وتمثيله بما ذكر الخ أقول يعني ان هذا البعض انما عدل عما هو المتعارف من المثال من بيع الحيوان سلما وفرض المثال في بيع الطعام بالحيوان بناء على مذهبه الذي نقل سابقا من عدم جريان خيار الحيوان لا في بيع العين الشخصية وفي السلم لو فرض كون المبيع حيوانا لا بد من فرضه كليا فلهذا فرض المثال فيما إذا كان الثمن حيوانا بناء على كون الخيار للصاحب الحيوان ولو كان هو البايع قوله وقد تقدم الاشكال الخ أقول وتقدم منه قدم توجيهه أيضا وان اثر الخيار ح خروج العقد بالفسخ عن قابلية لحوق القبض المصحح وتقدم منا بعض الكلام في ذلك فراجع قوله لا اشكال في دخول الخ أقول المستفاد من الاخبار بقاء الخيار من حين العقد إلى مضي ثلاثة أيام ومقتضى ذلك دخول أيام الليلتين المتوسطتين بالتبع وكذا الليلة الأولى أو بعضها ان كان العقد في أول الليل أو في أثناءه ولو كان في أثناء النهار فإن كان

ما مضى منه قليلا بحيث يصدق اليوم الكامل على بقية فيحسب ذلك اليوم يوما واحدا كما
 إذا كان في آخر النهار بحيث لم يبق منه الا يسير لا يعتنى به فيلغى
 بالمرّة ولا بد من مضى ثلاثة أيام تامة غيره وان كان في الأثناء ولم يكن الماضي أو الباقي
 ملحقا بالعدم فاللازم بمقتضى القاعدة إلغاء ذلك اليوم ومضى
 ثلاثة أيام آخر وذلك لان التلفيق من اليوم الرابع فرع إرادة مقدار بياض اليوم مع أن ظاهر
 اللفظ إرادة نفس اليوم لا مقداره ودعوى أن اليوم الملق
 أيضا يوم حقيقة كما ترى إذ هو اسم لما بين طلوع الشمس إلى الغروب لا لمقداره من
 الوقت سواء كان ليلا أو نهارا ولا لمقداره من بياض اليوم فالتلفيق
 من الليل ومن اليوم الآخر في عرض واحد في كون كل منهما خلاف الظاهر فما يظهر من
 المصنف من التلفيق عند الانكسار لا وجه له قوله ويحتمل النقص
 من الخ أقول لا وجه لهذا الاحتمال أصلا إذ هو مبنى على إرادة مقدار اليوم من الساعات
 ومعه يلزم كفاية يوم وليلتين أو يومين وليلة
 مع أنه قطعي الفساد قوله الا انه لا يعلل الخ أقول يعنى ان الوجه في دخولها هو ما ذكرنا
 من اعتبار الاستمرار من حين العقد إلى مضى ثلاثة أيام قلت
 ومن ذلك يظهر ان الليلة الأولى أيضا خارجة عن الأيام الثلاثة الا انها داخلة في حكمها من
 جهة اعتبار الاستمرار فلا يلزم من فرض خروجها أيضا اختلاف
 مفردات الجمع هذا ويمكن ان يقال إن اليوم كثيرا يستعمل في مجموع الليل والنهار ففي
 المقام كما يحتمل ان يكون دخول الليلتين من جهة الاستمرار كذلك يمكن
 ان يكون بالأصالة ومن باب ذلك الاستعمال بل العرف في مثل المقام الذي يكون الليل
 داخلا في الحكم قطعا يحمل اللفظ على إرادة ذلك المعنى أي مجموع اليوم
 والليل و ح فلا بد من دخول الليلة الأخيرة إذا كان العقد في أول طلوع الشمس وكون
 الاستعمال المذكور مجازا على فرض تسليمه لا ينافي الظهور العرفي
 هذا ولو شككنا في إرادة أي من المعنيين فمقتضى الاستصحاب أيضا بقاء الخيار إلى آخر
 الليلة الأخيرة ثم أقول تأييدا لهذه الدعوى انه فرق واضح بين
 قوله للمشتري الخيار من حين العقد إلى مضى ثلاثة أيام وقوله له الخيار ثلاثة أيام أو ان
 الشرط في الحيوان ثلاثة أيام فان في العبارة الأولى يكون المراد
 من اليوم نفس البياض فقط الا انه لما كان الخيار ثابتا قطا إلى أن ينقضي ثلاثة أيام لا بد
 من دخول الليلتين أو الليالي وهذا بخلاف العبارة الثانية
 فإنه يبعد غاية البعد إرادة بياض الأيام وإرادة الليالي من الخارج من اجماع أو غيره بل
 الظاهر المتبادر بعد العلم بثبوت الخيار في الليالي أيضا
 ارادتها من نفس اللفظ واخبار الباب كلها من قبيل العبارة الثانية فدعوى ظهورها في أراد
 المجموع من النهار والليل قريبة جدا و ح فلا يمكن
 التفكيك ذكره القائل ويؤيده ان أصحاب الأئمة والعلماء كلهم فهموا دخول الليلتين من
 نفس اللفظ ولم يتوقفوا في ثبوت الخيار في الليل أيضا
 إلى أن يدل دليل من الخارج وهكذا الحال في سائر الموارد التي من قبيل المقام فتدبر قوله
 إلى أن يمضى ست الخ أقول
 هذا من باب المثال والا فقد يكون اليوم أزيد من اثني عشر ساعة أو أقل قوله ولا بأس به

أقول وذلك لعموم أدلة الشروط بناء على أن حق الخيار وان

(١٨)

كان وحدانيا الا انه بمنزله حقوق عديده باعتبار الأيام والساعات هذا ولو شرط عدم الفسخ فامر جواز تبعضه أظهر كما لا يخفى ثم لا
فرض جواز اشتراط السقوط بين ان يكون في ضمن العقد أو في ضمن عقد اخر سابق أولا حق جاز أو لازم جسما عرفت سابقا في خيار المجلس ولو شرط سقوط الخيار في ضمن عقد اخر سابق وشرط ثبوته في ضمن عقد اخر أو في نفس البيع الخياري فهل يصح الشرط الثاني أولا وجهان قوله
فوقع ع إذا أحدث الخ أقول لا يخفى ان ظاهر السؤال في هذه الصحيحة كون المراد بالحديث ما يوجب تغيير المبيع من قبيل اخذ الحافر والنعل ونحوها
لا مطلق التصرف بقرينة عطف الركوب على الاحداث و ح فيمكن ان يكون الامام ع سكت عن جواب الركوب لعدم كونه مانعا من الرد فيخالف ح الصحيحة المتقدمة والمتأخرة ويمكن ان يكون مراده ع من قوله ع إذا أحدث فيها حدثا الأعم فيوافقهما وهذا هو الأظهر بعد ملاحظة المجموع كما لا يخفى
قوله واستدل عليه في كره الخ أقول الظاهر أن مراد العلامة الاستدلال على المدعى في الجملة وليس غرضه الاستدلال على مطلق التصرف
بالدليل المذكور كيف ومن المعلوم ان مطلق التصرف خصوصا مع الغفلة عن البيع أو عن الخيار لا يدل عن الرضا فكيف يمكن أن يقول إنه إجازة
فمراده الاستدلال على بعض افراد التصرف واما الدليل على مسقطه مطلقه فهو الاجماع والايثار ومما ذكرنا ظهر ما في قول المصنف بعد ذلك
ويظهر من استدلال العلامة وغيره إلى اخره هذا ولكن الانصاف ان مقتضى جملة من كلماته ان المسقط عنده هو التصرف الدال على الرضا نوعا بل
يظهر من بعض كلماته ان المسقط هو الالتزام الفعلي وان المدار على الرضا فالانصاف ان كلماته مضطربة فيظهر من جملة منها ان المدار على مطلق
التصرف وانه مسقط تعدي كقوله ع في رد بعض الشافعية ان المسقط مطلق التصرف وقوله لو كان
على الدابة الخ ما نقله المصنف عنه وأظهر منهما قوله
عندنا ان الاستخدام بل كل تصرف إلى اخر ما نقله المصنف حيث لم يفرق بين ما قبل العلم بالعيب وما بعده والظاهر أن خيار الحيوان والعيب عنده من واو
واحد ويظهر من جملة منها ان المدار على الكاشف عن الرضا نوعا وإن لم يكن كذلك فعلا كقوله ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة أو طالت لم يكن ذلك رضى بها ولو سقاها الماء أو ركبها ليستقيها ثم يردها لم يكن رضى منه بامساكه ولو حلبها في طريقه فالأقرب انه تصرف يؤذن
بالرضا وقوله في التحرير في مسألة سقوط رد المعيب بالتصرف وكذا لو اشتغل البيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا ويظهر من جملة منها ان الملاك
هو الرضا الفعلي وانه المسقط كقوله ان التصرف دليل الرضا وقوله انه إجازة بل كلمات سائر العلماء أيضا مضطربة كما لا يخفى الا ترى ان المحقق
الثاني يظهر من أول كلماته الآتي نقلها المصنف بعد ذلك أن المسقط هو التصرف بقصد الالتزام بالبيع ومن كلامه الثاني انه الدال نوعا حيث

فرق بين ركوب الدابة للاستخبار وحملها له وقال إن الأول لا يعد تصرفا والثاني ليس ببعيد
 أن لا يعد فإنه لو كان المدار على الالتزام الفعلي لم يكن
 وجه لذلك إذ بعد فرض قصد الاستخبار لا يكون هناك التزام فعلي في الصورتين ومن
 كلامه الثالث انه ما يكون المقصود منه التملك لا الاختيار
 وهذا أعم من الثاني فإنه لم يعتبر فيه الدلالة على الالتزام أصلا بل اكتفى بكونه بقصد
 الملكية الا ان يقال إن مراده من التملك الالتزام فيرجع إلى الثاني و
 كيف كان فالمتحصل من كلماتهم ان في المسألة أقوالا أحدها ان المدار على الرضا
 الفعلي والتصرف بقصد الاسقاط والالتزام فيرجع إلى الاسقاط
 الفعلي الثاني ان المناط ما يكون من التصرفات كاشفا عن الالتزام بالبيع نوعا فإنه مسقط
 لكن من حيث الكاشفية لا من باب الموضوعية بمعنى
 انه لو علم عدم إرادة الالتزام به لا يكون مسقطا كما في المسقط القولي حيث إنه لا يعتبر
 مع العلم بعدم القصد الثالث ان الكاشف النوعي
 مسقط من باب الموضوعية بمعنى انه مسقط تعبدي وان علم عدم إرادة الالتزام والاسقاط
 من من الخارج والافلو كان هناك قرينة مانعة عن كشفه
 فلا يكون مسقطا لعدم كونه ح كاشفا نوعيا ويحتمل الاسقاط ولو مع القرينة على الخلاف
 الرابع ان المسقط مطلق التصرف تعبدا اما
 مطلقا أو باستثناء خصوص ما يراد منه الاختيار أو باستثناء بعض التصرفات الجزئية الخامس
 انه ما يكون دالا على الرضا أو منقضا للقيمة
 أو يكون لمثله أجرة كما يظهر من كلام السرائر جسما نقله المصنف السادس انه ما يكون
 مفهما للرضا أو موجبا لتغيير المبيع كأخذ الحافر و
 أنعال الدابة وهذا هو الظاهر من المستند السابع انه تصرف الكاشف عن الرضا بأصل البيع
 وإن لم يكن كاشفا عن الالتزام به
 وهو الظاهر من ثالث كلمات جامع المقاصد ويمكن ان يحمل عليه كلام غيره أيضا ممن
 اعتبر الدلالة على الرضا بحملة على الرضا بأصل البيع
 والملكية وحاصله التصرف في المبيع بعنوان كونه مملوكا له كتصرف الملاك في أموالهم
 فيخرج منه التصرف حال السهو والغفلة وبقصد
 الاختبار وسيأتي تحقيق الحال وبيان الأقوى من هذه الأقوال قوله يراد منه الرضا بالعقد الخ
 أقول نعم هذا
 هو الظاهر منه لكن يحتمل ان يكون المراد ان المسقط هو التصرف بعنوان الملكية والرضا
 بأصل البيع وإن لم يكن بعنوان الالتزام في مقابل
 التصرف حال الغفلة أو على وجه الاشتباه بان يتخيله شيئا اخر من أملاكه أو كونه مال
 الغير أو على وجه الاختبار وكون الرضا في الرواية المذكورة
 بمعنى الالتزام لا يدل على كونه كذلك في الصحيحة لعدم ذكر التصرف في موردها و ح
 فمن المعلوم ان كون الضمان على المشتري لا يكون الا مع
 الالتزام بالبيع واسقاط الخيار والحاصل انه لا منافاة بين كون المسقط في صورة التصرف
 ما يدل على الرضا بأصل الملك وفي صورة عدمه
 انشاء الالتزام بالبيع فتدبر قوله فقوله ع فذلك رضى منه ولا شرط له يحتمل وجوها أقول

في هذه الفقرة أزيد مما ذكره المصنف قده وذلك لان قوله فذلك رضى اما ان يراد منه انه بمنزلة الرضا تعبدا أو يراد منه انه دال على الرضا نوعا

بمعنى انه كاشف نوعي عنه أو يراد منه انه دال عليه فعلا وعلى التقادير اما ان يكون هو الجواب عن الشرط أو يكون توطئة للجواب الذي هو قوله ع لا شرط وعلى أي تقدير يكون بمنزلة التعليل للحكم اما على تقدير التوطئة فواضح واما على تقدير كونه جوابا فلانه جواب في الصورة وفي التركيب النحوي و

الا فبحسب المعنى يكون الجواب قوله لا شرط له أو ما يفيد معناه كقوله يسقط خياره أو نحو ذلك وإلا فلا يعقل ان يكون هو الجواب في المعنى ولو على

تقدير إرادة التنزيل التعبدي كما لا يخفى إذ معنى قوله إذا أحدث حدثا فهو بمنزلة الرضا (انه يسقط به خياره لأنه بمنزلة الرضا) تعبد أو التحقيق انه هو الجواب في الصورة وفي التركيب وتوطئة بحسب

اللب والمعنى والا فيبعد جعل الجواب قوله لا شرط له ويكون قوله فذلك رضى تعليلا حقيقة بان يكون الفاء الداخلة عليه فاء التعليل لا فاء الجواب

بل الحال كذلك في جميع مقامات التوطئة بمعنى ان ما ذكر توطئة جواب صورة وعللة في المعنى أو بمنزلة العلة

مثلا إذا قلت إن جاءك زيد فهو عالم أكرمه الجواب قوله فهو عالم لكن في المعنى كأنك قلت أكرمه فان عالم فلا تغفل ثم على تقدير إرادة كونه دالا على الرضا نوعا اما ان يجعل علة للحكم أو حكمة فعلى الأول يكون المراد بحسب اللب ان التصرف مسقط لأنه دال على الرضا نوعا أي دلالة نوعية وعلى الثاني يكون المعنى بحسب نوعه يكون دالا على الرضا نوعا والفرق انه على تقدير العلية يكون المسقط ما يدل على الرضا نوعا دون مثل التصرف الاختياري ونحوه وعلى الثاني مطلق التصرف

لأنه قال التصرف مسقط لان نوعه يدل على الرضا النوعي ومن هذا يظهر ان حمله على الحكمة للحكم خلاف ظاهر التعليل إذ ظاهره ان نفس المسقط يدل على الرضا لا نوعه مثلا إذا قال اعمل بالخبر لأنه يكشف عن الواقع ظاهره ان ما يجب العمل به ما يكون كاشفا نوعيا فتدبر ثم اما ان يجعل المسقط الكاشف النوعي من حيث إنه كاشف أو من باب الموضوعية ثم إن المراد بالرضا اما الالتزام بالبيع أو الرضا بأصل البيع بمعنى كون التصرف بعنوان المالكية فعلى بعض هذه الوجوه يكون التصرف مسقطا تعبديا مطلقا أو في الجملة وعلى بعضها يكون المسقط الرضا المستكشف نوعا وعلى بعضها الرضا المستكشف فعلا وعلى بعضها التصرف الكاشف نوعا وإن لم يكن بقصد الالتزام وعلى بعضها التصرف الكاشف عن الرضا

بأصل البيع فعلا أو نوعا بيان ذلك أنه على تقدير كون المراد التنزيل منزلة الرضا يكون التصرف مطلقا مسقطا تعبديا سواء جعل الجزاء قوله فذلك رضى أو قوله لا شرط والوجه واضح وكذا لا فرق على التقادير الاخر أيضا بين جعل الجزاء هذا أو ذاك لما عرفت من أن الفرق بحسب الصورة والتركيب لا بحسب اللب والمعنى وعلى تقدير كون المراد الدلالة النوعية فكذلك ان جعل حكمة

للحكم لا علة وعلى تقدير جعله علة فمع إرادة الموضوعية فالمسقط التصرف الكاشف نوعا عن الرضا بأصل البيع بناء على كونه المراد من الرضا وإن لم يكن كاشفا نوعا من الالتزام فيخرج التصرف مع الاشتباه والغفلة وعلى التقدير المذكور ان كان المراد من الرضا الالتزام بالبيع فيكون المسقط ما يدل نوعا على الالتزام وإن لم يكن بقصدته إذا لمفروض ان الكاشف النوعي مسقط موضوعا وتعبدا و ح يخرج منه ما لم يكن في نوعه كاشفا كالتصرف الاختباري بل مثل النظر واللمس والتقبيل والاستخدام ونحو ذلك بل غالب التصرفات لا يكشف عن الالتزام وانما يكشف عن الرضا بأصل البيع ومع إرادة الكاشفية دون الموضوعية فالحال كذلك الا انه يخرج ما علم من الخارج عدم إرادة الالتزام به وكذا إذا قامت قرينة على عدمها بناء على عدم خروجه بذلك عن الكاشفية النوعية وإذا كان المراد من الرضا الرضا بأصل البيع فيكون كالتقدير السابق الا إذا علم عدم الرضا بأصل البيع وعلى تقدير إرادة الدلالة الفعلية على الرضا فالمسقط هو الرضا الفعلي بأصل البيع على أحد البنائين وبالالتزام على الآخر وعليه يكون راجعا إلى الاسقاط الفعلي وليس التصرف بما هو مؤثرا شيئا إذ كل ما يمكن ان ينشأ به الالتزام والاسقاط يكون مسقطا وفي الحقيقة لا فرق بين جعل المدار على الكاشف النوعي على وجه الكاشفية وبين هذا الوجه الأخير وهو جعل المدار على الكاشف الفعلي في كون الملاك الرضا والالتزام بالبيع واقعا وانما التفاوت انه بناء على الكاشف النوعي يكون ظاهر الفعل حجة وعلى الفعلي لا يكون كذلك ومن هذا ظهران لا فرق بين المعنى الثالث والرابع في كلام المصنف في أن المدار في كليهما على كون المناط الرضا والالتزام بالبيع لأنه قد جعل الثالث من باب الكشف النوعي على وجه الكاشفية لا الموضوعية فيكون الاختلاف بينهما والنزاع الواقع في تعيينهما راجعا ان الكاشف النوعي في الأفعال هل هو حجة كما هو في الأقوال أولا نعم بناء على جعله من باب الموضوعية يكون الفرق واضحا بحسب اللب والواقع أيضا إذ لازم الوجه الثالث على الموضوعية كون المسقط نفس التصرف الكاشف بما هو تصرف لا الرضا والالتزام المكشوفين بخلافه على الوجه الرابع وظهر أيضا الاضطراب في كلام المصنف قد فانه في هذا المقام بمقتضى بيانه يجعل المدار على التصرف الكاشف من حيث الكاشفية وفي سائر المقامات يجعله من باب الموضوعية حيث إنه استدل على كونه مسقطا في سائر الخيارات بعموم التعليل في هذه الرواية ومن المعلوم ان المحتاج إلى عموم التعليل إلى نما القول بالموضوعية فان كونه مسقطا ح يحتاج إلى دليل لكونه على خلاف القاعدة واما بناء على الكاشفية فليس امرا وراء الاسقاط فلا يحتاج إلى دليل بل هو على طبق القاعدة كالاسقاط القولي فيكفيه كون الخيار من الحقوق القابلة للاسقاط وصدق الانشاء عرفا بانشائه بالفعل كصدقه بانشائه بالقول وعلى تقدير الحاجة

فليس نظر هذه الأخبار إلى بيان حجية الفعل الكاشف وعدم حجيته كما لا يخفى إذا
عرفت ذلك فنقول الأظهر

(٢٠)

في محتملات الخبر إرادة التنزيل التعبدي وهو المناسب لاطلاق الأمثلة في ذيله ولاطلاق الصحيحين الآخرين بل هو الظاهر من الجملة الشرطية أيضا كما لا يخفى مع أن الظاهر من الرضا كما عرفت الالتزام بالبيع لا الرضا بأصل البيع ومعه لو لم يحمل على هذا المعنى يلزم التخصيص بالفرد النادر إذ الغالب في التصرفات عدم دلالتها ولو نوعا على الالتزام و أيضا الظاهر من الاخبار كون المسقط نفس التصرف واحداث الحدث وعلى إرادة الكشف النوعي أو الفعلي يكون المسقط التصرف بقصد الاسقاط لا نفسه بما هو الا ان يراد من التعليل الحكمة وهو خلاف الظاهر كما عرفت أو يقال بكونه مسقطا من باب الموضوعية وهو أيضا خلاف الظاهر بعد إرادة التصرف الكاشف فان الظاهر من تعليق الحكم على الكاشف اعتبار كاشفية ولا يضره رواية عبد الله بن زيد الحاكية للنبي صلى الله عليه وآله لما عرفت من أن موردها صورة عدم التصرف أو الاغماض عنه ومعه لا يكون المسقط الا الرضا والالتزام كما هو واضح ولا يضره أيضا ما دل من الاخبار على الامر لذي الخيار بايجاب البيع على نفسه إذا أراد التصرف بدعوى أنه لو كان التصرف من حيث هو مسقطا لم يحتج إلى الايجاب أولا كخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام لان أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوبا بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه قال ليشهد انه قد رضيه فاستوجه

ثم لبيعه ان شاء فان اقامه في السوق فلم يبعه فقد وجب عليه ونحوه صحيحة الحلبي وغيرها وذلك لأنها غير معمول بها وربما حملت على الاستحباب مع أنها واردة في خيار الشرط فلا دخل لها بالمقام مع أن لازمها عدم كفاية التصرف بقصد الالتزام أيضا بل لا بد من الالتزام أولا ثم التصرف فالاشكال من جهتها مشترك الورد ولا يضره أيضا تعليلهم لكون التصرف مسقطا بأنه دليل الرضا أو إجازة أو نحو ذلك إذ يمكن ان يكون دليلا على بعض المدعى ان المشهور لم يعللوا بذلك ولا يضره أيضا حكمهم بان كل تصرف يكون إجازة من المشتري في المبيع يكون فسحا من البائع مع أن الفسخ لا يتحقق الا بانشائه فعلا أو قولا وذلك لأن هذه العبارة انما صدرت من القائل باعتبار الدلالة على الرضا وليست في كلام الجميع مع أن غاية مفاد هذا الكلام ان الإجازة الفعلية والفسخ الفعلي متلازمان بحسب المورد وهذا لا يدل على عدم كون التصرف مسقطا تعبديا إذا لقائل بالتعبدية لا يجعله من الإجازة الفعلية ليكون اللازم كفايته في الفسخ الفعلي أيضا ولا يضره أيضا تحقق الاجماع على عدم مسقطية بعض التصرفات كالتصرف الاختياري ونحوه مما لا ينفك عن كون الحيوان عند المشتري في مدة ثلث أيام إذ يمكن ان يقال نمنع الاجماع أولا و نلتزم بالتخصيص والخروج بالدليل ثانيا وندعى انصراف الحدث إلى غيرها ثالثا ومما ذكرنا تبين ان الأقوى هو القول بالسقوط

بالتصرف مط ثم على فرض الاغماض عما ذكرنا فالظاهر كون المناط نفس الرضا
 المستكشف لا التصرف الكاشف لأنه علل الحكم بنفس الرضا لا
 بالدال عليه مع أنك عرفت أن لازم اعتبار الكاشف النوعي أيضا ذلك إذ اعتباره على وجه
 الموضوعية بعيد فلا وجه لا تعاب المصنف قده نفسه في تقوية
 الوجه الثالث إذ لا فرق بينه وبين الرابع الا مجرد حجية الكشف النوعي في التصرفات بناء
 على الثالث والسكوت عنه بناء على الرابع فتدبر بقي
 شئ وهو انه بناء على المختار في معنى الخبر لا وجه للتعدي إلى ميار الافراد الخيار مما
 لم يرد فيه نص بالخصوص كما عدا خيار العيب إذ على فرض استفادة
 العلية أيضا يكون العلة امرا تعديا وهو كون التصرف بمنزلة الرضا وهذا التعبد لم يثبت في
 غير المقام واما على فرض جعل المناط هو الرضا المستكشف
 بالظن الفعلي أو النوعي فالحكم على طبق القاعدة فالتعدي لا يحتاج إلى دليل وعلى فرض
 كون المناط هو الكاشف النوعي على وجه الموضوعية فقد يتخيل
 جواز التعدي وان كان الحكم على خلاف القاعدة وذلك لدلالة عموم التعليل لان الكلام
 في قوة ان يقال إذا أحدث المشتري حدثا فلا خيار له لان الحدث
 كاشف نوعي فيدل على أن كل كاشف نوعي يسقط الخيار ولكنه ممنوع لان غاية الأمر
 استفادة كبرى كلية ولا يلزم أن تكون تلك الكبرى قوله كل
 كاشف نوعي يسقط كل خيار بل يكفي كونه مسقطا في خصوص خيار الحيوان والحاصل
 انه لا يستفاد من الخبر أزيد من ذلك فتدبر قوله لكنه توطئة
 الخ أقول الأولى أن يقول لكنه حكمة للحكم لا علة إذ ليس قوله ع فذلك رضى توطئة
 للحكم بل نفس الحكمة كما أنه على تقدير العلية يكون نفس
 العلة لا توطئة لها فتدبر قوله ويكون العلة هي الرضا الخ أقول لا يخفى انه بناء على الوجه
 الثالث أيضا على مقتضى بيان المصنف
 من اعتبار التصرف الكاشف على وجه الكاشفية دون الموضوعية والا لم يختص بصورة
 عدم القرينة على الخلاف أو عدم العلم بالخلاف ولم يكن
 حاله حال الألفاظ يكون العلة نفس الرضا الفعلي الواقعي غاية الأمر انه مظنون بالظن النوعي
 ومستكشف بالكاشف النوعي لا الشخصي فالفارق
 بين الوجهين أغنى الثالث والرابع كون الرضا في الثالث مظنونا بالظن النوعي وفي الرابع
 مظنونا بالظن الشخصي والا ففي كل منهما يعتبر الرضا
 الفعلي الشخصي نعم بناء على حمل الوجه الثالث على اعتبار نفس الكاشف النوعي لا بما
 هو كاشف بل من حيث إنه موضوع من الموضوعات يتم الفرق لكنه
 خلاف ظاهر كلامه في المقام وان كان مقتضى ظاهره في غيره حيث حكم يتوقف كون
 التصرف في سائر الخيارات مسقطا على استفادة العلية العامة
 من الخبر المذكور مع أنه على فرض إرادة الكاشفية يكون التعدي على طبق العادة كما
 عرفت مرارا ولا يحتاج إلى عموم التعليل فتدبر قوله
 وورود النص أيضا الخ أقول هذا عطف على فاعل ويؤيده وهو لفظ الحكم ووجه التأيد انه
 اكتفى في النص بما يدل على الرضا وإن لم
 يصدق عليه التصرف عرفا وهذا كاشف عن أن المناط هو الرضا قلت هذا لا يدل على

انحصار المسقط والموجب في الرضا بل على مجرد كفاية

(٢١)

الدال على الرضا وهذا أعم من المدعى ثم إن الظاهر أن المراد من هذا النص رواية السكوني المتقدمة حيث حكم فيها بكون الإقامة في السوق موجبا للبيع ويمكن ان يقال إن المفروض في الرواية الايجاب قبل الإقامة في السوق فلا يكون المسقط مجرد الإقامة بل الايجاب السابق فتدبر قوله ومما يؤيد عدم الخ أقول قد عرفت عدم تمامية هذا التأييد قوله الظاهرة في المعنى الثالث أقول ظاهر جملة

من هذه الكلمات الإناطة بنفس الرضا الفعلي كما عرفت فتدبر قوله واما الاستشهاد لذلك الخ أقول يعنى لاعتبار الدلالة

على الالتزام وعدم كفاية مطلق التصرف قوله ففيه ما سيحى أقول من أن ذلك من جهة تواطئ المتعاقدين على ثبوت الخيار

مع التصرف أيضا وذلك لان بناء ذلك البيع على الانتفاع بالثمن فكأنهما اشترطا بقاء الخيار حتى بعد التصرف هذا وذكر المصنف هناك وجهين آخرين

في توجيه عدم سقوط الخيار بالتصرف في الثمن لكنهما مبنيان على اعتبار الدلالة على الالتزام في كون التصرف مسقطا فهما مؤيدان لهذا الاستشهاد

فراجع ويمكن الجواب عن الاستشهاد المذكور بأنه لا تلازم بين خيارى الحيوان أو الشرط في السقوط وعدمه بالتصرف فيمكن ان يكون الحكم في المقام تعبديا

منوطا بمطلق التصرف وفي ذلك المقام بمقتضى القاعدة وهذا هو التحقيق في الجواب قوله يظهر فساد الجمع الخ أقول حاصل

كلام الجامع ان هذه الأخبار الدالة على مسقطية التصرف وان كانت مطلقة الا انها معارضة بما يدل على عدم كونه مسقطا كخبر عبد الله ابن

الحسن وخبري الشاة المشتركة أو مقتضى الجمع بين الطائفتين حمل الفرقة الأولى على صورة الدلالة على

الالتزام وحمل الأخيرة على صورة عدم الدلالة

عليه وحاصل جواب المصنف ان هذا الجمع غير ممكن لاستلزامه استهجان التعليل المذكور فيها قلت هذا مع أن هذا الجمع لا شاهد

له ودعوى دلالة قوله فذلك رضى منه عليه مدفوعة بان الكلام مع الاغماض عنه مع أنك عرفت عدم دلالاته كيف والا كان هو الدليل

على اعتبار الدلالة على الالتزام ولم يحتج إلى التمسك بكونه مقتضى الجمع بين الاخبار هذا و أيضا نمنع دلالة الفرقة الثانية على عدم سقوطه

بالتصرف اما خبر عبد الله فواضح إذ ليس فيه اشعار بكونه بعد التصرف وعدم استفصال الإمام (ع) أيضا لا يكون دليلا لأنه كان بصدد بيان

حيثية التلف في زمن الخيار لا بيان جميع الجهات واما الخبران الاخر ان فلفرض كون الرد فيهما بعد الثلاثة فهو ليس من باب خيار الحيوان بل

يمكن ان يكون من جهة الإقالة ويمكن ان يكون من جهة خيار اخر من شرط أو نحوه فلا دخل لهما بما نحن فيه قوله فتأمل أقول لعل

وجهه ان عدم العمل وان كان لا يوجب رد الرواية الا انه يوهنها مع أن موضع دلالتها على جواز الرد بعد التصرف الفقرة الغير المعمول بها وهو قوله ع

يرد معها ثلاثة امداد فإذا طرحت لا يبقى فيها دلالة على المدعى الا ان يقال إن الحكم مستفاد من تقريره ع كلام السائل أيضا مع أن طرح الحكم لا يقتضى طرح الفقرة بالمرّة فتدبر قوله وبالجملة فالجمع الخ أقول لا يخفى ان هذا الاشكال غير الاشكال السابق فلا وجه لهذا التعبير

إذ مقتضاه انه اجمال لذلك وليس كذلك فتدبر بقي أمور الأول على ما ذكرنا من كون التصرف مسقطا تعبديا أيضا يمكن ان

يقال بعدم التصرف السقوط ببعض التصرفات الجزئية التي لا تنفك عن كون الحيوان عند المشتري في الثلاثة جسما أشرنا سابقا والسر فيه انصراف الاخبار عنها وعدم صدق الحدث عليها وكذا الحال في التصرف الاختياري والتصرف الاشتباهي ونحو ذلك مما لا يتصرف إليه الاخبار نعم لو كان التصرف المذكور مغيرا فالظاهر شمول الاخبار وان كان من باب الاشتباه كما لو اخذ حافر الحيوان باعتقاد انه حيوانه الاخر غير المبيع فبان انه هو فإنه يصدق عليه انه أحدث فيه حدثا اما لو قبل الجارية باعتقاد انها زوجته فبان انها الجارية المباعة فالظاهر عدم الشمول وبالجملة المدار على صدق احداث الحدث وانصراف الاخبار الثاني لو قبلها أجنبي (أو وطئها) أو نحو ذلك من التصرفات من غير اذن المشتري لا يكون تصرفا مسقطا وكذا لو اخذ حافرا لدابة أو نعلها بغير اذنه إذ المناط تصرف المشتري ولا يضر التغيير بعد أن كان الحكم معلقا على احداثه الحدث لا حدوث التغيير فليس المقام من قبيل خيار العيب حيث إن التغيير بغير التصرف أيضا مسقط له نعم لو كان تصرف الغير باذن المشتري يسقط خياره فلو وكل في بيع الحيوان أو نعله أو اخذ حافره فمع فعل الوكيل لا اشكال في سقوط الخيار واما مع عدمه فالظاهر العدم لكونه تصرفا ومجرد التوكيل في بيعه لا يعد من التصرف واحداث الحدث نعم لو اذن في وطئ الجارية من باب التحليل فالظاهر أنه تصرف لان نفس التحليل تصرف فيها وإن لم يحصل الوطئ بعد الثالث لا فرق في التصرف بين كونه محللا أو محرما في كونه مسقطا حتى لو كان للبايع أيضا خيار من جهة المجلس أو الشرط أو نحو ذلك وقلنا بعدم جواز التصرف في زمان الخيار حتى المشترك فتصرف المشتري نقول بسقوط خياره نعم لو باع الحيوان وقلنا بعدم صحته في زمان خيار البائع فالظاهر عدم سقوط خياره بمجرد ذلك أي ما لم يقصد انشاء الاسقاط فان البيع الفاسد لا يعد تصرفا وكذا إذا كان البيع باطلا من جهة فقدان بعض الشرائط على القول بجواز جميع تصرفات ويحتمل ان يقال إنه تصرف وان كان باطلا واما البيع الاختياري والهبة الجائزة والتدبير والوصية ونحو ما فلا اشكال في كونها تصرفات الرابع العرض على البيع ليس تصرفا مسقطا للخيار الا إذا قصد به أنشأ الالتزام وربما يقال إنه مسقط لرواية السكوني المتقدمة وفيه مع ضعف سندها واشتمالها على ما لا يقول به أحد من وجوب الاستيجاب قبل البيع عدم دلالتها كما عرفت لاحتمالها إرادة وجوب البيع من جهة الاستيجاب السابق على الإقامة في السوق لا من جهة مجرد الإقامة الخامس لو

اذن المشتري للبايع في التصرف في الثمن فهل يسقط

(٢٢)

خياره أم لا التحقيق عدم السقوط سواء قلنا بجواز تصرف غير ذي الخيار في زمن الخيار أو قلنا بالعدم اما على الأول فواضح واما على الثاني فلان رفع المنع من التصرف لا ينافي بقاء الحق وان كان الاذن في تصرف خاص فعدم المنافاة أوضح وقد يقال بالسقوط على هذا البناء بدعوى أن المنع من التصرف انما هو لمكان حق الخيار فالاذن فيه رفع للمنع وهو في قوة رفع الخيار وقد عرفت ضعفه السادس

التصرف انما يسقط الخيار بما هو تصرف إذا كان من المشتري واما لو تصرف البائع في الثمن وقلنا بثبوت خيار الحيوان له أيضا مطلقا أو إذا كان الثمن حيوانا فلا يسقط خياره بمجرد فبالنسبة إليه الحكم على طبق القاعدة لا بد من كونه بعنوان الالتزام وبقصد الاسقاط و

ذلك لان الأخبار الخاصة كلها مختصة بالمشتري الا ان يفهم منها المثالية لصاحب الحيوان ويجعل التقييد منزلا على الغالب وهو

كما ترى السابع مسقطية التصرف تبعا مختص بخيار الحيوان فلو كان للمشتري خيار اخر كالمجلس أو الشرط فهو باق بعد التصرف

الا ان يكون بعنوان الاسقاط والالتزام ويحتمل ان يقال إن خيار المجلس أيضا يسقط في خصوص المقام لملازمته لخيار الحيوان فاطلاق

الاخبار بوجوب البيع بالتصرف واف به أيضا فتأمل الثامن لو اختلفا في التصرف وعدمه فالقول قول النافي لأصالة العدم وبقاء

الخيار ولو اتفقا عليه واختلفا في كونه بعنوان الالتزام وعدمه بناء على عدم كفاية مطلق التصرف فإن كان ذلك التصرف مما له ظهور نوعي

في الالتزام فالقول قول مدعى الالتزام وذلك لان ظواهر الأفعال حجة كالأقوال وإن لم يكن كذلك فالقول قول مدعى بقاء الخيار للأصل

بمعنى أصالة عدم وجود التصرف الكذائي وأصالة بقاء الخيار ولو اختلفا في التصرف انه من قبيل الوطئ مثلا حتى يكون مسقطا أو من قبيل

ناولني كذا حتى لا يكون فالقول قول الثاني لان الأصل عدم الأول الذي علق عليه الخيار بالفرض و أيضا الأصل بقاء الخيار ويظهر مما ذكرنا حكم

سائر صور التنازع تذييلات الأول خيار الحيوان مختص بباب البيع فلا يجرى في الصلح والإجارة

إذا كانت الأجرة حيوانا وذلك لأنه على خلاف القاعدة ثبت خصوص البيع الا ان يدعى ان لفظ المشتري من باب المثال وهو كما ترى

الثاني لا فرق بين بيع تمام الحيوان أو بعضه المشاع كالنصف والثلث لاطلاق الاخبار والانصراف بدوي الثالث

إذا باع ثوبا وحيوانا بثمن واحدة فهل يثبت الخيار في المجموع أو يثبت في خصوص الحيوان أو لا خيار أصلا وجوه وسطها الوسط غاية الأمر ان للبائع خيار تبعض الصفقة على تقدير الفسخ هذا إذا كان البائع واحدا واما لو تعدد فلا خيار لمن كان صاحب حيوان لعدم التبعض عليه هذا ولو

كان الثمن متعددا فهو في الحقيقة يكون من قبيل تعدد العقد ولو تعدد المشتري فيما كان

المبيع حيوانا واحدا فالظاهر أن لكل منهما خيار و
يحتمل ان يكون خيار واحد لهما فلا يجوز ان يختلفا في الفسخ والامضاء ولتحقق حال
هذه المسألة كلية مقام اخر ولعلنا نتعرض فيما له سيأتي
قوله فمن الأولى الخ أقول ومن الثانية صحيحة بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في
حديث قال وان كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك في يد
المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع ورواية السكوني المتقدمة ان أمير
المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوبا بالشرط إلى نصف النهار الخ والأخبار
المستفيضة

الواردة في اشتراط الفسخ برد الثمن كما سيأتي نقلها ولا يخفى ان شرط الخيار ليس
مخالفا للكتاب والسنة لان وجوب الوفاء المستفاد من الكتاب
والسنة كقوله إذا افترقا وجب البيع من مقتضيات اطلاقه لا من مقتضيات طبيعته كيف
والبيع الخياري ثابت في الشرع كثيرا فالحكم قابل للتغيير بالطوارئ
فلا اشكال في صحة الشرط المذكور ويجوز الاستدلال عليه بالفرقة الأولى من الاخبار بل
هي العمدة في المضمار فلا وجه لما في المستند من الاشكال في
التمسك بها من جهة مخالفة الشرط للكتاب والسنة ثم إنه جعل الدليل على المدعى مضافا
إلى الاجماع المنقولة الفرقة الثانية من الاخبار و
جعلها مخصصة لما دل على عدم صحة الشرط المخالف مع أن سياق أدلة عدم صحة
الشرط المخالف أب عن التخصيص فالتحقيق ما عرفت من عدم
المخالفة قوله أو منفصلا عنه أقول ويجوز التعاقب بان يجعل الخيار يوما ويوما لا في شهرا
وسنة أو يوما

ويومين لا ونحو ذلك وعن لك احتمال العدم بعد قطعه بجواز الانفصال ولا وجه له قوله
نعم يشترط تعيين المدة أقول

يكفى ان يعين شهرا هلاليا وان كان محتملا للنقص والتمام فإنه لا يعتبر المضبوطة من
جميع الجهات والا فلو عين ثلاثين يوما لا يعلم أنه شهرا وأزيد
بيوم قوله ولعل هذا مراد الخ أقول يعنى ان مراده ان العرف قد يقدمون على الغرر ويجوزون
المعاملة الغررية لمسامحتهم في ذلك

والشارع لم يجوز الاقدام عليه مطلقا ولم يمض هذا التسامح منهم لا ان بعض الجهات لا
ليس غررا عند العرف وغرر عند الشارع كيف وليس للغرر
حقيقة شرعية قلت مع أنه على هذا كان الأنسب أن يقول إن الغرر في الشرع أوسع دائرة
لا أضيق فإنه على هذا يكون الغرر الشرعي أعم من العرفي
ومن المعلوم ان الأعم أوسع لا أضيق هذا والظاهر أن هذا مراد ذلك البعض ولا يضر عدم
ثبوت الحقيقة الشرعية إذ يكفي المراد الشرعي و

لو لم يكن على وجه الحقيقة فمثل بيع أحد العبدین المتساوين من جميع الجهات لا يعد
عزرا في العرف ولا يجوز بيعه شرعا لعدم العلم بشخص
المبيع الا ان يقال لا نم ان ذلك من باب الغرر فلعله من جهة اعتبار العرف لعلم زائدا على
اعتبار عدم الغرر هذا والانصاف انه لا وجه لكلام
هذا القائل أصلا إذ من المعلوم ان الغرر موضوع عرفي فإن كان موارد المسامحة لا تعد

عندهم غررا فلا يشملها دليل المنع وان كان غررا ومع

(٢٣)

ومع ذلك يقدمون عليه من باب المسامحة فهذا شأن الشارع فان نهيه عن الغرر لسد باب هذا التسامح المنجر إلى التنازع نعم يتم كلامه ان ثبت الشارع اصطلاح خاص حقيقة أو مجاز أو معه ينبغي ان يقال إن دائرته في الشرع أوسع كما عرفت ولم يثبت هذا الاصطلاح فتدبر ويمكن ان يوجه كلامه بان مراده إذ موارد مسامحة عقلاء العرف كالسلم إلى دياس أو حصاد لا تعد عندهم عزرا أصلا ومع ذلك منع عنها الشارع وخطأهم في عدم كونها غررا بنهيه عنها وقوله ع نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر وان كان لا يفي بمنع هذه الموارد الا ان الاخبار الاخر الواردة في خصوصيات الموارد كموثقة غياث لا بأس بالسلم الخ والأخبار الدالة على اعتبار كون السلم إلى أجل معلوم ونحو ذلك شاهدة على التعميم والتخطفة وهذا حسن ان ثبت ان المنع في هذه الأخبار من جهة الغرر فتدبر قوله ويشير ما ذكرنا الخ أي ان الغرر لا ينتفى بمسامحة الناس قلت يظهر من المصنف ان سر اعتبار الاجل المعلوم في هذه الأخبار هو لزوم الغرر و ح لا يتجه التوجيه الذي ذكرنا فإنه إذا اقدم العقلاء على المعاملة بتعيين الاجل بالحصاد والدياس ونحوهما يستكشف عنه عدم كونه غررا عندهم فيكون الشارع قد خطاهم في ذلك وان مبنى الغرر على ما يكون غررا بالمداقة قوله وربما يستدل على ذلك إلى قوله فيلغوا لشرط أقول لا يخفى ما في العبارة من الاجمال و لعل مراده الإشارة إلى ما في الجواهر حيث قال في مقام الاستدلال على البطلان للغرر حتى في الثمن لان له قسطا منه فيدخل فيما نهى النبي صلى الله عليه وآله فاشترطه مخالف للسنة وما دل على وجوب اتباعها من الكتاب و ح فحاصل الاستدلال ان هذا الشرط مخالف للسنة القائلة بعدم جواز البيع الغرري وحاصل ايراد المصنف ان المخالف للسنة انما هو البيع بواسطة الشرط المجهول فلا وجه لدعوى أن الشرط مخالف إذ المفروض ان النهى انما هو عن البيع الغرري لا الشرط الغرري فلا يصح ما فرعت على النهى المذكور من قولك فاشترطه مخالف الخ بل كان ينبغي ان تقول فهذا البيع المشتمل على الشرط المذكور مخالف الخ وحاصل التوجيه بقوله اللهم انه يمكن ان يكون الضمير في قوله فيدخل فيما نهى النبي صلى الله عليه وآله راجع إلى الشرط لا إلى البيع و يكون مراده من النهى النهى عن الغرر ولو كان في الشرط و ح فالشرط الغرري مخالف للنهي الوارد في السنة عن مطلق الغرر ولو كان في غير البيع من الشرط ونحوه فيصح التفريغ الا انه لما كان الغرر في الشرط موجبا للغرر في البيع كان الأنسب التعليل لبطلان البيع بأنه بيع غرري لا بما ذكره من أن شرطه غرري وهو باطل وبطلانه يوجب بطلان البيع من باب ان الشرط الفاسد مفسد فتدبر قوله وبين عدم ذكر المدة أصلا أقول هذا إذا أراد المدة ولم يذكرها واما لو أراد الدوام فالظاهر الصحة لعدم الغرر ح فله الخيار ابدا الا ان يسقطه بأحد المسقطات فيكون كما لو كان العقد جايزا من الأصل ولو أراد اثبات الخيار في الجملة بمعنى إرادة طبيعة الخيار فالظاهر أيضا

الصحة وينقضي بمضي زمان يمكن فيه الفسخ فهو كان يقول
على أن يكون لي الخيار فورا فتدبر قوله في الصورة الأولى أقول يعنى من الصورتين
الأخيرتين والا فذكر صورا ثلاثة وليس مراد الجماعة
أوليها قوله وأوله بإرادة الخ أقول هذا التأويل بعيد غايته بل قطعي العدم قوله بعض
المعاصرين أقول

هو صاحب الجواهر قوله كخيار الحيوان الخ أقول الفرق واضح إذ في خيار الحيوان لا
يكون البيع الصادر منهما غرريا إذ لم يشترط الخيار أصلا وانما حكم
به الشارع قهرا بخلاف المقام فإنهما جعللا الخيار مدة مجهولة فيكون عزرا في الشرط
ويسرى إلى أصل البيع لان للشرط قسطا من الثمن فإذا كان مجهولا يكون
الثمن مجهولا قوله فان ثبت بالدليل كان مخصصا الخ أقول يمكن ان يقال إن البيع وان
كان غرريا من حيث هو وكان مقتضى القاعدة بطلانه الا

انه إذا حكم الشارع بكون الحد ثلاثة يخرج عن الغرر لان كونه غررا انما هو من جهة
احتمال الزيادة والنقصان فمع التحديد الشرعي يرتفع الاحتمال فيكون من
باب التخصيص وبعبارة أخرى البيع غرري بشرط عدم تحديد الشارع ومع قطع النظر عنه
واما بملاحظته فلا يكون غرريا نعم المتبايعان أقدا على الغرر

لكن لم يحصل ما أقدا عليه بسبب حكم الشارع فالتخصيص انما يتصور إذا حكم
الشارع بالحصة من دون تحديد نعم هذا التخصص (في حكم التخصيص) في احتياجه إلى
الدليل لكن بعد وروده

لا يكون تصرفا في العام وانما يثمر كونه تخصصا في مقام دوران الامر بينه وبين ارتكاب
خلاف ظاهر اخر فإنه يقدم على ذلك الاخر من جهة انه ليس
طرحا لظاهر محقق فتدبر قوله أو يكون حكما شرعيا الخ أقول هذا اما عطف على قوله
كان مخصصا أو عطف على قوله كان التحقيق التحديد

وعلى أي حال لا فرق بينه وبين ما عطف عليه في المعنى حتى يصح الترديد بينهما فالأولى
اسقاطه من البين ولا يصح ان يكون إشارة إلى ما في الجواهر حيث
قال إن التخصيص بالثلاثة اما لانصراف الاطلاق إليها عرفا لكونها أقل مدة يتروى بها في
مثله والشرع كاشف أو لتعيين الشارع والشرط سبب لا مناطا

كالوصايا المبهمة انتهى وذلك لعدم احتمال العبادة لإفادة هذا المعنى الذي يقول ص
الجواهر كما لا يخفى قوله على اجتهاده في دلالة الخ أقول
وذلك بان يقال كما قيل إن قوله ع الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أو لم
يشترط يدل بالفحوى على أن الشرط في غيره ثلاثة مع اشتراط الخيار

وإن لم يشترط الثلاثة وليس المراد ان الشرط في غيره ثلاثة مع اشتراطها إذ لا اختصاص
بها فإنه يصح اشتراط أي عدد شاء فالمختص بها اطلاق ح اشتراط
الخيار وأنت خبير بما فيه أو يقال إن التحديد بالثلاثة لتدارك احتمال الضرر على المشتري
فيكشف عن كونه حدا شرعيا في سائر المقامات وفيه ما فيه قوله

وفي دلالة فضلا الخ أقول اما الثاني فواضح واما الأول فلاحتمال كون المراد قل لا خديعة
وان لك الخيار ثلثا يعنى اجعل لنفسك الخيار
بل في التذكرة أن لا خلافة عبارة في الشرع عن اشتراط الخيار ثلثا فاطلاقها مع العلم بها

كالتصريح قوله في الخروج عن قاعدة الغرر الخ أقول

(٢٤)

العمدة في الاشكال عدم كفايتها في اثبات أصل التحديد المذكور والا فامر قاعدة الغرر سهل لما عرفت من أنه على فرض الثبوت لا يكون تخصيصا لها بل تخصصا فتدبر قوله يوجب كون البيع غرريا أقول فان قلت إذا فرض بطلان الشرط فلا يبقى التزام به حتى يسرى الغرر منه إلى البيع خصوصا لو كان الدليل على البطلان غير قاعدة الغرر كالاخبار الدالة على اعتبار معلومية الاجل فيصح ان يقال إنه مبني على كون الشرط الفاسد مفسدا أم لا قلت إن الموجب للغرر في البيع وجود الشرط في مقام الانشاء والبطلان الشرعي لا يرفع الموضوع من البين فالغرر في البيع حاصل وإن لم يجب الوفاء بالشرط مع أن الدليل على بطلان الشرط إذا كان قاعدة الغرر بدعوى جريانها في الشروط أيضا فنقول انه متساوي النسبة إلى البيع والشرط فلا يتقدم الشرط في الفساد حتى يبقى البيع بلا غرر والحاصل ان عدم ذكر الاجل يوجب كون الشرط غرريا وكون البيع أيضا غرريا فهما موضوعان غرريان وقاعدة الغرر تدل على بطلان الموضوع الغرري فبطلان العقد والشرط في عرض واحد الا ان يقال إن غرر البيع إذا كان من قبل غرر الشرط فالشمول للقاعدة أولا الشرط ومنه يسرى الفساد إلى البيع فإذا فرض ان بطلان الشرط يستلزم رفع الغرر عن البيع فلا يبقى وجه لبطلانه الا قاعدة مفسدية الشرط الفاسد بناء على القول بها فالعمدة في الجواب هو الوجه الأول وهو ان الفساد الشرعي لا يستلزم رفع موضوع الشرط وهو الموجب للغرر فتدبر فان الالتزام الذي لا اثر له يكون بحكم عدم الالتزام فيكون كما لو لم يذكر خيار أصلا فتأمل قوله ولو جعل مبدئه أي مبدء خيار الشرط ويحتمل ان يرجع الضمير إلى خيار الحيوان ولا يتفاوت أصل المطلب كما لا يخفى قوله إلى جهالة مدة الخيار أقول هذا إذا قال لي الخيار من حين التفريق إلى يوم الجمعة مثلا فان الجهل بزمان التفريق يوجب الجهل بمقدار الخيار واما إذا قال لي الخيار من حين التفريق إلى ثلاثة أيام فيرجع إلى الجهل بوقت الخيار لا بمقدار مدته لأنه معلوم انه ثلاثة أيام مثلا قوله حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما أقول ويمكن ان يقال إن مبدئه من حين انقضاء الخيار لا من جهة الانصراف بل من جهة عدم امكان تأثير الشرط في زمان وجود خيار اخر ومعه لا اشكال أصلا لا من حيث الجهل ولا من حيث مخالفة القصد إذ المدار في الجهل والعلم على جعل المتعاقدين وهو معلوم القدر فرضا والمانع من التأثير قهري والجهل بمقدار ما اثر من الجهل لا يوجب الغرر الا ان الشأن في تمامه في هذه الدعوى فانا نقول لا مانع من الاجتماع الخيارين سواء كانا شرعيين أو جعليين أو مختلفين قوله واجتمعا على فسخ أو امضاء الخ أقول يمكن ان يكون مراده كون الخيار لمجموعها ولكنه خلاف الظاهر إذ هو بمنزلة اللغو لان مرجعه إلى الإقالة فالظاهر أن المراد كون الخيار لكل منهما و

ح معنى قوله نفذ نفوذ كل من الفسخ والامضاء ومعنى قوله بطل بطلان البيع ويكون المراد من عدم اجتماعهما اختلافهما في الفسخ والامضاء

فيرجع إلى تقديم الفاسخ ويبقى الاشكال في قوله وإن لم يرض الخ إذ مقتضى كون الخيار للأجنبي كون الامر بيده فلا معنى لكون الامر بيد المبتاع

مع فرض فسخه ويمكن ان يكون الوسيلة جعل شرط الخيار للأجنبي من باب التوكيل ولازمه كون الموكل أيضا ذا خيار فيكون الامر بيده لكنه أيضا لا يتم مع فسخ الوكيل الا ان يكون مراده من عدم الرضا عدم الامضاء لا الفسخ و ح فمع كونه من باب التوكيل لا التحكيم يتم المطلب فتأمل قوله فتعليل وجواب الخ أقول إن

قلنا إنه من باب التوكيل فلا اشكال في وجوب مراعاة الأصلح وان قلنا بقوله تحكيما فالمقامات مختلفة فقد يكون المقصود جعل الامر بيد الأجنبي

بحيث يكون صاحب حق و ح لا يجب عليه مراعاة المصلحة وقد يكون المقصود جعل الامر إليه بشرط مراعاتها وهذا هو الغالب الوقوع إذ لا داعى غالب

إلى جعل الخيار للأجنبي من حيث هو ثم لا يخفى ان جعل الخيار للأجنبي إذا كان من باب التوكيل فقد يكون على وجه يكون للموكل أيضا خيار وقد يكون لخصوص الوكيل ومعنى كونه وكيلا ان له خيار عن فلان ولا يلزم ان يكون للموكل أيضا فان خيار الوكيل خيار للموكل بلسان الوكيل وباختياره والثمر بين التحكيم والتوكيل مضافا إلى وجوب مراعاة المصلحة على الثاني دون الأول حيث يختلف المقامات انه لو مات الوكيل يبطل خياره ولو مات الحاكم ينتقل إلى وارثه وأيضا يجوز عزل الوكيل فيبطل الخيار ولا يجوز عزل الحاكم نعم لو قال بناء على التحكيم أسقطت حقي من اشتراط كون الخيار للأجنبي فهل يبطل خياره أولا وجهان من أنه حق للشارط فيسقط باسقاطه ومن انه بمجرد الشرط حصل للأجنبي أيضا حق ولا يسقط حقه باسقاط المشروط له حق شرطه لمضى الامر بمجرد اجراء الصيغة والحق السقوط بالاسقاط لان شرطه كون الأجنبي ذا خيار فخيار الأجنبي حق للمشروط له فكما يجوز اسقاط حق خيار نفسه لو جعله لنفسه فكذا في الأجنبي وليس الشرط حدوث الخيار للأجنبي بل دوامه فيكون كخيار نفسه في جواز اسقاطه ولا يضر سقوط حق الأجنبي أيضا من غير اختياره كما أنه يجوز للأجنبي اسقاطه فيسقط حق المشروط له أيضا قهرا عليه هذا إذا كان الشرط لأحدهما على الاخر واما إذا كان لهما كان اشتراط كل منهما على الاخر كون الخيار لزيد فلا يسقط خياره الا باسقاطهما معا ثم هل يحتاج في جعل الخيار للأجنبي إلى قبوله أولا وجهان أقواهما عدم الحاجة لعدم كونه طرفا للعقد الا ان يقال إنه كما لا يصح جعل الغير مالكا لشيء لا برضاه كذلك لا يصح جعله ذا حق بغير رضاه وهو ممنوع حتى في الملك أيضا فإنه يصح الوقف أو الوصية للعنوان الذي ينطبق عليه من دون رضاه كما لو أوصى لا علم البلد مثلا فتأمل فان الظاهر أنه يحتاج إلى القبول منه أو من الحاكم الشرعي فتدبر ثم إنه لا بد في صورة جعل الخيار للأجنبي أيضا من تعيين المدة وأيضا لا بد من تعيين ذلك الأجنبي فلو جعل الخيار لاحد الشخصين بطل قوله يجوز لهما اشتراط الخ أقول هذا يتصور على وجهين أحدهما ان يجعل الخيار لنفسه ويشترط الاخر عليه أن لا

يختار أحد الامرين من الفسخ أو الامضاء

(٢٥)

الا تبعيين المستأمر بالفتح الثاني ان يكون خياره على تقدير امر المستأمر بالفتح وعلى هذا
 التقدير اما ان يكون شرط الاستيمار لأحدهما على
 الاخر أو يكون لكل منهما على الاخر ففي الصورة الأولى إذا فسخ قبل امر المستأمر يكون
 صحيحا لأن المفروض ثبوت الخيار له غاية الأمر انه خالف ما اشترط
 عليه من كونه بعد تعيينه بل لو امر بالامضاء فخالف وفسخ وكان ذلك وعلى تقدير امره
 بالفسخ يجب عليه الفسخ إذا كان الشرط للاخر عليه إذا
 طالبه بذلك وكذا إذا امره بالامضاء يجب عليه العمل به فلو خالف كان للاخر خيار تخلف
 الشرط وفي الصورة الثانية لو امره بالامضاء فلا خيار
 له ولو امر بالفسخ يثبت له ملك الفسخ فإن كان هو المشروط له فلا يجب عليه وان كان
 المشروط له الاخر وطالبه بالفسخ وجب عليه ولو خالف يكون
 للاخر خيار تخلف الشرط ولو فسخ قبل امر المستأمر أو بعد امره بالامضاء لا يؤثر فسخ
 شيئا لعدم الخيار الا على تقدير امره بالفسخ هذا ولكن يشكل
 هذه الصورة بان لزمها كون الخيار معلقا على امر المستأمر والتعليق مبطل لكونه بمنزلة ما
 لو قال بشرط ان يكون لي الخيار ان قدم الحاج أو ان جاء
 زيد مع أن هذا ظاهر كلام الفقهاء لا الصورة الأولى قوله فمعناه سلطنة صاحب الخ أقول
 هذا ممنوع بل معناه
 سلطنة صاحبه على إجازة بالفسخ ولو لم يفسخ كان له خيار تخلف الشرط كما عرفت
 قوله ع لا بهذا بأس ان جاء الخ أقول هذه
 الرواية محتملة لجميع الاحتمالات الخمسة والمصنف جعلها ظاهرة في الثالث أو الخامس
 قلت ويحتمل ان يكون المراد بيع الدار عليه إذا
 جاء بثمانها أي بقيمها بان لا يكون المراد الثمن في البيع الأول ثم إن الظاهر منها إرادة
 الاحتمال الثاني بان يكون المراد ثبوت الخيار من أول السنة
 إلى اخرها بشرط ان يكون الفسخ مقيدا برد الثمن على ما هو المتعارف بين الناس وهو
 الظاهر من عناوين الفقهاء إذ هذا الخيار هو خيار
 الشرط لكن بقيد ان يكون الفسخ بعد رد الثمن كما إذا قيل بشرط ان يكون لك الخيار
 بشرط ان تفسخ في حضوري أو حضور زيد مثلا فالخيار مستمر لكن
 على هذا الوجه ثم إن الفقرة الأخيرة من الرواية كالرواية التي بعدها دليل على قاعدة كون
 الخراج في مقابل الضمان بمعنى ان من كان عليه العزم
 فله الغنم لكن هذه القاعدة لا يحتاج إلى دليل إذ مفادها مقتضى قاعدة الملكية فتدبر هذا
 واما الرواية الثانية وهي ظاهرة في الاحتمال الرابع
 واما الثالثة فهي كالأولى واما الرواية الرابعة فهي كالثانية ويحتمل كون المراد منها خيار
 الاشتراط يعنى ان وفي بما اشترطت عليه فالبيع له
 أي لازم عليك وان خالف شرطك فالبيع لك يعنى لك الخيار فقوله ع ان أتاك بمالك أي
 بما جعل لك من الشرط كخياطة التوب مثلا قوله
 يتصور على وجوه أقول وهنا وجه سادس وهو ما أشرنا إليه من اشتراط بيعه عليه إذا جاء
 بمقدار الثمن وسابع
 وهو ان يجعل له الخيار طول المدة ولكن يشترط عليه أن لا يفسخ الا بعد الرد فلو خالف

وفسخ قبل الرد ففي التأثير وجهان وثامن وهو ان يجعل الخيار في رأس المدة بشرط رد الثمن قوله والأظهر في كثير الخ أقول وهو الأنسب بعنوانه في المقام إذ قد عرفت أنه خيار الشرط

المصطلح الا ان الفسخ فيه ليس مطلقا بل هو مقيد برد الثمن كما إذا قيد بقيد اخر من كونه في المسجد أو عند الحاكم أو بحضرة المشتري أو نحو ذلك قوله بكل من وجوه الخمسة الخ أقول في الوجه الأول اشكال وهو جهالة زمانه إذ هو من قبيل ما لو قيل بشرط ان يكون لك الخيار ان قدم الحاج أو ان جاء زيد وهذا أشكل من الوجه الرابع إذ يمكن دفع الاشكال عنه بان الشرط يكفي في سببته للفسخ ولا حاجة إلى سبب اخر وذلك كما في الملكية فإنها أيضا يكفي فيها نفس الشرط وسيأتي ان مقتضى القاعدة بمعنى عموم دليل الشروط صحة شرط النتيجة كلية الا إذا كان ثبت كون المورد محتاجا إلى سبب خاص كالطلاق والنكاح والبيع والحاصل انه كما يصح أن يقول بعثك بشرط ان يكون مالك الفلاني لي كذلك يصح أن يقول بشرط ان يكون بيعك الفلاني منفسخا نعم يبقى اشكال كونه معلقا على الرد وهذا مشترك الورود بين الأول والرابع إذ على الأول أيضا يكون الخيار معلقا على الرد والظاهر عدم المانع من مثل هذا التعليق في الشروط إذ العمدة في دليل منعه الاجماع المفقود في أمثال المقام ثم إن الفرق بين الوجه الثالث والرابع انه على الثالث يكون الشرط كون الرد سببا للفسخ وعلى الرابع كون المعاملة منفسخة عند الرد لا ان يكون الرد سببا وح يشكل بأنه لا معنى لكون الرد من حيث هو سببا الا ان يكون المراد جعله سببا بقصد انشاء الفسخ به وهو خلاف ظاهر الشرط فان ظاهره كون مجرد الرد سببا ومعه يكون أشكل من الوجه الرابع إذ يصير كما لو جعل النظر في المراة سببا للفسخ وإن لم يقصد به انشاءه ومن المعلوم بطلانه والظاهر أن نظر المصنف إلى جعله سببا بان يقصد انشاء الفسخ به كما يظهر منه في الأمر الثالث الذي سيحجى وح فلو رد لا بهذا القصد بل بان يفسخ بعده يلزم عدم كفايته قوله ويحتمل عدم أقول

يعنى ويحتمل عدم الخيار مع عدم القبض لان المشروط إذا كان رد الثمن فلازمه مشروطة القبض أيضا قبله فلم يحصل شرط الخيار وهو الرد المسبوق بالقبض

أقول المسألة مبنية على أن الرد هل هو معتبر من باب الموضوعية أو من باب الطريقية لوصول الثمن إلى المشتري أي حصوله عنده

فعلى الأول لا خيار لعدم تحقق شرطه وهو الرد المسبوق بالقبض لا لاشتراط القبض قبله كما بينه المصنف بل لعدم تحقق الموضوع ح وعلى الثاني فله الخيار لأن المفروض حصول الثمن عنده والغالب في انظار العرف هو الطريقية إذ لا غرض لهم في تحقق موضوع الرد بما هو رد قوله على اشكال في الأخير أقول لا اشكال في الفساد ح إذ لا يعقل الفسخ مع كون العين باقية الا برد نفس العين الا مع معاملة جديدة والمفروض عدمها

قوله فالظاهر عدم الخيار أقول بل ينبغي القطع بالعدم إذ مع (فرض) اشتراط الفسخ برد نفس العين كيف يعقل بقاء الخيار

مع تلفها سواء كان التلف بفعل البائع أو المشتري أو الأجنبي أو الآفة السماوية قوله انه لا يكفي مجرد الرد الخ أقول الظاهر أن

مراد القائل ان الرد من غير قصد الانشاء لا يكفي لا ان الفسخ الفعلي لا يكفي وهو كما يقول فمع فرض قصد انشاء الفسخ بالرد لا اشكال عنده في كفايته

فحاصل غرضه ان المسألة عند الأصحاب ليست من باب شرط حصول الانفساخ عند الرد ولا من باب شرط سببية الرد في الفسخ وإن لم يقصد به انشاء

الفسخ بل من باب شرط الخيار على أن يكون الفسخ عند الرد وان كان انشائه بنفس الرد بان يكون فسحا فعليا بان قصد به الفسخ قوله مع أن ظاهر

الاخبار الخ أقول نعم ولكن كون الرد فسحا فعليا غير ظاهر من الاخبار فيحتمل كونه من باب الانفساخ و يحتمل كونه كناية عن انشاء الفسخ ولو

بالقول بعد الرد أو حينه فتأمل قوله على الوجه الثاني من الوجهين أقول لم افهم وجه التخصيص بالوجهين فان الظاهر جواز

الاسقاط على جميع الوجوه الخمسة غاية الأمر ان في بعضها لا يكون من اشتراط الخيار كما على الوجه الخامس بل الرابع أيضا ولكن يجوز اسقاط حق الشرط

فلا يفسخ بالرد ولا يجب الإقالة به واما على الوجه الثالث فهو من اشتراط الخيار ويجوز اسقاطه بعنوان اسقاط الخيار أيضا ويظهر منه انه لا يندفع

الاشكال عنه قده ولو كان مراده الاسقاط بعنوان اسقاط الخيار إذ الوجه الثالث كذلك غاية الأمر انه اشترط ان يكون الفسخ بنفس الرد

قوله بخلاف ما في التذكرة أقول الفرق صحيح الا انه غير فارق والتحقيق جواز الاسقاط حتى في مورد كلام التذكرة إذ لا مانع

منه الا كونه اسقاطا لما لم يجب والقدر المسلم من كونه باطلا كما ذكرنا مرارا ما إذا شاء الاسقاط في غير محل الثبوت كان يقول أسقطت خياري

الآن والمفروض عدم الخيار له الا بعد ذلك واما إذا شاء سقوطه في محل ثبوته فلا مانع منه الا الاجماع والقدر المسلم منه ما إذا لم يوجد المقتضى

له أيضا كان يقول أسقطت الخيار في العقد الذي أو جده بعد ذلك واما إذا وجد المقتضى كما فيما نحن فيه فلا اجماع ولا يكون مانع عقلي أيضا بالفرض

وكونه تعليقا لا يضر أيضا إذ دليل بطلانه منحصر في الاجماع المفقود في المقام وأمثاله قوله ويسقط أيضا بانقضاء الخ أقول من غير فرق

بين كونه مختارا أو مضطرا ملتفتا أو غافلا أو متخيلا بقاء الوقت حتى لو أكرهه المكره على ترك الرد فإنه يسقط خياره أيضا إذا انقضى الزمان المضروب (ورفع)

حكم الاكراه لا يثمر في المقام على ما بينا سابقا في خيار المجلس بل أقول لو كان مغرورا من قبل المشتري كان يقول له الوقت بعد باق فترك الرد

اعتمادا على قوله أيضا يسقط خياره نعم لو أتى بالثمن فلم يقبل المشتري أو غاب عنه أو نحو ذلك له الفسخ لكن لو لم يفسخ مع ذلك أيضا قبل انقضاء المدة

ليسقط خياره الا إذا كان المشروط كون الفسخ بنفس الرد فإنه يكفي احضاره الثمن عند حاكم الشرع إذا لم يكن له ولى أو وكيل والحاصل

ان المانع ان كان من قبل البائع فالخيار يسقط بترك الرد إلى الانقضاء وان كان من قبل

المشتري بان امتنع من الاخذ أو غاب عمدا أو كان مسافر أولم يكن له وكيل في البلد الذي يجب كون التسليم فيه فللبايع الاحضار عند الحاكم والفسخ أو ليحصل الانفساخ ومع ترك ذلك حتى انقضت المدة يسقط خياره وسيأتي تمام الكلام عند تعرض المصنف قوله ولو ظهر معيبا كفى الخ أقول الظاهر أن مراده انما هو فيما لو قبل المشتري ورضى بتخييل الصحة ثم بان كونه معيبا ولو بعد انقضاء المدة فان الفسخ صحيح وله الاستبدال والا فلو فرض انه أتى بالمعيب من الجنس وأراد الفسخ فليس له إلزام المشتري بالقبول فله الامتناع من الاخذ لئلا يتمكن من الفسخ وذلك لان له المطالبة بالمفرد الصحيح من جهة كونه كالشرط الضمني في شرط الفسخ برد مثل الثمن ومن ذلك يمكن الاشكال في الصورة الأولى أيضا فان المشتري وان كان قبضه ورضى به لكن لما كان بتخييل انه مطابق لحقه فبان الخلاف والمفروض عدم رضاه به بعد ذلك فيكون كما لو لم يأخذ نظير ما إذا تبين كونه من غير الجنس فان قلت المفروض ان المعيب أيضا فرد من الكلي فمع قبضه يحصل الشرط ويصح الفسخ وجواز المطالبة بالبدل لا ينافي ذلك والسرف فيه أن اعتبار وصف الصحة انما هو من باب تعدد المطلوب وهذا هو الفارق بينه وبين غير الجنس ولذا نقول بصحة بيع الصرف إذا كان الفرد المقبوض معيبا غاية الأمر ان له الاستبدال وان كان بعد التفرق قلت نعم المعيب فرد ويكفي قبضه عن قبض الكلي الا انه مختص بما إذا كان لقبض الطرف الآخر دخل في تعيينه كما في الصرف وغيره من افراد البيع الكلي دون مثل المقام الذي قبض المشتري له وعدمه ليس مناطا في الحكم لان المدار على اتيان البايع للثمن سواء قبضه المشتري أم لا فان خياره ليس منوطا بقبضه بل بمجرد الاتيان يفسخ ويصير المردود ملكا للمشتري فلو كفى اتيانه للمعيب في فسخه لزم كفايته وإن لم يرض المشتري أيضا فاللازم اما الحكم بكفاية رد المعيب في الصورتين واما الحكم بعدم كفايته في الصورتين هذا ولكن التحقيق الفرق بين الصورتين فإنه لو لم يرض المشتري بالمعيب حين الرد لا يصدق انه رد الثمن لأن المفروض ان له المطالبة بالفرد الصحيح ولو من جهة كونه شرطا ضمينا واما لو رضى به حين الرد فإنه يصدق الرد الذي هو شرط صحة الفسخ غاية الأمر ان له المطالبة بالبدل ولو بعد انقضاء زمن الخيار وهذا يحتمل بعيدا ان يقال بكفاية رد المعيب في الفسخ وان كان للمشتري الامتناع عن قبوله فيفسخ ويعطيه فردا صحيحا ولو بعد الانقضاء وذلك لكونه منطبقا على الكلي الذي علق الخيار على رده وجواز امتناع المشتري من قبوله في مقام اخذ حقه لا دخل له بجواز فسخه ولذا لو كان صحيحا أيضا لا يتعين كونه ملكا للمشتري بعد الفسخ بل ما لم يقبض يكون طالبا للكلي ويجوز للبايع ان يدفع إليه فردا اخر فتدبر قوله أقول في أصل الاستظهار الخ أقول الظاهر من كلام هؤلاء ان نظرهم إلى كون التصرف مسقطا تعبديا لا من باب كونه اسقاطا فعليا و ح يصح

كلام كل منهم على مذاقه إذ مع فرض مسقطيته

(۲۷)

تعبدا يمكن دعوى خروج هذا الخيار من جهة ما ذكره المستظهر من دليل المسقطية ويصح للمصاييح أيضا دعوى أن التصرف المسقط ما كان في زمان الخيار لا قبله ويصح للمناقش وهو صاحب الجواهر أيضا دعوى أن مجموع المدة زمان الخيار وعلى فرض كون المراد مسقطيته من جهة الالتزام الفعلي أيضا يصح ان يكون نظر المستظهر إلى ما وجهه المصنف من الوجوه الثلاثة أو بعضها فلا وقع للإيراد عليه وللمصاييح أيضا أن يقول إن التصرف انما يكشف عن إرادة الالتزام إذا كان في زمان الخيار لا مطلقا ولو كان قبله وللمناقش ما ذكره من منع كون الخيار منفصلا حتى لا يكون التصرف كاشفا قوله والظاهر عدم الاشكال الخ أقول ظاهره عدم الاشكال حتى في الوجه الأولي والا لم يكن فرق بينه وبين

إيراد الثاني فقوله هذا مع أن حدوث الأختيار الخ مع أنه استشكل فيه سابقا ويستشكل فيه لاحقا بعد أربعة أسطر قوله ففيه انها

لا تقدر ح الخ أقول يعنى يكفى في رفع الغرر كون زمان التسلط على الرد معلوما محدودا وإن لم يكن زمان الخيار معلوما لكونه معلقا على الرد المجهول زمان تحققه ووجه عدم الغرر ح ان امر الرد بيده فامر الخيار أيضا بيده ولا يتفاوت كون الزمان زمان الخيار أو زمان ايجاد الخيار بايجاد سببه وهو الرد ومن هذا البيان يظهر الفرق بينه وبين ما في التذكرة وذلك لان امر التفرق المحدث للخيار ليس بيده فجهالة زمان حدوث الخيار فيه قاذحة دون ما نحن فيه هذا ولكن لازم ما ذكره جواز تعليق الخيار على كل ما كان امر بيده مع تحديد مدة ذلك الامر كان يقول بشرط ان يكون لي الخيار ان صليت في المسجد أو أكرمت زيدا أو نحو ذلك إلى سنة والالتزام به مشكل مع أن امر الرد وان كان بيده الا انه قد يعجز عنه أو يمنعه مانع فيكون كالتعليق على ما ليس بيده قوله واما الاستشهاد الخ أقول غرض المستشهد ان العرف يفهم من العبارة المتعارفة

بين الناس في مقام انشاء هذا الشرط تحقق الخيار في مجموع المدة قوله كما لا يبعد عن اطلاق الخ أقول بل هو بعيد عنه وعن اطلاق الاخبار أيضا فراجع قوله والظاهر عدم سقوط الخ أقول قال في الجواهر وكما أن النماء له أي للمشتري فالتلف منه بلا خلاف للصحيح

والموثق بل هو كذلك وان كان بعد الرد الا انه مضمون عليه لأنه وقع في زمن خيار البائع فله ح الفسخ ثم الرجوع إلى المثل أو القيمة بخلاف التلف قبل الرد الذي ليس زمن خيار كي يستحق الرجوع عليه بل المتجه سقوط الخيار انتهى قلت يظهر منه الفرق في الرجوع إلى البدل وعدمه بين

التلف بعد الرد وقبله لمكان قاعدة التلف في زمن الخيار وان هذه القاعدة جارية فيما انتقل عن ذي الخيار أيضا كالمبيع فيما نحن فيه حيث إنه منتقل

عن البائع الذي له الخيار إلى المشتري فمقتضى هذه القاعدة كون الضمان على المشتري و أيضا يظهر منه ان مقتضى هذه القاعدة فسخ ذي الخيار والرجوع إلى البدل وفي كلامه نظر من وجوه الأول مقتضى المناقشة المنقولة عنه في السابق كون ما

قبل الرد أيضا

زمان الخيار فإنه استظهر كون الخيار في مجموع المدة الثاني ان قاعدة التلف في زمن الخيار مختصة بما انتقل إلى ذي الخيار مثل الثمن فيما نحن فيه حيث إن مقتضى ملكية البائع له كون الضمان عليه وهذه القاعدة مقتضية كونه على المشتري وكالمبيع في زمان خيار المشتري كما في خيار الحيوان واما مثل المبيع فيما نحن فيه فكون ضمانه على المشتري انما هو بمقتضى القاعدة وبعبارة أخرى هذه القاعدة كما يظهر من الاخبار ها جارية في مورد مخالفة القاعدة الأولية لا مط الثالث ان مقتضى جريانها حصول الانفساخ كما في قاعدة التلف قبل القبض لا خيار الفسخ فلازم جريانها في المقام انفساخ المعاملة لا خيار البائع في الفسخ كما ظهر منه في المقام وقد صرح بما ذكرنا

في احكام الخيار فجعل المراد من القاعدة الانفساخ ولم يجعلها شاملة للمبيع فيما كان الخيار للبائع وقال ببقاء خياره مع التلف في زمن الخيار من حيث إنه غير معلق على بقاء العين ولازمه بقاءه لو تلف قبل الرد أيضا قال مع فرض ان الخيار للمشتري خاصة كان تلفه من البائع والمراد به انفساخ العقد به كالتلف قبل القبض لاتحادهما في لفظ الدليل المفهوم منه ذلك ومع فرض ان الخيار للبائع خاصة كان التلف من المشتري أي لا ينفسخ العقد كما هو مقتضى القواعد لأنه ملكه وقد تلف في يده الا انه يبقى مع ذلك خيار البائع على حسب ما ذكرنا وأشار به إلى ما ذكره سابقا بأسطر حيث قال نعم لا ينافي ذلك بقاء الخيار فيها للبائع كما صرح به جماعة منهم الفاضل والكركي بل لا خلاف أجده فيه للأصل وعدم اشتراط بقاء الخيار ببقاء العين بل الثابت خلافه فله الفسخ ح والمطالبة بالمثل أو القيمة انتهى ملخصا وهذا منه كما ترى موافق للقاعدة بخلاف ما في ذكره في المقام جسما عرفت وكيف كان فالتحقيق ما ذكره المصنف من عدم الفرق بين ما قبل الرد وما بعده في عدم سقوط الخيار أو سقوطه بناء على الوجهين من إرادة ارتجاع نفس المبيع أو الأعم منه ومن بدله والحق الا حالة على اختلاف الموارد فإنه قد يكون الغرض متعلقا بنفس العين وقد يكون متعلقا بالقيمة فلا بد من ملاحظة ما يفهم في خصوصيات الموارد من ألفاظ المتعاقدين في مقام ذكر الشرط وعلى أي حال فلا دخل للمقام بقاعدة التلف في زمن الخيار قوله ثم إنه لا تنافي الخ أقول الظاهر أنه دفع لتوهم المنافاة بين ما ذكره من عدم جواز اتلاف المبيع للمشتري ووجوب ابقائه عليه ليتمكن البائع من الاسترجاع وبين كون الخيار معلقا على بقاءه فإنه لو كان الخيار على فرض البقاء فلا يكون الا بقاء واجبا نظير عدم وجوب مقدمة وجوب الواجب في التكاليف ووجه الدفع واضح بل المطلوب لا يحتاج إلى هذا المقدار من البيان أيضا فان الابقاء واجب على المشتري والمعلق على البقاء خيار البائع ولا مجال لتوهم التنافي بينهما نعم انما يتوهم المنافاة لو كان الابقاء واجبا على من خياره معلق على

البقاء مع أنه أيضا مدفوع بما لا يخفى فتدبر قوله

(٢٨)

كما ذكره بعض المعاصرين أقول هو صاحب الجواهر في البحث عن احكام الخيار حيث إنه بعد نقل الحاق الثمن أيضا عن بعض الاعلام قال وهو من غرايب الكلام ضرورة كون النص والفتوى في خصوص المبيع دون الثمن بل ظاهر خبر معاوية بن ميسر من اخبار اشتراط الخيار برد الثمن ان تلف الثمن من البايع وانه ملكه وان كان الخيار له إلى اخر ما قال قوله ولم اعرف وجه الاستظهار الخ أقول إن قلت لعل نظره إلى أن

الرواية دالة على المدعى بضميمة قاعدة الخراج بالضمان حيث دلت ان نماء الثمن للبايع قلت نعم ولكن على هذا لا تكون دليلا في مقابل قاعدة التلف في زمن الخيار إذ هي حاكمة على هذه القاعدة وغرضه اثبات تخصيصها بهذه الرواية والحاصل انه لو أراد دلالة الرواية في حد نفسها فهي ممنوعة ولو أراد بضميمة القاعدة فهو مسلم الا انها لا تكفي ح في تخصيص قاعدة التلف في زمن الخيار كما هو مقصوده قوله وانما المخالف لها الخ أقول يعني ان المخالف لقاعدة التلف في زمن الخيار قاعدة الخراج بالضمان بضميمة الاجماع على كون النماء للبايع حيث إن مقتضاها كون التلف من البايع الذي له النماء قلت لكنك عرفت حكومة قاعدة التلف في زمن الخيار على هذه القاعدة فالتحقيق ان يقال إن قاعدة التلف لا مخصص لها ولو مع الضميمة (وان كلا من قاعدة الخراج بالضمان والرواية مخالفة لها مع الضميمة) وغير مخالفة من

حيث هو فإن كان المراد المخالفة بلا ضميمة فالقاعدة أيضا غير مخالفة وان كان مع الضميمة فان أريد المخالفة المثمرة فليس شئ منهما كذلك وان أريد مجرد المخالفة وإن لم تكن مثمرة فكل منهما كذلك إذ الرواية أيضا بضميمة القاعدة مخالفة القاعدة التلف كما عرفت فلا وجه للعدول عنها إلى جعل الاجماع ضميمة فتدبر هذا ووجه حكومة قاعدة التلف على قاعدة الخراج ان معنى كون التلف على غير ذي الخيار انه يفسخ البيع قبل التلف انا ما ليكون التلف في ملك من لا خيار له ومقتضى

قاعدة الخراج ان الضمان على المالك للعين فلا منافاة نعم لو أخذنا بعموم قاعدة الخراج وقلنا إن كل من له النماء يكون ضامنا لتلف العين وإن لم يكن مالكا لها كالمستعير والمستأجر والمباح له المنفعة ونحو ذلك خرج ما خرج وبقي الباقي ارتفعت (الحكومة) لكن من المعلوم أنه ليس كذلك إذ لا استفاد من القاعدة أزيد مما ذكرنا من أن المالك ضامن هذا مع امكان دعوى أحصية قاعدة التلف في زمن الخيار من قاعدة الخراج إذ هي مختصة بما إذا تلف مال ذي الخيار في زمان

الخيار المختص به وان تلفه على من لا خيار له وإن لم يكن مالكا ولا كان له النماء وانها لا تجرى فيما كان التالف مال غير ذي الخيار كما عرفت فهي أخص من قاعدة الخراج مطلقا وعلى فرض جريانها فيما لو تلف مال غير ذي الخيار أيضا يمكن تخصيصها بهذه الصورة فهي نص في كون ضمان المال على غير مالكة فلا بد من تخصيص قاعدة الخراج بها فمع فرض اغماض الحكومة أيضا نقول بتقديم هذه القاعدة ويتم ما ذكرنا من عدم مثمرة المخالفة فتدبر قوله

كما يقتضيه اخبار تلك المسألة أقول الحق كما سيحى عدم جريانها في الخيار المنفصل لقول ع في بعضها حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع للمشتري (إذ في الخيار المنفصل قد

حصل المبيع للمشتري)

أي صار ملكا مستقره في زمان اللزوم وهو قبل مجئ زمان الخيار فتدبر ثم إن الظاهر عدم جريانها فيما كان الثمن كلياً فيكون حكم تلفه على القاعدة من مال البايع وان قلنا بجريان القاعدة في الثمن ثم لا يخفى انه يمكن ان يقال إن المراد من اخبار القاعدة الانفساخ من الأول بمعنى كون التلف كاشفاً عن عدم الملكية أولاً وعدم انعقاد البيع فيكون البقاء إلى انقضاء الخيار من الشرط المتأخر ولذا استدل بها الشيخ على مذهبه من توقف الملك على انقضاء الخيار ولعل مراده ما ذكرنا من الشرط المتأخر لا انه مع فرض البقاء أيضاً لا يحصل الملك الا بعد الانقضاء وعلى هذا فمقتضى القاعدة كون نماء الثمن للمشتري ونماء المثلث للبايع للكشف عن عدم انعقاد البيع ويكون خبر معاوية دليلاً على عدم جريان القاعدة في المقام أو يكون حكم النماء على خلاف القاعدة وتام الكلام في المسألة من حيث جريانها في الثمن وعدمه وجريانها في الكلي وعدمه وجريانها في الخيار المنفصل وعدمه وكون الانفساخ من حين التلف أو من الأول وغير ذلك سيأتي انشاء الله فانتظر قوله وكيف كان فالأقوى الخ أقول يعني قد يكون الرد إلى

المشتري من باب القيدية وقد يكون

من باب مجرد الموردية فعلى الأول لا يجوز الا الرد على نفس المشتري فلو لم يمكن بأي وجه كان لا يجوز الفسخ لعدم حصول الشرط نعم لو كان حاضراً وامتنع من الاخذ كفى الاحضار عنده لصدق الرد عليه وعلى الثاني يقوم وكيله ووليّه والحاكم وعدول المؤمنين مقامه لان المناط ح اصال المال إليه لئلا يبقى في ذمة البايع بعد الفسخ لكن يعتبر ان يكون ذلك من جهة غيبة المشتري عن البلد الذي اعتبر الرد عليه وعلى الثاني فيه والا فلو كان البايع في غير ذلك البلد وأراد الرد إلى الحاكم أو غيره لا يجوز له ذلك لأن المفروض ان المشروط رده إلى المشتري في البلد الكذائي الذي اشترط كون الرد فيه أو انصرف الاطلاق إليه فتحصل ان صور المسألة ثلث أحدها ان يشترط الرد (إليه) أو إلى وكيله أو وليه الثانية ان يشترط الرد

إليه من غير ذكر للوكيل والولي ولكن كان التخصيص به من باب الموردية الثالثة ان يكون التخصيص من باب القيدية ففي الصورة الأولى

لا اشكال ويكون التعميم من جهة تعميم الشرط وفي الثانية أيضاً الحكم كذلك لكن من جهة عموم دليل النيابة والولاية وتنزيله لهم منزلته في ذلك وفي الثالثة لا يكفي الا الرد إلى نفسه هذا ويمكن ان يقال إذا لم يصرح بالتعميم لا يكفي الرد إلى الولي والوكيل وإن لم يكن التخصيص من باب القيدية بل

كان من باب الموردية إذ يكفي في لزوم الاقتصار السكوت عن الرد إلى غيره وعموم دليل النيابة والولاية لا يجعل الرد إلى الولي والوكيل رداً إليه بمعنى انه لا يثبت تحقق هذا الموضوع والمفروض ان الحكم معلق عليه نعم يكفي في جواز دفع المال الذي ثبت كونه له إليهما ومن هنا يمكن الاستشكال في كفاية الرد إلى وارثه لو مات وانتقل المال إلى وارثه ففرق بين موته وموت البايع ففي

الثاني ينتقل الخيار الكذائي إلى الوارث فله الرد إلى المشتري والفسخ وفي الأول لا يكفي الرد إلى الوارث لأنه ليس رداً إلى المشتري فلا يتحقق موضوع الخيار ولو كان عموم دليل النيابة والولاية

(٢٩)

نافعاً لزم الاكتفاء فيما لو كان من باب التقييد أيضاً مع أنه لا اشكال في عدم الكفاية ح
 وبالجملة لا فرق بين التقييد والموردية من
 قبيل الثاني ويمكن ان يحاب باننا لا تمسك بمجرد دليل النيابة والولاية بل نقول إذا كان
 التخصيص من باب الموردية فكأنه اشترط الرد إلى من
 كان مالكا للمال ومتصرفا فيه ووليا عليه فكان المشروط الرد إلى المشتري ومن يقوم مقامه
 فهو وان كان موردا الا انه ليس كذلك بما
 هو هو بل بما هو مالك ومتصرف ودليل النيابة يجعل الوكيل أيضا بمنزلة المالك وهذا
 بخلاف ما لو جعل قيذا فان المشروط ح الرد إليه
 بما هو هو فلا يقوم مقامه غيره ومن هنا يظهر جواز الرد إلى الوارث أيضا في هذه الصورة
 لا في صورة التقييد وبالجملة فالمقام بناء على
 الموردية يكون من قبيل قول البائع للمشتري ملكتك مع أنه قد يكون وكيلا عن الغير أو
 فضوليا فإنه في قوة قوله ملكت المالك فتدبر قوله
 وليس في قبول الخ أقول إذا لم يجز مزاحمة حاكم لحاكم اخر فلا يكون الحاكم الثاني
 بمنزلة الحاكم لمالك وهذا التصرف لأن المفروض ان امر
 هذا المال صار إلى الحاكم الأول فهو الولي عن المالك في هذا المال فالرد إلى الحاكم
 الثاني ليس ردا إلى من كان بمنزلة المالك فيكون كما لو كان
 له وكيلان وكان اختيار المبيع بيد أحدهما وكان الاخر وكيلا في تصرف فإنه لا
 يكفى ح الا الرد إلى من كان وكيلا في هذا المال وكذلك الحال بالنسبة
 إلى الحاكمين نعم لو جوزنا المزاحمة كان كل منهما وليا فيكونا من قبيل الأب والجد ثم
 لو فرض ان الحاكم الأول اشترى واشترط الرد إلى خصوص نفسه فلا
 يكفى الرد إلى غيره قطعا وكذا بالنسبة إلى الأب والجد قوله وللمشتري خيار التبويض الخ
 أقول هذا إذا كان الشرط رد الكل
 لكن لا على هذا الوجه وإلا فلا يثبت له خيار التبويض لأنه باقدامه على الشرط المذكور
 اقدم على التبويض هذا واستشكل في المستند في صحة اشتراط
 اشتراط الخيار برد البعض فيما قابله لان الحكم على خلاف القاعدة ومورد النصوص غير
 هذه الصورة وأدلة الشروط ليست جارية لان شرط الخيار مخالف
 للسنة وانما جوزناه في المقام من جهة النصوص الخاصة قال وقال أيضا يعنى صاحب لك
 ولو اشترط ارتجاع بعض ببعض الثمن أو الخيار في البعض
 ففي صحته نظر من مخالفة النصوص وعموم المسلمون عند شروطهم وهو أوجه أقول وقد
 تنظر فيه في الدروس أيضا والتحقيق انه ان كان
 الشرط رد البعض دون ثبوت الخيار فالأوجه الصحة لعموم الوفاء بالشرط وان كان ثبوت
 الخيار في البعض ففيه نظر لما عرفت من أن دليله الاجماع
 وتحققه في البعض غير ثابت والروايتان وشمولهما غير ظاهر بل عدم الشمول أظهر اما
 الأولى فلحكمه ع بان جميع المبيع لو تلف انما هو البائع واما
 الثانية فلأنها قضية في واقعة ومنه يظهر فساد الشرط أو شرط خيار افسخ البعض الاخر في
 مدة أخرى أو خيار فسخ الجميع بعضه في مدة وبعضه في
 الأخرى انتهى ومراده من الروايتين صحيحة ابن سنان وان كان بينهما شرط أياما معدودة

فهلك في يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البايع ورواية السكوني المتقدمة ان أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوبا بشرط إلى نصف النهار إلى اخرها هذا وفي كلامه انظار لا تخفى منها فرقه بين شرط رد البعض وثبوت الخيار في البعض فإنه لا فرق بينهما الا في مجرد اللفظ وقال قبل العبارة التي نقلناها في أصل المسألة والتحقيق ان المشروط تارة يكون ثبوت الخيار للبايع مع رد الثمن وأخرى رد المشتري المبيع إليه معه أو كونه له وكل منهما يصح ويلزم اما الأول وهو من باب خيار الشرط فلما مر من الاجماع إلى أن قال واما الثاني فلعنومات الشرط وخصوص الروايات وليس هو من باب خيار الشرط بل المشتري وط هو رد المشتري المبيع فيجب عليه لما ذكر من غير احتياج إلى فسخ كما هو المستفاد من تلك الروايات ومن ذلك يظهر ان الاستدلال بها على خيار الشرط لبعض المتأخرين في غير موقعه انتهى وأنت خبير بان الثاني أيضا من باب خيار الشرط غاية الأمر ان الرد فسخ فعلى ح فتدبر والتحقيق صحة الشرط على حسب جعل المتعاقدين أي وجه لعموم دليل الشرط من غير حاجة إلى دليل اخر ولا نم كونه شرطا مخالفا للسنة كما مر مرارا قوله الأمر الثامن أقول الأمر التاسع كما يجوز اشتراط الفسخ برد الثمن أو المثلن كذلك يجوز اشتراطه بفعل اخر من المشروط له كان يقول بشرط ان يكون لك الخيار إلى سنة ان أعطيتني درهما أو مالك الفلاني أو فعلت كذا أو تركت كذا فيكون له الفسخ على التقدير المذكور وكذا إذا قال على أن تفسخ بحضوري أو بحضور الحاكم أو نحو ذلك كل ذلك لأدلة الشروط ولا يكون من التعليق لان الخيار له من حين العقد إلى اخر المدة لكن على هذا الوجه الأمر العاشر يجوز ان يشترط المشتري على البايع الفسخ برد الثمن أو العكس بان يكون الراد هو المشروط عليه فيجب عليه ذلك بالشرط ومع يكون تخلفه للاخر الخيار ولكن ليس هذا من خيار الشرط بل من خيار تخلف الشرط ولم يجعل للمشروط عليه أيضا الخيار بل جعل عليه الفسخ برد الثمن الامر الحاد عشر يجوز ان يشترط عليه فعلا على أنه إن لم يفعل يكون للشارط الخيار كان يقول بعثك على أن تخط لي ثوبا على أن يكون لي الفسخ على تقدير تخلفك وفي الحقيقة هذا يكون من اشتراط خيار الاشتراط الموجب تخلفه للخيار غاية الأمر انه صرح بالخيار مع التخلف فيكون راجعا إلى خيار الشرط على تقدير الترك هذا ولو لم يشترط عليه ذلك الفعل بل علق الخيار على تقدير عدمه كان يقول بشرط ان يكون لي الخيار ان تحظ بحيث لم يكن الخياطة مشروطة عليه ففي صحته اشكال لأنه راجع إلى التعليق والفرق بينه وبين الأول ان في الأول يكون من باب تخلف الشرط وان كان الخيار مصرحا به على تقدير التخلف ويحتمل الصحة لعدم الدليل على بطلان هذا المقدار من التعليق لكنه كما ترى والا لزم صحة تعليقه على قدوم الحاج أو مجئ زيد أو نحو ذلك والظاهر عدم الاشكال في بطلانه الأمر الثاني عشر شرط الخيار برد الثمن قد يكون بالنسبة إلى العقد وقد يكون بالنسبة إلى استرداد

(۳۰)

المثمن فعلى الثاني كما هو المتعارف لا يجوز للمشتري المتصرف المتلف أو الناقل لمنافاته لحق البايع المتعلق بالعين وعلى الأول بينى المسألة على جواز تصرف غير ذي الخيار في زمن الخيار والفرق انه على الأول يكون الحق متعلقا بالعقد وعلى الثاني بنفس العين فهو في قوة اشتراط ابقائها إلى اخر المدة ليتمكن من الفسخ إذا شاء فتدبر قوله عدم معنى للخيار في العقد الجائر أقول هو كذلك لما ذكره العلامة من أن الخيار لكل منهما دائما فيكون جعل الخيار لغوا الا ان تصير لازمة بالعرض فح يجوز اشتراط الخيار فيها في ضمن العقد عقد اخر فان قلت فلم جوزتم اشتراط الخيار في العقد الخيارى كالبيع الجائر بخيار المجلس أو الحيوان قلت لحصول الفائدة لامكان اسقاط الخيار الثابت فيه بعد العقد فيؤثر هذا الخيار في جواز الفسخ وفي العقود الجائزة لا يمكن اسقاط جوازها لأنه حكم شرعي غير قابل للاسقاط فلا ينفك الجواز الأصلي عنها ليؤثر هذا الخيار قوله قيل لان المفهوم الخ كلام هذا القائل ان الايقاع بما هو ايقاع لا يقبل الشرط أصلا سواء كان شرط الخيار أو غيره وذلك لان الشرط مما يحتاج إلى رضى من عليه الشرط ليتحقق موضوعه ويدخل في عموم المؤمنون عند شروطهم والا فلو لم يقبل ولم يرض به لا يكون شرطا له حتى يجب عليه الوقوف عنده والايقاع انما يتم بطرف واحد فمع الاقتصار عليه لا يتحقق موضوع الشرط ومع اعتبار القبول يخرج عن كونه ايقاعا أو يكون الشرط معاهدة مستقلة لا ربط له بالايقاع غاية الأمر وقوعه فيه كوقوع عقد في عقد اخر والحاصل ان لازم الشرط والحاصل ان لازم الشرط أن تكون من تتمات ما تضمنه بحيث يكون نفس ذلك المتضمن من العقد والايقاع كافيا عنه والايقاع بما هو ايقاع لا يكون كذلك وحاصل الجواب منع اعتبار ذلك وعدم المنافاة لكونه محتاجا إلى القبول ومنع خروجه بذلك عن كونه شرطا وكذلك منع خروج الايقاع عن كونه ايقاعا فتختار انه موقوف على القبول ومع ذلك يصدق عليه الشرط في ضمن الايقاع ولا يخرج الايقاع بذلك عن حقيقته هذا والتحقيق قبول الايقاعات للشرط وهو قد يكون على نفس الموقع كما إذا قال طلقتك على أن أعطيك درهما أو أعتقتك على أن أزوجك ابنتي و ح لا يحتاج إلى القبول لأنه شرط على نفسه فهو المشروط عليه ويدخل بذلك في عموم المؤمنون ولا دليل على اعتبار رضا المشروط له غاية الأمر ان له أن لا يقبل بمعنى ان يسقط حقه ومن ذلك يظهر انه لو اشترط الخيار في البيع للأجنبي لا يحتاج إلى قبوله فيثبت له الحق بذلك الا ان له اسقاطه وعدم الاخذ به ومن هذا القبيل ما لو كان على غيره لكن كان امر ذلك الغير إليه بحيث يكون مسلطا عليه بان يلزمه بشئ كما لو اشترط في ضمن العتق حذمة مدة على عبده فإنه لا يحتاج إلى قبول العبد لأنه مالك له ولخدمته مدة عمره فايجابها عليه في ضمن العتق بمنزلة استثناء هذه المنفعة لا انه حقيقة استثناء بل لما كان امر العبد إليه وكان يجوز له ان يأمره بالخدمة أي وقت أراد فله ان يلزمه بذلك من دون رضاه ولا يكون

من الانتفاع بخدمة الحر لأنه حين الشرط لم يكن حراً وإنما يصير حراً بعد وجوب ذلك عليه ولا مانع ويدل عليه جملة من النصوص منها صحيحة أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام سئلته عن رجل قال غلامي حر وعليه عمالة كذا وكذا قال هو حر وعليه العمالة ومنها صحيحة يعقوب بن شعيب سئل أبا عبد الله ع عن رجل أعتق جارية وشرط عليها أن تخدمه عشر سنين فأبقت ثم مات الرجل فوجدها ورثته الهم أن يستخدموها قال ع لا بناء على أن يكون ذلك من باب كون الشرط خدمة نفس المولى وقد مضى وقتها وقد يكون الشرط على غير الموقع ممن لا يكون مسلطاً عليه بالنسبة إلى ذلك الشرط كما إذا قال لزوجه تطلقتك على أن تفعل كذا أو قال للمديون أبرأتك على أن تخط لي ثوبا وهذا بحسب القاعدة لا مانع منه لكنه يحتاج إلى قبول من عليه ليدخل في عموم المؤمنون ولعل منه ما لو شرط عبده المعتقد أن لا يتزوج على ابنته أو لا يتسرى وعليه يحمل ما ورد من صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما ع في الرجل يقول لعبده أعتقتك على أن أزوجك ابنتي فإن تزوجت عليها أو تسريت فعليك مئة دينار فأعتقه على ذلك فيتزوج أو يتسرى قال عليه مئة دينار فإن إلامه بعدم التزويج والتسري يحتاج إلى قبوله وكذا إلامه بمائة دينار على فرضهما فإنه ليس له إلام عبده بمال بل إنما له أن يستخدمه أو يأمره بالعمل سواء حصل المال أم لا فلا بد من حمل الرواية على صورة القبول فظهر مما ذكرنا أن الشرط على المعتقد قسماً منه يحتاج إلى القبول وقسم منه لا يحتاج وقد يقال بعدم الحاجة مطلقاً لاطلاق

الاخبار وقد يقال بالحاجة مطلقاً لأنه مالك لمنافعه حال كونه حراً فاشترط خدمته بعد حرته يحتاج إلى رضاه ولصحيحة حريز قال سئل أبا الحسن ع عن رجل قال لمملوكه أنت حر ولى مالك قال ع لا يبدء بالحرية قبل المال فيقول لي مالك وأنت حران رضى المملوك فالمال للسيد حيث اعتبر رضا المملوك في هذا الشرط والتحقيق ما ذكرنا والجواب عن اطلاق الاخبار انها ليست بصدد اعتبار بيان القبول وعدمه وعن كونه مسلطاً على منافعه حال حرته ما قد عرفت وعن الصحة بكونها أخص من المدعى أولاً وعدم العمل بمضمونها من اعتبار الابتداء بكون ماله له ثانياً وظهورها في عدم سلطنة المولى على تملك مال عبده وهو خلاف التحقيق ثالثاً مع أن سندها غير معتبر لأنها مروية في يب عن أبي جرير بدل حريز وهو غير موثق وكيف كان فالإيقاع غير آب عن دخول الشرط فيه سواء احتاج إلى القبول أولاً وح فتقول مقتضى القاعدة جواز شرط الخيار فيه أيضاً سواء في ذلك العتق والطلاق والابراء وغيرها وما ذكره المصنف من امكان منع صدق الشرط كما ترى كدعواه الانصراف إذ لا وجه له بعد صدق ع ولا يلزم بناء على قول صاحب القاموس أزيد من كونه في ضمن معاهدة و الايقاع معاهدة فإن كان اجماع على عدم صحة شرط الخيار في كلها أو بعضها فهو والا فمقتضى عموم المؤمنون الصحة والظاهر تحققه بالنسبة إلى الطلاق فان الرجوع وان كان فسخاً الا انه إذا كان في الأول والثاني فلا حاجة

فيه إلى اشتراط الخيار وان كان في الثالث فليس شروعا

(٣١)

سواء كان بعنوان اشتراط الخيار أو غيره وكذا في كل طلاق بائن وفي الابرء أيضا الظاهر تحقق الاجماع واما العتق فإنه وان قيل فيه أيضا بتحقيقه الا انه يمكن منعه وذلك لما عن الشيخ في النهاية والقاضي وغيرهما من جواز اشتراط اعادته في الرق ان خالف ما اشترط عليه للموثق عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله ع سئلته عن رجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته ويشترط عليه ان هو أغارها ان يرده في الرق قال ع له شرطه ودعوى أنه غير ما نحن فيه من اشتراط الخيار مدفوعة أولا بأنه راجع إلى اشتراط الخيار على تقدير المخالفة وثانيا بأنه إذا أمكن عوده رقا بهذا الاشتراط جاز باشتراط الخيار أيضا بأنه ح لا مانع من شمول عمومات الشرط لان المانع منها عدم مشروعية عود الحررقا والمفروض امكانه نعم حكى عن المشهور عدم العمل بالموثق المزبور والحكم بفساد الشرط فقط أو مع العتق أيضا وأنت خبير بأنه لا وجه لطرحة مع أنه من الموثق ولا لحمله على إرادة فساد العتق بذلك كما قيل إذ هو خلاف ظاهره بل صريحه لقوله ع له شرطه الا ان يقال إن خلاف الشيخ والقاضي في مورد الرواية لا ينافي الوفاق على عدم جواز اشتراط الخيار ولذا حكى المصنف عن الشيخ في مبسوطه الاجماع على عدم دخول شرط الخيار في العتق والطلاق وعن (؟) نفى الخلاف في ذلك هذا ويمكن ان يقال إن مورد الاجماع اشتراط الخيار واما اشتراط شيء اخر يلزم من تخلفه الخيار فليس اجماعيا فيما عدا الطلاق فيجوز ان يبرئه دينه ويشترط عليه خياطة ثوب أو يعتقه ويشترط عليه شيئا و ح فلو خالفا كان له الخيار بمقتضى القاعدة هذا ولكن قال في الجواهر في باب الإقالة ان الشرط فيها لا يوجب التسلط على الفسخ على فرض التملك بل فائدته مجرد الالتزام نظير الشرط في العتق والوقف ونحوهما فيظهر منه مفروغية ذلك في العتق والوقف فتدبر فان قلت إن الابرء لا يقبل الفسخ لأنه اسقاط للحق وإذا سقط فلا يعود الا بسبب حديد ونظيره اسقاط أحد الخيارات فإنه لا يمكن اعادته قلت لا مانع منه عقلا إذ له ان يرفع اليد عن معاهدته فيكون كما كان أولا بل نقول إن الفسخ أيضا قابل لخيار الفسخ عقلا لكنه غير معهود الا ان مجرد عدم المعهودية لا يصلح مانعا عن عمومات الشرط واما ما ذكره المصنف وجها للمنع من عدم مشروعية الفسخ فيها فلا يقبل الاشتراط والا لزم كون الشرط مشرعا وجاعلا لغير السبب سببا وهذا بخلاف العقود فان الفسخ مشروع فيها لمكان صحة الإقالة والفسخ بخيار المجلس والحيوان ونحوها فيصح اشتراط الخيار ففيه بعد منع عدم المشروعية في الجملة ان اشتراط ذلك في صحة الشرط ممنوع نعم لو علم عدم المشروعية المطلقة كان في قوة العلم بعدم قبولها الخيار والا فعدم المشروعية بغير الشرط لا ينافي المشروعية به غاية الأمر انه يحتاج إلى الدليل ويكفيه العمومات ما لم يثبت كون الحكم غير قابل للتغيير بالشرط ثم أقول إذا كانت المشروعية في الجملة كافية في صحة الشرط فمجرد الاحتمال أيضا كاف بعد عموم الدليل إذ هما مشتركان في كون الشرط المذكور مشكوك الصحة ولا بد فيه من

التمسك بالعموم فإذا أمكن التمسك به فيما لو وجد مورد يصح
الفسخ فكذا إذا لم يوجد لكن كان مشكوكا والحاصل ان المغير في صحة التمسك
بعمومات الشرط عدم ثبوت كون الحكم مما لا يقبل التغير وهو متحقق
في المقام فتدبر فتحصل ان مقتضى القاعدة جريان شرط الخيار في الايقاعات وان المانع
منحصر في الاجماع قوله والرجوع في العدة الخ
أقول الانصاف ان الرجوع فسخ للطلاق حقيقة وإن لم يكن كذلك اصطلاحا مع أنه لا
يعتبر مشروعية عنوان الفسخ بل يكفي عدم لزوم العمل
على طبق الطلاق وجواز ازالته ولو بعنوان الرجوع فعلى فرض كفاية المشروعية في الجملة
لا بد من الحكم بصحة الشرط والتحقيق ان المانع هو الاجماع كما عرفت
قوله وقد وجد في العقود الخ أقول قد عرفت أن المشروعية في غير مورد الشرط لا تنفع
بحال الشرط لأن الشك بعد بحاله ولا مزيل له الا
التمسك بالعمومات وهي كافية في الايقاعات أيضا على فرض عدم ثبوت عدم المشروعية
المطلقة قوله بناء على أن اللزوم الخ أقول يعني انه
كالجواز في العقود الجائزة من حيث عدم قابليته شرعا لان يتغير بالطوارئ بخلاف اللزوم
في العقود اللازمة فإنه قابل للتغيير بها وليس المراد ان اللزوم في العقود
اللازمة من الحقوق وفي الايقاعات والعقود الجائزة من الاحكام وان كان ظاهر العبارة
موهوما لذلك وذلك لأنه لا وجه لدعوى كون اللزوم في العقود اللازمة
من الحقوق كيف وإلا لكان قابلا للاسقاط مع أنه ليس كذلك نعم هو قابل للإزالة بالإقالة
لكن مجرد هذا لا يستلزم كونه من الحقوق قوله لم يدخله لان
الخ أقول التحقيق جريانه فيه لعدم المانع ومجرد كونه مشروعيا لقطع المنازعة لا يقتضى
المنع والا لجرى فيما لو كان بعنوان المعارضة أيضا قوله
لا أقل من الشك الخ أقول قد عرفت أن العمومات مزيلة للشك ما لم يثبت كون الحكم
مما لا يتغير بالطوارئ وقد ذكر المصنف في بحث الشروط انه
يتمسك بالعمومات مع الشك في كون الحكم قابلا للتغير وعدمه وكونه مخالفا للكتاب أو
لا وهو مناف لما ذكره هنا من عدم التمسك مع الشك قوله
ولعله لتوقف ارتفاعه الخ أقول العمدة فيه الاجماع والا فيجرى فيه الفسخ في الجملة
كالفسخ بالعيوب وربما يقال إن شرط الخيار مناف للمقتضاة و
لذا حكى عن المشهور انه لو اشترط الخيار فيه بطل مع أن منهم من لا يقول بكون الشرط
الفاسد مفسدا للعقد قال في الجواهر في كتاب النكاح لا أجد خلافا
في بطلان هذا الشرط بل لعل الاجماع بقسميه عليه لمعلومية عدم قبول النكاح لذلك لان
فيه شائته العبارة التي لا تقبل الخيار ولحضر فسخه بغيره و
لذا لا تجرى فيه الإقالة بخلاف غيره من عقود المعارضات فيكون ح اشتراط الخيار فيه
منافيا لمقتضاه المستفاد من الأدلة الشرعية بل لم يريد بلفظ
العقد معنى النكاح مع اشتراطه ومن هنا كان هذا الشرط مبطلا للعقد وان قلنا إن فساد
الشرط بالمخالفة للكتاب والسنة لا يبطل النكاح
قلت لا يخفى ما في هذه الدعوى لمنع المنافاة المذكورة وشبهه بالعبادة لا يقتضى ما ذكر
ولذا تردد المح في فساد العقد قال فيه تردد منشؤه

الالتفات إلى تحقق الزوجية بوجود المقتضى وارتفاعه عن تطرق الخيار والالتفات إلى عدم الرضا بالعقد لترتبه على الشرط فعلى وجه البطلان بأنه مناف للرضا بأصل النكاح كما بعلى به في كل شرط فاسد على القول بكونه مفسدا وعن ابن إدريس بطلان الشرط فقط دون أصل العقد قال إنه لا دليل على بطلان العقد من كتاب ولا سنة ولا اجماع بل الاجماع على الصحة لأنه لم يذهب إلى البطلان أحد من أصحابنا وإنما هو من تخريج المخالفين وفروعهم اختاره الشيخ على عادتهم في الكتاب انتهى والحاصل انه لا وجه لدعوى كون الشرط المذكور منافيا لمقتضى العقد ولذا رجع عن الدعوى المذكورة في الجواهر أيضا حيث قال في اخر كلامه اللهم الا ان يمنع ذلك فإنه لا يخ من تأمل فتبين ان العمدة هو الاجماع والظاهر تحققه حتى في صورة تخلف سائر الشروط الصحيحة أيضا حيث إنه لم يقل أحد منهم بتطرق خيار تخلف الشرط فيه ففائدة الشروط في النكاح انما هو مجرد الالتزام هذا كله في شرط الخيار في نفس العقد واما في المهر فالظاهر جوازه ومع الفسخ يرجع إلى مهر المثل فيكون كما لو لم يذكر أصل المهر فإنه ليس شرطا في صحة العقد وعندهم انه بمنزلة عقد مستقل فيجرى فيه الشرط لعموم المؤمنون قال في يع لو شرطه في المهر صح العقد والمهر والشرط هذا والظاهر عدم الفرق في عدم الجواز بين الدوام والمتعة لكن في الجواهر في المتعة اشكال إن لم تكن مندرجة في النكاح الذي هو معقد الاجماع واما في عوض المتعة فلا يجوز بلا اشكال لأنه ليس مثل المهر فهو عوض حقيقة ولذا لا يجوز اخلاء المتعة عنه وجريان الخيار فيه دون أصل العقد يستلزم جواز الاخلاء كما لا يخفى إذ لو فسخ العوض يصير أصل العقد بلا عوض قوله والكبرى في الصغريين الخ أقول اما الثانية فواضح واما الأولى فيمكن الالتزام بها لما سيأتي منه قده بعد أسطر من عموم ما دل على أنه لا يرجع فيما كان لله فتدبر قوله وقريب منها غيرها أقول وهو خبر إسماعيل بن الفضل قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق وبيعه ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير وقال إن احتجت إلى شيء من المال فانا أحق به ترى ذلك له وقد جعله لله يكون له في حياته فإذا أهلك الرجل يرجع ميراثا (أو يمضى صدقه قال يرجع ميراثا) إلى أهله وجه الاستدلال بالروايتين

دعوى ظهورهما من حيث الحكم بالرجوع إلى الميراث في بطلان الوقف المذكور وليس الا لاشتماله على الشرط المذكور ووجه التأمل انه لا دلالة فيهما على البطلان بل ظاهرهما صحة الشرط وان الرجوع في الميراث انما هو بعد تحقق الحاجة والعود إلى الواقف والغرض انه إذا احتاج ورجع إلى يبقى على ماله و يرثه وارثه لا ان يرجع إلى الوقفية بعد موته هذا مع أنهما لا دخل لهما بما نحن فيه من اشتراط الخيار فان اشتراط العود إليه مع الحاجة في قوة جعل عنوان الوقف ما قبل الحاجة وبعدها يخرج عن الوقفية من دون حاجة إلى الفسخ ولذا ذهب جماعة منهم إلى صحة الشرط المذكور مع قولهم ببطلان شرط الخيار بل عن لك نسبة الصحة إلى السيد والمعظم تارة وأخرى قال إن العمل بخبر إسماعيل بن الفضل اتفاق من الأصحاب أو من أكثرهم وفي الجواهر انه لا أقوى لعموم

الوقوف والمؤمنون قال وليس هذا من ادخال الواقف نفسه في الوقف قطعاً بل هو تقييد للوقف بما يقتضى انتهائه إلى أن قال ولا تعليق فيه على نحن ينافي عقد الوقف بل هو تقييد للوقف بوجود الموقوف على نحو تقييده بوجود الموقوف عليه أو بغيره من الأوصاف التي لا اشكال في جوازها ضرورة رجوعه إلى جعله وقفاً ما دام غنياً إلى أن قال وليس هو من اشتراط الخيار في الوقف الذي لم اعرف خلافاً في عدم جوازه عدا عبارة محكمة عن السرائر لم يعلم أنها له أو للشيخ وعلى كل حال لا ريب في شددتها لمنافاته للزوم في الوقف على وجه لم يشرع فسخه اختياراً بوجه وما نحن فيه إنما هو من انتهاء الوقف بانتهاء الوصف المعلق عليه وفرق واضح بين المقامين انتهى وبالجملة لا دخل لهذه المسألة بما نحن فيه من اشتراط الخيار فان فيها أقوالاً ثلاثة فجماعة على البطلان والمعظم على الصحة وقفاً وعن جماعة صحته حبساً بخلاف ما نحن فيه فإنه لم يعلم قول بجواز اشتراط الخيار بحيث يجوز له ان يرجع في الوقف اختياراً نعم عرفت ما حكى عن ثر وعن لك أيضاً انه نبه في الدروس وغيرهما على أنه موضع خلاف كما أشار إليهما المصنف قده أيضاً قوله لعموم ما دل الخ أقول وهي اخبار مستفيضة منها قوله ع إنما الصدقة لله عز وجل فما جعل لله عز وجل فلا رجعة له فيه ومنها وقوله (قال رسول الله ص إنما مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذي يفئ ثم يعود في قيئه ومنها) من تصدق بصدقة ثم ردت عليه فلا يأكلها لأنه لا شريك لله عز وجل في شيء مما جعل له إنما هو بمنزلة العتاقة لا يصلح ردها بعد ما يعتق ويستفاد من هذا الخبر عدم جواز الرجوع في العتق أيضاً ومنها قال أبو عبد الله ع قال رسول الله ص إنما مثل الذي يرجع في صدقته كالذي يرجع في قيئه ومنها لا يرجع في الصدقة إذا ابتغى بها وجه الله عز وجل بل يظهر من بعض الأخبار عدم جواز الرجوع حتى بالشراء والاستيهاب كخبر منصور بن حازم قال أبو عبد الله ع إذا تصدق والرجل لم يحل له ان يشتريها ولا يستوهبها ولا يستردها الا في ميراث وخبره الاخر عنه ع إذا تصدقت بصدقة لم ترجع إليك ولم تشتريها الا ان تورث لكنهما محمولان على الكراهة هذا والانصاف انه لا دلالة في هذه الأخبار على عدم جواز الاشتراط بل الظاهر منها الرجوع من دون شرط كما لا يخفى واما ما ذكره المصنف قده من أنه يستفاد منها كون الزوم حكماً شرعياً للهبه الصدقة بحيث لا يقبل التغير فهو كما ترى كيف والا كان أول دليل على الحكم في جملة من العقود والايقاعات فتدبر (والتحقيق) ثم لا يخفى انه لا يصدق الرجوع في الصدقة على الفسخ بالخيار لان اخراجه للمال ليس على كل تقدير والاخراج الخياري المتزلزل ليس اخراجاً حقيقة فالرجوع إنما يصدق مع كون المال باقياً على الوقفية أو الصدقة أو نحو ذلك لا مثل المقام فتدبر قوله ولو شك في ذلك كفى الخ أقول قد عرفت ما فيه من أن المقام من موارد التمسك بعموم الشروط وسيأتي منه قده في باب الشروط انه لو شك في كون الشرط مخالفاً فالأصل عدم المخالفة وتمام الكلام موكول إلى ذلك المقام فانظر قوله ولا يخ عن قرب لما تقدم أقول التحقيق عدم الفرق كما تقدم ولو قلنا بعدم الجريان الخيار في البراء فان حقيقة الصلح غير البراء وان

كان في مقامه فإنه معاهدة بين طرفين فهو قابل لذلك خصوصا إذا اشتمل على عوض فإنه
ح نظير بيع الدين على من عليه حيث إنه يرجع إلى الاسقاط بالنسبة

(٣٣)

إليه ولا ينبغي الاشكال في جريان عدم الخيار فيه قوله أقسام البيع الخ أقول قيده في الجواهر بما لم يستعقب اعتاقا ولعله لأنه لا يمكن استرداده

ح وفيه ما عرفت سابقا في خيار المجلس من أنه لا ينافي الفسخ والرجوع إلى القيمة والا لزم عدم جريانه في بيع الدين على من عليه أيضا فتأمل قوله لا

يمكن ارتباطه الخ أقول هذا مم بل يصح الارتباط ولذا يجوز ان يكون على الكلام حاليا أو فعلا من الأفعال ولا فرق بين المقامين فتدبر

قوله وفيه نظر أقول لا وجه له بعد العموم وعدم المانع خصوصا مع مشروعية الفسخ فيه في الجملة قوله بصحة التقابل في العقد الخ أقول

يعنى من حيث هو والا فيمكن ان يقال بعدم جريان التقابل في البيع الخياري ما دام الخيار باقيا لقصور أدلته عن الشمول لأنه مع الخيار لا يكون من إقالة النادم

لامكان رفع الندم بالفسخ من جهة الخيار مع أنه لا اشكال في جريان شرط الخيار وان كان له خيار اخر ويمكن جريان الإقالة مع عدم جريان الشرط إذا كان منافيا لمقتضى العقد كما في عقد الرهن بناء على كون شرط الخيار منافيا للاستيثاق المقصود منه فلانه اشكال في جريان الإقالة فيه والتحقيق ان النسبة بين مورد الإقالة

وخيار الشرط من حيث هما عموم من وجه فمورد افتراق الإقالة مسألة الرهن والوقف بناء على كون شرط الخيار فيه منافيا لمقتضاه من الدوام فإنه على هذا لا يصح شرط الخيار لكن لا مانع من جريان الإقالة بعد انعقاده وتمايمته إذا كان الموقوف عليه معينا أو مع ولى الوقف العام ومورد افتراق شرط الخيار بعض الايقاعات الذي

يجرى فيه شرط الخيار أو يمكن ان يجرى فيه فإنه لا معنى لجريان الإقالة فيها مط لأنها محتاجة إلى الطرفين والايقاع متقوم بطرف واحد ومع ذلك يمكن اشتراط الخيار لمن لا يكون طرفا في الايقاع كان يجعل الخيار في الطلاق للزوجة أو لنفسه ورضيت الزوجة به وكذا في الابرء ونحوه و أيضا العقد المشتمل على الخيار

جسما عرفت والحاصل ان التفكيك ممكن من الجانبين وإن لم يكن واقعا كما إذا منعنا دخول شرط الخيار في الايقاعات مط وقلنا بجريان الإقالة في

العقد المشتمل على الخيار أيضا وجوزنا دخول الشرط في الرهن بدعوى عدم المنافاة تنمة يجرى خيار الشرط في القرض فإنه من العقود اللازمة و

لا ينافي ذلك جواز الرجوع فيه بعد العقد إذ هو غير الفسخ فان مقتضاه عود نفس المال إليه ومطالبة الأداء لا تستلزم وجوب دفع عين المال فيجوز للمقرض

دفع المثل أو القيمة ولو مع بقائها ففائدة الخيار فسخ العقد والرجوع إلى نفس العين وكك يجرى في الوفاء فلو كان عليه كلى كمن من الحنطة فعينه في فرد لزم

ولكن يجوز له شرط الخيار ليتمكن من ابطال التعيين وإعادة الكلى إلى ذمته وكك لا مانع من جريانه في الخلع والمباراة قوله لأن المبيع ببيع الخيار الخ

أقول يعنى انه ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم في الجملة لا انه مع الخيار لا يصدق الغبن أصلا ولو كان بأقل مراتب نعم يمكن نفى خيار الغبن مع ثبوت

الخيار بوجه آخر سواء كان من جهة الاشتراط أو غيره لقصود الأدلة عن الشمول خصوصا إذا كان المدرك قاعدة الضرر هذا وكما أنه يلاحظ خيار البايع فكذا

خيار المشتري فلو باع ما يساوى مئة بمائة مع اشتراط الخيار للمشتري (يكون مغبونا لأنه

مع الخيار (المشترى) قد يكون قيمته أكثر لان للشرط قسطا من الثمن فكأنه باع بأقل من مائة واما سائر الشروط

فأمرها أوضح قوله والظ ان كون الخ (أقول القول في خيار الغبن) إذا كانت الزيادة مما يتسامح بها يمكن دعوى عدم صدق الغبن فهذا أيضا معتبر في مفهومه بل يمكن ان يعكس ويقال

ان اعتبار الجهل بالقيمة شرط خارج عن المفهوم بحسب اصطلاح الفقهاء أيضا إذا الغبن عندهم التملك بما يريد على قيمته وإن لم يكن الاخر جاهلا فإنهم يطلقون

الغبن مع العلم أيضا ويقولون انه قد اقدم عليه نعم يعتبر الجهل في مفهومه بحسب معناه اللغوي لان الخديعة لا تتحقق الا مع جهل المخدوع مع احتمال الصدق و

لو مع العلم أيضا إذا كان بعنوان الخدعة كما في قوله تعالى يخادعون الله والذين آمنوا الخ ثم لا يخفى انه بناء على كون الغبن باقيا على معناه اللغوي وكونه بمعنى

الخديعة لا يكفي مجرد الجهل بالقيمة في تحقق مفهومه بل يعتبر فيه مع ذلك علم الغابن بل قصده للخدعة أيضا فغالبا موارد اطلاق الفقهاء خارج عن معناه

اللغوي بل صورة علم الغابن وقصده للخدعة وجهل الاخر جهلا يصدق معه عنوان الخدعة في غاية الندرة فلا بد اما من القول بحدوث معنى اصطلاحى

له أو عدم اعتبار القيد في معناه اللغوي أيضا بدعوى أن معناه لغة الاتيان بفعل يناسب الخادع كما في لفظ الجهالة حيث إنها بمعنى الاتيان بأفعال

الجهال وان كان على وجه الالتفات فالمغبون ح من عمل عمل المخدوعين فتأمل قوله فالآية انما تدل على الخ أقول لا يخفى ان مقتضى البيان المذكور

بطلان البيع لا الخيار كما هو مقتضى قوله فإذا حصل التراضي الخ فإنه أيضا انما يناسب البطلان بدون الرضا والا فمع فرض الدلالة على عدم اللزوم لا حاجة إلى

اجراء فحوى حكم الفضولي والمكره كما لا يخفى والأولى توجيه الاستدلال ان يقال إن المغبون انما اقدم على المعاملة بانيا على كون المبيع مساويا لماله بحسب القيمة

والمالية فكأنه اشترط المساواة وإذا كان أقل يكون من باب تخلف الشرط فاعتبار المساواة ليس على وجه التقييد ليتوجه عليه المنع أولا واستلزامه البطلان

ثانيا ولا على وجه الداعي ليرد عليه ان تخلفه لا يوجب شيئا بل هو من باب الشرط الضمني نظير وصف الصحة فيكون معتبرا على وجه تعدد المطلوب ولازم

تخلفه الخيار كما في سائر الشروط الصحيحة أو الضمنية لكن يرد عليه ان الآية متكفلة البيان اعتبار أصل

الرضا في جواز الأكل وانه لو لم يكن التجارة مع مع التراضي يكون باطلا وليست ناظرة إلى اثبات الخيار على تقدير تخلف ما اعتبر في

المعاملة على وجه الشرطية فعلى البيان المذكور لا بد من التمسك بغير الآية مما يدل على جواز الفسخ مع تخلف الشرط والحاصل انه لا يمكن استفادة كلا

الحكمين أعني البطلان والخيار من الآية بان يكون المراد انه لو لم يكن راضيا بأصل المعاملة فهي باطلة ولو رضى بها ولكن اعتبر وصفا مفقودا وهو

المساواة بحسب القيمة فله الخيار فان قلت انا نقول إن المستفاد من الآية معنى واحد وهو ان جواز الأكل مقيد بالرضا وانه لولاه لا يجوز الأكل و

ح فنقول ان فقد الرضا من الأصل فالمعاملة باطلة ولا يجوز
الأكل وان كان حاصلًا بأصل المعاملة ولكن كان مبنيا على وجود وصف فما دام لم
ينكشف الخلاف يجوز الأكل لمكان حصول الرضا وبعد الانكشاف

(٣٤)

لا يجوز الا برضا جديد متعلق بها مع فرض عدم وجود ذلك الوصف وهذا معنى ما قاله المصنف من أنه إذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوي كان كالرضا السابق لفحوى قوله حكم الفضولي والمكره قلت المدار على تحقق الرضا حين انشاء المعاملة لا مستمرا إلى الاخر و ح فنقول اما ان يكون المراد الرضا الانشائي الحاصل بالفعل على ما هو الفرض ولازمه الصحة وجواز الأكل ابدأ واما المراد الرضا الواقعي على تقدير العلم بالخلاف ومعه لا يجوز الأكل الا بعد الاطلاع والانكشاف وحصول الرضا مع العلم بالتخلف مع أن المفروض انه لا اشكال ولا خلاف في جواز التصرف قبل الاطلاع على الغبن بل بعده أيضا قبل أن يفسخ فالانصاف ان الآية لا دخل لها بمسألة الخيار قوله ولو أبدل قده هذه الآية الخ أقول لا يخفى ان هذه الآية أيضا انما تدل على البطلان بناء على الشمول وما ذكره قده من التقييد بقوله مع عدم تسلط المخدوع الخ لا وجه له إذا التسلط وعدمه لا دخل لهما في المخدوعية وعدمها فان صدق كونه مخدوعا بالبيع المذكور يكون باطلا والتسلط الشرعي بل العرفي أيضا على رد المعاملة لا يخرج عن كونه خدعا وباطلا فلازم شمول الآية البطلان لا الخيار من غير فرق بين ما قبل التبين وما بعده والتحقيق انه لا يعد من الأكل بالباطل إذا فرض الرضا بالبيع وكون اعتبار المساواة من باب الداعي لا التقييد ولا الشرطية بل أقول الظ ان معنى الآية ان كل ما لا يكون تجارة عن تراض فهو من الباطل وان الباطل ما يكون لا عن تراض وعلى هذا فلو فرضنا صدق التراضي في المقام كما هو كك واعترف به المصنف فهو مخرج لكونه اكلا بالباطل ولا يكون من التعارض بين الفقرتين فان الثانية متبينة للمراد من الأولى ومن ذلك يظهر ان استدلال العلامة أحسن مما ذكره المصنف وان كان هو أيضا في غير محله كما عرفت قوله الا ان يقال إن الخ أقول لا يخفى ما فيه بظاهره فان عدم خروجه عن كونه بالباطل لا ينافي التعارض الذي ذكره بل هو محقق له فمع الاغماض عما ذكرنا من أن الفقرة الثانية حاكمة على الأولى ومبينة للمراد منها لا بد من الرجوع إلى أصل اللزوم ولعل مراده قده من هذه العبارة ان التراضي على هذا الوجه ليس تراضيا حقيقة فلا يكون الفقرة الثانية دليلا على الصحة فتبقى الأولى بلا معارض ولكن لا يخفى ان هذا المعنى مع بعده عن العبارة مستلزم لصحة استدلال العلامة قده بالفقرة الثانية أيضا لأنه إذا فرض ان التراضي على الوجه المذكور ليس تراضيا فيكون الآية دليلا على الخيار بالتقريب المذكور في وجه الاستدلال على فرض تماميته و ح فيتم الاستدلال بكل من الفقرتين قوله ويمكن ان يقال الخ أقول الفرق بين هذا الوجه وما ذكره سابقا بقوله لكن يعارض الآية الخ ان في الوجه السابق كان المراد ان الفقرتين شاملتان لمورد الاجتماع ومقتضى إحداهما اللزوم ومقتضى الأخرى عدمه فتعارضان وتتساقطان ولذا أورد عليه بعدم شمول اية التراضي لصورة الجهل وان اكل المال ح لا يخرج عن كونه باطلا والرضا في حكم العدم وفي هذا الوجه يسلم عدم شمول اية التراضي لصورة الخدع (واية الأكل بالباطل لصورة عدم الخدع) وان الأولى مختصة بغير هذه الصورة

والثانية مختصة بها وانه لا معارضة بينهما من حيث مفاديهما لكنهما تتعارضان بضميمة الاجماع على عدم الفرق

بينهما وتتساقطان فيرجع إلى أصل اللزوم والتحقيق ما عرفت من عدم التعارض وان المستفاد من الآية ان التجارة عن تراض غير باطل وان غيره باطل فمتى صدق كونه تجارة عن تراض لا بد من الحكم بعدم بطلانه نعم انما يتم المعارضة إذا استفيد منها تعليق الحكم على عنوان التراضي مرة كائنا ما كان وعلى عنوان الأكل

بالباطل كك فلو صدق مع التراضي عرفا انه اكل بالباطل فمقتضى الأولى البطلان ومقتضى الثانية الصحة وقد عرفت أنه ليس كك فلم يعلق البطلان على عنوان البطلان العرفي بل كأنه بين ان الأكل بالباطل ما يكون من غير تراض سواء صدق عليه الباطل عرفا أولا وما يكون مع التراضي لا يكون باطلا وان صدق عليه البطلان الباطل عرفا هذا مع امكان دعوى مساعدة العرف أيضا على ذلك فكل ما يكون مع التراضي ليس باطلا في العرف أيضا وان كان على وجه الخدع بحيث يكون تخيل المساواة من باب الداعي أو تعدد المطلوب لا التقييد واما إذا كان من باب التقييد فلا يصدق عليه التراضي فالمعيار في صدق كونه اكلا بالباطل عرفا وعدمه أيضا على حصول التراضي وعدمه وان كان ذلك من جهة الاشتباه في حصول وصف أو شئ اخر ما لم يرجع إلى التقييد في الرضا ومع رجوعه إليه لا يكون من التراضي إذ التراضي المقيد بقيد غير حاصل ليس تراضيا حقيقة قوله بان النبي صلى الله عليه وآله أثبت أقول عن الدروس انه روى نبويا

مرسلا ان تلقى فصاحب السلعة بالخيار وعن العامة انهم رووا عن النبي صلى الله عليه وآله لا تلقوا الجلب فمن تلقاه واشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار ولا يخفى ان الاستدلال بهذا المرسل على ما أشار إليه المصنف مبنى على أمرين أحدهما امكان كون ضعفه مجبورا بالشهرة وهو مم لعدم كونه في كتب اخبارنا ليكون نظر الفقهاء في فتاويهم إليه ومجرد كون عملهم على طبقة لا يكفى في الجبر بل لا بد من الاستناد وهو غير معلوم بد معلوم بعد عدم كونه منقولا في كتبهم الثاني ان يكون حكمه ص بالخيار من جهة الغبن وهو غير معلوم فلعله خيار اخر كما حكى عن بعض العامة انه أثبت خيار التلقي وإن لم يكن غبن بل عن ظاهر ابن إدريس من علمائنا أيضا الفتوى باطلاقه وعدم اعتبار والغبن فيه قوله ينافي مقتضى المعاوضة أقول

وذلك لان مقتضى المعاوضة ومقابلة المجموع بالمجموع النصف بالنصف وهكذا فاسترداد بعض أحد العوضين يستلزم رد ما يقابله هذا ولكن يمكن ان يقال إذا كان مقابلة المجموع بالمجموع بتخيل مساواتهما في المالية فكأنه قابل كل جزء من أحدهما بما يساويه في المالية

من الاخر فإذا فرض زيادة مالية أحدهما فكأنه لم تقابل بالمعاملة بعوض وانما أعطيت مجانا فبهذا الاعتبار يجوز لصاحب الزيادة

استردادها فما نحن فيه نظير ما إذا قال بعثك هذا المن من الحنطة بهذا الدرهم فبان أريد من من فان الزائد لم يقابل بشئ وهذا المن

من الحنطة بهذا الدرهم فبان أزيد من من فان الزائد لم يقابل بشئ وهذا ان كان على وجه

التقييد يستلزم بطلان المعاملة

(٣٥)

بطلان المعاملة بالنسبة إليه وان كان على وجه الداعي أو الاشتراط يكون له الخيار في الاسترداد وفيما نحن فيه المفروض انه ليس بعنوان التقييد حتى يبقى الزائد لمالكه من غير حاجة إلى الفسخ والاسترداد بل انما قابل المجموع بالمجموع بداعي المساواة فله الامضاء وله الاسترداد وهكذا الحال في مسألة محاباة المريض فإنه يمكن ان يقال إن المقدار المحابي فيه وان كان مقابلا بالعوض أيضا الا ان المعاوضة لما كانت بلحاظ المالية فكان ذلك المال أعطى مجانا ولما كان التصرف المحابي فيه من المريض موقوفا على إجازة الوارث في الزائد على الثلث منه نقول بايقافه فله ان يرد الزائد على الثلث من مقدار المحاباة ولا يكون هذا منافيا لمقتضى المعاوضة إذ في وفي عالم اللب لم يكن المقدار المذكور داخلا في المعاوضة بل كان بمنزلة الهبة هذا توجيهه كلام المشهور هناك وذكر في الجواهر في آخر باب الوصايا وجهها آخر لتطبيق فتوهم على القاعدة لم اعرف محصله وان كانت النسخة أيضا مغلوطة فراجع قوله ويحتمل ان يكون الخ أقول الفرق بين الاحتمالين ان في الأول يكون للمغبون إلزام الغابن بخصوص رد الزائد وفي هذا الوجه ليس له ذلك بل له إلزامه بأحد الامرين من الفسخ وبدل الزائد فعلى الأول ليس للغابن اختيار الفسخ إذا لم يرض المغبون وعلى الثاني له ذلك الا ان يسقط الغابن حقه و أيضا على الثاني له يجوز للمغبون الفسخ بمجرد عدم بذل الغابن التفاوت وعلى الأول لا يجوز له ذلك بل يجب اجباره على دفع الزائد نعم لو لم يمكن له ذلك جاز له الفسخ ح والا لزم الضرر فتدبر قوله فالمبذول غرامة الخ أقول يعنى على الاحتمال الثاني و

الا فعلى الاحتمال الأول هو مقدار من أحد العوضين ولذا أورد عليه بما ذكره العلامة في مسألة محاباة المريض من منافاته لمقتضى المعاوضة ولو كان على وجه الغرامة لم يكن كك ومن ذلك يظهر ان في العبارة اضطرابا حيث إن ظاهرها كون المبذول كك على الاحتمالين وكذا ظاهر قوله بعد ذلك ثم إن المبذول ليس هبة الخ وقوله ثم إن الظ ان تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين الخ حيث إنه جعل الاحتمالين في عرض واحد ولو كان المبذول على الأول جزء من العوض لم يكن في عرض الثاني لبطلان الاحتمال الأول ح لكونه منافيا لمقتضى المعاوضة جسما قرر قده ما ذكره العلامة (والحاصل) ان ظاهر هذه الكلمات تساوى الاحتمالين في كون المبذول غرامة مع أنه على الاحتمال الأول ليس كك قطعا بل هو جزء من أحد العوضين استرد وفسخ المعاملة بالنسبة إليه ولهذا جعل للبائع خيار تبعض الصفقة وإذا كان غرامة لم يكن له الخيار قطعا ومن هذا ظهر فرق آخر بين الاحتمالين مضافا إلى ما ذكرنا أولا هذا ويمكن ان يكون غرض المصنف انه يمكن تصحيح الاحتمال الأول بان يجعل الرد فيه من باب الغرامة لا من باب استرداد نفس العوض لكن العبارة قاصرة كما لا يخفى قوله ليس هبة مستقلة حتى يقال الخ أقول إن قلت إن الهبة المستقلة انما لا تكون مخرجة للمعاملة عن كونها غبنية إذا لم تكن بداعي تدارك الضرر والا فهي كالغرامة في ذلك بل الغرامة أيضا هبة في المعنى لكنها بعنوان التدارك لما فات على المغبون فلا فرق بينهما في ذلك قلت لا نعلم ذلك بل الغرامة استرداد للمالية الزائدة الفاتئة على المغبون بسبب هذه المعاملة وليست تمليكا

استقلاليا فهي رافعة للغبن بخلاف الهبة فإنها تمليك جديد وان كانت بعنوان التدارك وبهذا

الداعي فتدبر فإنه إذا كان المفروض حصول الضرر بمجرد المعاملة وان الغرامة رافعة لذلك الضرر لا دافعة له فالهبة المستقلة إذا كانت بهذا الداعي وبهذا العنوان أيضا كك فلا فرق بينهما في أن كلا منهما رافع للضرر الحاصل وجبران له وليس شيء منهما مانعا من وجوده من الأول ولا رافعا لموضوعه نعم استرداد جزء من اخذ العوضين رافع لموضوعه لا جبران له ولكن لا نقول به و ح فإذا كان القدر المتيقن من ايجاب الضرر للخيار صورة عدم الجبران فلا فرق بين الوجهين بل لو بذل الأجنبي التفاوت المذكور بعنوان التدارك أمكن القول بعدم الخيار إذ القدر المتيقن صورة عدم الجبران أصلا والحاصل ان الموجب للخيار وان كان مجرد حدوث الضرر فلا بد من الحكم به حتى مع بذل الغابن للتفاوت بعنوان الغرامة وان كان الضرر الغير المجبور فلا فرق بين انحاء الجبران ودعوى أن الموجب هو موضوع الضرر وانه مرتفع بالغرامة دون غيرها كما ترى قوله ما تقدم من احتمال الخ أقول قد عرفت أن الهبة أيضا كافية في ذلك ولعل نظرهما إلى أن الغبن موجب للخيار من حيث هو والبذل بأي وجه كان لا يوجب رفعه غاية الأمر انه جبران له ولا دليل على كون الجابر مسقطا لحكم الغبن من الخيار وبهذا التقرير يصح تمسكهما بالاستصحاب أيضا و ح فالإيراد عليهما منع مجرد كون الغبن علة للخيار إذ لا دليل عليه الا قاعدة الغرر والقدر المسلم من اقتضاءها للخيار صورة بقاء الضرر بلا جبران أصلا قوله لتعلق غرض الناس الخ أقول هذا لا يعد من الضرر بل من تدارك الضرر كما لا يخفى قوله فتأمل أقول لعل وجهه ان مثل هذا الغرض نادر ليس مناطا فلا يعد مخالفته ضررا في العرف والعادة والا فقد يكون غرض الغابن تمليك ماله بأزيد من قيمة مثله فليس كل غرض مما يعد مخالفته ضررا ثم ان محصل ما ذكره المصنف ان قاعدة الضرر لا تعين الخيار على ما هو مذهب المشهور بل الامر يدور بين ثلاثة احتمالات أحدها الخيار ثانيها الالتزام برد التفاوت أولا فإن لم يمكن فالخيار ثالثها الالتزام بأحد الأمرين من رد التفاوت أو الالتزام بالفسخ ولازم الأخيرين عدم الخيار مع بذل الغابن للتفاوت ولأمر حج للاحتمال الأول على الأخيرين بل الامر بالعكس لان مقتضى الأول إلزام الغابن بالفسخ وهو ضرر عليه لأنه مناف لغرضه وان عورض بضرر اخر على المغبون على الأخيرين وهو منافاة اللزوم واخذ التفاوت لغرضه فنقول حيث لا ترجيح فالقدر المتيقن من الخروج عن أصل اللزوم صورة عدم بذل التفاوت فمقتضى التمسك بقاعدة الضرر ثبوت الخيار على تقدير عدم البذل على ما احتمله العلامة في التذكرة وعد وحكى عن بعض الفتوى به واختاره في المستند لكن قد يقال إذا اقتضت القاعدة بعدم لزوم البيع على ما هو عليه لاستلزامه الضرر ندفع احتمال الأرش بالاجماع على خلافه فإنه لم يذكره أحد ممن تقدم على العلامة وهو أيضا ادعى الاجماع أولا على عدمه لكنه استشكل في صورة البذل في ثبوت الخيار مجرد استشكال وهذا لا يضر بالاجماع هذا وفي المستند نفى الاحتمال الأول من الأخيرين بالاجماع على خلافه دون الثاني قال فان قلت الضرر كما يندفع بالخيار يندفع بالتسلط على اخذ التفاوت أيضا فاللازم من نفى الضرر

عدم كون اللزوم وعدم التسلط على التفاوت معا من حكم الشرع بل

(٣٦)

يتعين انتفاء أحدهما ولا دليل على كون المنفى هو الأول قلنا يتعين الأول بالاجماع على بطلان الثاني مع أنه لو قطع النظر عن الاجماع يتعارض أدلة لزوم البيع مع أدلة تسلط الناس على ماله الذي منه التفاوت والترجيح مع الثاني لموافقة الكتاب على أنه لولا الترجيح لعمل بالأصل المقتضى لعدم اللزوم نعم يحصل الاشكال كما في عدو كره فيما إذا بذل الغابن التفاوت ولذا قيل بعدم الخيار ح اقتصارا فيما خالف الأصل الدال على لزوم العقد على المتيقن المجمع عليه والمتحقق به الضرر وليس فيهما محل الفرض واحتمله بعض المتأخرين وهو الأقوى لذلك خلافا للمشهور انتهى قلت أولا يمكن دعوى الاجماع على انتفاء الأرش مط وان المتعين هو الخيار ولو بذل التفاوت وثانيا ان ما ذكره من تعارض أدلة اللزوم مع أدلة التسلط على تقدير صحته يجرى في هذه الصورة أيضا فإنه يلزم الغابن بأحد الخيارين من الأرش أو الالتزام بالفسخ وهذا أيضا مناف لقاعدة التسلط على المال إذ مقتضاه سلطته على عدم رد ما تملكه بالمعاملة وعدم بذل التفاوت والحاصل ان المعارضة بين دليل اللزوم ودليل التسلط انما هي بضميمة قاعدة الضرر وإلا فلا معارضة بينهما وإذا كان كك فالامر دائر بين رفع اليد عن دليل اللزوم والحكم بالخيار أو رفع اليد عن دليل التسلط والحكم بالزام الغابن بأحد الامرين هذا مع أن قاعدة السلطنة انما تجرى في الأموال الخارجية لا مثل المقام مما هو من مشغولية الذمة باعطاء التفاوت فالمعارض لأدلة اللزوم أدلة البراءة لا أدلة السلطنة ثم مع تساوق الدليلين المرجع استصحاب الملكية لا أصالة عدم اللزوم هذا كله ان كان مراده تعارض الدليلين بملاحظة نفى الضرر كما هو الظن واما لو أراد تعارض الضررين بدعوى أن اللزوم ضرر على المغبون و الأرش ضرر على الغابن ففيه ان اللازم بعد تسليمه تساوقهما والرجوع إلى أصالة اللزوم ثم أقول إن

الاحتمالات في المقام أزيد مما ذكره المصنف قده وذلك لأنه يحتمل ان يقال إن مقتضى نفى الضرر تعين استرداد الزائد بمعنى فسخ البيع بالنسبة إليه ويحتمل تعين استرداده على وجه الغرامة ويحتمل تخيير المغبون بين الامضاء بكل الثمن والفسخ في الكل ويحتمل تخييره بين الفسخ والأرش ويحتمل إلزام الغابن بأحد الامرين من الالتزام بالأرش أو الفسخ ويحتمل تخيير المغبون بين الفسخ وعدمه الا مع بذل الغابن للتفاوت بمعنى انه لو بذل قبل الفسخ فليس له الفسخ ولكن للمغبون المسابقة إلى الفسخ قبل أن يبذل ويحتمل الحكم ببطلان البيع ويحتمل تخيير المغبون الا مع بذل التفاوت ولو من أجنبي فمع فرض جريان قاعدة الضرر في المقام يدور الامر بين هذه الاحتمالات الثمانية ولا يخفى توجيه كل من هذه الوجوه ولكن التحقيق ان مقتضى نفى الضرر نفى الحكم الذي يجرى من قبله الضرر لا جبران الضرر بأي وجه حصل وبأي نحو كان والحكم الذي يوجب الضرر في المقام ليس إلا اللزوم فلا بد من رفعه باثبات الخيار واما بذل التفاوت وعدمه فليس له دخل في ايجاب الضرر بيان ذلك أن معنى قوله ع لا ضرر بعد حمله على انشاء النفي ليعم الأحكام الوضعية وعدم حمله على النهي ان الحكم الثابت للموضوع الضروي مع قطع النظر عن الضرر مرفوع عنه لكن لا كل حكم بل الحكم الذي يوجب الوقوع بالضرر ويستلزم عدم

التخلص

عنه بعد الوقوع سواء قلنا إن المرفوع أولاً هو الحكم بان يكون معناه لا حكم ضرري مجعول أو انه الموضوع بلحاظ الحكم بان يكون معناه ان الموضوع الضرري مرفوع الحكم إذ على التقديرين يكون المرفوع هو الحكم الثابت للموضوع الضرري الذي لو لم يرفع يستلزم وقوع المكلف في الضرر من قبل الشارع كما لو أوجب الوضوء حال الضرر أو عدم امكان التخلص عنه كما لو باع مغبونا فإنه بمجرد البيع قد وقع في الضرر فلو أوجب الشارع عليه الوفاء لا يمكنه التخلص عنه بالفسخ نعم لو لم يمكن رفع الضرر الا باثبات حكم اخر أو نفى حكم اخر لا دخل له بالموضوع الضرري ووجب اثباته أو نفيه مثلاً لو غصب شخص مال غيره فهذا ضرر والشارع لا يمضيه بل يوجب عليه الرد ويرخص للمغصوب منه اجباره على ذلك ولو تلف المال في يده إذا تلفه يجعل ذمته مشغولة بالمثل أو القيمة والا لزم الضرر بمعنى ان عدم الضرر حكم ضرري وإن شئت قلت إن قاعدة الضرر قد ترفع الحكم عن الموضوع الضرري ان كان ذلك الحكم هو الموجب للضرر وقد تثبت حكماً له ان كان عدم الاثبات موجبا كما في اتلاف مال الغير فان عدم جعل الضمان حكماً لهذا الموضوع يستلزم الضرر ثم إن الموضوع ان كان له حكم واحد يرتفع الضرر برفعه فهو المتيقن للرفع وان كان له حكماً يرتفع الضرر برفع أحدهما فإن كان بينهما ترتب فالمرفوع هو المتأخر والا فهو أحدهما لا على التعيين وكذا في كل مقام كان هناك حكمان أو احكام يلزم الضرر من ثبوت جميع ويرفع برفع أحدهما ففيما نحن فيه نقول إن البيع المغبون فيه موضوع ضرري وله حكمان أحدهما الصحة والاخر اللزوم والضرر انما يلزم من ثبوت كليهما لكن اللزوم متأخر طبعاً عن الصحة فهو المتعين للرفع واما بذل التفاوت فهو وان كان رافعا للضرر سواء كان من باب الغرامة أو من باب الهبة المستقلة من الغابن أو من بيت المال أو من الأجنبي الا ان عدمه ليس من احكام البيع حتى يقال بان ذلك الحكم مرفوع وانه يجب عليه بذل التفاوت وقد عرفت أن مقتضى القاعدة رفع الحكم عن الموضوع الضرري لا جبران الضرر بأي وجه كان فبذل التفاوت جبران للضرر ولا دخل له بالمعاملة الضررية أصلاً نعم لو فرض كون المعاملة صحيحة ولازمة على وجه لا يمكن تغييرهما بان قام الاجماع على الصحة واللزوم انحصر رفع الضرر ح في اثبات الأرش ولو كان حكماً اخر إذ ح يكون البيع الواقع من قبيل اتلاف مال الغير الذي لا يمكن تداركه الا بالضمان وبالجملة فشان القاعدة رفع الحكم عن الموضوع الضرري ان كان الحكم الثابت له مع قطع النظر عن الضرر موجبا له واثبات حكم اخر له ان كان عدم الاثبات موجبا له فاللزوم الثابت مع قطع النظر عن الضرر لما كان هو الموجب للضرر فهو المرفوع ولو فرض في مقام عدم امكان رفعه بان قدم الاجماع أو دليل اخر قطعي على اللزوم نقول ح ان الموجب للضرر في هذا الفرض عدم جعل الأرش فلا بد من جعله حكماً للموضوع الذي هو البيع ومما بينا ظهر جواب ما يمكن ان يقال كما أن اللزوم موجب للضرر كك الصحة وارتفاعه يمكن برفع كل منهما فما المعين لكون المرفوع هو اللزوم بل يمكن دعوى أن الصحة أولى بالرفع لأنها المحدث للضرر والا فمع عدم الصحة لا ضرر أصلاً فانا نقول إن مقتضى القاعدة اثبات كل حكم حكم إلى أن يصل إلى حد الضرر فالصحة

من حيث هي لا مانع منها وان كانت بل المحدثه للضرر مع أن احداثها له مم بل المحدث
هو الايجاب الانشائي للبيع وبعد الحكم بالصحة لا يمكن الحكم باللزوم لأنه ضرري

(٣٧)

نعم لو لم يكن بينهما ترتيب أصلا وكانا في عرض واحد جاء الاشكال لكن المفروض تأخر اللزوم عن الصحة طبعا وهذا كما في مسألة الوضوء الضري فان للموجب للضرر انما هو ايجاب الشارع لا حكمه بالصحة فان قلت فعلى هذا إذا رفع الشارع الوجوب ينبغي ان يبقى الجواز ويحكم بالصحة مع أنكم لا تقولون به قلت أولا يمكن الالتزام به وثانيا نقول فرق بين المقامين إذا لوجوب في باب الوضوء فصل منوع للجواز وبارتفاعه يرتفع الجواز أيضا بخلاف اللزوم في المقام فإنه حكم اخر للبيع منفك عن الصحة لا ان يكون الصحة منوعة بنوعين فليس اللزوم من انحاء وجود الصحة بل هما حكمان مختلفان متعددان و قاعدة الضرر منهما ترفع ما هو الموجب له فعلا حين ثبوته وهو ليس إلا اللزوم إذ الحصاة لا تستلزم الضرر بمجرد ثبوتها الا بلحاظ ما يتعقبها من اللزوم ففي الحقيقة اللزوم مؤثر وفي باب الوضوء أيضا لو كان للشارع حكمان مستقلان أحدهما أصل الجواز والاخر الوجوب كنا نقول بان المرفوع هو المتأخر في الزمان أو الطبع وهو الوجوب وهو ان المتقدم باق بحاله لكن ليس له الا حكم واحد الزامي وبارتفاعه لا يبقى شئ اخر لعدم بقاء الجنس بارتفاع الفصل هذا كله إذا قلنا إن المرفوع هو الحكم الذي يوجب الضرر بحيث لا يمكن للمكلف دفعه عن نفسه كما في الأحكام الإلزامية وان الاحكام النديية غير مرتفعة بهذه القاعدة لامكان التخلص عن الضرر فيها فالوضوء النديي الضري مثلا غير مشمول للقاعدة اما إذا قلنا إن المرفوع بها على كل حكم يقتضى الضرر ولو أمكن دفعه بان لم يمكن إلزاميا ولازمه رفع النذب بل الرخصة عن الوضوء المستحبي وغيره من المستحبات الضررية فيمكن ان يقال إن مقتضى القاعدة مع قطع النظر عن الاجماع بطلان البيع الغبني لان امضاء الرجوع الشارع له ايقاع له في الضرر غاية الأمر انه يمكنه دفعه عن نفسه بالفسخ إذا لم يكن لازما ومن هنا يظهر حال البيع الخياري مع قطع النظر عن الضرر فان مقتضى الوجه الأول عدم ثبوت خيار الغبن فيه ومقتضى الثاني ثبوته والا ظهر في بادئ النظر هو الوجه الأول ومع الاغماض عنه و عن جميع ما ذكرنا يمكن ان يقال إذا ثبت بقاعدة الضرر عدم لزوم البيع على ما هو عليه ودار الامر بين رفع الصحة أو اللزوم فالمتعين هو الثاني للاجماع على عدم بطلان البيع الغبني وكيف كان فلا يثبت الأرش في المقام لا معينا ولا مخيرا بينه وبين الرد لما عرفت من أن عدمه ليس من احكام البيع مع قطع النظر عن الضرر فان قلت سلمنا ان مقتضى القاعدة رفع اللزوم لا اثبات الأرش الا انا نقول إذا فرض بذل الغابن له فليس يلزم من ابقاء اللزوم وعدم رفعه ضرر على المغبون فهو موجب لوقوع المكلف في الضرر في موضوع خاص وهو الغبن الذي لم يبدل الغابن التفاوت واما في صورة البذل فلا مقتضى لرفع اللزوم إذ لو لم يقبله المغبون كان الضرر عليه من قبل نفسه فغاية ما ثبت من البيانات المذكورة عدم اثبات الأرش بمقتضى قاعدة الضرر ولازم ذلك عدم جواز اجبار الغابن على دفعه واما على مع اعطائه باختياره فلا وجه للحكم بالخيار قلت المفروض ان البيع من حيث هو موضوع ضرري فاللازم رفع الحكم الذي يوجب عدم التخلص عنه وتسجيله على الشخص لأنه مستلزم لكون هذا الضرر من

قبل الشارع وذلك الحكم هو اللزوم وبذل التفاوت انما هو من باب الجبران
 لذلك الضرر فلا يعتنى به لان مقتضى الخبر كون الحكم الكذائي مرفوعا وان أمكن خبر
 انه بل ولو انجر فعلا مثلا لو فرضنا ارتفاع القيمة بعد البيع بمقدار النقصان
 الموجود حينه بحيث لم يترتب على الفسخ اثر في زيادة المالية لا نقول بعدم الخيار ح من
 جهة الجبران المذكور بل نقول إن له الفسخ ح أيضا من جهة الغبن المتحقق
 حين البيع بل ولو زادت القيمة اضعافا بحيث كان الفسخ ضررا عليه نقول إن له الخيار
 والحاصل ان الموضوع الضرري مرفوع الحكم وان انجر ضرره بوجه قوله
 واما الرواية الأولى الخ أقول وجه كونها ظاهرة في الأموال التعبير بلفظ السحت فإنه لا
 يطلق على الحرام من الأفعال بل هو مختص بالأموال قال في القاموس
 السحت بالضم وبضميتين الحرام وما أخبت من المكاسب قوله فالعمدة في المسألة
 الاجماع الخ أقول ويمكن الاستدلال بما أشرنا إليه سابقا من رجوعه
 إلى الشرط الضمني فان الظ من مقام المعاملة و التجارة ان اقدمه على اعطاء العوض من
 باب البناء على أنه يسوى هذا المقدار وان العوضين متساويان في
 المالية فيكون بمنزلة اشتراط المساواة فإنه لو علم الحال لم يقدم على بذل هذا المقدار من
 المال فرضاه مقيد لكن بنحو تعدد المطلوب نظير ما ذكره في مسألة
 خيار العيب من أن وصف الصحة شرط ضمني والاقدام على المعاملة من باب البناء على
 السلامة ودعوى أن البناء هناك انما هو من باب الاعتماد على الأصل بمعنى
 الغلبة (وهي غير متحققة في المقام مدفوعة بان اعتبار الغلبة) هناك انما هو من جهة تصحيح
 المعاملة واخراجها عن الغرر والجهالة والا فالخيار غير مبتن على ذلك بل الوجه رجوعه
 إلى الشرط الضمني فان مقام المعاوضة
 شاهد على أن الغرض بذل المال في مقابل الشيء الصحيح فيكون الخيار من باب تخلف
 الشرط فتدبر وكيف كان فيكفي في اثبات الخيار مجموع ما ذكره من الاجماع
 المحكى وخبر تلقى الركبان وقاعدة الضرر وخبر السحت بل بقية اخبار حرمة غبن
 المسترسل أو المؤمن لامكان إرادة الا عم من الغبن في المال وفي الرأي وما ذكرنا من
 الرجوع إلى الشرط الضمني نعم اية التراضي وحرمة الأكل بالباطل أجنبية عن المقام كما
 عرفت فالتحقيق ثبوت الخيار مط حتى في صورة بذل التفاوت قوله
 لأنه اقدم على الضرر أقول فان قلت إن اقدمه ليس على الضرر بل هو من باب ادخال نفسه
 في موضوع ضرري وقد بين في محله ان مجرد ذلك لا يرفع حكم
 الضرر نظير شرب ما يوجب مرضه الذي يضر معه الصوم أو الوضوء ومن أجنب نفسه
 متعمدا مع كونه مريضا قلت نمنع ذلك بل يعد في العرف اقداما
 على الضرر فان بذل المال في مقابل الأنقص مع العلم به اقدم على الضرر عرفا ويمكن ان
 يقال بالفرق بين ما لو كان اللزوم حكما عرفيا قد أمضاه الشارع أو حكما
 شرعيا فعلى الأول الاقدام على البيع الكذائي اقدم على الضرر وعلى الثاني ليس كك بل
 الضرر انما يأتي من قبل اللزوم الذي هو من مجعولات الشارع فيكون نظير
 ايجاب الوضوء أو الغسل بعد المرض الذي هو بسبب المكلف عمدا فان مجرد البيع مع
 قطع النظر عن حكم الشح ليس ضررا الا مكان فسخ في نظر العرف والمتعاقدين
 على الفرض فتدبر الا ان يقال إن نفس البيع الكذائي وإن لم يكن لازما اقدم على الضرر

لأنه بذل للزائد في مقابل الناقص وحكم الشارع باللزوم لا يوجب الضرر

(٣٨)

بل غاية ما يكون انه مانع عن تداركه وليس مقتضى القاعدة الا رفع الحكم الذي يوجب الضرر لا رفع الحكم المانع من تدارك الضرر الذي جاء من قبل اقدام المكلف قوله بل قد يقدم بر جاء الخ أقول هذا خلاف ما فرضه أولا لان مفروضة انما كان فيما إذا بنى على المسامحة على تقدير الزيادة والنقيصة

ثم إن الانصاف ان الشاك مقدم على الضرر عند العرف فهو في حكم العالم ويمكن ان يقال إن المقامات مختلفة ففي بعضها يصدق الاقدام كما إذا تسامح في مورد يكون بناء العقلاء على الفحص والمداقاة وفي بعضها لا يصدق كما إذا فرض كون بقائهم في مقام على الاقدام مع البناء على نفى الاحتمال هذا ولو كانت شاكا لكن اعتمد على اخبار البائع بالقيمة السوقية فان حصل له من اخباره طمأنينة فلا يعد مقدا لو بان الخلاف وإن لم يحصل له ذلك فهو مقدم ولا خيار له الا ان يرجع إلى اشتراط المساواة فيكون له خيار تخلف الشرط قوله ففي الخيار وجه أقول الأقوى في هذه الصورة والتي قبلها ثبوت الخيار لان المجموع من حيث المجموع لم يكن مقدا عليه والاقدام على القدر التسامح به أو غيره في ضمن الكل لا ينفع لان اقدامه عليه انما كان بشرط لا مط قوله ويحتمل عدم الخيار الخ أقول هذا هو الأقوى بناء على كون المدرك قاعدة الضرر لكن بمعنى انه يسقط الخيار بزوال الضرر لا ان يكون كاشفا عن عدمه من الأول وذلك لأنه لا يلزم من اثبات اللزوم ح ضرر عليه من جانب الشارع وكون الزيادة حاصلة في ملكه لا دخل له في ذلك لأنه لا بد ان يكون الخيار مما يندفع به الضرر وليس كك في الفرض نعم لو كان أصل المغبونية في المعاملة مما يعد ضررا وان انجبر بعد ذلك بحيث لم يفد الفسخ في رفعه كما لو فرض ان يكون له غرض عقلائي في عدم المغبونية مع قطع النظر عن حيث المالية أمكن ان يقال ببقاء الخيار والأقوى في خيار العيب أيضا سقوطه لو زال قبل الفسخ نعم له اخذ الأرش لان المدار فيه على قيمة الشيء حين العقد وحيث لا أرش في مقامنا فنقول بسقوط الخيار بالمرة هذا ولو قلنا بكون الخيار من باب تخلف الشرط الضمني فالحق عدم سقوطه والوجه واضح وكذا ان قلنا بكونه من باب التعبد من جهة الاجماع أو الاخبار قوله وأشكل منه الخ أقول يعنى ان احتمال عدم الخيار في هذا الفرض أقوى من السابق وهو كك بل التحقيق عدم الاشكال في عدم قوله يثبت الخيار الخ أقول يعنى إذا ارتفع الضرر قبل التقابض على ما هو المفروض قلت إن قلنا بالسقوط بناء على عدم وجوب التقابض فلا بد من القول به بناء على الوجوب أيضا لان المدار على كون المال المنتقل إليه مساويا أو ناقصا ولا يتفاوت ذلك بناء على القولين لأن المفروض ان الاطلاع على الغبن انما هو بعد القبض والغرض اثبات الخيار (والا فلو كان قبل القبض لا حاجة إلى اثبات الخيار) سواء زال النقصان أو لا نعم بناء على وجوب التقابض ينفع الخيار والأقوى فيه ح السقوط إذا زال وبالجملة

الفرق بين القول بوجوب التقابض وعدمه انما يثمر لو كان الاطلاع على الغبن قبل القبض وأريد الفسخ ح وإلا فلا فرق بينهما لو كان المراد الفسخ بعده وظ كلام المصنف صورة كون الاطلاع بعد القبض فلا وجه لقوله نعم الخ قوله ولو ثبت الزيادة أو النقيصة الخ أقول يعنى ان المدار في المغبونية على حال العقد فحدوث الغبن

بعده لا يؤثر في الخيار وهذا لا ينافي كون زواله بعده مسقطا له لان المدار على الضرر الذي كان طريق دفعه الفسخ (فإذا اندفع) قبله فلا مقتضى لا ثبات الخيار ح فالمتحصل ان الموجب

للخيار هو الضرر الموجود حين العقد الباقي إلى زمان الفسخ فلا عبرة بما يحدث بعد العقد ولا بما يزول بعده قبل الفسخ فان قلت إذا كان القبض شرطا في الصحة كما في الصرف والسلم فالغبن الحادث قبله كالحادث بين الايجاب والقبول والظ عدم الاشكال في سببته للخيار قلت فرق بين المقامين إذ مع الحدوث بين الايجاب والقبول يصدق كونه مغبونا حال العقد وفي المعاملة بخلاف الحادث قبل القبض وبعد تمامية العقد فان المعاملة العرفية تامة قبل القبض وانما هو شرط شرعي بخلاف ما قبل القبول فإنه لم يتم المعاملة العرفية فالمناط مغبونيته حين انشاء التمليك والتملك لا حين حصول الملكية الشرعية نعم لو فرض كون القبض من تمتات المعاملة عرفا أمكن القول باللاحق لكن ليس كك فإنه لا اشكال في أنه شرط شرعي ولذا اختص بالمقامين دون سائر البيوع ومن المعلوم عدم الفرق بينهما وبين سائرهما في نظر العرف قوله وقد مر ذلك مشروحا الخ أقول ولا يخفى عدم اتحاد طريق المسألتين فان الموضوع للخيار هناك عنوان البيع وهو صادق على الوكيل بخلاف المقام فان العنوان فيه المتضرر ويمكن منع صدقه على الوكيل وبعبارة أخرى الخيار في المقام من جهة الضرر فهو ثابت للمالك وفي ذلك المقام الحكم تعدي فيصح ثبوته للوكيل فتدبر قوله لأصالة عدم العلم الخ أقول لا يخفى ان الحكم غير معلق على العلم والجهل بل على صدق المالك الاقدام وعدمه فالعلم انما يوجب تحقق موضوع الاقدام الذي هو مسقط للخيار وليس نفسه مسقطا له بما هو وح فأصالة عدم العلم لا تنفع كما في عكسه بان كان مسبوqa بالعلم فان أصالة بقاء علمه لا تنفع لعدم اثباتها الاقدام فما ذكره انما يتم لو كان العلم من حيث نفسه مانعا عن الخيار تعبدا والمفروض انه ليس كك فعلى هذا فمقتضى القاعدة عدم الخيار لا للرجوع إلى عموم أوفوا أو نحوه لأن الشك انما هو في مصداق المخصص بل لأصالة عدم تأثير الفسخ فان قلت مقتضى القاعدة الرجوع إلى عموم قاعدة الضرر لان القدر الخارج منه صورة تحقق الاقدام قلت أولا الخارج هو الاقدام الواقع فبالنسبة إليه أيضا الشك في مصداق المخصص ولا يمكن التمسك بالعموم وثانيا نقول نمنع عدم عموم القاعدة وكون الاقدام خارجا من باب التخصيص بل هو من باب التخصيص فان معنى قوله لا ضرر لا حكم ضرري مجعول فالموضوع هو الضرر الآتي من قبل جعل الشارع وفي صورة الاقدام لا يكون الضرر من قبله بل من قبل نفس المكلف فصورة الاقدام خارجة عن العموم من حيث هي فالشك في الاقدام وعدمه راجع إلى الشك في تحقق موضوع القاعدة وعدمه فتدبر قوله فتأمل أقول لعل وجهه ان مجرد عدم سهولة إقامة البينة وعدم امكان الحلف لا يقتضى تقديم قول المدعى وعلى فرضه فإنما يتم في صورة عدم ادعاء الغابن للعلم بعلمه لا مط كما هو المدعى قوله الا ان يقال الخ أقول حاصله ان معنى تقديم الظ على الأصل ليس مجرد جعل

مدعيه منكره ومقابلته مدعيه حتى يجرى عليهما حكم المدعي والمنكر فيكون مقتضى القاعدة في المقام تقديم قول المدعي لقاعدة تقديمه فيما لو تعسر

(٣٩)

عليه إقامة البينة بل معناه أزيد من ذلك وهو انه يقدم قوله أيضا مع اليمين على قول المدعى ولو كان ممن تعسر عليه إقامة البينة فلا يجرى عليهما حكم سائر الموارد من تقديم قول المدعى الكذائي ولذا حكموا قول مدعى الصحة مع يمينه لموافقته للظاهر من حيث إن

ظاهر حال العاقل عدم الاقدام على المعاملة الفاسدة مع أن مدعى الفساد الذي يكون قوله موافقا لأصالة عدم ترتب الأثر قد يكون ممن يعسر عليه إقامة البينة على سبب الفساد قلت لا وجه لهذا الكلام إذ لو كان تقديم قول من يوافق قوله الظ من باب حجية ذلك الظاهر فلا وجه لتحليفه وإن لم يكن لذلك بل من باب كونه منكرًا ح لأن الظاهر المذكور بمنزلة الأصل التعبدي في كون من يوافقه منكرًا فلا بد من اجراء سائر احكام المدعى والمنكر عليهما واما ما ذكره من تقديم قول مدعى الصحة فلا نم ذلك حتى في صورة تعسر إقامة البينة على الفساد وعلى فرضه نقول إن ذلك من جهة عدم اعتبار القاعدة المشار إليها من تقديم قول المدعى إذا تعسر عليه إقامة البينة جسما أشار

إليه المصنف بقوله هذا مع أن عموم الخ فالتحقيق عدم الفرق بين هذا المنكر وسائر افراد المنكرين وان غاية الأمر كون الظاهر موجبا لصيرورة مدعيه منكر الا أزيد من ذلك وان تلك القاعدة غير معتبرة لعدم الدليل عليها قوله هذا مع أن عموم الخ أقول اما التي في عموم القاعدة فلما ذكرنا من عدم الدليل عليها واما التي في الاندراج فلما كان دعوى أن الغالب امكان الاطلاع على العلم وعدمه فليس إقامة البينة متعسرة في الغالب فتدبر قوله لأصالة عدم التغيير أقول لا يخفى انها مثبتة مع أنها قد تكون مثبتة للخيار و أيضا قد لا تكون القيمة معلومة في السابق فالأولى الاقتصار

على التمسك بأصالة اللزوم بمعنى الاستصحاب لا بمعنى الرجوع إلى العمومات لما عرفت من كون الشبهة مصداقية وهكذا الكلام في حكم الفرعين اللاحقين فلا تعقل قوله كون التفاوت فاحشا أقول يظهر منه ان غير الفاحش يعد ضررا أيضا ومع ذلك لا يشمل الحكم وهو مشكل إذ مع صدق الضرر لا وجه لعدم جريان القاعدة إذ دعوى الانصراف ممنوعة كدعوى صدق الاقدام إذ مجرد اقدام النوع على هذا المقدار لا يكفي بعد عدم احراز اقدام هذا الشخص المتضرر فالحق بناء على صدق الضرر شمول القاعدة لكن التحقيق ان مثل هذا التفاوت لا يعد ضررا ولا غبنا فكون التفاوت فاحشا معتبر في مفهوم الغبن وليس حاله حال

الجهل بالقيمة في كونه من شرائط الحكم على خلاف ما يظهر من المصنف كما أشرنا إليه سابقا قوله ثم إن الظ ان المرجع الخ أقول يظهر منه قده التمسك بعموم القاعدة في صورة الشك مع أنه مشكل وذلك لأننا إن ما لا يتغابن الناس بمثله ليس بضرر فمع الشك فيه لا يمكن التمسك بالعموم لعدم احراز الموضوع كما لا يمكن التمسك ح بعموم أوفوا ونحوه لكون الشبهة مصداقية وان قلنا إنه ضرر لكنه خارج عن الحكم فكك أيضا لان الخارج من عموم الضرر ح هو الفرد الواقعي ومع الشك يكون من التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية الا ان يقال إن الخارج هو الضرر المعلوم تسامحهم فيه بحيث يكون جزء للموضوع وهو كما ترى فالتحقيق

ان المرجع أصالة اللزوم الثابتة بغير العمومات من المصدقية الاستصحاب ونحوه قوله وظاهر حديث نفي الضرر الخ أقول الحديث غير مناف لما هو المناط عند الأصحاب إذ التضرر الشخصي غير الضرر الحالي ومناط الاشكال كون الضرر المستفاد منه هو الضرر المستفاد الحالي فالأولى في تقرير الاشكال ما ذكره أخيراً بقوله والحاصل ان الخ هذا والانصاف انه لا وقع للاشكال أصلاً إذ المدار في الضرر على ما هو كك مع قطع النظر عن حال المتبايعين وكونهما كثير المال أو قليله مسامحا فيه أو غير مسامح غاية الأمر ان الضرر الحالي أيضا معتبر في بعض المقامات كما في العبادات بل لا يبعد اعتباره في المعاملات أيضا لا ان يكون المدار عليه فقط واما مسألة شراء ماء الوضوء فخارجة عن القاعدة بالنص الخاص وهو من باب تخصيص القاعدة واما عدم وجوب الشراء إذا أضر بحال المكلف فلانه ضرر زائد على ما خرج عن القاعدة والحاصل ان مقتضى القاعدة عدم وجوب بذل المال الكثير لشراء ماء الوضوء لأنه وضوء ضرري لكنه ثبت بالدليل الخاص هذا التكليف ولو فرض أداءه إلى ضرر غير هذا المقدار الخارج وهو منفي بالقاعدة ولا يحتاج إلى التمسك بقاعدة الجرح فان الضرر الحالي أيضا من افراد الضرر المنفي والثابت بالدليل المخصص هو الضرر المالي واما الحالي فباق تحت العموم واما عدم دعوى كون الشراء ضررا بملاحظة ما بإزائه من الاجر الأخرى كما فهي ترى إذ العوض لا يوجب رفع موضوع الضرر والا لزم عدم جريان القاعدة في شئ من العبادات فتدبر قوله ويمكن رده بان المبيع بعد العقد الخ أقول يمكن تصحيح هذا الوجه بان اشترطا تسليم الطعام في البلد مع الفرض الذي فرضه الموجه فان البائع ح مغبون لأنه يلزم عليه تسليم الطعام الذي له قيمة زائدة في المكان الذي ينقص قيمته والمشتري مغبون لمكان شرائه بأزيد من مقدار قيمته في مكان التسليم وهكذا الكلام في مورد اشترط تسليم المبيع في مكان يكون قيمته فيه النقص من مكانه الأول مثلا لو باع منا من حنطة بغداد بمن من تمر الكوفة على أن يسلم الحنطة في الكوفة ويسلمه الاخر التمر في بغداد وفرض نقصان قيمة التمر في بغداد ونقصان قيمة الحنطة في الكوفة فإنه يمكن فرض مغبونية كل منهما فتدبر قوله والأولى من هذه الوجوه أقول وأولى من ذلك أن يقال إن الغبن أعم من أن يكون من جهة التفاوت في المالية عرفا في حد نفسه بان يكون قيمته في حد نفسه أزيد من الثمن وأن يكون من جهة لزوم ضرر على المغبون من أجل المعاملة وان كانت بثمان المثل كما لو فرض ان له أمة تسوى عشرة توأمين ولها ولد يسوى خمسين فباع الأمة بدون الولد بعشرين وفرض ان الولد يموت بالتفريق بينه وبين أمه فهذا البيع يوجب الضرر على البائع وان كان يبيعه بأزيد من ثمن المثل فكأنه باع ما يسوى ستين بعشرين والمشتري مغبون من جهة اشترى ما يسوى عشرة بعشرين فكل منهما مغبون بل (؟) يمكن ان يقال إن قيمة المال قد تختلف باختلاف الاشخاص فالأمة المفروضة قيمتها للبائع ستين وللمشتري عشرة والحاصل انه يمكن دعوى أن مالية المال الواحد في المكان الواحد تختلف باختلاف الاشخاص ومعه يمكن فرض مغبونية كل منهما في المعاملة الواحدة فتدبر قوله ظهور الغبن شرط شرع الخ أقول التحقيق هو الثاني وذلك لان ظاهر الأدلة ذلك خصوصا قاعدة

الضرر إذ المدار هو الضرر الواقعي ودعوى أنه مع الجهل

(٤٠)

لا يكون الضرر مستندا إلى الشارع بل إلى جهله مدفوعة أولا بالنقص بما لو جهل الحكم فإنه لا اشكال في أن العلم به ليس شرطا شرعيا في ثبوته بل هو كاشف عقلي وثانيا بالحل بان ظاهر الحدث عدم جعل الحكم الضرري وان كان لولاه كان الشخص مقوما عليه أيضا مع أن الموجب للضرر في الحقيقة اعتقاد الزوم بتخيل عدم الموجب للخيار فالضرر مستند إلى جعل الشارع ولذا قلنا ببطلان وضوء الجاهل بكونه مضرا فإنه لولا جعل الشارع لأصل الوضوء لم يقع في الضرر فتدبر نعم لو تمسكنا في ثبوت الخيار بالاجماع أمكن دعوى أن القدر المتيقن منه ما بعد الاطلاع على الغبن واما خبر تلقي الركبان فيمكن ان يكون تعليقه على دخول السوق من جهة عدم الطريق إلى الضرر الا بذلك فهو من باب الطريقة لا الموضوعية هذا ويمكن دعوى كون ما ذكرنا مراد الجميع وانه لا خلاف بينهم في أن الخيار من حين العقد ويكون مرادهم من الظهور الذي اعتبروه الطريقة أيضا وهكذا الحال في خيار العيب والرؤية كما سيحى قوله وعدم سقوطه ظاهر في ثبوته أقول هذا مما لا ترى انهم يقولون يسقط الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد مع أن هذا الشرط مانع عن الثبوت فمرادهم السقوط في محل الثبوت ويكفى في هذا التعبير وجود المقتضى للثبوت وإن لم يكن فعلا قوله ولم يحكموا ببطلان التصرفات الخ أقول لا دلالة في مجرد عدم الحكم الا ان يكون المراد انهم حكموا بعدم البطلان و لكنه غير مراد لقوله بل صرح بعضهم الخ واما تصريح هذا البعض بالنفوذ فلعله من جهة ان مذهبه عدم مانعية الخيار من جواز التصرفات ونفوذها كلية قوله ويؤيده أيضا التأييد مما إذ لعلهما فهما من الحديث كون اعتبار الدخول من باب الطريقة كما ذكرنا ويؤيد ذلك قول العلامة في العبارة السابقة ان الغبن سبب لثبوت الخيار عند علمائنا فأسند كونه من حين العقد إلى العلماء قوله ولكن لا يخفى امكان الخ أقول يعنى انه يمكن ان يرفع النزاع بارجاع كل من القولين إلى الاخر بان يكون مراد من عبر بكونه بعد الظهور انه طريق إلى ثبوته أو يكون مراد من قال إن الغبن سبب مقتض وان كان متوقفا على شرط متأخر هو الظهور هذا ولا يخفى ان قوله قده وتوضيح ذلك الخ ليس توضيحا لهذه الدعوى بل هو تحقيق للمطلب وفي الحقيقة اختيار اللوجه الثاني قوله ثم إن الآثار المجهولة الخ أقول التحقيق ان جميع الآثار مترتبة على وجود الحق الواقعي نعم قد يكون بعض الآثار معلقا على موضوع لا يتحقق مع الجهل بالواقع كما في التصرف المسقط فان اسقاطه إذا كان من باب دلالة على الالتزام نوعا فلا يتحقق الا بعد الاطلاع والا فاصل المسقطية لا يتفاوت على التقديرين إذا تحقق الدلالة على الالتزام بل يمكن تحقق الدلالة مع الجهل أيضا فعدم السقوط حال الجهل انما هو من جهة عدم الكشف عن الالتزام (غالبا) لا من جهة انه يشترط في كونه مسقطا الفعلية من حيث هي هذا إذا قلنا إن التصرف مسقط من باب الدلالة المذكورة وان قلنا بكونه مسقطا تعبدا فلا فرق كما لا يخفى واما التلف فانفاقهم على كونه من المغبون إذا كان قبل الاطلاع انما هو من جهة انهم يخصون قاعدة التلف التخلف في زمن الخيار بغير هذا الخيار واما من قال بجريان تلك القاعدة في هذا الخيار فلا نم انه أيضا قائل بكونه من المغبون ولو سلمنا فلا نم انه

ممن يقول بكون الخيار من حين العقد فلعله قائل بكونه من حين الظهور (و بالجملة)
 فالاتفاق المذكور على فرض تسليمه تقييدي فان المتفقين بين من يقول بكون القاعدة
 مختصة بغير المقام وبين من يقول بكون الخيار في المقام من حين الظهور و
 الا فلم يعلم اتفاقهم على كونه من المغبون وان قلنا بكون الخيار من حين العقد وقلنا بعموم
 القاعدة فلا تغفل واما التصرفات الناقلة التي جعلها للمصنف قده من المتردد بين الامرين
 فالحق فيها أيضا انها مترتبة على الوجود الواقعي لو قلنا بالمنع عنها ولا خصوصية للمقام
 فان الوجه في المنع تعلق حق ذي الخيار
 وهو موجود واما حكم بعض من منع من التصرف في زمان الخيار بمعنى التصرفات الواقعة
 من المغبون قبل العلم فلعله من جهة انه يجعل الخيار من حين الظهور و
 على فرض قوله بالمضي مع جعله الخيار من حين العقد فلا حجية في قوله والايراد وارد
 عليه لان المناط في المنع معلوم وهو شامل للمقام بالفرض فمجرد قول
 ذلك البعض لا يوجب التردد كما هو واضح فظهر ان التشقيق الذي ذكره المصنف وجعله
 الآثار أقساما ثلاثة لا وجه له فتدبر قوله ففي السقوط وجهان
 أقول ويحتمل الفرق بين ما لو احتمل الزيادة فيسقط وما لم يحتمل فلا والتحقق الفرق بين
 كونه بنحو الداعي والتقييد ففي الأول يسقط دون الثاني والمسألة
 سيالة في غير المقام أيضا بل الامر كك في مسألة حق العرض الذي زعمه شتما فبان قذفا
 وان كانا حقين مختلفين فإنه لو اسقط ما عليه بداعي انه شتم فبان
 قذفا فإنه يسقط ولو أسقطه بقيد انه شتم فبان قذفا فلا والوجه واضح فلا فرق بين تعدد
 الحقين (نوعا) كما في هذه المسألة أو فردا كما في مقامنا قوله وهذا
 هو الأقوى أقول بل الأقوى هو الوجه الأول بعد فرض الانصراف فإنه لو كان للاطلاق
 منصرف يكون الفرد المنصرف إليه مصبا للصلح وهو غير منطبق
 على الموجود فينبغي بطلانه ولا مجزى فيه لخيار الغبن نعم لو كان الانصراف على وجه
 تعدد المطلوب فاللازم اثبات الخيار اما للغبن واما تخلف الشرط الضمني
 والأقوى هو الثاني لأنه قد يكون الصلح المذكور مبنيا على المحاباة دون المغابنة فلا
 يجرى فيه خيار الغبن نعم لو لم يكن للاطلاق انصراف لكن كان معتقدا
 للنقيصة فتبين الزيادة ففي هذه الفرض يأتي الوجوه المذكورة في كلام المصنف قده والحق
 فيه الفرق بين الداعي والتقييد فعلى الثاني يبطل وعلى الأول
 يصح الأول ويأتي فيه خيار الغبن بناء على عمومته كما سيأتي لكن إذا كان الصلح مبنيا
 على المغابنة والأولى ما عرفت من جريان خيار تخلف الشرط كما لم يكن مبنيا على
 المغابنة
 هذا إذا قلنا إنه يرجع إلى الشرط الضمني والا فمع عدم رجوعه إلى الشرط الضمني
 فمقتضى القاعدة اللزوم والصحة فتدبر قوله فتأمل أقول لعله إشارة
 إلى ما ذكرنا من أنه إذا كان المفروض ان يكون للاطلاق في منصرف فمقتضى القاعدة
 البطلان ويحتمل ان يكون إشارة إلى أن الحق الذي يصلح عنه هو الخيار
 وهو معلوم العين مجهول المالية فيكون الغبن فيه هو الغبن في سائر المقامات من حيث
 كونه للجهل بمقدار المالية فلا حاجة إلى اللاحق الحكمي فتدبر قوله
 ولا يقدح عدم تحقق شرطه الخ أقول لا يخفى انه بناء على كون الخيار من حين العقد يرد

اشكال كونه اسقاطا لما لم يتحقق فينافي الجزم المعتبر في العقود

(٤١)

ويوجب التعليق وعلى كونه من حين ظهور الغبن وكونه شرطا شرعيا في حدوث الخيار يرد هذا الاشكال واشكال اخر وهو انه من قبيل اسقاط ما لم يجب و الجواب عن الاشكال الأول الذي أشار إليه المصنف بقوله ولا يقدر في المقام أيضا كونه الخ هو ما ذكره المصنف وحاصله ان التعليق على الواقع لا مانع منه والجزم ساقط في صورة الاحتمال وانشاء المعاملة بناء على وجود المحل وعن الثاني أولا بما ذكره المصنف من أن هذا المقدار من التحقق يكفي في صحة الاسقاط وثانيا ان اسقاط ما لم يجب انما يكون باطلا بحكم العقل فيما إذا أريد اسقاطه قبل وجوده واما إذا أريد اسقاطه في محل ثبوته وفي زمان وجوده فلا مانع منه ففي المقام انما يسقط قبل ظهور الغبن الخيار الذي يأتي فيما بعد الظهور وهذا لا بأس به والاجماع على بطلان التعليق يشمل المقام فتدبر قوله فالأولى ضم شئ الخ أقول الظ صحة الصلح عن الحق المحتمل بعوض فلا يحتاج إلى ضم شئ إذ في الحقيقة العوض مقابل المحتمل بوصف انه محتمل لا الحق الواقعي حتى ينكشف البطلان على تقدير عدمه والتحقيق انه قد يكون العوض في مقابل الحق الواقعي على فرض وجوده ولازمه البطلان مع عدمه وقد يكون في مقابل احتمال الحق في الواقع بمعنى انه يأخذ العوض عن تجاوزه عن الحق على فرض وجوده وهذا لا بأس به ثم إن المضر عدم وجوده في الواقع لا الجهل بوجوده فما لم ينكشف الخلاف يحكم بالصحة فتأمل قوله من الجهات المذكورة هنا أقول وهي لزوم التعليق وعدم الجزم وكونه من اسقاط ما لم يجب واما الوجوه المتقدمة فهي واضحة من الرجوع إلى خيار المجلس قوله مع احتمال الصحة هناك أيضا أقول هذا هو الأقوى كما سيأتي مفصلا لان رفع الغرر في بيع العين الغائبة ليس من أجل اشتراط الأوصاف بل من جهة الاطمينان بوجودها فبطلان الاشتراط لا يوجب الغرر هذا أولا وثانيا نقول بعدم بطلان الاشتراط لعدم التنافي جسما بينه المصنف لامكان بقاء الاشتراط مع الالتزام بعدم الخبر عند التخلف وذلك لان خيار التخلف ليس راجعا إلى جعل المتعاقدين والا رجع إلى خيار الشرط بل هو حكم تعبدي من الشارع أو العرف في موضوع الاشتراط وسيأتي تمام الكلام قوله فتأمل أقول إشارة إلى ما بينه بعد ذلك من التنافي وكونه راجعا إلى التناقض وانه يبطل الاشتراط الراجع للغرر فيعود الغرر قوله الثالث تصرف المغبون الخ أقول لو كان التصرف بعنوان الالتزام بالبيع بحيث يرجع إلى الاسقاط الفعلي فلا اشكال في كونه مسقطا سواء كان قبل الاطلاع على الغبن أو بعده واما إذا لم يكن كك فإن كان قبل الاطلاع فلا اشكال في عدم كونه مسقطا بل الظ اجماعهم عليه كما اعترف به المصنف ويدل عليه مضافا إلى الاجماع شمول الأدلة من قاعدة الضرر وخبر تلقي الركبان وقاعدة تخلف الشرط ونحو ذلك وان كان بعد الاطلاع فالتحقيق أيضا عدم كونه مسقطا لعدم الدليل عليه وما ذكره المصنف من اطلاق بعض معاهد الاجتماعات مم إذا لقدر المتيقن من الاجماع ما إذا كان التصرف بعنوان الالتزام والرضا بالبيع واما عموم العلة في خبر خيار الحيوان ففيه ما عرفت سابقا واما دعوى أن المدرك لخيار الغبن اما الاجماع أو قاعدة الضرر والأول غير ثابت والثاني

لا تجرى في المقام لانتفاء الضرر فكما انها لا تجرى في صورة
الاقدام فكذا في صورة الرضا بعد البيع (فمدفوعة) بان الاجماع قائم في المقام أيضا على
أصل الثبوت وانما الكلام في السقوط بالتصرف فلا بد من إقامة الدليل على كونه
مسقطا والا فالأصل بقاءه واما قاعدة الضرر فهي أيضا جارية إذ المفروض عدم الالتزام
وعدم الرضا بالبيع نعم مع كون التصرف بقصد الالتزام والرضا
لا اشكال ولا حاجة إلى دعوى عدم الضرر أو قصور الدليل كما هو واضح قوله فتأمل
أقول لعله إشارة إلى كون الشك في المقتضى أو الموضوع فلا يجرى
الاستصحاب قوله ويؤيد ذلك ما اشتهر الخ أقول لم افهم وجه التأييد مع أن وجه كون
التصرف قبل العلم بالعيب مسقطا ليس كونه دالا على الرضا
لعدم الدلالة بل انما هو النص الخاص الذي سيجيئ في خيار العيب من أنه إذا لم يكن
المبيع قائما بعينه لا رد من غير فرق بين ما قبل العلم وما بعده ولو كان التصرف
غير موجب لعدم القيام بان لم يكن ناقلا ولا مغيرا نمنع كونه مسقطا كما سيجيئ انشاء الله
قوله من تسليم كون التصرف دليلا على الرضا الخ أقول
لا يخفى انه لو كان المدار في التصرف المسقط على هذا لم يحتج إلى الأتعاب في
التمسك باطلاق معاهد الاجماع أو بعموم التعليل في خيار الحيوان كما أشرنا
إليه مرارا فإنه على هذا يكون من الاسقاط الفعلي الذي هو كالتولي بمقتضى القاعدة إذ
الناس مسلطون على حقوقهم كتسلطهم على أموالهم قوله
تصرفا مخرجا عن الملك الخ أقول ما مر في الأمر الثالث من دعوى الاجماع على عدم
مسقطية التصرف قبل الاطلاع انما كان في التصرف الغير المتلف و
ما بحكمه والمقصود في هذا الامر بيان حال المتلف وما بحكمه والتحقيق فيه أيضا عدم
السقوط خلافا لما نقل المصنف عن المشهور من الحكم بالسقوط وحاصل
ما ذكروه في وجه السقوط أمور أحدها ظهور الاجماع كما يظهر من كلام الشهيد في
الروضة حيث قال إن الحكم بعدم السقوط حسن إن لم يكن الحكم اجماعا
وفيه ما ذكره المصنف من أن الظ عدمه الثاني ان العمدة في مدارك الخيار قاعدة الضرر
وقد اقدم عليه بالتصرف وفيه أن التصرف قبل العلم ليس اقداما
ولا بمنزلته الثالث ان الضرر معارض بتضرر الغابن بقبول البدل وفيه ما ذكره المصنف
توضيحا الكلام الشهيد من أن المبيع ان كان مثليا فلا ضرر بتبدله
بمثله وان كان قيميا فتعريضه للبيع يدل على إرادة قيمته فلا ضرر في اخذ البدل فضلا عن
أن يعارض ضرر زيادة الثمن على القيمة وبعد عدم تمامية
هذه الوجوه لا وجه للحكم بالسقوط إذ لو أغمضنا عن شمول الأدلة من قاعدة الضرر
وخبر تلقى الركبان وخبر غبن المسترسل ونحوها فلا أقل من الاستصحاب
والتحقيق عدم الفرق في المغبون بين البائع والمشتري كما انا لو أخذنا بمقالة المشهور
أيضا نقول لا فرق الا ان يكون المدرك في السقوط الاجماع فان
القدر المتيقن منه ح كون المغبون هو المشتري لكن نظرهم ليس إليه فالظ عدم الفرق بناء
عليه كما على الخيار قوله ثم إن ظاهر التقييد بصورة الخ
أقول بناء على ما اخترنا من عدم السقوط فلا اشكال في هذه الفروع واما بناء على
المشهور فالتحقيق في جميع هذه الفروع الحكم بعدم السقوط أيضا

لان العمدة في مدرك المشهور دعوى الاجماع والقدر المتيقن منه غير هذه الموارد نعم لو جعلنا مدر كهم تعارض الضررين أو الاقدام فيختلف الحال ففي بعضها ينبغي الحكم بالسقوط وفي بعضها بالعدم كما لا يخفى وحيث إن التحقيق عدم صحة مقالتهم فلا يهمننا تفضيل الحال بالنسبة إلى كل واحد منها قوله واما تصرف الغابن الخ أقول تصرف الغابن على أقسام لأنه اما بالنقل اللازم أو ما بحكم النقل كالعق ووقف والاستيلاء واما بالنقل الجائز وما بحكمه واما بالتغيير بالنقيصة واما بالتغيير بالزيادة واما بالامتزاج ولا اشكال في حكمها من حيث سقوط الخيار وعدمه فان شيئاً منها لا يسقط الخيار وانما تعرض المصنف لحكمها من جهة أخرى وهي كيفية استرداد العين بعد الفسخ وهذه الجهة لا دخل لها بما نحن فيه فإنه لا فرق بين خيار الغبن وسائر الخيارات الغير الساقطة بالتصرف في ذلك وهذا من جملة احكام الخيار والمناسب التعرض له في احكام الخيار لكن بعض الفقهاء تعرض له في هذا المقام فتبعه المصنف في ذلك والا فالأولى ايكاله إلى ذلك المبحث قوله و هذا هو الأقوى أقول يعنى ان الأقوى من هذه الوجوه هو الوجه

الثالث قلت هو كك لكن للوجه الأول

من الوجهين وهو انه لا مانع من تصرف غير ذي الخيار في زمان الخيار كما سيجئ في احكام الخيار إذا حق الخيار متعلق بالعقد لا بالعين حتى يكون من قبيل حق الرهانة وحق الشفعة نعم لو جعلناه متعلقا بالعين فمقتضى القاعدة منعه من التصرف وعدم نفوذه من الأول الا باذن من له الحق هذا واما الوجه الثاني وهو عدم تحقق الخيار قبل ظهور الغبن فقد عرفت عدم تماميته وان التحقيق ان الظهور وكاشف عقلي الا شرط شرعي مع أن محل الكلام أعم مما كان قبل الظهور وبعده فهذا الوجه أخص من المدعى قوله ويحتمل هنا تقديم الخ أقول يعنى انا لو قلنا إن مثل البيع والعق ونحوهما لا يبطل الفسخ يمكن يمكن ان نقول ببطان الاستيلاء به وذلك لتقدم (سبب) الخيار عليه فيعمل بأسبق المسببين قلت لا وجه للفرق إذ هذا الاحتمال انما يتمشى إذا جعلنا حق الخيار متعلقا بالعين بان يكون له في العين الخارجية حق الاسترداد ومعه فلا بد من القول ببطان البيع والعق أيضا واما لو جعلناه متعلقا بالعقد فكما أن لازمه نفوذ البيع والعق إذ ليس له الا فسخ العقد و ح فان وجد العين اخذها والا انتقل إلى البدل فكك بالنسبة إلى الاستيلاء وبالجملة لا فرق بين الاستيلاء والبيع في ذلك قوله انما يتم مع كون العين الخ أقول يمكن ان يقال إن العين وإن لم تكن باقية على ملك المغبون كما في بدل الحيلولة في سائر المقامات حيث إنها باقية على ملك مالكها إلى حين اخذ البدل الا انا نقول إذا فسخ العقد يعتبر العين في ملكه أولا ثم يؤخذ البدل حتى في صورة التلف أيضا يعتبر دخول العين في ملكه أولا ثم ينتقل إلى البدل بمعنى انه يؤخذ منه عوضا عن العين وذلك لان معنى الفسخ حل العقد الواقع على العوضين فلا بد من اعتبار عودهما إلى مالكهما الأول والا فلو قلنا إن الفسخ يقتضى ملك البدل أولا يلزم عدم كونه حلا للعقد بل معاملة مستقلة والحاصل ان مقتضى

الفسخ عود نفس العوضين إلى مالكيهما ولو بحسب الاعتبار لا عود بدلتهما وهذا نظير باب الضمانات على التحقيق الذي اخترناه من أن نفس العين التالفة في ذمة المتلف إلى حين اخذ البديل سواء ذلك في المثليات والقيميات ولازمه اخذ قيمة العين يوم اخذ البديل وفي المقام أيضا إذا فسخ العقد ولم يأخذ البديل إلى أن تبذلت قيمته إلى الزيادة يستحق اخذها كما أنه لو تبذلت إلى النقيصة ليس عليه الا القيمة حال الاخذ ومقتضى الانتقال إلى البديل من حين الفسخ اعتبار قيمة يوم الفسخ وإذا كان كك فاللازم على الغابن دفع نفس العين إن أمكن ولو بالفسخ أو بالإقالة في العقد اللازم بل بالشراء إذا أمكن ولم يكن ضررا ولا حرجا فنحن نمنع تملك المغبون للبديل قبل أن يأخذه حتى يقال إذا تملكه فلا دليل على وجوب تحصيل العين اللهم الا ان يقال سلمنا ان العائد إليه أولا نفس العين بمعنى انها تعتبر موجودة ومنتقلة إليه بسبب الفسخ الا ان الغابن ليس مكلفا بردها حتى يلزم تحصيلها بل المغبون ان وجد عين ماله اخذها والا طلبها من الغابن بمعنى مطالبة بدلها والا فليس له مطالبة نفسها لعدم اشتغال ذمته بها وفيه أن عدم الشغل انما هو في صورة بقائها حقيقة لانتقالها بوجودها الخارجي إلى الفاسخ واما مع تلفها فتعتبر موجودة في ذمة الغابن إذ لا وجود لها في الخارج حتى يقال إن المغبون مالك للمال الخارجي لا في ذمة أحد فظرف وجودها الاعتباري انما هو عهدة الغابن وذمته فيجوز مطالبة نفسها غاية الأمر

انه مع عدم امكان تحصيلها لا يجب عليه بعد مطالبتها الا دفع بدلها فالمغبون في جميع الأوقات مطالب لنفس العين إذ هي المملوكة له بالفسخ أولا ولا انتقال إلى البديل الا حين الاخذ وبشرط الاخذ فتدبر قوله لأنه ملك جديد تلقاه الخ أقول محصل كلامه قده انه لو أعاد الملك إلى الغابن بالفسخ يمكن ان يؤثر فسخ المغبون في رجوعه إليه إذا كان قبل اخذ البديل بخلاف ما إذا عاد إليه بالعقد الجديد والوجه في الفرق ان الفسخ انما يعيد الملكية السابقة بجعل السبب الناقل كالعدم ففيما كان العود إلى الغابن بالفسخ يمكن اعادته الملكية السابقة لان فسخه إعادة ملكية السابقة ففسخ المغبون أيضا يعيد ملكية السابقة وفيما كان بالعقد الجديد لا يمكن ذلك لان الغابن ليس مالكا بالملكية السابقة ليجب إزالة المغبون للسبب الناقل إلى الغابن إعادة ملكية السابقة بل هو مالك بالملكية الجديدة وفسخ المغبون لا يؤثر في إزالة هذه الملكية إذا عرفت ذلك فقوله قده والفاسخ انما يملك بسبب الخ يمكن ان يكون بيانا للفرق بجعل المراد من الفاسخ الغابن الفاسخ للعقد الثاني يعني ان ملكيته انما هي بالسبب السابق بعد ابطال الفسخ للعقد الناقل فيمكن تأثير فسخ المغبون في إعادة ملكيته السابقة أيضا بخلاف الغابن المالك بالعقد الجديد ويمكن ان يكون علة العدم العود إلى المغبون إذا كان العود إلى الغابن بالعقد الجديد بان يكون المراد من الفاسخ المغبون الفاسخ يعني ان المغبون لا بد وان يملك بالسبب السابق بعد ابطاله العقد الأول بالفسخ وفي هذه الصورة لا يمكن لان ملكية الغابن ملكية جديدة ففسخ المغبون لا

يمكن ان يؤثر فيها وبالجملة مصداق الفاسخ اما الغابن فيكون بيانا للفرق وعلّة الحكم
مستفادة من الخارج واما المغبون فيكون علّة للحكم وبيان

(٤٣)

الفرق معلوم من الخارج فتدبر ثم أقول التحقيق عدم الفرق وان مقتضى القاعدة وجوب الرد مط سواء كان العود بالفسخ أو بعقد جديد وذلك لان مقتضى الفسخ عود ما وقع عليه العقد إلى مالكة والانتقال إلى البدل انما هو للحيلولة فما دامت موجودة وجب رد نفسها وان كانت بملكية جديدة ففسخ المغبون انما يؤثر في رفع العقد الأول وإعادة العين من هذا الحين إليه فيجب على الغابن ردها إليه إذا كانت موجودة وردها بدلها إذا لم تكن موجودة من حيث إنها ح بدفع بدلها لا من جهة اشتغال الذمة بالبدل من الأول لما عرفت من أن العائد على أي حال نفس العين وكيف كان فلا فرق في وجودها بين كونها باقية على الملكية السابقة أو كونها بملكية جديدة والحاصل انا نقول إن الفسخ يوجب عود الملكية السابقة للمغبون من حينه لا من الأول وإذا عادت الملكية وعادت العين وجب ردها إليه ونحلل ملك الغير في البين لا يمنع عن عود الملكية السابقة للمغبون من حينه لا من الأول وإذا عادت الملكية وعادت العين وجب ردها سواء كانت باقية على ملك الغير أو زائلة بالفسخ أو بعقد جديد وهذا على ما اخترناه سابقا من وجوب تحصيل العين بأي وجه كان من الفسخ أو الإقالة أو الشراء أو نحو ذلك واضح وعلى الوجه الآخر أيضا نقول لما كان العائد بالفسخ نفس العين بمعنى انه يعتبر ملكية الفاسخ لها حين الفسخ فان كانت موجودة وجب ردها وان كانت مفقودة ولو من جهة النقل اللازم لا يجب تحصيلها فوجوب ردها على هذا القول مشروط بوجودها في ملكه من غير فرق بين كون ملكيتها لها هي الملكية السابقة أو غيرها واما على ما اخترناه فوجوب ردها مطلق لا مشروط فعلى أي حال مع وجودها يجب ردها بنفسها قوله فاما ان يكون نقصا يوجب الأرش الخ أقول الظاهر أن مراده بالنقص الموجب للأرش في حدوث عيب في العين بسبب التصرف وبالنقص الغير الموجب له فوات سائر الأوصاف الكمالية (وان كانت) منقصة للقيمة هذا ولا يخفى انه لا اختصاص لهذا الحكم بخيار الغبن بل يجري في سائر الخيارات ولا بالنقص بسبب التصرف ولا بخصوص الغابن بل لا بد من التكلم في أن النقص الحاصل في أحد العوضين بالآفة السماوية أو بفعل المفسوخ عليه أو بفعل الأجنبي هل هو مضمون على المفسوخ عليه بمعنى انه يجب عليه رد العين على ما كانت عليه حال العقد أو لا بل الواجب عليه ردها على ما هي عليه حين الفسخ وكون النقص بسبب التصرف ان غيره لا دخل له في ذلك كما أنه لا فرق بين فوات وصف الصحة وغيرها إذ لا فرق بينه وبين سائر الأوصاف في عدم المقابلة بالعوض في المعاملة وفي كونها مقومة بالمال وموجبة لزيادة المال العوض في المعاملة والمسألة مبنية على أن الفسخ هل هو موجب لرجوع العين على ما هي عليه حين البيع ولازمه ضمان كل وصف فائت بأي وجه كان أو رجوعها على ما هي عليه حال الفسخ ولازمه عدم ضمان شئ من الأوصاف لأنها قد فاتت في ملك المفسوخ عليه فلا وجه لضمانه لها هذا والذي يقتضيه النظر عاجلا الأول لان معنى الفسخ حل العقد وإعادة كل من العوضين على ما هما عليه حين العقد إلى ملك مالكة الأول من حين الفسخ فكما انه ضامن لنفس

العين إذا كانت تالفة فهو ضامن لجميع أوصافها التي لها مالية بحيث لو كانت
 فائتة في يد الغاصب كان ضامنا لها ومن ذلك يندفع ما يقال من أنه لا معنى لضمان
 المفسوخ عليه لما فات تحت يده من ماله وذلك لأن العين أيضا كانت
 ماله فكما أن مقتضى الفسخ ضمانه لها فكذا أوصافها من غير فرق بين وصف الصحة
 وغيرها هذا ولعلنا نتكلم على هذا المطلب مفصلا فيما سيأتي من احكام
 الخيار انشاء تعالى ولكن الظ عدم التزام الفقهاء بما ذكرنا فإنهم ذكروا في باب الفلوس انه
 لو وجد بائع العين عين ماله معيبا انه اما ان يكون العيب مما قد
 استحق المفلوس أرشه كان كان بفعل أجنبي أولا بان يكون كان من فعل الله أو من فعل
 المفلوس فعلى الأول يرجع بعين ماله (ويضرب بالأرث مع الغرماء وعلى الثاني يكون مخيرا
 بين الاخذ بالثمن أو المضرب به مع الغرماء وليس) له على الأول أرش النقصان نعم
 ذهب بعضهم كالعلامة في لف والمحقق والشهيد الثانيين إلى ثبوت الأرث في هذه الصورة
 أيضا وفي الجواهر ان مقتضى الضوابط عدم الأرث حتى في الصورة
 الأولى والحاصل ان البائع إذا أراد الرجوع بعين ماله ففي استحقاقه أرش العيب عندهم
 أقوال ثلاثة المشهور على التفصيل بين كون العيب من أجنبي بحيث يستحق
 المفلوس عليه الأرث فيرجع البايع به وبين كونه بفعل الله أو بفعل المفلوس فلا والجماعة
 المذكورة على الاستحقاق مط ووص الجواهر على عدمه مط والتحقيق
 عدم الفرق وانه مستحق له مط لما عرفت من أن مقتضى الفسخ عود العين على ما كانت
 عليه حين البيع نعم لو قلنا بمقالة ابن الجنيدي من أنه ليس للبائع
 فسخ العقد بل انما له اخذ العين بقيمتها الفعلية عوضا عن دينه وانه مقدم على الغرماء بهذا
 المعنى فلا محل لاخذ الأرث ولا دخل له بما نحن فيه من مسألة
 الفسخ ثم إن اقتصارهم على مسألة العيب وذكرهم الأقوال المذكورة فيها ظاهرة في أنه لو
 فات سائر الأوصاف فلا شئ له وبادئ النظر يقتضى ما عرفت
 إلى أن يتأمل ونتعرض لها فيما سيأتي انشاء الله هذا كله في فوات الوصف واما تلف بعض
 العين فلا اشكال في ضمانه فيرد البعض الموجود ويعزم البعض التالف
 ونقصان قيمة البعض الموجود ان فرض نقصه بالتبعيض كما في تلف أحد مصراعي الباب
 لكن هذا على البناء الذي ذكرنا من ضمان كل نقص قوله ومنه ما لو وجد
 العين مستأجرة الخ أقول مقتضى البيان الذي ذكرنا ضمانه نقص العين بسبب كونها مسلووبة
 المنفعة في المدة الباقية لان مقتضى الفسخ رجوع
 العين إليه كما كانت حين العقد واما ما ذكره المح القى قده من الانفساخ فلا وجه له لأنه
 إذا ملك العين انا ما فقد ملك جميع المنافع المتصورة لها إلى
 الأبد فيحوز له اجازتها وعقد الإجارة لازم مقتضى الأدلة العامة والخاصة فان قلت إذا كان
 مالكا للمنافع إلى الأبد ويجوز له استيفائها
 والمفروض انه استوفى فإنها بالإجارة فلا وجه لضمانه لها إذا لمنافع المستوفاة قبل الفسخ
 ليست مضمونة قطعا قلت أولا انا لا نقول بضمان المنافع
 بل نقول بضمان النقص الحاصل بسبب مسلووية العين عنها وثانيا ان بعض تلك المنافع
 واقعية في حال ملكية الفاسخ بناء على عموم فهي وان كانت للمفسوخ
 عليه قبل الفسخ وجاز له استيفاءها الا انها لا تخرج من كونها منافع تلك الفاسخ أيضا إذ

هي متدرجة الوجود فالمقدار الموجود منها حال ملكية

(٤٤)

منافع ملكه وقد أتلّفها المفسوخ عليه عليه بالاستيفاء فلا بد من ضمانها (بناء على عود)
العين كما كانت حين العقد إلى الفاسخ ومما ذكرنا ظهر ما في كلام
العلامة أيضا من ضمان أجره المثل للمدة الباقية وان مقتضى القاعدة على ما عرفت ضمان
النقص الحادث بسبب كونها مسلوّبة المنافع فهو ضامن لأجره
المثل وللنقص الحارث الا ان الغالب ان مقدار النقص مطابق لمقدار أجره المثل فيصح
اطلاق العلامة قده والغرض انه لو فرض التفاوت فالقاعدة تقتضي
ما ذكرنا من ضمان النقص دون خصوص أجره المثل هذا واما ما ذكره المصنف من الفرق
بين صورة التفاسخ التي ذكرها العلامة وحكم فيها بأجره المثل
وبين ما نحن فيه فلا وجه له إذ المدار على عود العين إلى المالك الأول بعد إجازة المالك
الثاني إجازة صحيحة لازمة ولا يتفاوت الحال بين كونه بالفسخ
أو بالتفاسخ نعم لو انتقل إليه بغير الفسخ مثل الشراء أو الإرث أو نحوهما فلا ضمان
المنقص ولا لأجره المثل وسيأتي تمام البيان انشاء الله في احكام الخيار
قوله فالظاهر ثبوت الشركة أقول ظاهره الشركة في العين بالنسبة وهو مشكل بل مقتضى
القاعدة كون الوصف والموصوف للفاسخ
فلو تراضيا على البيع كان شريكا في القيمة بالنسبة ولو فرض زوال الوصف بعد ذلك أو
سقوطه عن المالية فلا شيء له ولو كان ذلك بفعل غصب يرجع
عليه ص الوصف هذا ولا فرق بين ان يكون ذلك الوصف بفعل الغابن أو بفعل الله أو بفعل
أجنبي فإنه مالك له على التقادير وهذا هو المدار لا عمله لعدم
اخذة من باب اخذ الأجره لان عمله انما كان في ملكه على ما بينه المصنف فلا أجره له
هذا والظاهر عدم عد السمن من هذا القبيل فلا يعد مالا للغابن بل يردده و
لا شيء له ويحتمل كونه مثل التعليم خصوصا إذا بدل ما لا كثيرا في تحصيله نعم يظهر من
صاحب الجواهر في باب الفس مفرؤية كون مثل السمن و
نحوه من الزيادة المتصلة تابعا للعين وكونه للفاسخ بلا عوض هذا ولكن ذهب جماعة منهم
لف وألمح الثاني في باب الفس إلى كونه للمفلس لا
للبايع الفاسخ وحكى عن الشيخ وجماعة تبعيته للأصل في العود إلى البايع فالمسألة هناك
خلافية والظاهر عدم الفرق بينها وبين ما نحن فيه الا دعوى أن
استحقاق الرجوع في العين هناك طار بعد الحجر بخلاف المقام فإنه بأصل العقد فلا يلزم
من القول بعدم التبعية هناك القول به هنا لكن هذا
الفرق غير فارق إذ المدار على كون الزيادة مما يعد مالا للمفسوخ عليه أولا بل هي تابعة
للعين ولا يحسب شيئا على حدة والظاهر عدم عدة مالا الا إذا كان
كثيرا في الغاية أو كان تحصيله محتاجا إلى زيادة مؤنة ويمكن دعوى اختلاف المقامات
وتمام الكلام في محل اخر والغرض الإشارة الاجمالية قوله
ولو كانت الزيادة عينا الخ أقول توضيح الحال في الزيادة العينية كالغرس والبناء والزرع
ونحوها في جميع المقامات على سبيل الاجمال ان تلك
الزيادة اما ان توجد في ارض الغير بلا اذن منه كما لو غرس الغاصب في ارض المغصوبة أو
بنى أو زرع أو نحو ذلك واما أن تكون باذن منه كما في العارية للغرس و
نحوه واما ان توجد في ملك الموجد مع كونه متزلزلا من جهة حق الخيار أو حق الشفعة

أو نحوهما واما ان توجد في ملكه عدم التزلزل لكن طراه (الفسخ) الفخر بسبب الحجر كما في المفلس أو أوجدها ثم حجر ورجع مالك العين أو بالإقالة واما أن تكون بتملك أحدهما للأرض والآخر للغرس ابتداء كان يبيع مالك والأرض المغروسة الأرض من مشتر آخر أو بان يبيع الأرض دون الغرس أو بالعكس اما المسألة الأخيرة فإن كان هناك قرينة على إرادة الابقاء بلا أجره أو معها أو القلع بلا أرش أو معه فهو المتبع وإن لم يكن الا صرف كون أحدهما ملكا لشخص والآخر لآخر سواء كان التملك بالبيع أو بغيره من الانحاء فمقتضى القاعدة البقاء مع الأجرة لان ذلك مقتضى تسلط كل منهما على ماله لان مالك الغرس مالك للشجر مثلا لا للخطب والمفروض انه إذا قلع يكون حطبا بل وكذا أو لم يخرج عن الشجرية بان أمكن عرسه في موضع آخر وذلك لأنه مالك لهذا الشجر الشخصي الواقع في هذا المكان الخاص فليس لصاحب الأرض اجباره على القلع ودعوى أنه على هذا فهو مستحق للبقاء فلا وجه لاختذ الأجرة مدفوعة بان القدر المسلم من حق الابقاء انما هو مع الأجرة والا فمالك الأرض أيضا مسلط على ارضه فانتفاع الغير بها مجانا مناف لسلطنته واما المسألة الأولى فلا اشكال فيها فان صاحب الأرض مسلط على القلع مجانا لأنه ليس لعرق ظالم حق ولو لزم من القلع الضرر عليه فإنه قد اقدم عليه بل وكذا الحال إذا لم يكن على وجه العد وان كان مشتبهها أو مقبوضا بالعقد الفاسد مع الجهل بالفساد فالمدار في الظالمية على عدم الإذن المعتبر شرعا نعم في هذه الصورة يمكن ان يقال بعدم الوجوب إذا استلزم ضرر القاعدة لا ضرر ولا اقدام منه الا ان ان يقال جهله بالفساد أو اشتباهه في الموضوع لا يمنع من صدق اقدام مع أن الابقاء ولو مع الأجرة ضرر على المالك أيضا فيتساقط الضرر ان ويبقى قاعدة السلطنة في جواز الاجبار على القلع أو المباشرة له وهذا هو الأقوى واما مسألة الفلاس فمقتضى القاعدة فيها أيضا الابقاء مع الأجرة لان ما دل على جواز الرجوع في عين المال لا يقتضى أزيد من جواز الفسخ وتملك الأرض والمفروض ان المفلس أيضا مالك للغرس بما هو غرس وعرقه حق فهو أيضا مسلط على ماله غاية الأمر ان مقتضى عود العين إلى البائع كما كانت عليه حين العقد انه لو فرض نقص فيها من هذه الجهة ان يكون على المفلس فيجوز له ان يضرب به مع الغرماء مضافا إلى الأجرة ولهذا ذهب إلى المشهور إلى وجوب الابقاء وعدم جواز القلع والاجبار عليه نعم عن الشيخ في المبسوط جواز القلع مع الأرش لان مقتضى جواز الرجوع في العين استحقاق منافعها أيضا وفيه أنه أعم من ذلك ومن استحقاق اخذ الأجرة هذا ولكن المشهور قائلون بالابقاء مجانا على ما قيل ويظهر من لك عدم الخلاف في ذلك بينهم والأقوى ما عرفت من وجوب الابقاء مع الأجرة ومن هذا يظهر حال مسألة الإقالة وكذا حال مسألة الخيار والاختذ بالشفعة إذ لا فرق بينهما وبين الإقالة ومسألة الفلاس الا بالتزلزل فيهما دونهما وهو لا يوجب شيئا بعد أن كان الوضع بحق وفي ملك نعم لو قلنا إن حق الخيار أو الشفعة يتعلق بالعين نظير حق الرهن لا بالعقد

فقط يلزمنا القول بجواز القلع أو الاجبار عليه لان مقتضى تعلق حق ذي الخيار بالعين تسلطه على دفع ما ينافيه لكن التحقيق عدم تعلق الحق الا بالعقد بمعنى السلطنة على حله وانه لا ربط له بالعوضين وإلا فلا ند من القول بالمنع عن التصرفات فيهما في زمان الخيار كما هو مذهب بعضهم كما أشرنا إليه سابقا وسيأتي تحقيقه لاحقا والحاصل انه بناء على ما هو الحق من عدم كون الحق متعلقا بالعين يكون حال الخيار حال مسألة الفلس إذا لتزلزل لا يقتضى الا جواز الفسخ وعود العين إلى مالكها الأول ان كانت موجودة وعوضها ان كانت تالفة وهذا لا يقتضى كون الغرس بغير حق إذ لا دخل المعين بالفسخ قبل فسخه نعم على مالك الغرس بذل الأجرة وغرامة النقص الحاصل بسبب ذلك أن قلنا بضمائه للنقص ووجوب رد العين كما كانت حين البيع حسب ما عرفت ومما ذكرنا ظهر ما في تحقيق المصنف قده فان مبناه كون الغرس واقعا في ملك مترزل وقد عرفت أنه لا ينافي سلطنة على الإبقاء فإنه مقتضى قاعدة السلطنة على المال الذي هو الغرس بوصف انه غرس في المكان الخاص وليس هذا راجعا إلى حق في الأرض وعلى تقريره فليس بلا دليل بل الدليل قاعدة السلطنة كما انها الدليل على استحقاق الأجرة حسب ما عرفت واما مسألة العارية فالمشهور بينهم جواز الاخبار على القلع لكن مع الأرش وعن أبي علي عدم وجوب الإجابة في العارية للغرس والبناء وعن الشيخ في طه إذا اذن له في الغرس إلى سنة ورجع قبلها لم يلزمه القلع بلا خلاف وربما ينقل عن بعضهم القول الأول أعني جواز الاجبار على مع الاستشكال في الأرش أيضا والتحقيق عدم الاجبار لما عرفت من أنه مقتضى قاعدة السلطنة فان مالك الغرس مالك له بحق وجواز العارية لا يقتضى أزبد من استحقاق الأجرة على البقاء بعد الرجوع فان قلت إن اقدامه على العارية التي من نسلها رجوع المغير اقدام على الضرر فينبغي جواز القلع بلا أرش قلت لا نعلم صدق اقدام لما عرفت من أن الجواز لا يقتضى الا استحقاق الأجرة بعد الفسخ والا فنحن نقول إن المالك اقدام على ضرر نفسه الاذن في الغرس الذي يوجب سلطنة المستعير على امضائه بل هو كك عرفا فإنهم يجعلونه المقدم على ضرر نفسه دون المستعير فكأنه باذنه في الغرس قد فوت على نفسه المنفعة نعم هذا إذا كانت موقته والا فله الرجوع فيما بعد الوقت والاجبار على القلع بلا أرش ومن ذلك يظهر حال مسألة الإجارة للغرس مدة معينة فإنه يستحق فيما بعده المدة قلعه بلا أرش دار فسخ في الأثناء فعليه الصبر مع الأجرة إلى اخر المدة من غير فرق بين كونه بالخيار أو بالإقالة أو نحوهما ثم لا فرق في جميع ما مر بين الغرس والزرع وما يقال من أن في الثاني يجب الصبر لان له أمدا ينتظر وإن لم نقل به في الأول كما ترى قوله أعني تفاوت ما بين كونه منصوبا الخ أقول لا وجه لذلك بعد عدم استحقاقه بقاء الغرس من غير فرق بين ان يقوم مع اعتبار كونه باقيا بالأجرة أو بلا أجرة كما اختار كلا منهما جماعة في باب

العارية بل التحقيق ما ذكره ص الجواهر في ذلك الباب وغيره
من أنه يقوم ثابتا مستحقا للقلع ومقلوعا إذ لو قلنا بعدم وجوب ابقائه فلا وجه لتقويمه باقيا
لأن المفروض

عدم استحقاقه ذلك ومن هذا

يظهر ما في كلام المصنف قده من أن كونه مالا للمالك على صفة النصب دائما فمقتضاه
استحقاق البقاء وعدم جواز الاجبار على القلع لأنه مسلط على ماله (ليس اعترافا الخ فانا
نقول إذا كان مالا له على صفة النصب دائما)

الكذائي قوله ومرجع دوامه إلى دوام ثبوت الخ أقول إن هذا يكفي في عدم حواز الاجبار
وإن لم يعتبر كونه مستحقا للمكان فان استحقاق

البقاء لا يدور مدار ثبوت الحق في المكان مع أن لنا ان نقول هذا عين كونه مستحقا
للمكان وبعبارة أخرى السلطنة على المال الكذائي في قوة استحقاق
المكان فتدبر قوله وجوه ذكروها الخ أقول التحقيق هو الأخير والأحوط الوسط لان فيه
أعني في الأخير وغاية سلطنة المالك على ماله

فما لم تمنع لا يجوز التصرف في ماله ومع امتناعه يسقط حرمة ماله ولا دليل على الرجوع
إلى الحاكم الا انه أحوط ولا فرق بين المقام وبين ما ذكره في مسألة

الاعظنان؟؟ وكون الدخول بغير فعل المالك أو بفعله لا دخل له بعد كون فعل المالك في
المقام تصرفا في ملكه وكونه بحق نعم يمكن ان يقال لا

يجب على المالك الإجابة إلى القلع بل يجوز له أن يقول انا لا اقلع فإن شئت تخليص
مالك فقلعه ولا فرق في هذا أيضا بين المقامين فتدبر قوله

لان انتقال الأرض الخ أقول قد عرفت أنه لا فرق في استحقاق الأجرة بين كون الفسخ
بسبب سابق أو بسبب لاحق ولا بين كون الانتقال بفسخ أو غيره

وان ملاك وجوب الأجرة هو الانتفاع بمال الغير ما لم يرض بالمجانة قوله فتأمل أقول
الظاهر أنه

إشارة إلى ما ذكرنا من عدم الفرق قوله أقواهما الثاني

أقول بل لا وجه للأول أصلا كما لا يخفى قوله فهو في حكم التالف الخ أقول ولو كان
الامتزاج في الصورة المفروضة في باب الغصب بان يكون

الغاصب غصب ماء الورود وخلطه بزيتته فالحكم لك أيضا فيؤخذ منه القيمة ولا اشكال فيه
واما إذا كان الامتزاج اتفاقيا وكان كل منهما الشخص

فيكون الزيت لصاحبه من غير ضمان فان مال الاخر قد تلف بلا ضمان من أحد وكذا لو
كان بفعل مالكة وان كان بفعل صاحب الزيت اشتباها أو بفعل ثالث

ضمن والوجه واضح وفي باب الفسح أيضا بعد الصورة المفروضة من عدم بقاء العين فلا
خيار للبائع قوله وجهان من لحصول الخ أقول

يمكن ان يقال إن المغبون مخير بين اخذ العوض وبين اختيار الشركة وذلك لان عين ماله
موجود في الضمن فله ان يطالبها ويكون طريق ذلك الشركة بمعنى الشركة

في الثمن لا في العين إذ لا دليل عليها وله ان يطالب العوض لمكان حيلولة الغابن بينه وبين
شخص المال هذا ولو رضيا بالشركة في العين أيضا جاز ثم

الظاهر أن مراد المصنف من الشركة ما ذكرنا بقرينة ما يذكره بعد ذلك لا الشركة في

العين لما عرفت من عدم الدليل هذا ولو فرض هذه الصورة في
مسألة الفلس فالظاهر أيضا عدم الخيار لعدم صدق قيام العين الذي هو المناط في خيار
البايع ويحتمل بعيدا القول بالخيار بدعوى أنه يصدق
القيام وان كان غير متميز و ح فيكون شريكا بنسبة القيمة في الثمن واما لو كان الخلط
بفعل الغاصب فالحكم كما في الخيار فيجئ فيه الوجهان أو الوجوه لكن

(٤٦)

الاشتراط كما في الكفاية الضمان وحكى الشركة عن التذكرة وعن لك له وجه لان اسقاط حقه من العين مع وجودها بعيدة والظاهر هما الشركة في العين وهي كما ترى و في الجواهر نفى البأس عن الشركة في القيمة فتدبر ولو كانا اتفاقيا وكانا لمالكين فالحكم كما ذكره المصنف من الشركة بمعنى الشركة في الثمن قوله يثبت الشركة أقول وكذا الكلام في الفلاس والغصب والمزج الاتفاقي فيما لو كانا لمالكين والظاهر اجماعهم على ذلك في الجملة ومرادهم الشركة في نفس العين على حسب ما ذكروه في باب الشركة من أن أسبابها المزج بغير اختيارهما لكن فيه اشكال بل مقتضى القاعدة بقاء كل من المالكين على ملك صاحبه فيكونان شريكين في الثمن لأنه الطريق إلى التوصل إلى الملك فلو أراد أحدهما بيع ماله من شخص جاز له بيع ماله الواقعي فيكون حال المشتري حاله في شركته في الثمن مع الاخر نعم حكى عن ابن إدريس في باب الغصب ان الغاصب مخير بين دفع المثل واعطاء قدر الحصة من العين قال إن مال المالك كالمستهلك وادعى انه الذي يقتضيه مذهبا وفيه أن كون مال المالك كالمستهلك ليس بأولى من كون مال الغاصب كك مع أنه لا يصدق الهلاك قطعاً ولو جعل الاختيار بيد المالك في اخذ العين أو العوض لمكان الحيلولة كان أولى لكن فيه أيضا ان الاعطاء من نفس العين أقرب إلى ماله من اعطاء العوض فإنه مشتمل على ماله وغيره بخلاف العوض الخارجي نعم لو كان للمالك غرض في عدم اخذ الحصة من العين من جهة كونها مشتبهة أو محرمة في نظره جاز له المطالبة بالعوض ح فتدبر قوله وفي استحقاقه لأرش الخ أقول الأحسن في بيان المطلب ان يقال لو كان بالأردأ فهل يكون شريكا في الثمن أو في العين مع الأرش أو في العين على حسب القيمة وجوه ثم لو فرض هذه الصورة في مسألة الفلاس أو كان فالحكم كك ويحتمل القول بعدم الخيار لعدم قيام العين لكنه بعيد ولو فرض في المزج الاتفاقي فالظاهر الاشتراك على حسب القيمة لعدم الدليل على الشركة في العين ولو فرض في الغصب فمقتضى القاعدة تخيير المالك بين الرضا والتضمين بالشركة في القيمة ويحتمل التخيير بين التضمين والشركة في العين مع الأرش وهو مختار جماعة كالقواعد وكره وجامع المقاصد والروضة قالوا لأنه في حكم المستهلك الا ان حق المالك لا يسقط من العين بفعل الغاصب مع امكان التوصل إلى البعض والنقص مجبور بالأرش وعن المبسوط والسرائر والارشاد واللمعة والدروس التضمين بل عن التنقيح لا خلاف فيه ويحتمل القول بتعين الشركة اما في القيمة أو في العين مع الأرش والأقوى ما ذكرنا أولا ثم لا يخفى ان اشكال الربا الآتي في الفرض الآتي آت في هذا الفرض أيضا بناء على الشركة في العين مع الأرش أو فيها على حسب القيمة قوله (ويحتمل الشركة الخ أقول) ويحتمل الشركة في العين بقدر ماله ويعطى المغبون تفاوت الجودة وفي مسألة الفلاس يجئ الاحتمالات مع زيادة عدم الاختيار لعدم قيام العين كما اختاره الشيخ والفاضل في بعض كتبه وفي باب الغصب أيضا كك لكن عن جماعة الشركة في العين من غير رد التفاوت لان الزيادة الحاصلة زيادة صفة حصلت بفعل الغاصب أو عنده عدوانا فلا يسقط حق المالك من العين

كما لو صاغ النقرة خاتما أو علم العبد صنعة أو علفا لدابة فسمنت ودخول الضرر على الغاصب انما هو بسوء اختياره وهو كما ترى إذ لا وجه لذلك مع وجود عين مال الغاصب الموجب لزيادة القيمة وعن الشيخ في ط ان الغاصب بالخيار بين اعطائه من العين أو من غيرها مثل ماله لأنه كالمستهلك وهو أيضا كما ترى والأولى ان يقال إن المالك مخير بين التضمين للحيلولة والشركة في القيمة الا ان يرضى الغاصب بدفع العين بقدر ماله واما في مسألة المرح الاتفاقية إذ كانا لمالكين فيحتمل الشركة في القيمة وبقاء كل من المالكين على ملك صاحبه ويحتمل الشركة في العين على حسب القيمة ويحتمل الشركة فيها بقدر المال لفوات وصف الجودة على مالك الجيد والأقوى الأول نعم لو رضى صاحب الجيد بالتقسيم كان له قوله وهو حسن مع عموم أقول الشركة القهرية ليست معاوضة فبناء على العموم أيضا يشكل الحكم بالحرمة الا ان يقال بالعموم حتى للتعاوض القهري وهو بعيد (نعم) لو لم نقل بالشركة في العين كك لكن تراضيا على ذلك أمكن ان يقال بالحرمة والبطلان من جهة ان الشركة ح اختيارية فيصير التعارض ح اختياريا وإن لم يكن بعنوان المعاوضة نظير التقسيم حيث إنه عنوان مستقل لكنه راجع إلى المعاوضة فان قلنا بعموم الربا الكل تعاوض اختياري وان كان لا بعنوان المعاوضة جاء الحرمة والفساد في الشركة الاختيارية والقسمة كك وعلي أي حال فلا يشمل الشركة القهرية الا على الاحتمال السابق هذا وقد ظهر مما بينا حكم كلى مسألة امتزاج المالكين أو لمالك واحد إذا طري ملكية الغير لأحدهما بالفسخ أو نحوه اجمالا وتفصيل حال المسألة وبيان الأقسام والأحكام المختصة بكل قسم والمشاركة بينها يحتاج إلى عنوان مستقل ومزيد تأمل وبيان والله المستعان ولعلنا نتكلم عليها مستقلة مفصلة ان ساعدنا الزمان ووقفنا ربنا المنان قوله في مورد التعليل أقول وهو ما لو كان بتصرف المغبون بالنقل إلى الغير قبل العلم بالغيب قوله يوم التلف أو يوم الفسخ أقول لا وجه لاعتبار يوم التلف لان الانتقال إلى الغابن انما هو من حين الفسخ فلا بد من اعتبار قيمته حينه لا حين التلف الذي كان ملكا للمغبون قوله ورجع الغابن إلى التلف أقول لا وجه للرجوع إليه إذا لم يتلق ماله وانما أتلف مال المغبون فاشتغل ذمته بعوض له خصوصا إذا قلنا بالانتقال إلى البديل من حين التلف وخصوصا في القيميات نعم على القول ببقاء نفس العين في ذمة التلف إلى حين اخذ البديل يمكن دعوى أن الغابن يجد هو ما صار ملكا له بالفسخ في ذمه المتلف فيرجع عليه بناء على ما حققناه سابقا من أن مقتضى عود نفس العين إلى مالكها وان كانت تالفة لا الانتقال إلى البديل أولا إذ معه لا وجه للرجوع إلى التلف أيضا إذا الفسخ على هذا يؤثر في شغل ذمة المغبون غاية الأمر ان له الرجوع على المتلف قوله وان فسخ اخذ الثمن أقول لا وجه له بل التحقيق ان الغابن يعزم للمغبون القيمة يوم التلف ويعزم المغبون له قيمة يوم الفسخ ويظهر الثمر في تفاوت القيمتين قوله ظاهر الأكثر الأول أقول قد عرفت أنه لا وجه له وكونه ظاهر الأكثر أيضا محل تأمل قوله دون تلف العين أقول والا لقالوا بقيمة يوم البيع لأنه زمان تلف العين بالنقل إلى الغير

قوله رجع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن

(٤٧)

أقول كان عليه ذكر (هذا) الاحتمال في تلف ما في يد المغبون أيضا كما ذكرنا إذ لا فرق بين المقامين كما لا يخفى والتحقيق بناء المسألة في المقامين على كيفية الضمان وان الانتقال إلى البدل من حين التلف أو من حين التعزيم وان الثابت في الذمة نفس العين ولو في القيميات ما لم يأخذ البدل فكل من الاحتمالين الأولين مبنى على قول في ذلك الباب فتدبر قوله ويحتمل التخيير أقول هذا الاحتمال أيضا يجرى في تلف ما في يد المغبون وهو الأقوى في المقامين بناء على كون العين في العهدة إلى حين اخذ البدل واما بناء على الانتقال إلى البدل من حين التلف فالوجه الرجوع على المغبون في المقام الأول وعلى الغابن في هذا المقام لما مرت الإشارة إليه قوله لا يخ عن قوة أقول هذا هو الأقوى لشمول جميع الأدلة المتقدمة لما عدا البيع أيضا سوى الاجماع لكن ينبغي التقييد بما لم يكن مقدما على الغبن والضرر نوعا أو شخصا فلا يجرى في الصلح المحاباتي ولا فيما كان محتملا للزيادة وكان مسامحا في ذلك فما ذكره البعض المتقدم من التفصيل هو المتبع لما ذكره المصنف من قصور الأدلة عن الشمول وتلك الصورة ولا يمكن التنميم؟؟ بعدم القول بالفصل كما لا يخفى قوله ويمكن الخدشة في جميع الخ أقول لا يجتمع الخدشة في الاستصحاب مع الخدشة في الاقتصار على القدر المتيقن فإنه لو لم يجر الأول كان اللازم الاقتصار إذا لمفروض ان الأصل في البيع اللزوم قوله واما ما ذكره في جامع المقاصد الخ أقول محصل كلامه في هذه الخدشة ان العموم الأزمانى قسما قسم منه يكون الزمان فيه ملحوظا على وجه الاستمرار بالنظر الوجداني سواء كان مستفادا من الاطلاق المنزل على العموم بدليل الحكمة أو من ظاهر اللفظ بان كان عموما لغويا وقسم منه يكون ملحوظا على وجه العموم بان يكون كل فرد منه موضوعا مستقلا نظير العموم الافرادى غاية الأمر ان افراده الأزمان فالأول كقوله أكرم العلماء دائما والثاني كقوله أكرم العلماء كل يوم والزمان في الأول ظرف للحكم وفي الثاني قيد مكثر للموضوع بمعنى ان اكرام زيد يوم الجمعة فرد ويوم السبت فرد اخر وهكذا بخلاف القسم الأول فان اكرام زيد في جميع الأزمنة فرد واحد مستمر ففي القسم الأول إذا خرج بعض الأزمنة بالنسبة إلى بعض الافراد لا يجوز التمسك بالعموم في باقيها لأن المفروض انه فرد واحد مستمر فإذا خرج فلا يبقى مجال للتمسك بالعموم إذ لا يلزم من خروج بقية الأزمان زيادة تخصيص حتى يقال الأصل عدمها وفي القسم الثاني يجوز التمسك به لان كل زمان موضوع مستقل فخروج بعضها لا يوجب خروج البقية والأصل عدم خروج أزيد من القدر المعلوم لان خروجه مستلزم لتخصيص اخر فمرجع الشك في الأول الاستصحاب وفي الثاني العموم ثم إن في القسم الأول مع الاغماض عن الاستصحاب أيضا لا يجرى العموم وهو واضح وفي القسم الثاني مع الاغماض عن العموم أيضا لا يجرى الاستصحاب لأنه من قبيل اسراء حكم موضوع إلى موضوع اخر وهو قياس لا استصحاب قلت لا يخفى ان الواجب في القسم الأول أيضا اكرامات عديدة بعدد الأيام غاية الأمر انها ملحوظة بلحاظ وحداني ولهذا لو

أكرم في بعض الأيام دون بعض يحصل الامتثال بالنسبة إلى الأول والمخالفة بالنسبة إلى الثاني وليس من قبيل التكليف الارتباطي كالامسك في الصوم الواجب إلى الغروب حيث إنه امر واحد مستمر مرتبط فلو لم يمسك بعض اليوم يسقط الامتثال رأسا وفيما نحن فيه لو وفي بالعقد في بعض الأوقات حصل الامتثال بالنسبة إليه قطعا وان حصل المخالفة أيضا بالنسبة إلى البعض المتروك إذا عرفت ذلك فنقول ان في كلامه نظر من وجوه أحدها

ان ملاك التمسك بالعموم عند الشك انما هو ظهور العموم وشموله لمورد الشك بحسب نظرة اللفظي لا جريان أصالة عدم التخصيص فإنه لا معنى لهذا الأصل الا ظهور العموم ونظيره وكذا الحال في أصالة الاطلاق وأصالة الحقيقة و ح فنقول لا شك في أن العموم في القسم الأول أيضا ناظر إلى جميع الأزمنة وجميع الأقسام بل جميع الآتات لان هذا معنى قوله ابدا غاية الأمر ان تلك الأجزاء ملحوظة بلحاظ وحداني لا بلحاظ عديدة فهي أبعاض لا افراد وإذا كان ناظر إليها مع خروج بعضها والشك في البعض الآخر لا مانع من الاخذ بمقتضى ظهوره ونظيره إذ لا فرق في كون كل من تلك الأزمنة داخلا تحت النظر بين كونه ملحوظا مستقلا أو ملحوظا بعنوان الجزئية فمجرد كون خروج الباقي غير موجب لزيادة التخصيص لا يستلزم عدم التمسك بالظهور إذ ليس المدار فيه على زيادته ونقصانه بل على كون المورد منظورا في العام أو غير منظور ولا اشكال في كون الجميع داخلا تحت النظر الوحداني فحال هذا القسم من العموم الأزمني حال العموم المجموعي كما إذا قال أكرم مجموع العلماء ومن المعلوم أنه لو شك في بعض الافراد بعد خروج بعضها يتمسك فيه بالعموم مع أنه ليس منظورا على وجه الاستقلال بل في ضمن المجموع ثم على فرض كون الملاك أصالة عدم التخصيص نقول يمكن ان يقال في المقام أيضا ان خروج بعض الأزمنة معلوم وخروج البعض الآخر مشكوك والأصل عدمه وان كان على فرض الخروج خارجا مع ذلك البعض بعنوان واحد إذ ليس المدار على كيفية الخروج وانه اخراج واحد أو أزيد بل المدار على كون كثيرا أو قليلا سواء كان اخراجا واحدا أو اخرا حين وسواء كان الخارج فردا مستقلا أو جزء لفرد ملحوظ على وجه الاستمرار ولعمري انه من الواضح بمكان ويريده وضوحا ملاحظة ان قوله أكرم العلماء دائما في قوة قوله أكرم زيدا دائما أكرم عمرو أو هكذا ومن المعلوم أنه لو قال أكرم زيدا دائما وخرج منه بعض الأيام يتمسك بعموم قوله دائما بالنسبة إلى البعض الآخر إذا شك فيه الثاني ان ما ذكره من أن عموم الأزمان في القسم الأول تابع للافراد فإذا خرج بعضها لا يبقى محل للعموم بالنسبة إلى أزمان ذلك الفرد فيه أولا ان هذا لا دخل له بالمطلب فإنه لا يوجب عدم كون الأزمان في حدان نفسها منظورة في العموم وشمولة وخروج الفرد يمكن ان يكون من الرأس و ح لا يبقى محل للعموم الأزمني بالنسبة إليه ويمكن ان يكون بالنسبة إلى بعض الأزمنة فان قلت فعلى هل الفرد خارج أو داخل قلت خارج بلحاظ بعض الأزمنة داخل بلحاظ بعضها الآخر ولا يلزم من ذلك ملاحظة الأزمنة متعددة وعلى وجه الاستقلال إذ يمكن لحاظ كل جزء على وجه الاستقلال وعلى وجه التبعية

والبعضية وعلى التقديرين فهو ملحوظ والحاصل ان اللحاظ

(٤٨)

قسمان ولا فرق بينهما في مشموليته للعموم وثانيا ان الحال في القسم الثاني أيضا كك إذ قوله أكرم العلماء كل يوم بمنزلة أكرم زيدا كل يوم وعمروا كل يوم وهكذا فلو خرج زيد عن العموم لا يمكن بقاء أزمته فالأزمة فيه أيضا تابعة للأفراد والسر فيه أن القضية المذكورة في الحقيقة مشتملة على عمومين عموم افرادي غيرا زماني وهو بالنسبة إلى زيد وعمرو وعموم افرادي أزماني وهو بالنسبة إلى افراد الأزمة والثاني في طول الأول لا في عرضه حتى يكون هناك عموم واحد افرادي كما يظهر من بيان المصنف حيث جعل أكرم زيد يوم الجمعة فردا من العام واكرامه يوم السبت فردا اخر وهكذا بالنسبة إلى بقية الافراد وبقية الأزمات فإنه خلاف ظاهر اللفظ وخلاف متفاهم العرف فان المستفاد من العبارة المذكورة في العرب ما ذكرنا من كون العموم الأزماني عموما اخر في طول العموم لا رجوعهما إلى عموم واحد افرادي وإذا كان كك فكما انه لو علم بخروج بعض الأزمنة بالنسبة إلى بعض الافراد لا يضر بدخول بقية الأزمنة فكك الحال في القسم الأول وكون الأزمة افرادا أو أبعاضا لا دخل له بالمطلب ففي القسم الثاني أيضا إذا خرج بعض الأزمنة بالنسبة إلى بعض الافراد وبقي بعضها الاخر نقول إن هذا الفرد خارج عن العموم (الأول؟؟) الافرادي وداخل فيه كل بلحاظ ولا بأس به فلا يضرنا ما التزمناه في القسم الأول من أن الفرد خارج وداخل بلحاظ اجزاء الأزمة الثالث ما ذكره من أن الزمان في الثاني قيد وفي الأول ظرف فيه أنه يمكن ان يجعل في الثاني أيضا ظرفا ويكون تعدد الافراد من جهة أخرى لا من جهة تقييدها بكل واحد من الأيام فيكون الملحوظ اكرامات عديدة بعدد الأيام مع كونها ظرفا بان يكون المشخص لكل فرد فرد من الاكرامات امرا اخر غير الزمان فليس تعدد الملاحظة دائرا مدار القيدية والظرفية بل يمكن ان يقال كل أعم من كل والحاصل ان مناط الفرق على ما ذكره تعدد اللحاظ سواء كان من جهة كون الزمان قيدا أو كان من جهة أخرى فلا وجه لما ذكره من أن المناط كون الزمان في الأول ظرفا وفي الثاني قيدا فتدبر الرابع ما ذكره قده من أنه لو اغمض عن العموم أيضا في القسم الثاني لا يجوز التمسك بالاستصحاب أيضا فيه أن مدار الاستصحاب على ملاحظة دليل المخصص لا العام لان مجرد كون العام منحلا إلى احكام متعددة بعدد الأزمان لا يستلزم كون دليل الخاص أيضا كك فيمكن ان يكون الزمان قيدا كثيرا في العام مع كونه ظرفا في الخاص فقوله أكرم العلماء كل يوم لا يستلزم ان يكون قوله لا تكرم زيدا أيضا مثله في كون يوم الجمعة قيدا ويوم السبت امرا اخر غيره بل يجوز ان يكون الموضوع في الثاني نفس اكرام زيد مع عدم التقيد بالزمان فإذا فرض كون حرمة الاكرام في يوم الجمعة معلومة وفي السبت مشكوكة يمكن التمسك بالاستصحاب ولا يكون من اسراء حكم موضوع إلى موضوع اخر والحاصل ان الاستصحاب تابع الدليل المستصحب دون ما يكون دليل المستصحب مخصصا له فتعدد الملاحظة في الثاني وكون الزمان ملحوظا فيه على وجه القيدية لا يستلزم التعدد في الأول

بل يمكن ان يكون الامر بالعكس أيضا بان يكون الحكم في العام مع وحدة اللحاظ وملاحظة الزمان ظرفا وفي المستصحب بعكسه وهو كونه على وجه القيدية فالعام بالنسبة إلى دليل المستصحب كساير الأدلة بالنسبة إليه فكما أن جعل الزمان قيذا في قوله أضف الشعراء في كل يوم لا دخل له بقوله لا تكرم زيدا يوم الجمعة كك قوله أكرم العلماء ومجرد كونه مخصصا له لا يوجب اتحادهما في اللحاظ إذ لا يتفاوت الحال في قوله لا تكرم زيدا بين وجود قوله أكرم العلماء حتى يكون مخصصا له وعدمه وهذا واضح جدا الخامس مقتضى ما ذكره عدم امكان إرادة العموم بالنسبة إلى بقية الأزمان فيما لو خرج بعض الأزمنة في القسم الأول لأن المفروض ان المجموع فرد واحد وقد خرج عن العموم ولا فرق في ذلك بين ان يكون الخارج أول الأزمنة أو وسطها أو اخرها وعلى هذا فقوله تعالى أوفوا بالعقود لا يمكن ان يشمل البيع لان زمان خيار المجلس خارج فلا يمكن بقاء البقية الا ان يكون بيع لا يكون فيه خيار المجلس من جهة الاسقاط في العقد أو غيره بل لازمه عدم شموله لشيء من الافراد التي فيها خيار بأي وجه كان ولو بعد ستة بل ولو في اخر الدهر فلو باع واشترط الخيار بعد الف سنة لا يكون هذا البيع مشمولا لقوله تعالى أوفوا بالعقود لكان خروج ما بعد الألف وهو فرد واحد مستمر لا يمكن ان يتبعض بمقتضى ما ذكره وهذا مما لا يمكن التفوه به و دعوى الفرق بين الأول والاخر وان العموم شامل إلى زمان الخروج وبعده لا يشمل وان كان له قدر متيقن كما ترى بقي شيء وهو ان المصنف جعل في باب الاستصحاب من الفرائد من قبيل القسم الثاني من العموم ما إذا قال أكرم العلماء ثم قال لا تكرم زيدا يوم الجمعة قال إذا لاستثناء قرينة على اخذ كل زمان فردا مستقلا فح يعمل عند الشك بالعموم وأنت خبير بان قوله يوم الجمعة يمكن ان يكون ظرفا فلا يكون قرينة على ما ذكره وعلى فرض كونه قيذا أيضا لا يلزم كون الزمان في العام أيضا كك إذ لا دخل لأحدهما بالاخر ولا ملازمة بينهما في ذلك كما لا يخفى ثم إنه قد جعل من قبيل القسم الأول مثل قوله لا تهن فقيرا حيث إن النهى للدوام ويمكن ان يقال عليه أيضا ان إفادة النهى للدوام ليس من جهة إرادة العموم الأزمانى بل هو من باب تعليق الحكم على الطبيعة فإنه إذا كان المطلوب ترك الطبيعة فلازمه الترك ابدا فليس ذلك من جهة ان الاستمرار ملحوظ فيه فلا دخل له بهذه المسألة نعم لو خرج بعض الأزمنة أمكن ان يقال مع ذلك بعدم جواز الاستصحاب لا من جهة استفادة العموم بل من جهة استفادة الاقتضاء من دليل النهى وان الطبيعة لمقتضى الترك خرج ما خرج وبقي الباقي فلا يكون من العام الزمانى لكن له حكمه هذا ولكن التحقيق عدم كفاية مجرد الاقتضاء الأبناء على القول بكفاية المقتضى في ترتب الحكم وإن لم يجر الاستصحاب وهو فاسد فمقتضى القاعدة التمسك بالاستصحاب حكم الخارج الا ان يقال لا فرق بين استفادة العموم من اللفظ أو من تعليق الحكم على الطبيعة فعلى الثاني أيضا يجوز الرجوع إلى العموم عند الشك بناء على المختار من عدم الفرق بين القسمين فالثاني نظير استفادة العموم من الاطلاق من باب دليل الحكمة ويتحصل من ذلك أن القسم الأول من العموم الأزمانى يكون على

أقسام إذ قد يكون العموم فيه استفادا من اللفظ كقوله أكرم

(٤٩)

العلماء ابدا وقد يكون مستفادا من دليل الحكمة وقد يكون مستفادا من تعليق الحكم على الطبيعة ثم إن حال أدلة حل الأشياء أيضا حال النواهي كقوله الغنم حلال أو الملح حلال إذ هي أيضا من تعليق الحكم على الطبيعة فبناء على التوجيه الذي ذكرنا يمكن عدها من قبيل القسم الأول من العموم ولعلمه إليه نظر من عدها منه بل يظهر من المصنف أيضا ذلك إذ لا فرق بينهما وبين دليل حرمة بعض الأفعال وقد عده من قبيل القسم الأول فيلحقها حكمه على مختاره وكذا على مختارنا فيجوز الرجوع إليها عند الشك بناء على مختارنا ولا نرجع إلى الاستصحاب فتدبر قوله يظهر فساد دفع الخ أقول الدافع صاحب الجواهر قوله فساد ما قيل في الأصول أقول القائل هو العلامة الطباطبائي لكنه خص ذلك بالاستصحاب المخالف للأصل قال إن الاستصحاب المخالف للأصل دليل شرعي مخصص للعمومات إلى أن قال ولذا ترى الفقهاء يستدلون على الشغل والنجاسة والتحريم بالاستصحاب في مقابلة ما دل على البراءة الأصلية وطهارة الأشياء وحليتها ومن ذلك استنادهم إلى استصحاب النجاسة والتحريم في صورة الشك في ذهاب ثلثي العصير وفي كون التحديد تحقيقيا أو تقريبا وفي صيرورته قبل ذهاب الثلثين دبسا إلى غير ذلك وقد وجه المصنف في الاستصحاب كلامه بان مراده من العمومات بقريئة تخصيصه الكلام بالاستصحاب المخالف هي عمومات الأصول وبالتخصيص ما يعم الحكومة و ح فكلامه موجه وليس من تخصيص الاستصحاب للعموم الاجتهادي حتى يرد عليه انه أصل عملي الا محل له في مقابل الدليل وهذا توجيه وجيه وان كان أول كلامه أيبا عنه وهذا ويستثنى من عدم جواز العمل بالاستصحاب في مقابل العموم ما إذا كان جاريا في موضوع المخصص كما إذا قال أكرم العلماء كل يوم وقال أيضا لا تكرم الفساق وكان زيد فاسقا يوم الخميس ثم شك في بقاء فسقه يوم الجمعة فمقتضى العموم اكرامه ومقتضى استصحاب الفسق العدم الا ان هذا في الحقيقة ليس من تخصيص العموم بل اثبات موضع المخصص وهو الدليل الاجتهادي فرفع اليد عن العموم انما هو بقوله لا تكرم الفساق والاستصحاب مثبت لموضوعه فان قلت ما الفرق بينه وبين ما نحن فيه من تخصيصه للعموم فان فيه أيضا الاستصحاب مجر للدليل المخصص في اللاحق مثلا إذا قال أكرم العلماء كل يوم وقال لا تكرم الفساق وكان القدر المتيقن منه حرمة الاكرام يوم الخميس وشك فيها في يوم الجمعة فان أصالة بقاء حرمة الاكرام تعميم دليل المخصص وهو قوله لا تكرم الفساق ولعله إلى هذا نظر العلامة الطباطبائي فالممنوع من تخصيص الاستصحاب للعموم ما إذا كان مخصصا بنفسه لا مجريا للدليل الاجتهادي المخصص وفي الحقيقة لا فرق بين تعميم موضوع المخصص بالاستصحاب كما في الصورة الأولى وتعميم حكمه كما في هذه الصورة قلت الفرق ما أشرنا إليه من أن في الصورة الأولى المخصص هو الدليل الاجتهادي وإلا فلا معارضة بين جريان استصحاب الفسق من حيث هو ووجوب اكرام العلماء عموما بخلاف هذه الصورة فان الاستصحاب بنفسه معارض للعموم و مخصص له فان حرمة الاكرام الذي هو مفاد الاستصحاب ينافي وجوبه الذي هو مفاد

العموم فإذا رفعنا اليد عن العموم فقد رفعنا بواسطة الاستصحاب الذي هو أصل عملي لا محل له مع وجود الدليل الاجتهادي والسر انه بعد جريان الاستصحاب أيضا لا يكون المخصص قوله لا تكرم الفساق لان الاستصحاب ليس كاشفا عن سعة دائرته واما في الصورة الأولى فهو محقق الموضوع الدليل ومثبت لأعميته في اللب وإن لم يكن بنحو الكشف بل بنحو الحكومة فهو متصرف في الدليل المخصص في الصورة الأولى بنحو الحكومة فكأنه كاشف عن سعة دائرته بخلاف هذه الصورة فإنه ليس حاكما عليه أيضا حتى يكون كاشفا حكما أيضا بل هو بنفسه معارض غاية الأمر انه لا يتحقق مورد الا إذا كان هناك دليل دال على الحكم في الزمان السابق فالفرق بين الصورتين بين قوله واما على التحقيق الخ أقول التحقيق ان تحقيق الموضوع غير مبنى على المدقة بل الميزان فيه العرف على ما حققه المصنف في الأصول ومن المعلوم انهم يجعلون الموضوع في المقام الشخص المغبون أو الشخص المتضرر في المعاملة إذا لموضوع عندهم مغروض المستصحب لا ما جعل موضوعا في القضية بل أقول يمكن ان يصدق عرفا بقاء الموضوع ولو كان الحكم في الدليل معلقا على المتصف بوصف عنواني كما إذا قال الماء المتغير نجس فزال التغير فإنه لو شك في بقاء النجاسة يمكن الاستصحاب بجعل الموضوع نفس الماء لا هو بوصف انه متغير إذا لنجاسة عارضة لنفسه والتغير عله للعروض والحاصل انه يكفي بقاء مغروض المستصحب وان ارتفع سائر القيود التي يحتمل مدخليتها في الحكم إذ معه لو أبقي الحكم السابق لا يقال إنه من اسراء حكم موضوع إلى موضوع اخر فيصدق على ابقائه البقاء وعلى عدمه النقص عند العرف قوله الا ان يدعى الخ أقول يعنى انه على هذا لا شك في الحكم ولا في الموضوع إذ هو معلوم الارتفاع فالحكم أيضا مرتفع وانه لا شك في الموضوع بل هو مقطوع بعدم فلو شك في الحكم لا يمكن اثباته بالاستصحاب لعدم بقاء الموضوع ولا يجرى فيه المسامحة بخلاف ما لو كان المدرك الاجماع فان الموضوع وان كان مشكوكا الا انه يمكن احراز بقاءه بالمسامحة فيستصحب الحكم فتدبر قوله بعض المعاصرين الخ أقول لا يخفى ان كلام هذا البعض وظني انه الشيخ أسد الله التستري قده في غاية المتانة ومحصله ان المسألة مبينة على وجود العموم الزماني وعدمه فان قلنا به نرجع إليه ونحكم بالفورية وان قلنا بعدم نرجع إلى استصحاب الخيار وهو ممن لا يفرق بين قسمي العموم كما على المختار ووجود العموم مبنى على ملاحظة ان معنى الوفاء العمل بمقتضى العقد ابدا ولو بان يكون من جهة ان مفاد العقد الدوام فلا بد في صدق الوفاء من العمل به كك أو ان معناه ترتيب اثر الملكية في أول الوهلة ثم إن شان الملكية المطلقة البقاء ما لم يرفعها رافع فعلى الأول اللزوم انما يأتي من قبل العموم وعلى الثاني انما يأتي من قبل الاستصحاب فمع الشك في الخيار نرجع إلى العموم على الأول والى الحالة السابقة على الثاني وحيث إن الحالة السابقة في مقامنا هو الخيار فالأصل بقاءه وهو حاكم ومقدم على استصحاب بقاء اثر العقد ثم إنه اختار الوجه الأول لان مفاد العقد هو الدوام عرفا وبحسب قصد المتعاقدين فيكون معنى الوفاء العمل به ابدا ومراده من قوله لان

(۵۰)

حدوث الحادث مع زوال الخ ان اللزوم أو وجوب الوفاء الحادث من الأول اما لا يحكم ببقائه إذا زال علته الموجبة له أولاً واما إذا كانت باقية فلا وجه لعدم الحكم ببقائه وفي مقامنا علته هي المعاهدة على الملكية الا بدية وهي باقية فاللزوم أو وجوب الوفاء أيضا باق فلا حاجة في الزمان الثاني إلى الاستصحاب وحاصله ان وجوب الوفاء ليس أينا بل هو دائمي فالعموم موجود قوله مبني لطرح العموم الخ أقول هذا ما اختاره المصنف من الفرق بين قسمي العموم والقائل المذكور لا يفرق بينهما على ما هو مقتضى التحقيق فلا وجه للحكم بعدم المحصل لكلامه من هذه الجهة قوله فلا وجه للاغماض عن الآية الخ أقول بناء على كون الوفاء إلى الحصول وكون وجوبه أينا كما هو مقتضى الوجه الثاني لا مناص عن عدم التمسك بالآية وعن الرجوع إلى الاستصحاب فلا وقع للايراد عليه على هذا التقدير نعم التقدير خلاف الواقع والقائل أيضا اختار الوجه الأول هذا مع امكان تقوية الوجه الثاني بان الوفاء هو العمل بمقتضى العقد ونمنع ان مفاده الدوام بل مفاده الملكية المطلقة وقوله بعثك انما يفيد ملكية المشتري ومقتضى الملكية البقاء ومعنى قوله تعالى أوفوا اعملوا بمقتضى بمعاهدتكم وإذا لم يكن الدوام مأخوذا في المعاهدة فلا دلالة على العموم الزماني فيكفي في صدق الوفاء ترتيب اثر الملكية انا ما وبعده ويصير هذا المال كسائر أموال المشتري الا ان يكون هناك ما يقتضى جواز الرجوع وإذا شك فيه فالأصل عدمه وإذا ثبت جواز الرجوع فالأصل بقاءه لما ذكره القائل من ورود هذا الأصل على أصالة بقاء الملكية فتدبر قوله كما في جميع الأحكام المستمرة الخ أقول الفرق بين المقام وسائر الأحكام المستمرة ان في المقام المقتضى للاستمرار هو العموم وهو دليل اجتهادي ولا يجوز معه الرجوع إلى الأصل بخلاف سائر الموارد التي ثبت فيها استمرار الحكم من غير أن يكون هناك عموم دليل فان مجرد المقتضى ليس دليلا حتى يرجع إليه فلا بد من العمل بالأصل والحاصل ان العموم الموجود في المقام مانع عن الرجوع إلى الأصل لأنه رافع للشك فهو الدليل على العود يعد الانقطاع واما حيث لا عموم فلا دليل على العود قوله لما عرفت من أن الموضوع الخ أقول قد عرفت أن الميزان في تشخيص الموضوع هو العرف وهو محرز في حكمهم في المقام إذ هم يجعلون الموضوع في المقام شخص المغبون هذا مع أنه قد بين في محله ان الموضوع الذي لا بد من احرازه في جريان الاستصحاب معروض المستصحب لا موضوع القضية وهو باق في المقام قطعا إذا لمعروض لحكم الخيار والمحل له هو الشخص والضرر أو الغبن مناط في الحكم لا جزء للمعروض فالقيود المعتبرة في الحكم وان كانت قيودا للموضوع في الواقع وفي حكم العقل وجزء له الا انها ليست جزء من المعروض حتى في المداقة العقلية مثلا إذا قال الشارع الماء المتغير نجس فالتغير جزء للموضوع في لسان الدليل وفي حكم العقل الا انه ليس جزء للمفروض إذ معروض النجاسة نفس الماء والدليل الدال على وجوب بقاء الموضوع وهو استحالة انتقال العرض أو ثبوت الغرض بلا محل لا يقتضى أزيد من بقاء المفروض ففي جميع الموارد التي يحكم العرف فيها ببقاء

الموضوع على خلاف العقل أو خلاف لسان الدليل نقول الموضوع باق حقيقة وفي حكم العقل من غير حاجة إلى المسامحة وفي حكم العرف فان العقل أيضا حاكم بان المعروض للنجاسة نفس الجسم والمفروض ان الذي يجب بقاءه هو هذا دون موضوع القضية فان قلت السرف في وجوب بقاء الموضوع انه لولاه لا يصدق البقاء والنقض قلت نعم ولكن صدقهما دائر مدار المعروض كما لا يخفى فالتحقيق ان يقال إن

الخيار فوري بناء على ثبوت العموم الزماني ولو كان القسم الأول منه ومع عدمه أو الاغماض عنه فمقتضى القاعدة تراخيه لاستصحاب الخيار سواء كان المدرك الاجماع أو الخبر أو قاعدة الضرر أو غيرها نعم على القول بعدم حجية الاستصحاب في الشك في المقتضى نرجع مع عدم العموم إلى أصالة اللزوم الثابتة بغير العموم من الاستصحاب أو غيره قوله وفيه تأمل أقول وذلك لمنع كون مجرد جواز التأخير ضررا مع فرض ان الغابن غير ممنوع من التصرف في زمان الخيار حتى الناقل والمتلف قوله هذا هذا المؤيد الأخير أقول يعنى به لزوم الضرر على فرض التراخي وانما استثناه لان مقتضاه كما سيشير إليه أوسع من الفورية العرفية بمعنى ان معه يجوز التأخير وان خرج عن الفورية العرفية لعدم الضرر في التأخير بهذا المقدار وانما يلزم الضرر بناء على تسليمه لو جاز التأخير إلى الأبد قوله لكن الذي يظهر التذكرة الخ أقول يمكن ان يقال بالفرق بين خيار العيب هذا الخيار فإنه مستند إلى النص ويمكن دعوى شموله للتأخير أزيد من الفور العرفي بناء على عدم الاخذ باطلاقه واما بناء على الاخذ باطلاقه فالحكم جواز التأخير مط والى الأبد وهذا بخلاف المقام وان الخيار فيه غير مستند إلى النص الخاص حتى يقال بشموله مع التأخير أزيد من الفور العرفي فقول العلامة هناك لا يدل على القول به في المقام أيضا فتدبر قوله ثم إن الظاهر الخ أقول هذه الفروع انما تتم بناء على كون مدرك الخيار قاعدة الضرر واما بناء على التعبدية فيشكل عدم السقوط بالجهل والنسيان ونحوهما من الاعذار إذا قلنا بالفورية كما هو واضح فان الجهل بالحكم الشرعي لا يوجب تغييره عما هو عليه ثم إن المراد من الجاهل هو الغافل لا الملتفت بقريئة ذكره للشاك بعد ذلك قوله ويشكل بعدم جريان الخ أقول يمكن منعه فان الضرر مستند ح إلى الشارع لا إلى اقدمه ان اقدمه انما هو بتخييل بقاء الخيار نعم لو كان محتملا للفورية أمكن صدق الاقدام بترك المبادرة ح قوله وحكى عن بعض الأساطين الخ أقول لعله من جهة ان مدرك ذلك الخيار غير قاعدة الضرر فليس المناط واحدا قوله فالأقوى القبول أقول وذلك لأصالة عدم العلم لكن لا يخفى عليك انه لو كان المناط في الفورية كون الموضوع هو المتضرر العاجز فأصالة عدم العلم لا تثبت ذلك فالأقوى بناء عليه عدم القبول لأصالة عدم تأثير الفسخ قوله ففيه انه لا داعى إلى اعتبار الخ أقول هذا الايراد وارد على العلامة من جهة ان محل كلامه حق الشفعة وهو ليس من باب الضرر واما في مقامنا فمقتضى القاعدة عدم السماع الا مع وجود

ظاهر معتبر لما عرفت من أن أصل عدم العلم لا يثبت الموضوع وهو كونه متضررا عاجزا
قوله فافهم أقول لعله إشارة إلى منع صدق الاقدام على الضرر

(٥١)

بمجرد ذلك هذا واما المكروه على ترك المبادرة فالظاهر بقاء خياره اما بناء على كون المدرك قاعدة الضرر فواضح واما بناء على كونه تعديدا فلحديث رفع الاكراه وقد مر سابقا ما يمكن ان يقال فيه في خيار المجلس فراجع ثمة قوله مظنة الضرر أقول مقتضى قاعدة الضرر كفاية تأخير أحد الامر بن من الثمن والمثمن اما الأول فلضرر الصبر واما الثاني فلضرر والضمان بل لازمها ثبوت الخيار للمشتري أيضا في بعض الصور الا ان يقال إن حرج بالاجماع والانصاف عدم كون مدرك الحكم قاعدة الضرر لاعتبارهم في الاعتبار خصوصيات لا تناسب الا التعبدية من جهة الاخبار والاجماع وكون القاعدة (مخصصة) مختصة بالدليل بعيد فتدبر قوله كما فهمة في المبسوط أقول يمكن حمل كلام الشيخ أيضا على نفى اللزوم فمراده بطلان البيع من حيث لزومه بقرينة كلامه في سائر كتبه حيث قال فيها بالخيار خصوصا الخلاف الذي نسب فيه الخيار إلى اجماع الفرقة واخبارهم قوله الا ان فهم العلماء الخ أقول الانصاف يقتضى ما ذكره صاحب الحدائق إذ فهم الأصحاب لا يكفي في صرفها عن ظاهرها ما لم يكشف كشافا قطعيا عن القرينة وظهور قوله عليه السلام لا يبيع له في الاختصاص ليس بحد يكون دليلا على التخصيص حتى يقتضى ما ذكره المصنف من إرادة الخيار من جهة عدم قابلية الصحة للتبعض بخلاف اللزوم وعلى فرضه فلا يرفع اليد عنه بما في رواية ابن يقطين لا يبيع بينهما لامكان ان يقال يصدق النسبة إليهما بلحاظ أحدهما ومن ذلك يظهر ان قوله فلا أقل من الشك ليس في محله إذ لا وجه للشك بعد ظهور الاخبار في البطلان غاية الأمر حصول الظن من ذهاب المشهور على خلافها وهذا لا يقتضى الاجمال قوله ليس من قبيل أقول الظاهر كون اللزوم من قبيل الفصل للصحة إذ معناها النقل والانتقال وحصول الملكية ومن المعلوم ان اللزوم من انحاء وجوده الملكية لامر اخر مقارن لها نظير المنع من الترك بالنسبة إلى الجواز والرجحان فكما انه لا يعقل انشاء الجواز بدون أحد الفصول فكذا لا يعقل انشاء الملكية بلا لزوم أو جواز فالأولى ان يقال إذا منك في قيام فضل اخر مقامه فالعرف يسامح في صدق البقاء وان كان بالدقة العقلية مقطوع الارتفاع الا ترى انهم يحكمون بالبقاء إذا علموا بقيام فصل اخر فكذا يصدق عندهم الشك فيه مع الشك فيه ثم إنه يمكن الاستشكال في هذا الاستصحاب بأنه يحتمل ان يكون البطلان من أول العقد بان يكون التأخير كاشفا عن عدم الصحة من الأول كما هو ظاهر الاخبار إذ ظاهر قوله لا يبيع له عدم ذلك البيع الذي صدر منه أو المنع لذلك البيع ولذا يفهم من هذه الأخبار كون النماء المتخلل للبايع كما يفهم كون نماء الثمن للمشتري وإذا احتمل البطلان من الأول فليس هناك متيقن سائر فان قلت يكفي الصحة التعليقية قلت المعلق عليه القبض في الثلاثة لا مطلق القبض فلا يمكن بعد الثلاثة حصول المعلق عله فتدبر قوله لكن في الرياض الخ أقول الانصاف يقتضى ما ذكره إذ الاخبار ظاهرة في كون المدار عدم قبض الثمن بل عدم مجيئه به سواة فض البيع أم لا خصوصا إذا قبض وترك عند البائع

ورواية ابن يقطين لا يمكن الاستدلال بها لمكان الاحتمال المذكور في كلام المصنف وكون استعمال البيع بالتسديد مفردا نادرا ممنوع واجراء أصالة عدم التشديد كما نرى لأنهما متباينان واجراء أصالة عدم المد أيضا كك مع أن بين المقامين فرق إذ لفظا البيع والبيع متباينان قطعاً لاختلاف هنا بخلاف البكاء مقصوراً وممدوداً إذ الممدود هو المقصود مع زيادة حرف في اخره هذا مع أنه على قراءة التخفيف يمكن ان يقال إن قبض البيع كناية عن اعطاء الثمن لجريان العادة بعدم الاخذ الا بعد قبض المبيع قوله فالظاهر عدم الخيار أقول بل ينبغي انقطع به لان المدار في الاخبار على عدم مجيئه بالثمن فممنوع بذله لا خيار وإن لم يقبضه البائع قوله وجوه رابعها الخ أقول لو كان المدرك واشترط عدم قبض المبيع قوله فان قبض بيعه في رواية ابن يقطين فالأقوى سقوط الخيار لصدق القبض وكون المدار على رفع الضمان ممنوع إذا لحكم تعبدي وليس من جهة قاعدة الضرر وعلى فرض الاعتماد عليها أيضا نقول إن مجرد رفع الضمان لا يكفي في سقوط الخيار لبقاء الضرر بعد وما ذكره المصنف من حكاية المقاصة فيه منع جوازها بمجرد التأخير هذا المقدار مع عدم الامتناع الاعطاء إذ موردها صورة امتناع من عليه الحق عن الأداء وعلى فرض جريانها فاللازم عدم الخيار أصلاً لامكان دفع الضمان أيضا بالمقاصة والحاصل ان الضمان وعدمه ليس مناطاً في المطالب ولو على قاعدة الضرر إذ ضرر الصر أيضا ضرر والمقاصة وان كانت رافعة لهذا الضرر فهي رافعة لضرر الضمان أيضا قوله ولو مكن المشتري الخ أقول الأقوى عدم كفاية التمكين في سقوط الخيار ولو قلنا بارتفاع الضمان لان المدار صدق قبض المبيع بناء على دلالة رواية ابن يقطين على ذلك كما هو المفروض قوله وربما يستظهر أقول المستظهر صاحب الجواهر واستظهاره في محله لان الترك عند البائع أعم من صورة التمكين وعدمه فيقتضى عموم الحكم ولا وجه لحمله على خصوص صورة عدم التمكين بل يمكن دعوى شموله لما إذا قبضه ثم تركه عند البائع حتى يجئ بالطن قوله وجوه أقول أقواها الأول لان ظاهر قوله فان قبض بيعه قبض تمام المبيع فما لم يقبض تمام لا لزوم لكونه معلقاً على قبض تمام فتدبر قوله وفيه نظر أقول لعدم حجية فهم أبي بكر مضافاً إلى ضعف الرواية فلا تصلح للاستدلال قوله لظهور الاخبار في اشتراط الخ أقول بل قد عرفت أن المدار في الاخبار على مجيئه بالثمن ولا يصدق في المفروض الا ان يقال إن اتيانه طريق إلى الأصول والمدار كونه تحت يد البائع ولذا لو فرض كونه مقبوضاً له قبل ذلك أو في ذمته لا يحتاج إلى شيء اخر من اذن أو لا غيره أقل من الشك والأصل اللزوم واما دعوى بقاء الضرر بضمان المبيع فقد عرفت عدم كون المدرك قاعدة الضرر والا فهي جارية حتى بعد قبض الثمن بالاذن أيضا قوله فتأمل أقول لعل وجهه ان الوجه المذكور لا يقتنى التعبير بما ذكر خصوصاً إذا كان موهما الخلاف المقصود بل كان يمكنهم ان يقولوا إذا لم يقبض البائع المبيع والا قبضه

المشترى الثمن فالأولى ان يقال في الجواب ان التعبير المذكور لا يدل على أن مجرد الوصول كان لان المتبادر من القبض في كلامهم ما كان بالاذن فتقوله أقواها الثاني أقول والمسألة متفرعة على الإجازة في الفضولي والحق هناك الكشف لأنها رضى

بذلك الامر السابق والأولى ان يقال وان قلنا بكونها كاشفة الا ان الحكم معلق على موضوع هو عدم المجئ بالثمن وهو صادق إذ على الكشف أيضا يحكم الا ان يتحقق القبض سابقا والا فالقبض غير متحقق بناء على اشتراط الاذن فيه نعم لو قلنا مقتضى القاعدة كفاية مطلق القبض

خرج به ما لم يرض به بالمرة فالقبض المصاحب للرضا ولو لاحقا داخل تحت لاطلاق كان له وجه ثم يمكن ان يقال إن قبض البايع للثمن رضا منه بالبيع والتزام به غاية الأمر انه لو كان باطلا لا يكفي لأنه كالا قبض واما مع لحوق الرضا والحكم بالصحة فيؤثر اثره فلو قلنا بالنقل أيضا نقول بعدم الخيار فتدبر

فتحصل ان الموضوع ان كان هو الاقباض في الثلث حسا فغير متحقق ولو على الكشف وان كان وصول الثمن إليه مع الرضا فهو متحقق ولو على النقل ولا دليل على اعتبار مقارنة الرضا فالابتناء على الكشف والنقل في الفرع المذكور غير تمام فتدبر واعلم أنه لو قبض في الثلاثة فبان الفرد المدفوع

مستحقا للغير لا يكفي في سقوط الخيار إذ هو كالا قبض حقيقة واما لو قبضه فبان مغيبا فلا خيار لأنه قبض حقيقة نعم له خيار العيب ولو فسخ للعيب أيضا لا مرتفع حكم القبض فلا يكشف عن خيار التأخير أيضا والتمر يظهر فيما لو اسقط خيار التأخير أو صالح عنه قبل الفسخ للعيب ثم فسخ فبناء على ما ذكرنا يبطل اسقاطه

وصلحه لعدم الخيار ح ولو قلنا إن الفسخ يوجب كون القبض كالا قبض يكشف عن صحة الاسقاط والصلح هذا إذا كان الثمن شخصا واما إذا كان كليا وكان الفرد المدفوع لعيبا ففسخ الوفاء فالظاهر أنه كالا قبض إذا كان ذلك في أثناء الثلاثة وإذا كان بعده فلا لان الفسخ نؤثر

من حينه فيصدق كون الثمن مقبوضا في الثلاثة ويحتمل كون الفسخ في الثلاثة أيضا كك لان الفرد المدفوع أوجب صدق القبض والبطالان انما هو من حينه وهذا هو الأقوى ودعوى أن الظاهر من القبض المستقر أو ما بحكمه مدفوعة بمنع ذلك الا ترى أنه لو اقبضه الثمن ثم غصبه منه يكفي في سقوط

الخيار فتدبر قوله مع أنه في الجملة اجماعي أقول و أيضا ان ظاهر الاخبار كون ابتداء الاجل من حين العقد ولازم التعميم جعل ابتداءه من حين انقضاء الأجل (وعلى هذا ولا فرق حين كون الاجل) قصيرا أو طويلا بل ولو كان ساعة الا ان يدعى ان مثل الساعة لا يعتنى به ويكون كما لأجل له ويجعل ابتداء المدة من

حين العقد فتدبر هذا ولو كان لبعض أحد العوضين اجله دون البعض الاخر فهل لكل حكمه أم يسقط الخيار مط وجهان حكى الثاني عن العلامة وولد وقواه في الجواهر والأقوى الأول الشمول الاخبار إذ غاية الأمر ان البعض الذي لا أجل له بمنزلة المقبوض وقد عرفت سابقا ان

قبض البعض لا يكفي في نفي الخيار قوله وكيف كان فالتأمل في أدلة المسألة الخ أقول
الانصاف يقتضى التعميم وليس في الفتاوى و
لا الأدلة ما يقتضى الاختصاص اما الأول فلمنع الاستظهارات التي ذكرها في الاختصاص
وعلى فرض ظهورها غايته السكوت عن حال
الكلى فلا دلالة فيها على أن الحكم خاص بالشخصي لأنهم ليسوا بصدد بيان هذا المطلب
بل قد عرفت أنه نسب إلى الأكثر التعميم و أيضا الشهيد نسب
الخلاف إلى الشيخ فقط وعلى فرض ارادتهم التخصيص فليس بالغا حد الاجماع غايته
كونه اجماعا منقولاً ولا اعتبار به بل قال في الجواهر بعد ما
أسند اشترط التعيين إلى جماعة خلافا لاطلاق الأكثر و صريح المحكى عن القاضي بل عن
الاحتجاج بالاجماع فهو (مع اطلاق) معقد غيره وعموم النصوص الحجة في
الخروج عن الأصل انتهى ومع هذا كيف يمكن دعوى الاجماع أو الاعتماد على الاجماع
المنقول الموهون بما ذكر خصوصا مع دعوى القاضي
الاجماع على خلافه وان قال المصنف قده أظن الغلط في تلك النسخة وان النسخة
الصحيحة تقتضى الاجماع على التعيين واما الثاني فلان ما ذكره من اختصاص
قاعدة الضرر ممنوع إذ على فرض كونها دليلا نقول يكفي في لزوم الضرر ضرر الصبر عن
الثمن وإن لم يكن ضمان واما روايتا ابن يقطين وابن عمار فهو أعم من
الكلى والشخصي إذا لبيع بمعنى المبيع يصدق على الكلى أيضا ولذا رواية زرارة فان المتاع
أيضا يطلق على الكلى وعلى فرض الاختصاص بالشخصي عاينه عدم
كونه دليلا على التعميم ولا يضرنا واما رواية أبي بكر فشمولها للقسمين واضح ودعوى
عدم اطلاق الشئ على الكلى كما ترى واما ما ذكره من أن إرادة
خصوص الشخصي من لفظ الشئ بناء على تسليم كونه أعم ليس بحيث يحتاج إلى قرينة
فيمكن دعوى إرادة خصوص هذا ولا يمكن نفيه بأصالة عدم القرينة كما
في المجاز المشهور حيث لا يمكن نفي إرادة والحقيقية والمطلق المنصرف إلى بعض
افراده أو المطلق بأصالة العدم لعدم احتياجها إلى القرينة ففيه
انا فدعى ظهوره في الأعم ومجرد عدم حاجة إرادة الخاص إلى ذكر القرينة لا يكفي في
رفع اليد عن العموم إذ لا نسلم ان العموم من باب أصل عدم القرينة بل المدار فيه على
ظهور اللفظ في الأعم ولو لم يحتج إرادة الخاص إلى قرينة أو احتاجت ولم يجر أصالة
عدمها قوله وفيه بعد تسليم الخ أقول سيأتي من المصنف في احكام الخيارات
منع هذا الحكم لمنافاته لقاعدة السلطنة نعم يمكن تنميته بناء على كون الخيار حقا ثابتا
في العين لا في العقد ولازمه منع غير ذي الخيار عن التصرف أيضا لمنافاته
لحقه وسيأتي انشاء الله ان الخيار انما هو حق في العقد ولا يحدث من قبله حق في العين
فلا وجه له لعدم وجوب التسليم عليه مع أنه لو سلمنا كونه حقا في الغير
يمكن ان يقال إنه لا يمنع من وجوب التسليم لأنها ملك للآخر ويمكن الجمع بين الحقين
بالزامه بأحد الامرين من التسليم أو الفسخ فتأمل قوله وتسليم انصراف الاخبار
الخ أقول لا يبعد دعوى الانصراف وهو السر في عدم ثبوت الخيار إذا كان الثمن مؤجلا
لان تأخيره ح بحق ولذا لا يثبت أيضا إذا كان عدم اقباضه من جهة
امتناع البايع من تسليم العين فان قلت فعلى هذا لو كان تأخيره من جهة عدم وجدانه أو

لعدم امکان اقباضه يلزم عدم الخيار لان التأخير ح

(٥٣)

تحقق وكذا إذا كان من باب المقاصة عما على البائع من دين أو غيره مع أن الظاهر ثبوت الخيار لصدق التأخير وعدم الانصراف قلت مرادنا من كون التأخير حقا أو بغير حق إنما هو من تلك الحيثية أي حيثية وجوب تسليمه في حد نفسه لا مط فالتأخير في هذه الصور بغير حق من حيث المعاملة وإن كان جائزا من جهة أخرى فتدبر قوله كون مبدء الثلاثة من حين التفرق أقول يمكن منع اللزوم بعد كون الظاهر من الاخبار كون المبدء من حين العقد لأن مقدار بقاء المجلس مغتفر والا لزم بعد كون الظاهر على هذا القول سقوط هذا الخيار في غالب البيوع لمكان وجود خيار المجلس والحاصل ان خيار المجلس لما كان ملازما للغالب افراد البيع فاطلاق الاخبار يدفع مانعيته ويدل على أن عدم الحقية فيما بعد التفرق من بقية المدة كاف في الخيار وهذا بخلاف خيار الحيوان والشرط قوله الا ان يراد الخ أقول لا يخفى ان العرض دفع الاشكال الوارد على التوجيه المذكور من جهة خيار الحيوان وهذا لا يدفعه إذ مقتضى التوجيه المذكور عدم جريان خيار التأخير في بيع الحيوان مع أنه جار فيه حتى عند العلامة فقوله الا ان يراد الخ لا يرتبط بما قبله فتدبر والأولى الجواب عن الاشكال المذكور بان التوجيه إنما يتم في خصوص خيار الشرط إذ هو الذي يمكن ان يقال إنه بمنزلة تأجيل أحد العوضين بخلاف غيره من الخيارات التعبدية التي أثبتها الشارع تعبدا فإنها لا ترجع إلى اشتراط التأجيل فالتأخير فيها ليس بحق وإن كان جائزا شرعا إذ المراد من التأخير بالحق كما عرفت أن يكون بمقتضى المعاوضة ومن حيثيتها من جهة أخرى فتدبر قوله ولدلالة النص الخ أقول لا يخفى ان مقتضى هذا الدليل عدم الخيار بعد الثلاثة إذا كان الخيار ثابتا في الثلاثة ومقتضى الدليل الأول عدم الخيار حين ثبوت خيار اخر بعد الثلاثة إذ هو زمان الخيار فليس واردين على محل واحد ومن ذلك يظهر انه لا وجه لما ذكره المصنف ردا عليه من أن ضرر الصبر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار في الثلاثة إذا الدليل الأول لم يكن ناظرا إلى صورة كون الخيار في الثلاثة قوله ولا تقييد الحكم بالسبب أقول يعنى ان التأخير سبب المطلق الخيار لا للخيار الجائي من قبل التأخير فلا بد ان يكون هناك الا اللزوم في الثلاثة والا لزم ان يكون التأخير سببا لخيار خاص وهو خيار التأخير قوله واما ما ذكره من عدم الخ أقول الوجه في عدم منعه مما ذكره المصنف ان عدم تقييد الحكم بالسبب لا يقتضى انحصار السبب في التأخير فلا ينافي وجود سبب اخر أيضا للخيار قبل هذا السبب ولازم هذا كون اللزوم في الثلاثة المستفاد من النص والفتوى هو اللزوم من جهة التأخير وبلحاظه هذا مع أن التقييد القهري حاصل البتة كيف وكل سبب إنما يقتضى مسببا خاصا به لكن هذا غير الانحصار الذي يقتضى ما ذكره المفصل فتدبر ثم إن لزم ما ذكره هذا المفصل عدم تحقق خيار مسبوق بخيار اخر إذا كان مدركه نص مثل المقام و أيضا لازمه عدم اجتماع خيارين في زمان واحد في سائر المقامات أيضا لان دليل كل يقتضى اللزوم لولاه واللزوم والظاهر عدم التزامه به الا ان يقال أنه يقول في صورة تعدد السبب بالنسبة

إلى زمان واحد بان السبب هو المجموع وفي صورة الترتب كما في المقام بعدم تأثير السبب الثاني كما التزامه ثم إن ما ذكره لو تم لا يدل على نفي الخيار الا إذا كان قبله خيار اخر متصل به فلا ينفى الخيار إذا كان منفصلا عنه مثل خيار المجلس المنقضي قبل الثلاثة إذ ح يكون البيع لازما قبل حدوث هذا الخيار ولا دلالة في النص على أزيد من أن يكون البيع لازما قبله قوله وعليه تقديره فيمكن الخ أقول و أيضا قد عرفت عدم منع الخيار في الثلاثة من هذا الخيار ودعوى أن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس قد عرفت منعها قوله ولا دلالة فيه الخ أقول يعني ان ظاهرها غير معمول به من جهة اقتضاءها كفاية عدم اقباض الثمن وان قبض المبيع مع أنك

عرفت اشتراط عدم قبضه أيضا أقول هذا يؤيد ما ذكرنا من تقوية عدم اشتراطه هذا واما حملها على صورة الاشتراط إلى شهر ففي غاية البعد نعم لا بأس بحملها على الاستحباب هذا مع أنها شاذة كما عن س ضعيفة السند كما عن لف وان قال في الجواهر انها نقي الدلالة مؤيدة بأصل اللزوم لكنه قال إن شذوذها

وغرابة اختصاص الأمة بهذا الحكم ولزوم الضرر بطول المدة يمنع من تخصيص العمومات بها فالعمل على المشهور وحملها على بيان منتهى الصبر طريق الجمع انتهى ثم إن ص الجواهر ذكر لهذا الخيار شرطا اخر وهو لا ان يكون المبيع ممن يعتقد على المشتري لان دليل الانعتاق يعارض دليل الخيار وإذا فرض ترجيحه عليه فلا يبقى وجه للخيار وليس هذا كالتلف والتصرف للذين لا ينافيانه فيرجع فيهما بعد الفسخ إلى المثل أو القيمة بخلاف المقام فإنه لا يمكنه ارجاع المبيع لما فاته للانعتاق قلت تمام الكلام قد مضى في خيار المجلس قوله من ظهور قوله فان الخ أقول و أيضا من دعوى الاخبار إلى كون التأخير

بغير حق ومقدار المجلس بكون التأخير فيه حقا فلا بد من جعل الابتداء بعد التفرق لكنك عرفت رفع هذه الدعوى سابقا قوله وهذا هو الأقوى أقول هو كك وفاقا لص الجواهر أيضا خلافا لما نسبته إلى ط الشينخين والسيدتين والقاضي والديلمي والحلي ولف والتحرير ثم لو فرض عدم ثبوت

خيار المجلس باسقاط أو شرط سقوط أو نحو ذلك فلا ينبغي التأمل في جعل المبدء من حين العقد واحتمل في الجواهر جعله من حين التفرق أيضا وهو لازم ما ذكره المصنف وجهها لهذا القول من دعوى ظهور قوله فان جاء الخ في كون مدة الغيبة ثلاثة لكن فيه ما لا يخفى إذ لو كان المستفاد هذا لزم جعل المبدء من حين صدق الغيبة وان كان بعد التفرق بمدة إذا لتفرق الذي هو غاية خيار المجلس لا يستلزم الغيبة ومن ذلك يظهر ان ما ذكرنا في وجه هذا القول من دعوى (الانصراف) أولى مما ذكره المصنف وإن لم يكن تماما أيضا قوله من أن السبب فيه الضرر الخ أقول يعني أنه يكون

من باب اسقاط ما لم يجب قوله ومن أن العقد الخ أقول هذا انما يتم إذا كان مراده اسقاط هذا المقدار من الحق الثاني والا فلو أراد اسقاط الخيار الفعلي فلا وجه له لعدم تحققه والحق جواز

اسقاط الخيار في محله بان يكون المنشأ سقوطه بعد الثلاثة وليس من باب اسقاط ما لم
يجب إذ لا دليل على وجوب كون المسقط متحققا حين انشاء (الاسقاط) العقد

(٥٤)

الا ان يقال إنه ح يرجع إلى التعليق وفيه أنه لا دليل على بطلان مثل هذا التعليق لان العمدة
 في دليله الاجماع المفقود في المقام نعم الظاهر تحققه
 فيما لو شاء قبل البيع سقوط الخيار بعده فإنه وان كان معقولا الا ان الاجماع قائم على
 بطلانه قوله ويشكل على عدم الخ أقول هذا انما
 يتوجه إذا فلما بعدم معقولية الاسقاط وإذا قلنا بعدم جوازه تعبدا أو لعدم الدليل فلا لأنه لا
 مانع ح من العمل بعموم أدلة الشروط ولا يعتبر فيها
 أزيد من معقولية السقوط فعدم القابلية الشرعية من جهة عدم الدليل لا يضر في الشرط ولا
 يصير من الشرط المشرع كما لا يخفى قوله وهو حس لو
 استند الخ أقول الانصاف انه لا حاجة مع التمسك للخيار بالاخبار إلى الاستصحاب لأنها
 مطلقة في نفي البيع المحمول على الخيار لأن مفادها انه لم
 يجئ بالثمن في الثلاثة فلا مع؟؟ له من اءحاء؟؟ به بعدها أولا فلا تغفل قوله واما إذا استند
 قو؟؟ أقول يمكن ان يكون مراده نفي الخيار من الأصل بناء
 على الاستناد إلى القاعدة لان المقروض عدم فسخه حال تضرره وهو الزمان السابق
 والفسخ حال بذل الثمن لا يدفع الضرر لا الماضي ولا الآتي على مامين
 ففي الصورة المفروضة لا فائدة في رفع اللزوم وح فالوجه فهدم جريان الاستصحاب عدم
 الحالة السابقة فان قلت لا معنى لعدم الخيار سابقا
 على البذل بعد فرض لزوم الضرر ومجرد عدم الا خدبه وعدم ونحه لا يمنع من ثبوت
 الخيار قلت إذا نبينا على أن القاعدة انما تقتضي ففي الحكم في مورد
 بنفع نفيه في ارتفاع الضرر فلازمه عدم جريانها في المقام أصلا كما في مسألة الوضوء
 الضري إذا كان جاهلا لان نفي الضرر لا يوجب عدم الوقوع فيه
 لأنه يقع فيه بمقتضى جهله بالضرر على ما ذكره المصنف في قاعدة الضرر وبتقرير اخر
 الضرر السابق قد اقدم عليه تبرك الفسخ وفي اللاحق لا ضرر لمكان بذل
 الثمن ويمكن ان يكون مراده نفي الخيار في خصوص زمان البذل فيكون البيع لا نفا بعد
 الخيار لعدم وجود مقتضيه لاحقا ويكون الوجه في
 عدم جريان الاستصحاب عدم الحكم الشك لان الحكم دائر مدار الضرر ففي السابق لما
 كان متحققا كان الخيار موجودا وبعد البذل يرتفع فيرتفع الخيار
 أيضا هذا ومع الاغماض عن ذلك نقول الموضوع غير محرر لاحتمال كونه هو المتضرر
 فعلا لا من تضرر ولو سابقا هذا ولكن الوجه الأول فاسد
 لأنه لا مانع من تحقق الخيار في السابق لان موضوعه وهو الضرر كان حاصلًا ومجرد عدم
 الاخذ به لا ينفع في عدمه ولا يعد من قبيل الاقدام على الضرر
 وما ذكره المصنف في مسألة الجهل بالضرر ممنوع أولا ولا دخل له بالمقام ثانيا فتأمل مع
 أن لازم الوجه المذكور ان يكون الخيار تابعا للفسخ بمعنى انه ان
 فسخ ثبوت الخيار وله إن لم يفسخ بكشف عن عدمه واما الوجه الثاني فيرد عليه أيضا منع
 دلالة نفي حديث الضرر على الدوام ان غاية الأمر إذ ارتفع الضرر
 لا يجرى القاعدة بمعنى ان الخبر ساكت عن حاله وهذا غير ما هو المقصود من الدلالة
 على العدم واما دعوى الشك في الموضوع على فرض عدم الدلالة
 على العدم فمدفوعة بان الموضوع انما يشخص بالعرف وهم يجعلون الموضوع في المقام

نفس البائع المتضرر والضرر عندهم علة محدثة للحكم كالتغير في الماء المتغير فان الموضوع للنجاسة نفس الماء لا النعير بوصف انه متغير ولذا لو حكم ببقاء الخيار وفي المقام وبقاء النجاسة بعد زوال التغير في مسألة الماء لا يعد عندهم اثباتا لحكم جديد في موضوع جديد وبتقرير اخر المدار في جريان الاستصحاب ان يكون القضية المتيقنة هي القضية المشكوكة كك والامر في المقام فان قلت معنى قوله صلى الله عليه وآله لا ضرر ان الحكم الضرري مرفوع فكأنه قال اللزوم الضرري مرفوع وهذا في قوة قوله المتضرر له الخيار والمفروض انه في المقام الزمان اللاحق لا يصدق عليه المتضرر فيلزم من الاستصحاب اثبات الحكم الثابت الموضوع (هو المتضرر موضوع) اخر وهو غير المتضرر قلت قولنا المتضرر له الخيار أو المتغير نجس يرد على وجهين أحدهما ان يكون المراد منه (المتضرر ما داء متضرر والمتغير ما دام متغيرا و ح لا يحتاج إلى بيان الغاية إذ هي ملحوظة في اعتبار المادامية الثاني ان يكون المراد منه) ما تلبس بالضرر أو التغير و ح يحتاج إلى بيان الغاية بان يقال إلى ساعة أو إلى أن يزول الضرر أو التغير والظاهر من القضية هو الوجه الثاني إذ اعتبار المادامية اعتبار زائد كما أن بيان الغاية اعتبار زائد فالمستفاد من القضية القدر المشترك بين ما يقبل التقييد بقولنا ما دام كذا وما يقبل التقييد إلى زمان كذا وعلى هذا فالموضوع ليس إلا المتصف بالوصف بمعنى المتلبس به والقضية ساكتة عن تقييد الحكم بأحد القيدين فإذا حكمنا ببقاء الحكم في الزمان الثاني لا يكون اثباتا للحكم في موضوع اخر ولو لم يكن الوصف متحققا فيه بالفعل ولا ينافي ما ذكر ما كون القضية ظاهرة في المتصف بالوصف العنواني فعلا لان اللازم من فعليته ليس أريد من تلبس الموصوف به في مقابل شأنية التلبس الا ترى انك تقول الزاني لا يدخل الجنة أو يجب اهانتة أو نحو ذلك لا مع أنه لا يلزم بقاء الصفة إلى حين الحكم وعلى هذا فقولنا الفاسق لا يستحق الاكرام أو العالم واجب الاكرام حيث يفهم منهما ما دام فاسقا أو عالما انما هو من باب القرينة الخارجية ومما ذكرنا ظهر عدم الحاجة إلى ما ذكرنا أولا من أن طريق تشخيص الموضوع هو العرف وهم يجعلون الوصف علة محدثة وان الموضوع عندهم هو الشخص وانه بناء على جعل الوصف أيضا يصح الاستصحاب ومحصله انه يستفاد من القضية القدر المشترك بين الاعتبارين السابقين ولازمه كون الموضوع مجرد من تلبس بالوصف من غير اعتبار امر زائد من قيد المادامية فتدبر قوله ولا يبعد دعوى انصراف أقول هذه الدعوى ممنوعة إذ لا إشارة فيها إلى الضرر فضلا عن جعل الحكم تابعا له وجود أو عدمه بل قد عرف أن مقتضى اطلاقها ثبوت الخيار بعد البذل أيضا من غير حاجة إلى اجراء الاستصحاب قوله الرابع اخذ الخ أقول بناء على كون الاعقاط؟؟ في هذه الصورة من باب دلالة الاخذ على الالتزام علما أو ظنا أو نوعا لا يكون قسما اخر بل داخل في الأول إذ الاسقاط أعم من أن يكون بالقول أو بالفعل ولذا لو فرض كون المأخوذ مستحقا للغير أيضا يكفي في لزوم البيع وان كان باطلا لأنه بأخذه له على وجه الثمنية كأنه انشاء اسقاط الخيار فهو

نظير البيع بقصد فسخ المعاملة إذا بان باطلا فإنه لا يوجب انفساخ المعاملة السابقة نعم يتم
جعله قسما آخر إذا قلنا إن نفس الاخذ

(٥٥)

التزام قهري ولو لم يكن قاصدا للاسقاط ولازمه عدم التأثير فيما لو بان مستحقا للغير لأنه ليس اخذا للثمن واقعا نظير بيع الثمن العين الموصى بها فإنه مبطل قهري للوصية ولو لم يكن ملتفتا إليها وإذا بان كونه باطلا لا يوجب الابطال أيضا لكن لا دليل على كونه مسقطا على هذا الوجه

إذ لا منافاة بين الاخذ وبقاء الخيار بخلاف مسألة الوصية فان صحة البيع منافية لبقاء الوصية إذ العين يخرج عن ملكه (بالبيع الذي يجوز له بمقتضى قاعدة السلطنة ولو كان مسبوق بالوصية إذ هي له توجب خروج العين عن ملكه) فلا مانع من البيع ولازمه بطلان الوصية لفوات الموضوع لها قوله لكن الأقوى الأخير أقول هو كك في صورة الالتفات إلى الحكم والموضوع لأنه كاشف عن

الاسقاط ح فعلا بمعنى ان كشفه فعلى وإن لم يحصل الظن الفعلي بإرادة الاسقاط فيكون من قبيل قوله أسقطت الخيار إذا لم يحصل منه الظن لمانع فإنه معتبر بناء على ما هو المختار من اعتبار الظواهر مط قوله وفيه أن سبب الخيار الخ أقول الانصاف ان مطالبة الثمن في الدلالة على الرضا

بالبيع نظير اخذ الثمن فيكون اسقاطا فعليا وعدم دفعه الضرر المستقبل لا ينافي ذلك فان الدلالة على الالتزام والكشف عنه لا يدور ان مدار رفع الضرر وعدمه فلا فرق بين الاخذ المطالبة من هذه الحيثية نعم لو حكمنا بالسقوط من باب الالتزام القهري لا من حيثية الكشف عن إرادة

الاسقاط ثم الفرق بينهما قوله ليس إلا دفع الضرر المستقبل أقول هذا ممنوع فان اسقاط الضرر السابق أيضا اسقاط للخيار لأنه كون سببا فيه والمطالبة بالثمن في معنى اسقاطه ولا يمكن الجمع بين اسقاطه وبقاء المستقبل فلا فرق بين المقام وسائر الخيارات فكما أن فيها يكون الخيار ثابتا بالعقد ويسقط بمطالبة الثمن فكذا في المقام فيكون ثابتا بالضرر السابق فيسقط بها الا ان يقال بمنع ثبوته سابقا أيضا كما احتملنا حمل كلامه سابقا

عليه قوله لعدم كونه تصرفا أقول لا يلزم ان يكون الدال على الاسقاط تصرفا بل يكفي فيه كل دال من فعل وقول قوله فتأمل أقول

لعله إشارة إلى أنه إذا بنينا على انصراف الاخبار المتواتر إلى صورة التضمر فعلا كما ذكره انفا فيكون الاخبار منطبقة على قاعدة الضرر فلا تشمل ما إذا كان الضرر باختياره بان لم يفسخ فيما بعد الثلاثة فورا بل تدل على عدم الخيار ح لعدم المناط وهو الضرر بلا اختيار منه فلا فرق بين مسألة الفور و

التراخي ومسألة بذل الثمن في عدم وجود المناط وان كان هناك من جهة ارتفاع أصل الضرر في المستقبل وهنا من جهة عدم كونه مستندا إلى الشارع

بل إلى سواء اختياره في ترك المبادرة هذا ولكنك عرفت منع الانصراف المذكور ولعمري ان ما ذكره في المقام بالتمسك بالظهور المذكور مؤيد

لما ذكرت سابقا من دلالة الاطلاق على بقاء الخيار ولو بعد البذل قوله لان الموضوع مستفاد الخ أقول أولا النص موجود في المقامين

وثانيا لا فرق بين النص الخاص وقوله صلى الله عليه وآله لا ضرر بعد ما علمت من أن المستفاد منه المتضرر له الخيار قوله واما للاستصحاب أقول التمسك

به مناف لمذهبه من عدم حجيته في الشك في المقتضى والتحقيق عدم جواز التمسك به في المقام مع قطع النظر عن كونه شكاً في المقتضى وعن اطلاق الاخبار أيضاً لكون المرجع عموم أوفوا بالعقود بناء على استفادة العموم الأزمانى منه حسب ما بينا سابقاً من عدم الفرق بين قسمى العموم فراجع فالوجه في التراخي هو اطلاق الاخبار المخصصة للعموم المذكور ثم إن الاشكال في الفورية وعدمها انما هو في صورة الالتفات واما إذا كان عدم المبادرة من جهة الجهل بالحكم أو الموضوع أو الغفلة عن أحدهما فالظاهر عدم الاشكال في بقاء الخيار قوله المستفادة من النص والاستقراء أقول اما الاستقراء فواضح واما النص فهو الخبر النبوي المعروف الخراج بالضمان و أيضاً بعض الأخبار الواردة في الرهن كخبر إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم ع قلت له الرجل يرتهن الرهن الغلام أو الدار فيصيبه الآفة على من يكون قال على مولاه ثم قال رأيت لو قيل قتيلاً على من يكون قلت فهو في عنق العبد قال الا ترى فلم يذهب من مال هذا ثم قال رأيت لو كان ثمنه مائة دينار فرار وبلغ مأتي دينار لمن يكون قلت لمولاه قال وكك يكون عليه ما يكون له فان الاستفادة من ذيله قاعدة كلية وهي ان من له الغنم فعليه العزم بل في نبوي اخر مشهور لا يعلق الرهن من صاحبه له غنمه وعليه عزمه لكن هذا الأخير لا عموم فيه هذا ولا اشكال في هذه القاعدة لان مقتضى الملكية ان يكون الضمان على المالك الا انها كما بينه المصنف لا تعارض قوله صلى الله عليه وآله كل مبيع تلف لأنه أخص منها والتحقيق في الجواب عنها انه لا منافاة بين مفادها والخبر بعد كون المراد من كون التلف من مال البايع ان البيع يفسخ قبل التلف انا ما إذ على هذا يكون المبيع للبايع لا للمشتري فلا يلزم ضمان مال الغير حتى يكون منافياً لقاعدة كون الخراج بالضمان فتدبر قوله والقاعدة الثانية الخ أقول التحقيق ان هذه القاعدة لا مجرى لها في المقام أصلاً ولو كان بعد القبض وذلك لأن المفروض تلف المبيع مع كون الخيار مختصاً بالبايع فضمان المشتري انما هو على القاعدة لأن المبيع ماله ومورد هذه القاعدة انما هو فيما لو تلف ما انتقل من غير ذي الخيار كما في تلف المبيع في خيار الحيوان حيث نحكم بضمن البايع لا ما انتقل إليه كما في مقامنا والحاصل ان القاعدة انما تجرى في مورد نحتاج في تطبيق الضمان على القاعدة إلى الحكم بالانفساخ قبل التلف انا ما وفي مقامنا ليس كك بل لو قلنا بالانفساخ ينعكس الامر إذ يرجع المبيع إلى البايع فالحكم بضمن المشتري له على خلاف القاعدة قوله منهم المقيد أقول وحكى عن سلال والشهيد في نكتة أيضاً وهنا قول ثالث بالتفصيل بين ما لو كان تلفه بتفريط من المشتري بان يكون البايع قد سلمه المبيع فلم يتسلم فالضمان عليه وبين ما لو كان بغير تفريط فعلى البايع حكى عن المختلف انه نسبه إلى ابن حمزة في الوسيلة ونفى عنه الأساس لكن يمكن ان يقال إن نظر الوسيلة إلى أن هذا قبض فيكون من التلف بعد القبض ويخرج

عن محل الكلام فيكون راجعا إلى ما عن الشيخ وجماعة من كفاية مجرد العرض على المشتري في القبض الراجع لضمان البايع ولذا أطلق في الوسيلة عدم ضمان البايع في هذه الصورة ولم يفرق بين التف في الثلاثة بعدها فعلى

(٥٦)

هذا ينحصر المفصل في لف فإنه خص الحكم بالتلف في الثلاثة فيظهر منه ان الوجه ليس تحقق القبض بل هو من جهة ان ما بعد الثلاثة يكون التقصير من البايع من جهة كونه قادرا على الفسخ بخلافه في الثلاثة في الصورة المزبورة إذا لتقصير منحصر بالمشتري والتحقيق انه لا يثمر في تحقق القبض ولا دليل على كون الضمان دائر مدار مثل هذا التقصير فاطلاق كون التلف قبل القبض على البايع بحاله الا ان يقال إن اخبار هذه القاعدة منصرفة إلى غير صورة تقصير المشتري فينتج ح تفصيل لف فتأمل فإنه على هذا لا فرق بين التلف في الثلاثة وبعده فينتج ما ذكره في الوسيلة وحاصله انه وإن لم يكن كافيا في صدق القبض الا انه رافع لضمان البايع ولعله مراد الشيخ والجماعة لأنه يصدق القبض بمجرد التمكين والعرض عليه قوله ولو مكنه من القبض الخ أقول يعني لو مكن البايع المشتري من القبض فلم يقبض فضمن البايع وعدمه مبني على كفاية مثل هذا التمكين في رفع الضمان كلية وعدمها والأقوى الكفاية فلا ضمان على البايع و لعل وجهه ما ذكرنا في الحاشية السابقة من انصراف اخبار التلف قبل القبض إلى غير هذه الصورة فيرجع فيها إلى عدم الفساد والغرر مرتفع بالتوصيف أو الالتزام ولا يعود بهذا الشرط بل هذا أقوى من اشتراط سقوط الخيار مجردا عن الأرش كما لا يخفى ولا يضر جهالة مقدار التفاوت مع امكان فرض العلم به حين العقد والى إلى مقتضى القاعدة من كون التلف من مال مالكة وهو المشتري في المقام بقي أمور أحدها ان المراد بالثلاثة أيام هو بياض اليوم ولا يشمل الليالي نعم الليلتان المتوسطتان داخلتان تبعا لا الأولى والأخيرة على ما مر في ثلاثة الحيوان الثاني لو لم يكن الثمن مؤجلا الا ان البايع اذن بعد البيع للمشتري في التأخير كان بحكم ما لو كان مؤجلا إذا لتأخير ح بحق فلا يثبت بالتأخير خيار الثالث لو ضمن الثمن ضامن سقط الخيار وان اخره ثلاثة أيام أو أزيد وكذا لو أحاله البايع على غيره لأنهما بمنزلة القبض بالنسبة إلى هذا البيع وكذا لو صالح عنه بشئ واخر اقباض ذلك الشئ وهذا واضح الرابع لو اختلفا في مضي الثلاثة كان القول قول المشتري وان كان ذلك من جهة الاختلاف في مبدء العقد ولو اختلفا في كون الثمن مؤجلا أو حالا أو في قبضه أو قبض المثلث كان القول قول البايع لأصالة عدم التأجيل وعدم القبض وكذا لو اختلفا في الاذن في التأخير أو اسقاط الخيار أو شرط سقوطه أو نحو ذلك مما يجرى فيه أصل العدم بعد تحقق المقتضى للخيار الخامس لا يجرى هذا الخيار في غير البيع من سائر المعاملات ويختص فيه بالبايع نعم هذا من حيث التعبد بالاخبار ولكن لو تحقق الضرر بسبب التأخير جرى في غيره وفيه بالنسبة إلى المشتري أيضا من جهة قاعدة الضرر بناء على كفايتها في اثبات الخيار على ما هو ظاهرهم وقد عرفت الكلام عليه في خيار الغبن قوله كما في مرسلة محمد بن أبي حمزة أقول ويدل على الحكم أيضا مرسلة ابن رباط عن الصادق ع على ما في الفقيه والعهددة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلى الليل وان احتمل انه من كلام الصدوق بل في الجواهر لعله الظاهر هذا لكن ويحتمل ان يكون المراد كون عهددة تلفه على البايع يوما إلى الليل

وبعد على المشتري من جهة تقصيره في الاخذ لا ان يكون المراد اثبات الخيار لكن يجب الحمل على إرادة الخيار بضميمة تلك المرسله مضافا إلى فهم العلماء فتدبر قوله ثم إن الظاهر أن شروط الخ أقول الظاهر أن هذا الخيار لا دخل له بخيار التأخير ولذا عده في اللمعة قسما اخر ان الظاهر أن المدار فيه على تأخير قبض المثلث والحكمة فيه دفع ضرر فساده عن البايع بمعنى كون التلف قبل القبض عليه فلو فرضنا قبض المثلث دون المثلث وكان تأخيره موجبا للفساد كان للبايع الخيار والحاصل ان هذا الخيار خيار تأخير المثلث في مورد خاص والخيار السابق خيار تأخير الثمن والحكمة في هذا دفع ضرر ضمان المبيع من جهة الفساد وفي السابق دفع ضرر الصبر عن الثمن فان قلت ظاهر قوله (ع) فان جاء بينه وبالثمن وبين الليل وإلا فلا بيع له كون المدار في هذا أيضا على تأخير الثمن قلت الظاهر أن هذا كناية عن قبض المثلث لان الغالب انه يقبض المثلث حين المحيى بالثمن والقرينة على ذلك ما هو الظاهر من حكمة الحكم خصوصا بملاحظة التمثيل بالفواكه والبطيخ والبقول في مرسل ابن رباط قوله ففي الحاقه بتغير العين وجهان أقول لا اشكال في عدم شمول الفساد في الخبرين للمقام فالمرجع قاعدة الضرر وعليها فالأقوى اللاحق لأنه يصدق عليه الضرر عرفا و ان كانت العين باقية كما كانت لان المناط فيه فوات المالية ولا فرق بين نقص العين والقيمة فالضرر صادق خصوصا في الأموال المعدة للتجارة قوله والمراد به الخيار الخ أقول يظهر من المصنف ان خيار الرؤية قسم من خيار الاشرط وظاهر اللمعة كونه نوعا اخر وهو ظاهر الخبر حيث جعل المدار على مجرد عدم الرؤية ويمكن تصويره بان يكون الشراء باعتقاد كون المبيع على كذا على وجه يرتفع الغرر من غير أن يجعله شرطا فظهر بعد الرؤية انه على خلاف ذلك هذا إذا قلنا إن الوصف راجع إلى الشرط والا فتصويره واضح إذ البيع مع الوصف الراجع للغرر صحيح وبخلافه يوجب الخيار مع عدم كونه شرطا فتدبر قوله لم يعلم وجه الاستشهاد به أقول أي بصحيح عبد الرحمن فإنه لا دخل له بالمقام لان قوله (ع) لا يصلح هذا دال على عدم صلاحية القسمة على هذا الوجه لا عدم صلاحية البيع ولا على اثبات الخيار ويمكن ان يكون مراد المصنف انه لم يعلم وجه الاستدلال بصحیحة زيد على ما نحن فيه كما هو ظاهر قوله قد ان المشتري لسهم الخ قوله ويكون له خيار الحيوان الخ أقول يبعده قوله إذا خرج فان خيار الحيوان غير معلق على الخروج بل يثبت بمجرد العقد فلا بد من حملها على خيار الرؤية سواء حملناها على بيع الحصاة المشاعة أو الكلى في المعين بعد تنزيلها على ما إذا كان البيع بالوصف لا برؤية القطيع فإنه إذا خرج على خلاف الوصف يكون الخيار فتقوله والظاهر الاتفاق الخ أقول قد يكون الخيار مختصا بالبايع كما إذا خرج المبيع زائدا على ما وصف أو الثمن ناقصا عما وصف وقد يكون مختصا بالمشتري كالعكس وقد يكون لهما كما إذا كان أحدهما ناقصا والاخر زائدا أو كان المبيع ناقصا من جهة زائدا من أخرى وكذا في الثمن والدليل على التعدي عن مورد النص وهو المشتري الاتفاق وحديث الضرر وتخلف الشرط بناء على كون الوصف راجعا إلى الشرط قوله وابعده منه دعوى عموم

الجواب أقول وذلك لأنه إذا حمل الخبر على الاحتمال المذكور يكون الجواب خاصا به فلا معنى لدعوى عمومته كيف ولو أمكن حمله على العموم مع اختصاص المورد لم يحتج إلى ارتكاب الاحتمال المذكور الذي هو في غاية البعد بل كان الصواب ان يقال إن المورد وان كان خاصا بالمشتري الا ان الجواب عام الا ان يكون غرض القائل العموم من حيث ترك الاستفصال مع قيام الاحتمال وفيه أيضا ما لا يخفى إذا لخبر كالنص في إرادة تقليب المشتري قوله مورد هذا الخيار بيع الخ أقول الظاهر جريانه في الكلى الخارجي كالصاع من الصبرة إذا لم يرها وكذا في الحصة المشاعة لقاعدة الضرر وتختلف الشرط بناء على رجوعه إليه بل يمكن تطبيق صحيحة زيد على أحدهما كما عرفت بل يمكن دعوى فهم المثالية من صحيحة جميل فكما انه يفهم منها عدم الفرق بين الضيعة وغيرها و أيضا يفهم منها عدم الفرق بين بيع البعض أو الكل إذا كان الكل مفروزا فكذا يفهم منها عدم الفرق بين البعض المشاع أو المفروز فتدبر قوله وربما يتراءى الخ أقول حاصل الاشكال ان مقتضى اعتبارهم ذكر ما يختلف الثمن باختلافه مخالف لمقتضى ما ذكره من اعتبار أوصاف السلم فكيف يدعون الاجماع على كل واحد منهما وحاصل الجواب ان المدار على الأول والمراد بالثاني الأوصاف المعتبرة مع قطع النظر عن مانع خارجي أو نقول إن في السلم أيضا يعتبر ذلك جميع ما يختلف الثمن باختلافه وفي صورة المانع نلتزم بعدم صحة السلم هذا ولكن التحقيق كما سيأتي ارجاع العبارة الأولى إلى الثانية بدعوى أنه يكفى ذكر ما يختلف الثمن بحسب أغراض الغالب باختلافه بحيث يرتفع الغرر العرفي قوله ثم إن الأوصاف الخ أقول هذا اشكال اخر وجوابه ما سيأتي في كلامه قده من الاكتفاء بما يرفع الغرر عرفا قوله مع انا علمنا أن الغرر الخ أقول لا معنى لا خصية الغرر العرفي من الشرعي إذ ليس له حقيقة شرعية بل هو موضوع عن في والخبر يدل نفى هذا الموضوع نعم ربما يقدم أهل العرف على ما يكون غررا من باب المسامحة لا انه ليس بغرر عندهم وقد نفاه الشارع و اما الموارد التي نحكم فيها ببطلان البيع مع قطع النظر عن صدق الغرر عرفا فهو من باب التعبد لا من جهة شمول خبر نفى الغرر أو نقول إن الغرور معناه مجرد الجهالة بان المبيع ماذا من حيث الجنس أو الوصف أو المقدار أو الشخص فجميع موارد البطلان داخل تحته حتى بيع أحدا الثوبين المتساويين في القيمة لأنه لا يعلم أن المنتقل إليه هذا أو ذاك والجهل بالقيمة ليس مناطا بالاجماع لان المدار على (معلومية) نفس المبيع وعدم الاحتمال فيه مع قطع النظر عن القيمة قوله وأشكل من ذلك أقول حاصله ان لازم اعتبار ذكر جميع ما يختلف الثمن باختلافه اعتبار الاطلاع عليها مع الرؤية أيضا مع أنهم لا يلتزمون به وحاصل الجواب كون المدار في المقامين على رفع الغرر العرفي ويكفى فيه الاطلاع على ما لا يقدم العقلاء على البيع الا مع الاطلاع عليه فليس المدار على تمام المدافاة ولا على المسامحات عند أهل العرف ولا على اقدم غير العقلاء قوله ثم إنه يمكن الخ أقول حاصله ان الأوصاف إن لم تذكر لزم الجهالة من حيث الوصف وان ذكرت كانت قيذا فيلزم الغرر من جهة الجهل بوجود المقيد بها فيرجع إلى غرر أعظم وهو غرر الوجود

قلت إن التقييد ان رفع جهالة الصفات فلا يلزم غرر اخر لان الجهل بالوجود المقيد من حيث إنه مقيد ليس إلا جهلا بالقيود وهي الصفات والمفروض العلم بها بسبب الذكر وإن لم يرفع تلك الجهالة فهي بعد باقية من غير حاجة إلى التشبث بغير الوجود مع أنه ليس غررا اخر بل هو عين الغرر من حيث الصفات وان أراد أن التقييد يستلزم ضيق الدائرة فينجر إلى غرة الوجود فهو كما ترى إذ يمكن كون ذي الوصف كثيرا أيضا والا لزم ذلك في توصيف الكلّي أيضا مع أنه لا اشكال في بيعه بالأوصاف والأولى ان يقال في تقرير الاشكال ان مجرد ذكر الأوصاف لا يستلزم رفع الغرر لعدم حصول العلم أو الظن بكون العين متصفة بها فهي بعد باقية على المجهولية فلا مدخلية للقيدية في لا اشكال ولا انه يرجع إلى غرر الوجود قوله ويمكن ان يقال إن اخذ الخ أقول لا فائدة للاشتراط في رفع الغرر ولا فرق بينه وبين التقييد إذ المدار على رفع الجهل بالأوصاف ومجرد الاشتراط لا يستلزم ذلك وان أراد أن مع الاشتراط لا يبقى احتمال الضرر الذي هو معنى الغرر لمكان كون تخلف الشرط موجبا للخيار ففيه ان الخيار لا يرفع الغرر كيف ولازم ذلك جواز بيع المجهول من جميع الجهات مع شرط الخيار بل لا معه أيضا لمكان خيار المجلس أو الحيوان في خصوص بيع الحيوان مع أنه على هذا لا فرق بينه وبين التقييد إذ معه أيضا اما يثبت الخيار مع التخلف أو يحكم ببطلان البيع فلا يلزم الضرر على أي حال قوله ويمكن ان يقال ببناء الخ أقول هذا لا يدفع الاشكال إذا لجهل لا يرتفع بذكر الأوصاف سواء كان الواصف هو البائع أو الثالث فالتحقيق ان يقال لا

نكتفي بمجرد ذكر الأوصاف بل لا بد من حصول العلم أو الاطمينان بصدق المخبر سواء كان على وجه القيدية أو الشرطية أو غير ذلك ولذا قلنا سابقا بعدم جواز الاعتماد على اخبار البائع بالمقدار الا مع الاطمينان وحملنا على ذلك اطلاق النص والفتوى وبالجملة مقتضى قاعدة نفى الغرر ما ذكرنا إذ من المعلوم ان مجرد ذكر الوصف مع عدم الوثوق بوجوده لا يرفع الغرر فلو فرض كون المخبر فاسقا كذا بالا يتفاوت الحال في اخباره وعدمه كيف يحصل العمل بالمبيع باخباره نعم الا ان يكون دليل اخر مخصص لقاعدة الغرر والمفروض عدمه قوله ولا دليل على المنع الخ أقول يعنى عدم حصول العلم لا يضر بعد ارتفاع الجهالة بذكر الأوصاف لعدم الدليل على اعتبار العلم وفيه أنه كيف يرتفع الجهالة مع الاعتراف بعدم العلم الا ان يريد عدم حصول صفة العلم وان حصل الاطمينان فتقوله وسيجيء عدم اشتراط الخ أقول لكن الظاهر ثبوت خيار الرؤية أيضا مضافا إلى خيار العيب إذ لا يعتبر في خيار الرؤية كونه مخالفا للأوصاف المذكورة بل يكفي فيه البناء على أصل السلامة أو الاعتقاد بكونه متصفا بكذا مع كشف عدمه وبالجملة خيار الرؤية انما يثبت في صورة البيع مع عدم الرؤية باينا على الاتصاف بوصف مفقود لكن إذا علم صدقه في دعوى البناء المذكور اما إذا ادعى انى اعتقدت الوصف الفلاني ولم يكن له طريق إلى دعوية لا يحكم بثبوت الخيار له ويحتمل ثبوته مط لاطلاق صحيحة جميل حيث علق الخيار على مجرد عدم الرؤية فتدبر قوله بعد انعقاده

صحيحاً أقول لهذا أول الدعوى إذ الظاهر أن القائل

(٥٨)

بالبطلان يقول به من الأول لا الانفساخ لا أقل من احتمال ذلك ويحتمل ان يكون المراد بعد الانعقاد صحيحا بحسب الظاهر بمعنى وجود مقتضى الصحة وهو عمومات الأدلة فتدبر قوله ويضعف الخ أقول توضيحه ان محل الكلام إذا كان في الأوصاف الكذائية فيكون العقد واردا على الموجود وإن لم يكن بالوصف فله ان يرضى به ولا يقال في العرف انه رضى بغير المبيع بخلاف تخلف الوصف المقوم فان الموجود فيه ليس عندهم موردا للعقد فالرضا به يحتاج إلى معاملة جديدة فعلى هذا نقول إن الوصف وان كان مذكورا في الانشاء بعنوان القيدية الا انه في العرف لا يعد قييدا بل هو من باب تعدد المطلوب ويجرى عليه حكمه تعدد المطلوب اما لا كك في إرادة المنشئ أيضا في الحقيقة وان كان قييدا في الصورة أو لان العرف يجرى عليه حكم تعدد المطلوب وإن لم يكن كك في قصده والسر في حكمهم كك هو كونه كك في أغراض نوع المعاملين وإن لم يكن في هذين المتعاقدين بل في الحقيقة يكون كك في حاق قصدهما وباطن قلبهما أيضا وان كانا غافلين عنه فلا يرد انه لا معنى للحكم التعبدي من العرف نعم لو علم من قصدهما القيدية جدا لا تعدد المطلوب بحيث لا يكونان راضيين الا مع الوصف كان البيع باطلا لأنه راجع إلى التعليق سواء كان في الواقع متصفا أم لا لأنه يرجع إلى أنه باعه ان كان كذا وإلا فلا هذا واما الوصف المفهوم فهو لا يرجع إلى تعدد المطلوب لا فعلا ولا حقيقة ولا بحسب بحكم العرف ولذا يحكم بالبطلان في صورة التخلف وان كان مأخوذا على وجه الشرطية وتعدد المطلوب في الصورة نعم لو قصد الشرطية جدا بحيث يكون غرضهما كونه مبيعا على أي حال والتزاما على وجه الاشتراط كونه متصفا بذلك الوصف المقوم يكون البيع باطلا وان كان متصفا به واقعا لعدم امكان ايراد البيع الواقع على الحنطة على ما هو شعير لمغايرتهما حقيقة في انظار العرف قوله الا ان يقال الخ أقول يعني ان الرضا بالمبيع مقيد بوجود الوصف فمع عدمه يلزم البطلان من جهة فقد الرضا وإن لم يعد الموجود مغايرا للموصوف فالوصف وإن لم يكن مقوما الا انه اخذ مقوما في مقام البيع من حيث القصد والرضا وفيه ما مر من أنه من باب تعدد المطلوب فهو راض بأصل المبيع بالنسبة إلى لحاظ المطلوب الأولى وفقد المطلوب الثاني لا يضر به ومن هذا قلنا إن فساده الشرط لا يوجب فساد العقد كما يدل عليه جملة من الاخبار أيضا وسيأتي تمام الكلام في مسألة الشروط قوله ومما ذكرنا الخ أقول حاصل كلام الدافع ان مغايرة الموجود للمعقود عليه انما يؤثر إذا كان الوصف الكلى مط سواء كان مقوما أولا فإنه إذا قال بعثك الحنطة الحمراء لا يكون الحنطة الصفراء موردا للعقد أصلا فإذا دفعها إليه كان من قبيل الوفاء بغير الجنس وكون الحمرة والصفرة من الأوصاف الغير المقومة لا يجدى بعد عدم ورود العقد الا على الموصوف بالحمرة وكذا يؤثر في البطلان إذا كان الوصف للشخص لكن كان الوصف ذاتيا أي مقوما لا عرضيا إذ في صورة نحلف الوصف الذاتي لا يصدق ورود البيع على الموجود لكان المغايرة الذاتية بينه وبين الموصوف واما إذا كان الوصف عرضيا غير مقوم فالمورد وان كان هو الموصوف الا انه يصدق على الموجود أيضا انه مورد لعدم مغايرته مع الموصوف والفرق بينه وبين الوصف العرضي للكلى ان في

الشخصي يكون الإشارة إلى الموجود فيكون من باب تعارض الاسم والإشارة
وتقديم الثاني وفي الكلى لا إشارة إليه أصلا كما هو واضح فالموجب للصدق امر ان
أحدهما عدم عده مغايرا والثاني وقوع الإشارة عليه
وفي الكلى الأمر الثاني غير متحقق وحاصل ايراد المصنف انه لا فرق بين الذاتي والعرضي
بعد فرض كون القصد إلى المتصف وتقييد الرضا به إذ عدم المغايرة
بينهما بحسب الذات لا ينفع في ورود العقد عليه بعد كون الرضا مقيدا فلا فرق بين الكلى
والشخصي وذلك وإن لم يكن في الكلى إشارة إلى غير المتصف إلى
ولا بين الذاتي والعرضي قلت يظهر جواب هذا الايراد مما ذكرنا نعم يرد على هذا القائل
انه لا فرق بين الكلى والشخصي في ذلك وإن لم يكن في الكلى
إشارة إلى غير المتصف إذ الملاك مجرد عدم المغايرة الذاتية وكون الوصف من باب تعدد
المطلوب ولهذا نرى انه لو أعطى في مقام الوفاء غير الموصوف ورضى
به المشتري لا يقال إنه رضى بغير المبيع بخلاف ما لو أعطاه من غير الجنس فإنه يحتاج
إلى معاملة جديدة قوله فينبغي لزوم العقد الخ أقول لا نعلم ذلك إذا الالتزام
بالوصف أيضا متحقق ولازم تخلفه الخيار فالإشارة انما تثمر في تحقق المطلوب الأول
واما المطلوب الثاني فمختلف فلا بد من الخيار مع امكان ان يقال سلمنا
ان لازم ذلك عدم الخيار الا انا نثبتته بقاعدة الضرر أو بصحيفة جميل المتقدمة قوله واثبات
الخيار الخ أقول كونه إعادة للكلام السابق لا يضر بعد
كون المراد منه ما بينا من كون الوصف في الشخصيات من باب تعدد المطلوب الذي
لازمه الخيار قوله ويمكن ان يقال الخ أقول هذه النصوص والاجتماعات
مؤيدة لما ذكرنا من القاعدة إذ في جميع هذه الموارد السر في المطلب كونه من باب
تعدد المطلوب وعدم تقييد الرضا في حاق القلب وان كان مقيدا في
الصورة قوله ويمكن إحالة الخ أقول لا ينبغي الاشكال في وجوب الإحالة على العرف فإنه
المدار والنسبة بينه وبين العقل عموم من وجه فقد
يتوافقان في صدق المغايرة وقد يتفارقان كما لا يخفى قوله فتأمل أقول لعل وجهه انه لا
دخل للمقام بمسألة الربا حتى يتوهم ان المدار في المقام
على ما ذكره فيه فان الميزان في المقام صدق ورود البيع على هذا الموجود وعدمه وفي
باب الربا على المغايرة بينهما في الحقيقة النوعية فكل ما يخرج
من نوع واحد يعد هناك متحد الجنس وان كان مغايرا بحسب الاسم للاخر كما في
الدبس والتمر والزبيب والعنب والخل ونحو ذلك على ما يظهر من الاخبار
والحاصل ان المغيار في المقام شئ وذلك المقام شئ فلا وجه للتوهم المذكور فتأمل فان
ما ذكرنا وان كان حقا الا انه بعيد عن كونه وجهها للتأمل قوله
مع أن صحيفة جميل أقول وكذا صحيفة الشحام بل يمكن ان يستدل بصحيفة جميل
بوجه آخر وهو ان في مورد السؤال حكم بالخيار مع أن من المعلوم
مضى مدة مديدة من حين وقوع البيع إلى حين السؤال غاية الأمر انه كان جاهلا بثبوت
الخيار له وسيأتي انه ليس عذرا فلو لم يكن الخيار تراخيا وجب بيان
ذلك للسائل فتدبر قوله كما نبهنا عليه الخ أقول لعله يشير إلى ما ذكره في خيار التأخير من
أن الخبر منطبق على القاعدة الضرر فيدور الامر مؤدى

القاعدة وقد مر منه قده ان مقتضاها الفورية اما لعدم الشك واما لعدم امكان الاستصحاب لعدم احراز الموضوع قلت لكن التحقيق كون الحكم

تعبديا مستفادا من الخبر وان دل عليه أو على بعض موارد قاعدة الضرر أيضا فهي دليل اخر ولا يلزم انطباق الخبر عليها فالاطلاق بحاله ومع الاغماض يمكن

الاستصحاب لان الموضوع مستفاد من النص بل قد عرفت أنه على فرض الرجوع إلى القاعدة أيضا يمكن الشك وطريقه تشخيص الموضوع هو العرف

كما لو كان الدليل غير القاعدة ولا فرق نعم على فرض عدم الاطلاق التحقيق هو الفورية من جهة كون المقام مقام الرجوع إلى عموم أو فوا بالعقود على ما عرفت

بقي شئ وهو انه لو قلنا بالفورية لو اخر لعذر من مانع أو نسيان أو جهل بأصل الخيار أو بالفورية أو اعتقاد الفسخ مع تبين عدمه أو نحو ذلك من الاعذار

فهل يبقى خياره أو يسقط وجهان أقواهما السقوط إذ لا دليل على كون المذكورات عذرا في الحكم الوصفي الغير الدائر مدار العلم والجهل نعم يمكن الحكم

بالبقاء ان جرى قاعدة الضرر فيدور ح مداره ومن ذلك ظهر ما في حكى عن بعض الأساطين من بقاء الخيار مع المذكورات الا في الجهل بالفورية مع أنه على

تقدير ثبوت العذرية لا فرق بين الجهل بها والجهل بأصل الخيار كما اعترف به في الجواهر أيضا قوله وبالتصرف بعدها أقول لا دليل على كون التصرف من

المسقطات في غير خيار الحيوان الا إذا قصد به الالتزام بالبيع بحيث يكون اسقاطا فعليا كما عرفت في بعض خيارات المتقدمة ونظر المصنف إلى عموم التعليل في

بعض اخبار خيار الحيوان وقد عرفت الكلام فيه قوله مبنيان على أن الرؤية الخ أقول التحقيق انها كاشفة لا سبب مستقل ولا شرط فالخيار ثابت من حين

العقد كما في سائر الخيارات أيضا على ما عرفت في بعضها وذلك لأنه مقتضى جميع أدلته من نحلف الشرط والضرر والخبر لان التلف انما هو حين العقد وكذا الضرر

لأنه أيضا متحقق حينه ودعوى أن الضرر الواقعي ليس مناطا إذ لو فرض معه اللزوم لا يكون الموقع فيه حكم الشارع باللزوم بل جهل الشخص بالموضوع إذ لو فرض

عدم اللزوم أيضا يقع في الضرر من جهة اعتقاده اللزوم مدفوعة بمنع ذلك بل المستفاد من قاعدة الضرر ان الضرر الواقعي مرفوع وإن لم يعلم به ومن المعلوم

ان اللزوم في حد نفسه حكم ضرري فهو مرفوع وتام الكلام في محله واما الخبر فلان المراد من قوله (ع) في صحيحة جميل لكان له فيها خيار الرؤية لكان له فيها

الخيار الجائي من قبل الرؤية أي من جهة فقدها لا ان الرؤية سبب له وما ذكرنا وان كان بعيدا من العبارة الا انه قريبه بملاحظة المقام إذ المناسب ان

يكون سبب الخيار عدم الرؤية لا هي نفسها ومقتضى ذلك ثبوته قبل الرؤية ولا يلزم فعلية الرؤية بعد ذلك أيضا فلو فرض عدم رؤية المبيع بعد ذلك أصلا قدر

فرض تخلف الوصف نلتزم بالخيار الواقعي فالرؤية طريق لا موضوع ولا جزئه فتدبر قوله أمكن جواز الاسقاط أقول اما باسقاط هذا المقدار من الحق

أو باسقاط الخيار لكن لا فعلا بل باسقاطه في محل ثبوته وهو ما بعد الرؤية ولا يكون من اسقاط ما لم يجب إذ هو اسقاط له في محل وجوبه على ما عرفت سابقا من أنه

لا مانع منه ح عقلا ولا اجماع على بطلانه نعم لو أسقطه في محل ثبوته قبل تحقق السبب

بطل من جهة الاجماع والا فالمانع العقلي مختص باسقاطه في محل عدم وجوبه كان يسقطه فعلا مع فرض عدمه قوله إلى اشتراط عدم الاعتداد الخ أقول يمكن ان يقال بصحة الشرط المذكور أيضا إذا فرض كونهما قبل الكسر ما يبذل بإزائهما المال فان المدار على المالية لا على كون الشيء مما ينتفع به واقعا فإذا فرضنا ان العقلاء يبذلون المال بمجرد هذا الاحتمال فهو مال واقعي عندهم وإن لم يكن نفعه محرزا فبالكسر يخرجان عن المالية لا انه يكشف عن عدم كونهما مالا حين البيع فالبيع صحيح من حينه والشرط المذكور نظير الشرط في مقامنا ونظير شرط البراءة

فيما له قيمة بعد ظهور العيب قوله بل من جهة انه اسقاط الخ أقول إن قلنا بصحة الاسقاط قبل الرؤية فلا مانع من صحة الشرط المذكور وان قلنا بعدم صحته قلنا إن نقول بصحة الشرط بان الوجه في عدم صحة الاسقاط عدم الدليل أو قيام الاجماع وفي الشرط عموم دليله موجود والاجماع مفقود هذا مع أن الشرط ليس اسقاطا بل هو التزام بعدم الثبوت كاشتراط سقوط خيار المجلس والحيوان ولا مانع منه بعد كون الحكم وهو الخيار مما يمكن تغييره بالشروط في حد نفسه وبتقرير اخر لا مانع من كون المعاملة لازمة من حيث هي فيمكن اشتراط ذلك ولا يعتبر في صحة الشرط أزيد من ذلك على ما عرفت سابقا وسيأتي في باب الشروط فكل حكم قابل للتغيير بالطوارئ يصح الشرط فيه ورفع به والمقام من ذلك قوله وأقوى الأقوال أولها الخ أقول الأقوى هو القوي الثاني لعموم أدلة الشروط وعدم المانع إذ هو اما كونه اسقاطا لما لم يجب وقد عرفت ما فيه واما لزوم الغرر على ما ذكره جامع المقاصد وفيه أن الغرر مدفوع بمجرد الوصف اما مط على ما هو ظاهر المشهور أو إذا أوجب الاطمينان على ما هو المختار واشتراط الخيار لا ينافي ذلك إذ وجه المنافاة اما تخيل ان الراجع للغرر هو الخيار اللازم لتخلف الشرط و قد عرفت حاله سابقا مما ذكرنا ومما ذكره المصنف قده واما ما ذكره المصنف قده هنا من أن نفس التعهد والالتزام بالوصف الذي هو سبب الخيار وهو مرتفع باشتراط سقوط الخيار لمكان التنافي بين الامرين وفيه أولا ان لازم هذا كما اعترف به المصنف التفصيل بين ما لو كان

التوصيف بعنوان الشرط أو القيد وما لو كان لا بهما بل بمجرد ذكر الوصف كما لو وصفه البائع لا بعنوان الاشتراط أو وصفه الأجنبي وثانيا لا نعلم أن التعهد بما هو تعهد رافع للغرر في شيء من المقامات حتى لو كان التوصيف بعنوان الاشتراط بل الراجع هو نفس التوصيف الذي يتضمنه الالتزام والاشتراط اما مط أو لكونه موجبا للاطمئنان فبطلان حيثية التعهد من جهة المنافاة مع اشتراط سقوط الخيار لا يوجب فوات التوصيف أو فوات الاطمينان ولا بعبارة أخرى اشتراط السقوط يوجب بطلان الالتزام بالوصف ولكن نفس التوصيف بلا التزام باق بحاله والمفروض كفايته نعم لو قلنا إن الراجع للغرر ليس إلا حيثية التعهد وان مجرد الاطمينان أو التوصيف بلا تعهد لا يكفي في رفع الغرر لم يتم ما قلنا لكن من المعلوم خلافه والصنف معترف به ولهذا يفصل بين المقامات ويدل على ما ذكرنا من أنه لو فرض رفع الغرر باشتراط الوصف فبان بعد البيع

بطلان الشرط المذكور لا يلزم منه خروج المبيع عن كونه معلوما فالمؤثر في رفع الغرر في صورة الشرط أيضا هو التوصيف اللازم له لا نفسه وهذا واضح غايته و

(٦٠)

ثالثا لو سلمنا ان الراجع نفس التعهد والاشترط لكن لا نسلم المنافاة بينه وبين سقوط الخيار إذ يمكن الجمع بين الالتزام بكون المبيع متصفا بكذا مع كون المعاملة لازمه فان خيار تخلف الشرط حكم تعبدي من الشارع أو من العرف وليس مجعولا للشارط لا أولا وبالذات ولا ثانيا وبالعرض بمعنى انه ليس عين الالتزام بالوصف ولا لازما له فكما يمكن للشارع أو العرف عدم الحكم بالخيار عند تخلف الوصف المشترط كذا يمكن للشارط نفيه بالشرط وبالجملة الالتزام بالوصف شئ والخيار عند تخلفه شئ اخر لا دخل له به وليس لازما له بحيث لم يمكن تفكيكهما ويوضح ما ذكرنا ملاحظة اشترط فعل أو ترك على أحد المتعاقدين فان من المعلوم ان معناه تعهد الشارط بذلك الأختيار الاخر عند عدم الفعل أو الترك فحال الالتزام بالوصف أيضا ذلك فان معناه تعهده بوجود بحيث يكون المشروط له مستحقا عليه كون المبيع متصفا به لا جعل الخيار عند تخلفه والحاصل ان معنى التعهد بالوصف جعل حق للمشروط له في المبيع على الشروط عليه كما أن معنى التعهد بفعل الخياطة جعله في ذمته فخيار تخلف الشرط ليس راجعا إلى جعل المتعاقدين والا رجع إلى خيار الشرط الذي هو شرط الخيار هذا وظهر مما ذكرنا عدم صحة الفرق الذي ذكره المصنف في المقام ومسألة التبري من العيوب إذ في كلا المقامين الغرر مرتفع بغير التعهد مع أن ما ذكره من أن نفى العيوب ليس مأخوذا في البيع على وجه الاشترط ممنوع بل البناء على أصل السلامة في قوة اشتراطها كما سيعترف به في خيار العيب فهو من باب الشرط الضمني و ظهر مما ذكرنا أيضا دفع ما يمكن ان يقال وجها ثالثا للبطلان من أن مع الاغماض عن الغرر أيضا يكون الشرط المذكور فاسدا من جهة مناقضته لاشترط الوصف وان حصل رفع الغرر بمجرد التوصيف أو شئ اخر و ح فان قلنا إن الشرط فاسد مفسد يكون العقد أيضا فاسدا والا فيختص البطلان به وجه الدفع ما عرفت من منع المنافاة والمناقضة فتدبر هذا وذكر في المستند في وجه فساد الشرط المذكور انه مخالف للسنة قال نعم لو شرط عدم الفسخ لو ثبت له الخيار جاز ولزم ولم يؤثر الفسخ لو فسخ قلت فيه أيضا ان حكم الخيار إذا كان من الاحكام القابلة للتغيير بالشرط فلا يعد الشرط معه مخالفا للسنة فلا فرق بين شرط السقوط وشرط عدم الفسخ فتدبر قوله هذا مع امكان الخ أقول لعل وجهه امكان دعوى كون مسألة خيار العيب وجميع صور هذا الخيار من باب التعهد والالتزام غايته انه شرط صريح في بعض الفروض وضمني في البعض الاخر ولازم ذلك بطلان شرط التبري (أو سقوط الخيار لمنافاتهم للتعهد بالوصف أو السلامة لكن خرج مسألة التبري) بالنص والاجماع المخصصين القاعدة الغرر وفيه ما لا يخفى والتحقيق ما عرفت من منع الرجوع إلى الشرط كلية وعلى فرضه نمنع عود الغرر لان رافعه شئ اخر أو لعدم المنافاة بين الامرين قوله وظهر أيضا ضعف ما يقال أقول القائل ص الجواهر وما ذكره حق الا قوله واقدامه بالبيع المشترط الخ لما ذكره المصنف من أن الاقدام لا يوجب الرخصة في البيع الغرري فالأولى تعليل الصحة بما ذكرنا من أن الشرط المذكور لا ينافي بقاء الاطمينان ومع فرض عدمه نلتزم بالبطلان هذا مع لا في كلامه بها فتا حيث إنه ذكر أولا ان البيع

تعلق بمعلوم غير مجهول ومع ذلك فرض صدق الغرر وقال إنه اقدم عليه فإنه مع فرض صدق المعلومية لا يبقى غرر فتدبر قوله ولو في شرط متن الخ أقول

ولو شرط بذل التفاوت مع التخلف ففي الجواهر فسد أيضا وفيه اشكال والأقوى عدم الفساد والغرر مرتفع بالتوصيف أو الالتزام ولا يعود بهذا الشرط بل هذا أقوى من اشتراط سقوط الخيار مجردا عن الأرش كما لا يخفى ولا يضر جهالة مقدار التفاوت مع امكان فرض العلم به حين العقد وكذا لا يضر جهالة حصول المعلق عليه وهو التخلف لاعتقاد هذه الجهالات في الشروط قوله ومن المعلوم عدم نهوض الخ أقول يمكن ان يقال بالصحة على هذا التقدير بدعوى أن مرجعه إلى البيع الكلي واشتراط اعطاء هذا الشخص بشرط انطباقه على ذلك الكلي بان كان واجدا للوصف فتأمل فان المفروض ان البيع وارد على هذا الشخص بما هو هو لا على الكلي ولذا لو كان واجدا للوصف لا يجوز اعطاء فرد اخر ولو كان البيع واردا على الكلي أمكن ذلك إذا رضى به المشتري بان اسقط حق اشتراط اعطاء هذا الفرد فلازم البيع على الوجه المذكور كون المبيع مرددا بين كونه هذا الشخص وكونه كليا في الذمة هذا إذا علق البدلية على التخلف الواقعي وان شرط البدل حين ظهور المخالفة كان كما ذكره المصنف قده راجعا إلى اشتراط الانفساخ وحصول معاملة جديدة قوله معاوضة تعليقته الخ أقول شرط الابدال اما ان يكون من شرط السبب أو النتيجة فإن كان من شرط السبب بان يكون المشروط ابدال الفاقد للوصف بواجده فلا مانع منه ولو لم يبدل كان كساير الشروط التي لا يفي بها المشروط عليه فله اجباره ومع تعذره يثبت له خيار تخلف الشرط ولا يضر تعليق الابدال على ظهور المخالفة كما لا يخفى وان كان من شرط النتيجة فيرد عليه الاشكال من جهة عدم الدليل على صحته في مثل المقام إذا لقدر المتيقن من صحته ما كان لا بعنوان المعاوضة كان يقول بعنك هذا بكذا على أن يكون مالك الفلاني لي واما إذا قال على أن يكون مالك الفلاني عوضا عن مالي مالك فلا دليل عليه إذا لتمليك المعاوضي يحتاج إلى صيغة خاصة ولا يكفيه الشرط بل في الحقيقة يرجع إلى البيع ومن المعلوم أنه يحتاج إلى صيغة خاصة والحاصل ان شرط النتيجة انما يصح فيما يكفي في ايجاده كل لفظ حتى الشرط واما ما يعتبر فيه لفظ خاص كالبيع والنكاح والطلاق ونحو ذلك فلا الا ان يقال لا نعلم أن كل تمليك معاوضي بيع فهو كالتمليك المجاني يكفيه الانشاء بالشرط والا

فالتمليك المجاني أيضا إذا كان بعنوان الهبة يحتاج إلى لفظ خاص وسيأتي ان مقتضى عموم دليل الشروط صحة كل شرط الا ما ثبت حاجته إلى لفظ خاص فلا مانع من اشتراط البدلية في المقام هذا واما ما ذكره المصنف وجها للمنع من كونه معاوضة تعليقية غررية ففيه ان التعليق مغتفر في الشروط واما الغرر فغير لازم إذ المبدل هو العبد الغير الكاتب مثلا والبديل هو العبد الكاتب فلا جهالة وعلى فرضه غايته ان الشرط غرري ولا بأس به الا ان يسرى غرره إلى أصل البيع ومن المعلوم عدم السراية في المقام قوله ويفسد العقد أقول يعني ولو قلنا إن الشرط الفاسد غير مفسد ولعله لأنه يوجب الغرر

في أصل البيع وسيأتي ان النزاع في كون الشرط الفاسد مفسدا أولا انما هو فيما لا يوجب
خللا في شروط البيع هذا ولكن قد عرفت عدم سراية الغرر في

(٦١)

الشرط المذكور إلى أصل البيع مع أنه على الوجه الأول لا غرر أصلا حتى في الشرط وجهالة المعلق عليه لا تعد غررا والالزام غررية غالب الشروط فتدبر قوله وبذلك ظهر ضعف الخ أقول يعنى بما بينا من فساد الشرط والعقد ظهر ضعف ما في الحدائق قلت وأيضا يرد عليه انه لا معنى لكون الفساد مختصا بصورة المخالفة إذ الشرط المذكور اما محكوم بالفساد أولا وعلى الأول اما ان يقال إن الشرط الفاسد مفسدا ولا فعلى الفساد والافساد يكون العقد فاسدا سواء ظهور موافقا أو مخالفا وعلى الفساد وعدم الافساد يكون العقد صحيحا مط ولا يلزم الابدال وعلى الصحة يلزم الابدال فلا وجه لتخصيص الفساد بصورة ظهور المخالفة والحكم بالصحة مع الموافقة والحاصل ان فساد العقد ان كان من جهة كون الشرط الفاسدة مفسدا فلازمه الفساد مط لأن المفروض ان العقد مشروط بهذا الشرط وإلا فلا نعم يمكن ان يقال إن هذا انما يتم إذا لم يكن الشرط معلقا على تقدير خاص والا فالفساد انما هو في صورة حصول ذلك التقدير مثلا إذا قال بعثك بشرط ان تشرب الخمر إذا جاء زيد فهذا الشرط مفسد للعقد إذا جاء زيد واما على تقدير عدم مجيئه فلا وذلك اما لأنه في الحقيقة راجع إلى عدم الشرط على التقدير الاخر فكأنه قال بعثك وان جاء زيد اشترطت عليك شرب الخمر ففي صورة عدم المجيء لا شرط حتى يوجب الفساد واما لأنه وان كان البيع مشروطا بشرط فاسد الا ان سر كون الشرط الفاسد مفسدا هو تقييد الرضا بما لا يحصل له وهذا التقييد انما هو في صورة حصول المعلق عليه إذ المفروض رضاه بالبيع مع عدم الشرب على تقدير عدم المجيء هذا ولكن التحقيق بناء على القول المذكور الحكم بالفساد مط إذ البيع مشروط مط والتعليق انما هو في المشروط والمفروض ان البيع المشروط بشرط فاسد فاسد فتدبر و لعلنا نتعرض لهذا الفرض فيما سيجئ في احكام الشروط هذا كله إذا كان مراد ص الحدائق البطلان من جهة كون الشرط فاسدا ولكن الظاهر من عبارته ان وجه البطلان غير هذا إذ علله في صورة المخالفة بالمخالفة فيظهر منه ان وجه البطلان ان البيع لم يرد على هذا الموجود كما حكينا سابقا عن بعض وعلى هذا فمحصل مطلبه ان الشرط في المقام فاسد لكونه مخالفا لاختبار الخيار واما العقد فليس بفساد مط بل في صورة المخالفة فقط ووجه بطلانه ح ان الموجود غير المبيع ودعوى أن هذا الشرط يجبر المخالفة إذ لو شرط الابدال فكان المبيع هو العين الموصوف بالوصف المذكور فلا مخالفة حتى يوجب الفساد مدفوعة بان هذا الشرط غير صحيح لمخالفته لاطلاق اخبار الخيار وإذا لم يكن صحيحا فلا يجبر المخالفة فالفساد بحاله إذا لمخالفة بحالها ثم وجه كلام الشهيد بان غرضه أيضا فساد الشرط واما العقد فهو ساكت عن حاله ولعله أيضا يقول بالفساد الا في صورة المخالفة ولا يخفى ان هذا أيضا مخدوش أولا بان المخالفة لا توجب الفساد عنده بل انما توجب الخيار وثانيا إذا كانت موجبة للفساد فأين يجئ اطلاق اخبار الخيار حتى يكون الشرط مخالفا لها وفسادا من جهتها هذا ويحتمل ان يكون وجه الفساد في صورة المخالفة (عود الغرر فيكون غرضه ان

في صورة المخالفة) العقد فاسد للغرر ولا يخبره هذا الشرط لأنه غير صحيح لاطلاق اخبار الخيار وفيه أنه

ان كان الغرر عائدا بهذا الشرط فلا يتفاوت بين صورة المخالفة والموافقة مع أن عوده ممنوع هذا مع أن لازمه الحكم بالبطلان مع المخالفة ولو مع عدم هذا الشرط وان كان الدافع له والخيار فالمفروض أنه يقول به بعد فساد الشرط وبالجملة لم يظهر لي وجه ما ذكره من البطلان في صورة المخالفة فيحتمل ان يكون فساد الشرط ومفسدتيه و (ويحتمل ان يكون مجرد المخالفة) يحتمل ان يكون لزوم الغرر وقد عرفت عدم تمامية شئ منها وظاهر عبارته هو الوسط كما لا يخفى قوله والأظهر

رجوع الخ أقول يعنى ان الشهيد ساكت عن حكم العقد وانه فاسد أولا وانما حكم بفساد الشرط فقط فيمكن ان يكون موافقا لنا في الحكم بالصحة مع الموافقة ووجه بطلان الشرط المذكور انه لا تأثير له مع الظهور وعدمه إذ مع الظهور على الوصف لا تخلف حتى يجب الابدال ومع المخالفة أيضا لا يجب لكونه شرطا مخالفا السنة وهي اخبار الخيار فلا اثر له على التقديرين وأنت خبير بما فيه إذ نظر الشهيد إلى العقد لا خصوص الشرط ثم انك قد عرفت سابقا ان

مخالفة اخبار الخيار لا توجب فساد الشرط لان أدلته حاكمة عليها بعد كونه من الاحكام القابلة للتغيير بالطوارئ كما هي كك بالنسبة إلى سائر الأدلة فمثل هذا لا تعد مخالفة للسنة قوله لأنه لو لم نحكم بالخيار إلى اخره أقول هذا البيان انما يناسب إذا قلنا إن مقتضى القاعدة بطلان المعاملة بخلاف الوصف والشرط لكونهما قيديا في الحقيقة كما عن الأردبيلي إذ ح يجب ان يقال تقرير الاستدلال الامر دائر بين الاخذ بمقتضى القاعدة وهو البطلان والاخذ بالخيار والأول مخالف للاجماع فتعين الثاني لعدم الدليل على اللزوم لان عموم أوفوا لا يشمل لأن المفروض

ان المعاهدة مقيدة بقيد مفقود واما بناء على كون الشرط غير راجع إلى القيد وكون الصحة بمقتضى القاعدة فلا بد من إقامة الدليل على ثبوت الخيار إذ العموم المذكور شامل لأن المفروض ان العقد وارد على العين الشخصية وتخلف الشرط أو الوصف لا يقتضى الخروج عن الموردية غاية الأمر التزامه بهما أيضا وعدم امكان الوفاء بهذا الالتزام لا يقتضى جواز النقض بالالتزام الأول وهو انتقال العين نعم إذا قلنا إن الالتزام بالشرط في قوة جعل الخيار عند تخلفه بمعنى انه معناه أو هو من لوازمه ليكون مجعولا

للمتعاقدين بالتبع حتى يكون راجعا إلى خيار الشرط تم ما ذكر من جواز النقض لكن قد عرفت أن الحق خلافه وان هذا الخيار تعبدي من العرف أو الشرع لا جعلي والصنف غير ناظر إليه ولذا ذكر في مسألة ان الشرط الفاسد مفسد أولا إذا قلنا بعدم مفسدتيه هل يثبت الخيار أولا يحتمل الثبوت من جهة تخلف الشرط والحق خلافه لان الدليل على ثبوت خيار تخلف الشرط هو الاجماع وقاعدة الضرر والاجماع في المقام مفقود وقاعدة الضرر غير جارية إذا كان عالما بالحال لأنه هو المقدم عليه بالرضا بالشرط الفاسد الذي لا يسلم له فصريح هذا البيان منه

قده ان الخيار في تخلف الشرط تعبدي إذ لو كان راجعا إلى
جعل المتعاقدين لم يحتج في ثبوت الخيار في تلك المسألة إلى الاجماع والضرر هذا مع
أنه على هذا التقدير لم يحتج في مقامنا هذا أيضا إلى هذا

(٦٢)

الاطناب بل كان الأولى أن يقول يجرى خيار الرؤية في كل عقد لأنه مقتضى اشتراط الوصف إذا تخلف لأنه راجع إلى جعل الخيار والحاصل انه إذا فرض عدم رجوع الوصف والشرط إلى القيد وعدم رجوع شرط الوصف أو غيره إلى شرط الخيار كما لهما مقتضى مذهب المصنف قده فلا مانع من شمول عموم أوفوا مع أن دليل اللزوم غير منحصر في هذا العموم فلو سلمنا عدم شموله نقول إنه مقتضى الناس مسلطون لأن المفروض

ان النقل والانتقال حاصل قطعاً وأيضاً يدل عليه قوله (ع) لا يحل وقوله تعالى لا تأكلوا وقوله تعالى تجارة عن تراض كل ذلك بالتقريب المتقدم في أول باب الخيارات ودعوى أن الرضا مقيد بالشرط مدفوعة بما تقدم من كونه من باب تعدد المطلوب وان أغمضنا عن ذلك كله فمقتضى الاستصحاب عدم الانفساخ بالفسخ وكيف كان فلا ينبغي الاشكال في أن مقتضى القاعدة عدم الخيار وان خيار التخلف على خلاف القاعدة خصوصاً في التوصيف الغير الراجع إلى الشرط حسب ما قدمناه فالأولى الاستدلال للتسرية

بالاجماع فان من تتبع في كلماتهم في سائر الأبواب يجدهم متسالمين على ثبوت الخيار عند تخلف الشرط فإنهم يرسلونه إرسال المسلمات وبأنه من الاحكام العرفية فان بنائهم على عدم لزوم الوفاء بالمعاهدة عند التخلف ولم يردعهم الشارع الا ان يقال يكفي في الردع العمومات المذكورة وبقاعدة الضرر لكن إذا لم يصدق الاقدام عليه كما إذا كان مطمئناً بحصول الوصف اما مع عدم الاطمينان بناء على صحة المعاملة معه وان الغرر يرتفع بمجرد الشرط والوصف فلا تجرى لأنه ينسب ح إلى اقدمه كما لا يخفى هذا كله في ما كان التوصيف راجعاً إلى الاشتراط أو كان بنحو الاشتراط واما في تخلف الوصف الغير الراجع إليه فالحق عدم الخيار لعدم جريان الأدلة المذكورة هكذا ينبغي تحقيق المقام قوله لم يتخلف صفة وقال الخ أقول يعني ان البايع مثلاً يقول لم تشترط الوصف الذي هو

مفقود بالفرض ولم نذكره فالمبيع هذا الموجود بهذا الوصف والمشتري يقول اشترطنا أو ذكرنا الوصف الكذائي وقد تخلف فلي الخيار وفي حكمه ما لو اتفقا على ذكر وصف واختلفا في أنه الكتابة المفقودة أو الخياطة الموجودة واما لو اتفقا على اشتراط الوصف المعين المعلوم عدمه بعد البيع لكن البايع يقول إنه كان موجوداً حين البيع وقد زال بعده في ملكك والمشتري يقول إنه لم يكن موجوداً من الأول أو يعترف بوجوده سابقاً على البيع ويقول بزواله قبله في ملك البايع فليس مما نحن فيه وسنشير إلى حكمه قوله وقد تقدم توضيح ذلك الخ أقول التحقيق في المسألة تقديم قول البايع لأن المفروض انتقال

العين إلى المشتري على أي حال والشك انما هو في سبب الخيار والأصل عدمه لان الأصل عدم الاشتراط والوصف كما لو شك في الخيار من جهة اشتراطه أو اشتراط امر اخر يوجب بخلافه الخيار وبتقرير اخر الخيار معلق على عنوان وجودي مدفوع بالأصل وذلك لان دليله اما الاجماع على كون نحلف الشرط موجبا له أو قاعدة الضرر أو الخبر المتقدم الذي علقه على الرؤية على خلاف الوصف وكل هذه العناوين مجرى أصل العدم وأصالة عدم ورود العقل على

هذا الموجود بهذا الوصف لا تثبت العناوين المذكورة وغاية ما يمكن ان يقال في ترجيح القول الآخر وجوه أحدها ما عن س من أزيد المشتري على الثمن والبايع يريد انتزاعه منه وهي امانة الملكية وفيه أن يده كانت على وجه الأمانة ونشك في زوال هذا الحالة بالفسخ الثاني ما عن التذكرة من أن الأصل عدم الرضا بهذا الموجود وفيه أن الرضا (بهذا الموجود وفيه أن الرضا به) معلوم والا كان البيع باطلا على فرض التخلف الثالث ما عن جامع المقاصد من أن الأصل عدم وصول حقه إليه وفيه أن الحق أزيد من هذا الموجود غير معلوم والأصل عدم اعتبار وصف زائد مع أن الخيار غير معلق على هذا العنوان الرابع ما عن العلامة أيضا من أن الأصل براءة ذمته من الثمن الذي وجهه المصنف المراد بان عدم وجوب التسليم بناء على عدم وجوبه في زمان الخيار وفيه أولا منع كون حكم الخيار ذلك بل التسليم واجب غاية الأمر ان له الفسخ لرفع موضوع الوجوب وثانيا انه معارض بأصالة بقاء ملك البايع للثمن وبعبارة أخرى ان هذا الأصل لا يجدى في اثبات تأثير الفسخ بعد فرض معلومية الفسخ النقل والانتقال وثالثا بان أصالة عدم الاشتراط تنفي موضوع الخيار وهي أصل موضوعي مقدم على الأصل الحكمي الخامس ما ذكره المصنف من أن اللزوم معلق على ورود العقد على هذا الموجود بهذا الوصف وكونه تمام حقه والأصل عدمه وانه لا يجزى أصالة عدم الاشتراط وبيانه على ما أشار إليه في المقام وأوضحه في الباب المشار إليه ان أصل عدم الاشتراط انما يجزى فيما إذا كان الشك في التزام مستقل في ضمن الالتزام بالبيع كان يقول بعنك بشرط أن تكون كذا أو تفعل كذا وفي المقام ليس كك إذ على فرض الاشتراط يكون ملحوظا على وجه القيدية وهو وان كان راجعا إلى الاشتراط ولذا لا يلزم من تخلفه الا الخيار دون البطلان الا انه لما كان بعنوان القيد فلا يكون الشك في التزام زائد على أصل البيع بل الشك في أن الالتزام البيعي وارد على الموصوف أو على هذا الموجود فلا يكون من الأقل والأكثر من المتباينين فالوصف في المقام نظير الجزء على فرض اعتباره لا يحتاج إلى التزام اخر بل الالتزام الوجداني وارد عليه وعلى ذات الموصوف و ح إذا كان مشكوكا والمفروض ان اللزوم معلق على كون هذا الموجود موردا للبيع وتتمام حقه فقول الأصل عدم وروده عليه فينتفى اللزوم وأصالة عدم الاشتراط لا مجزى لها لما عرفت من أنه ليس التزاما زائدا نعم يجزى أصالة عدم ورود العقد على الموصوف بالوصف المفقود لكنه لا يثمر الا إذا ثبت وروده على هذا الموجود بهذا الوصف واما أصالة عدم تقيد المبيع بذلك الوصف المفقود فهي مثمرة الا انها غير جارية لعدم الحالة السابقة إذا لم يكن المبيع مبيعا بدون هذا الوصف بل الشك انما هو في صيرورته موصوفا ومقيدا حين صيرورته مبيعا أولا نظير الماء المخلوق دفعة إذا شك في كونه كرا وبالجملة اللزوم معلق على ورود العقد على هذا الموجود الأصل عدمه والخيار معلق على عدم وصول تمام حقه إليه وهو مطابق للأصل والأصل المذكور وارد على أصالة لزوم العقد الثابتة بالعمومات وغيرها لأن الشك في اللزوم ناش عن الشك في

متعلق العقد ومورده ووصول الحق وعدمه فلا يمكن التشبث بأصالة اللزوم أو بالعمومات
لان تخصيصها معلوم والأصل الذي ذكرنا يثبت موضوع المخصص

(٦٣)

فان عدم وصول حقه إليه يثبت موضوع خيار ان تخلف الوصف وأصالة عدم ورود العقد
ينفى موضوع اللزوم هذا ملخص ما قرره في الباب المشار
إليه وفيه أولا ان التقييد الصوري لا يضر في جريان الأصل بعد الاعتراف بأنه في المعنى
راجع إلى الاشتراط إذ غاية الأمر ان الانشاء وحداني بمعنى انه
الخاص انشاء واحد خاص متعلق بموضوع خاص لا انه انشاء آن ونحن نقول إذا شككنا
في أنه هل تعلق هذا الانشاء الخاص بذات الموصوف فقط أو به وبوصفه
فنقول تعلقه بالأول يقيني وبالثاني مشكوك والأصل عدمه وبعبارة أخرى الالتزام بنقل هذا
الشخص معلوم والالتزام بكونه موصوفا بكذا مشكوك فيدفع
بالأصل الا ترى في مثال النظير وهو الجزء انه لو شك في زيادة الاجزاء ونقيصتها يجرى
أصل عدم الزيادة فلو اختلفا في كون المبيع منا من الحنطة أو منين يقدم
قول مدعى المن وكذا لو اختلفا في زيادة الثمن ونقيصته وما هو المشهور من الفرق في
الاختلاف في مقدار الثمن بين ان يكون المبيع قائما بعينه أولا انما
هو من باب النص الخاص والا فمقتضى القاعدة تقديم قوله مدعى النقيصة مع أن الانشاء
وحداني ولا نذري انه تعلق بالناقص أو الزائد نعم لو كان
مصعب الدعوى تعيين مورد العقد لا دعوى الزيادة والنقصان كان مقتضى القاعدة التخالف
والحاصل ان المدار في جريان الأصل ليس على وحدة
الانشاء وتعدد بل على وحدة المنشأ وتعدد فلو علمنا أنه امر بضرب زيد وشككنا في أنه
امر بضرب عمرو أيضا أم لا نقول الأصل عدمه وان كان الشك
في أنه قال اضربهما أو قال اضرب زيدا مع أن الانشاء وحداني على التقديرين فوحدة انشاء
الطلب ليست مناطا وثانيا على فرض كونه من التقييد
الحقيقي وعدم رجوعه في المعنى أيضا إلى تعدد المطلوب كان يدعى ان قوله بعتك هذه
الحنطة من باب التقييد الحقيقي وان مقتضى القاعدة بطلان البيع على
فرض التخلف وانما أجرينا عليه حكم تعدد المطلوب من باب الاجماع أو غيره نقول إذا
شك في التقييد فالأصل عدمه ولا يتفاوت الحال في كون اثر التقييد
هو البطلان أو الخيار وذلك لان هذا التقييد اعتبار زائد والأصل عدمه كما في سائر
المقامات من الأحكام الوضعية والتكليفية فلو شك في أنه امر بعتك
رقبة مطلقة أو مقيدة بالمؤمنة يدفع القيد بالأصل وكذا الحال في الشك في شرائط البيع فلو
شككنا في أن الشارع قيد صحته بقيد كذائي نقول الأصل عدمه
فلا فرق بين مجعولات الشارع والمكلفين في جريان أصالة عدم اعتبار زائد في المقام ففي
المقام نقول لشك في أن الجاعل وهو العاقد باع هذه الحنطة الا
بشرط أو بقيد كذا والأصل عدم التقييد نعم لو شك في أنه انشاء امرا خاصا أو مط لا
يجرى الأصل لعدم حاجة الأول إلى اعتبار زائد مثلا إذا
شككنا في أن الصعيد مطلق وجه الأرض أو خصوص التراب لا يمكن ان يقال الأرضية
معلومة والشك في اعتبار الزائد وهو قيد الترابية إذ لو كان المأمور
به التيمم بخصوص التراب لا يكون من الأقل والأكثر إذ اعتبار الأرضية غير معلومة بل
الامر دائر بين اعتبارها واعتبار خصوص التراب وبالجملة فرق بين
المطلق المقيد وبين الخاص فإذا كان اعتبار المطلق معلوما وشك في تقييده وعدمه فالأصل

عدمه كما إذا علم أنه امر بعق الرقبة ولم يعلم أنه قيده بالمؤمنة أولا
واما إذا لم يكن اعتباره معلوما كما إذا شك في أنه قال أعتق رقبة أو قال أعتق زيدا فلا
يمكن نفي الخصوصية بالأصل إذ هما متنافيين ومن المعلوم ان في
مقامنا الشك انما هو في تقييد المطلق لا في ايراد الانشاء على شئ خاص إذ المفروض اننا
نعلم أنه قال بعتك هذه الحنطة مثلا وانما نشك في أنه قال الحمراء أم
لان اعتبار المطلق ويراد البيع عليه معلوم وتقييده بقيد زائد مشكوك واما ما ذكره من أن
أصل عدم التقييد ليس له حالة سابقة والا فهو نافع في اثبات
الخيار ففيه ان الذي ليس له حالة سابقة هو عدم مقيدته المتعلق لا عدم التقييد بمعنى عدم
ورود القيد وعدم اعتباره في المتعلق حين البيع و
الموجب للخيار هو الثاني لا الأول فيجوز فيه أصل العدم توضيح ذلك أن الحكم تارة
معلق على تقييد المحل بشئ وتارة على ورود القيد وبعبارة أخرى تارة
على اتصاف المحل بوصف وعدمه وتارة على ورود الوصف وعدمه والذي ليس له حالة
سابقة هو الأول دون الثاني مثلا إذا قال كل دم ليس بحيض فهو
استحاضة (فالاستحاضة) معلقة على اتصاف الدم بعدم الحيضية وهذا ليس له حالة سابقة
واجراء أصالة عدم خروج الحيض لا يثبتها واما إذا قال كل لحم لم يذك فهو حرام
أو نجس يمكن ان يقال الأصل عدم التذكية أي عدم ورودها على هذا اللحم فهو نجس
ولا يحتاج إلى اثبات كون هذا اللحم متصفا بعدم التذكية ففي مقامنا نقول
الخيار معلق على تقييد المبيع بالوصف المفقود أو اللزوم على عدم التقييد لا ان يكون
الخيار معلقا على مقيدته أو اللزوم على اتصافه بعدم التقييد وهكذا
الحال في سائر موارد اجراء أصالة عدم التقييد وعدم الشرطية مثلا إذا شك في شرطية
معلومية العوضين في صحة البيع يقال الأصل عدم
الشرطية بمعنى ان امضاء الشارع أو جعله للصحة معلوم وتقييده للصحة بالمعلومية مدفوع
بالأصل ولا يمكن ان يدعى متى كانت الصحة ثابتة بلا قيد حتى يقال الأصل
عدمه وهكذا الحال في الشك في شرطية شئ في متعلقات التكليف وقد عرفت أنه لا فرق
بين مجعولات الشارع والمكلفين فالبيع الذي هو مجعول للمتعاقدين
إذا علم تعلقه بهذا الشئ الشخصي وشك في تقييده حين ايراد البيع عليه بقيد يقال الأصل
عدم هذا القيد أي عدم اعتباره فتدبر وثالثا ان ما ذكره من
اللزوم معلق على ورود العقد على هذا الموجود بأوصافها الفعلية ممنوع بل الخيار هو
المحتاج إلى سبب إذ هو معلق على تخلف الشرط واما اللزوم فهو مقتضى
طبع البيع عرفا أو بملاحظة الأدلة الدالة على أن الأصل فيه اللزوم فبعد معلومية كون البيع
وارد على هذا الموجود يجب العمل به الا ان يثبت اعتبار زائد يقتضى
تخلفه الخيار ثم إنه لو تم هذه الدعوى كفى في اثبات مدعاه ولم يحتج إلى المقدمة
المذكورة من أن الوصف من باب التقييد في العنوان إذ على فرض كونه من باب
الاشتراط أيضا يمكن ان يقال الأصل عدم ورود العقد على هذا الموجود بهذا الوصف
وأصالة عدم الاشتراط لا تثبت الورود عليه فلازم هذه الدعوى
انه لو شك في اشتراط المعاملة بشرط اخر أيضا يكون القول قول مدعى الاشتراط للشك
في ورود العقد على خصوص هذا الشئ أو مشروطا هكذا أو المفروض

انه لا بد في الحكم باللزوم من احراز كونه تمام ما وقع عليه المعاهدة وبعبارة أخرى لا يلزم الوفاء الا إذا كان هذا الشيء وحده تمام ما التزم به في هذه المعاملة الخاصة ولا يتفاوت الحال بين كونها التزاما وحدانيا أو متعددا ان مع التعدد أيضا لا يخرج عن كونه معاملة واحدة خاصة إذا الالتزام الثاني وهو الالتزام الشرطي جزء للمعاملة وليس معاملة أخرى فيكون الشك في أن هذا تمام حقه أولا والأصل عدم وصول تمام حقه إليه وان قلت إن ورود العقد عليه في الجملة معلوم والالتزام الزائد مشكوك فالشك راجع إلى ثبوت حق أزيد نقول فكذا إذا كان بالالتزام وحداني منحل إلى الالتزامين والحاصل انه ان كان ولا بد من اثبات ورود العقد على هذا وحده وبلا قيد ففي المقامين يجرى أصالة عدم وأصالة عدم التقييد والاشتراط لا تثبت هذا الموضوع وان كان يكفي ورود العقد عليه في الجملة وإن لم يثبت كونه تمام ما وقع عليه العقد ففي المقامين يجرى أصل عدم الاعتبار الزائد ومما ذكرنا ظهر ما في قوله ان حكم الخيار معلق على عدم وصول حقه إليه وانه يثبت موضوع خيار تخلف الشرط إذ فيه أولا انه إذا كان اللزوم معلقا على ورود العقد على هذا الموجود فعدمه كان في اثبات الخيار ولا يحتاج إلى اجراء أصالة عدم وصول حقه وثانيا ان الشك في الوصول مسبب عن الشك في ثبوت حق أزيد والأصل عدمه وثالثا ان هذا الأصل لا يثبت موضوع التخلف بل في البيان تهافت إذ لو كان الخيار معلقا على عدم الوصول فلا يحتاج إلى اثبات التخلف وان كان معلقا على هذا العنوان فلا وجه لقوله انه معلق على عدم الوصول ثم إن هذا كله إذا كان الاختلاف راجعا إلى التوصيف وعدمه واما إذا كان من جهة الاختلاف في تعيين الوصف بعد اتفاقهما على ذكر وصف فقال أحدهما ذكرنا الوصف المفقود وقال الآخر ذكرنا الوصف الذي هو موجود فكك لان الأصل عدم التقييد بالوصف المفقود ولا يعارض بأصالة عدم التقييد بالموجود لأنه لا اثر له مع أنه على فرض المعارضة نرجع إلى أصالة بقاء ملكية كل منهما لما انتقل إليه وعدم تأثير الفسخ فان قلت ثبوت حق له معلوم في الجملة والأصل عدم وصوله إليه قلت قد عرفت أن أصالة عدم الوصول لا أثر لان الحكم معلق على الاشتراط بالوصف المفقود وعدمه لا على الوصول وعدمه مع انا نقول الشك مسبب عن كون حقه ذلك الوصف المفقود والأصل عدمه فتدبر واما لو كان الاختلاف من جهة الاختلاف في زمان زوال الوصف بعد اتفاقهما على اشتراط وصف معين معلوم قد زال بعد ذلك واختلفا في أن الزوال بعد البيع أو قبله فيتعارض أصل عدم البيع إلى حين الزوال وأصل عدم الزوال إلى حين البيع فيتساقطان مع أن الحق عدم جريانهما في حد نفسيهما لعدم كون الحكم معلقا عليهما فالمرجع أصل اخر ولا يجرى أصل عدم التقييد لأنه معلوم و ح فان قلنا إن الخيار معلق على عدم وصول الحق فنحكم به لجريان الأصل وليس هنا أصل موضوعي وهو أصل عدم حق أزيد لأن المفروض انه معلوم وان قلنا إنه معلق على عنوان التخلف فنحكم باللزوم وقد عرفت أن هذا هو الحق ومع الاغماض من ذلك فالأصل بقاء الملكية وعدم تأثير الفسخ الا ان يقال إذا كان الاشتراط معلوما فالأصل عدم

وصول حقه من الشرط إليه وهو وإن لم يكن كافيا في الحكم بالخيار لا انه يترتب عليه بجواز المطالبة به وإذا تعذر تسليمه فله خيار تعذر التسليم بناء على جريانه فيما يجب وجوبا تسليمه ظاهرا لكن يمكن ان يقال انا فمع كون وجوب التسليم من اثار عدم وصول الحق إذ هو انما يتأتى فيما كان الحق كليا يمكن تسليمه لا مثل المقام الذي يكون الحق في عين معينة فإنه إذا لم يكن منطبقة على حقه لا يمكن ايجاب تسليمه لعدم امكان ايجاد الوصف فيها ومع فرضه فنحكم ذلك بوجوب بالخيار فتدبر قوله والذي ذكر المنع الخ أقول ظاهر العنوان ان المبيع هو الثواب الشخصي الذي نسج بعضه وسينسج بعضه الاخر بمعنى ان المنسوج مبيع قبل نسج تمامه فالمبيع شخصي بتمامه الا ان بعضه موجود دون بعضه الاخر و مثل هذا لا يجوز بيعه لأنه كبيع الثواب الشخصي الذي هو يخيطه أو الثمر الذي يوجد بعد ذلك فليس المبيع هو المقدار المنسوج والغزل الموجود ولا الثواب الكلي بتمامه أو ببعضه ولعل هذا مراد العلامة من أن بعضه في الذمة مجهول يعني ان بعضه شخصي موجود وبعضه الاخر شخصي لكنه في الذمة لعدم وجوده بعد وليس مراده انه كلى والا فمن المعلوم أنه لا مانع من كون بعض المبيع شخصيا وبعضه كليا في الذمة والمراد من جهالته عدم العلم بخصوصياته لعدم لشخصه بعد و الأوصاف انما ترفع جهالة الشخص الموجود أو الكلي الذمي لا الفرد الغير الموجود فتدبر قوله بثت الخيار الخ أقول وذلك لأن المبيع بالنسبة إلى القدر الباقي هو الغزل والنسج الكذائي شرط في الصورتين الأوليين واما في الأخيرة فالمبيع بالنسبة إلى الباقي هو المنسوج الكذائي الكلي فمع عدم انطباق الموجود عليه لا يثبت الخيار لأنه فرع الانتقال إليه وهو بعد باق على ملك البايع الا إذا قبله المشتري وأسقط حق شرطه فلو لم يقبله يكون باقيا على ملك البايع و ح فان أمكن التبديل وجب وجاء الأختيار تعذر التسليم بالنسبة إلى ذلك البعض وخيار تبعض الصفقة بالنسبة إلى المنسوج قوله اطلاق العقد يقتضى الخ أقول غرضه قده ان يبين أولا صحة البيع بدون ذكر وصف الصحة وانه لا يكون من البيع الغرري حتى يكون باطلا ثم يبين الخيار واحكامه ثم إن المراد بأصل السلامة اما أصالة على كون الشئ على مقتضى طبعه في الخلقة فان مقتضاه الصحة وعدم الزيادة والنقيصة اما لقا سرر اما غلبة افراد الصحيح في الخارج واما غلبة اقدم المعاملين على شراء الصحيح اما الأول فبمجرده لا يرفع الغرر كما لا يخفى واما الثاني فلا بأس به الا إذا كان غلبة شخصية على خلافه واما الثالث فهو وان كان كك بمعنى انهم لا يقدمون الا على شراء الصحيح مع الاطلاق يعني ان غرضهم الصحيح الا ان مجرد هذا لا يرفع الغرر ما لم يحصل الاطمينان بكونه صحيحا إذ غاية الأمر انه يرجع إلى اشتراط الصحة وهو لا يرفع الغرر في بيع العين الشخصية إذا لم يحصل الاطمينان فتأمل قوله ولذا لا يجرى في الايمان الخ أقول يمكن ان دعوى الانصراف في خصوص مقام المعاملات لا مط ثم إن التحقيق ان المقام من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح والسرف في الانصراف ان غرض المتعاملين نوعا هو الفرد الصحيح في مقام اعطاء العوض ولهذا يختص بباب المعاوضات ولا يضر فيه كون المبيع عينا شخصية وذلك لأننا نقول إن لفظ الحنطة مثلا في قوله بعثك

(٦٥)

هذه الحنطة أو الحنطة الموجودة في المكان الفلاني لما كان منصرفا إلى الصحيح بملاحظة مقام المعاملة فهو في قوة قوله بعثك هذه الحنطة الصحيحة فحال الانصراف

حال التوصيف ومن ذلك يظهر انه لا يلزم كون غير الصحيح غير مبيع فإنه كالتوصيف من باب تعدد المطلوب فكما أن التوصيف قد يكون من باب التقييد وقد يكون من باب تعدد المطلوب فكك الانصراف محال وصف الصحة حال سائر الأوصاف الغير المذكورة في العقد إذا علم اعتبارها بملاحظة الغلبة أو نحوها من القرائن هذا والفرق بين ما ذكرنا وما ذكره المصنف قده انه على ما ذكرنا يكون المراد من الحنطة مثلا الحنطة الصحيحة غاية الأمر ان هذا الوصف انما استفيد من الانصراف ويكون من باب تعدد المطلوب لا من باب التقييد وان الانصراف قسمان وعلى ما ذكره يكون المراد منها الحنطة الشخصية الخارجية من غير تقييد لكن استفاد من الخارج من جهة الأصل التزام زائد وح قلنا إن نستشكل في أن هذا الالتزام لا استفاد من مجرد الاعتماد على الأصل الا ترى أنه لو علم كونه هذا الشيء صحيحا فاقدم على شرائه من جهة علمه بصحته من غير أن يشترطها في المبيع لا يكون من الالتزام الشرطي فان وصف الصحة ح من قبيل الداعي والا فالبيع وارد على هذا الموجود مط فغاية الامر ان الأصل يوجب الظن بوصف الصحة وهو أيضا لا يرجع إلى الاشتراط فان الدواعي ليست قيودا في المطلوبات وكك الأغراض نعم لا نضائق من رجوعه في بعض المقامات إلى الشرط الضمني لكن على وجه الكلية ممنوع ومن ذلك يظهر ان خيار العيب متخلف عن خيار الاشتراط واما؟؟

ذكرنا فدعوى رجوعه إلى الاشتراط الضمني أسهل وأقرب لكن التحقيق انه أيضا ليس على وجه الكلية فإنك قد عرفت أنه يكون بمنزلة التوصيف وقد عرفت سابقا انه أعم من الاشتراط فان قلت فكيف جعلته من باب تعدد المطلوب قلت كونه منه انما هو في لب الغرض لا في مقام الانشاء فكون الغرض متعلقا بالصحيح غير كونه شرطا بمعنى كونه التزاما زائدا والحاصل انه شرط ضمني مركزوي لا ان يكون شرطا فعليا فإنه فرع التباني والالتفات الفعلي ومثل هذا الا من المركوز لا دليل على اعتباره بمجرد ولا يشمله أدلة الشروط نعم جعله الشارع مناطا في باب العيب من باب التعبد و

الافلو فرض هذا المقدار من الاشتراط بالنسبة إلى سائر الأوصاف لا نقول بالخيار ولذا جعلنا خيار تخلف الوصف منفكا عن خيار الاشتراط وقفلنا من باب التعبد بالاخبار لا القاعدة والحاصل ان غاية ما يلزم من الانصراف المذكور كون البيع واردا على العين الموصوفة بالصحة وهذا يتصور على وجوه أحدها ان يكون من باب التقييد بان يكون غير الصحيح غير مبيع الثاني ان يكون على وجه الاشتراط بان يكون الالتزام الوجداني الوارد على الموصوف بمنزلة التزامين ورد أحدهما على ذات الموصوف والاخر على الصفة الثالث ان يكون خارجا عن الامرين بان يكون النظر إلى ذات الموصوف وذكر الوصف من باب مجرد بيان المورد نظير الأوصاف الفعلية في العين الشخصية التي لا يعتنى بوجودها وعدمها فإنها على فرض وجودها مورد للالتزام لكنها ليست

قيدا ولا شرطا بحيث يوجب فقدها بطلانا أو خيارا فكما أن مثل هذه الأوصاف التي لا تتفاوت بها الرغبات إذا ذكرت وبان تخلفها لا يحدث من اجلها خيار فكذا الأوصاف المرغوبة إذا كان ذكرها المجرد بيان الواقع ورفع الغرر لا للالتزام بها فهي من باب تعدد المطلوب بمعنى ان فاقدها مبيع أيضا ولكنها ليست معتبرة على وجه الشرطية أعني انه لا يلزم اعتبارها على هذا الوجه والا فقد تكون كك كما

إذا علم بتاينهما عليها فعلا بحيث يكون انشاء البيع انشاء لها أيضا والغرض ان مجرد الانصراف وكون المورد هو الصحيح لا يلزم ان يكون شرطا فعليا نعم هو راجع إلى الشرط في لب القلب بل يكون قيда أيضا كما أن جميع الأغراض قيود في عالم اللت لكن هذا ليس مناطا بل المناط هو الشرط الفعلي وهو يحتاج إلى التزام فعلى انشائي وان كان انشائه عين انشاء المشروط بان يكون الالتزام الواحد في قوة التزامين فلو أغمضنا عن اخبار خيار العيب لا نحكم بالخيار من باب تخلف الشرط وكذا لو أغمضنا في التوصيف الصريح عن اخبار خيار الرؤية لا نحكم بالخيار من ذلك الباب كما أنه لو فرضنا عدم الانصراف إلى الصحيح ودفعنا الغرر من جهة أخرى أو قلنا بعدم البطلان من جهة الغرر حكمنا أيضا بالخيار من جهة اخبار العيب فتحصل ان خيار العيب لا يرجع إلى خيار الاشتراط والنسبة بين مورديهما عموم من وجه قوله لأنه تصريح بما يكون الاطلاق منزلا عليه أقول يعنى ان هذا الاشتراط ليس امر أو زاء الاشتراط الضمني المستفاد من الاطلاق وانما هو زيادة لفظ وإلا فلا يعقل تعدد الالتزام حتى يوجب تخلف أحدهما خيار العيب والآخر خيار الاشتراط الضمني المستفاد من الاطلاق وانما هو زيادة لفظ وإلا فلا يعقل تعدد الالتزام إلى قلت هذا انما يتم بناء على ما ذكره المصنف من أن اطلاق العقد يقتضى اشتراط السلامة بعد دعوى أن اخبار خيار العيب أيضا منزلة على ذلك بمعنى ان نظر الشارع في هذه الأخبار إلى تخلف الشرط الضمني غايته انه تصرف في خصوص تخلف وصف الصحة بالزيادة والنقصان حيث إنه أثبت الأرش أيضا وخص الرد بصورة عدم التصرف بخلاف تخلف الشرط فإنه لا أرش فيه ولا يسقط الرد فيه بالتصرف وكذا إذا نبينا على كونه راجعا إلى الاشتراط قلنا بعدم نظر الاخبار إلى ذلك بل المستفاد منها ان الغيب يوجب الخيار تعبد الا من حيث تخلف الشرط فان مقتضى اطلاقها في إفادة الحكم المذكور إلغاء حيثية تخلف الشرط في خصوص وصف الصحة فهو مورد للتخيير بين الرد والأرش ولا يجرى فيه حكم سائر المشروط فان هذه الأخبار وإن لم تكن ناظرة إلى حيثية تخلف الشرط الا انه لما لم يكن منفكا عن موردها مع ذلك طلقت ثبوت الأرش وعدم جواز الرد بالتصرف يستفاد منها إلغاء حيثية المذكورة الا ان يقال إن القدر المسلم من الالغاء ما هو الملازم لجميع الموارد من الشرط الضمني واما الشرط الصريح فلا يستفاد منها إلغائه فيمكن ان يترتب عليه اثره وإن لم يكن شيئا وراء الشرط الضمني بحسب الواقع وبعبارة أخرى الجهة اللازمة لموارد الاخبار هو الاشتراط القلبي واما مع التصريح به فباق على حكمه فتدبر هذا واما على ما نبينا من

انفكاك خيار العيب عن خبار الاشتراط وانه يمكن أن لا يرجع وصف الصحة إلى الشرط
فمقتضى القاعدة ثبوت الخيارين بل نقول إن الشرط الضمني الفعلي بدون

(٦٦)

التصريح أيضا كاف في اثبات خيار اخر الا ان يقال وان أمكن التفكيك والقول بان جميع الموارد لا يرجع إلى الشرط الا ان غالبها إذا كان راجعا إليه كفى في إلغاء حيثية الاشتراط الا لان الاطلاق إذا كان ناظرا إلى جهة خاصة ولكن كانت الجهة الأخرى ملازمة لها في الغالب يكون الاطلاق دليلا على عدم تأثيرها

مثلا إذا قال الدم الأقل من الدرهم فهو معفو وإن لم يكن ناظرا إلى العفو من حيث كونه فضله غير المأكول لكن إذا فرض كونه غالب الدماء من غيره يكون اطلاق العفو من حيث النجاسة دليلا على العفو من حيث الفضلية أيضا فتدبر هذا ولكن كون الغالب من باب الشرط الضمني الفعلي أيضا ممنوع فمقتضى القاعدة تأثير الجهتين وثبوت الخيارين بل قد يقال بثبوت خيار الاشتراط فقط بدعوى انصراف اخبار العيب إلى صورة عدم الاشتراط لكنه كما ترى لأنها مطلقة مع أن رواية يونس الآتية ظاهرة في التعميم بناء على ما سيحجى حيث إنه أثبت فيها الأرش مع اشتراط البكارة وهو مختص بالعيب ولا يجرى في خيار الاشتراط قوله ويؤيده ما ورد من رواية الخ أقول التأييد بهذا الرواية موقوف على أمور أحد ما كون الثبوت عيبا في الإماء والمشهور خلافه وسيحجى البحث عنه الثاني إفادتها الحصر

في الأرش وهو ممنوع لقوة احتمال كون ذكره من باب ذكر فردي أحد التخيير كما في اطلاقات الاخبار المقتصرة على الرد فقط أو الأرش فقط الثالث كونها ظاهرة في التصرف بالوطئ وهو أيضا ممنوع فإنه يمكن استكشاف عدم بكارتها بغيره وقوله لم يجدها أعم من ذلك وح فاشكال عدم ذكر الرد مشترك الورد ولا بد من الحمل على ما ذكرنا من كونه من باب ذكر أحد الفردين الرابع دلالتها على كون اشتراط البكارة صريحا ويمكن منعه بان يكون المراد انه كان باينا على أنها عذراء لكن الانصاف ظهورها في ذكر الشروط قوله يوجب تسلط المشتري أقول يعني ان الامر بيده ان شاء أمضى البيع واخذ الأرش ولو قهرا على البايع وان شاء رده وفسخه والظاهر أن ذمة البايع تصير مشغولة بالأرش بعد اختياره لا أن تكون مشغولة من الأول إذ لا معنى للشغل التخييري وكونها مشغولة مط وكون الفسخ مسقطا للشغل خلاف ظاهرهم مع أن لازمه بقاء الشغل ما لم يفسخ بحيث يكون معدودا من جملة ديونه ولا يلتزم به أحد فالظاهر أن الاختيار سبب للاشتغال فإذا اختاره ثم عدل ففسخ يكون الفسخ مسقطا ويحتمل عدم الاشتغال الوضعي أصلا بان يكون حكما تكليفيا محضا لكنه بعيد والتحقيق عدم الشغل لا أولا ولا بعد الاختيار وانما له حق التبريم وسيأتي تنمة البطلان البيان وما يترتب على ذلك انشاء قوله بل ما دل على الأرش الخ أقول بمعنى ان موارد الاخبار صورة التصرف فهي ساكنة عن حاله قبل التصرف بل يظهر من جملة منها التخصيص بما بعده كمرسلة جميل الآتية وغيرها قوله وان شاء اخذه أورد الخ أقول بناء على زيادة الهمزة المعنى واضح واما بناء على عدم زيادتها فلا بد من تقدير المعطوف عليه أي وان شاء اخذه بتمام الثمن من غير رجوع على البايع بشئ أورد عليه أي رجع المشتري على البايع بالقيمة التي هي أرش العيب ويمكن ان يرجع الضمير المستتر إلى البايع فيكون التقدير ان شاء اخذه من غير أن يرد البايع عليه شيئا أورد البايع عليه بأرش

العيب وعلي أي حال دلالة على ما ذكره المشهور واضحة سواء كان التخيير بين الأمرين أو الأمور إذ من المعلوم جواز الثالث وهو عدم الفسخ وعدم الرجوع على البائع قوله وقد يتكلف الخ أقول بان يدعى ان المراد من الرد في الاخبار رد البيع في الجملة أعم من أن يكون بالرجوع بتمام الثمن بان يفسخ أو بالرجوع بالأرش فان اخذ الأرش أيضا رد للبيع في الجملة حيث لم يبقه على حاله من مقابلة المبيع بتمام الثمن قوله وأصعب منه الخ أقول حاصل التوجيه انه يمكن تميم مذهب المشهور بان وصف الصحة الفائتة بمنزلة الجزء الفائت فكما أن في فوات الجزء يسترجع مقدار ما يقابله فكذا في الوصف فثبوت الأرش على القاعدة واما جواز الرد فاثباته بأحد وجهين الأول ما ذكره المصنف من كون فوات الوصف موجبا لتبعض الصفة فله الرد لذلك وله بالامضاء بمقدار ما يقابل الموصوف واخذ ما يقابل الوصف فيكون تمام مذهب (المش) ثابتا بالقاعدة الثاني ان يقال إن جواز الرد من جهة الاخبار والاجماع (وجواز اخذ الأرش القاعدة فيكون الدليل على مذهبهم ملفقا من القاعدة والخبر والاجماع صح) قوله وفيه منع المنزلة (الخ) أقول وأيضا لازمه الالتزام بالأرش في سائر الأوصاف إذ لا فرق بينهما وبين وصف الصحة ولا يلتزمه به أحد ودعوى انها خرجت بالاجماع كما ترى وكذا دعوى الفرق بحسب القاعدة و أيضا لازمه كون الأرش ثابتا من أول الأمر فيكون الامضاء بلا أرش من باب البراء أو الهبة وليس (كك) قوله ثم منع كون (الخ) أقول يعنى ان سلمنا ان وصف الصحة بمنزلة الجزء نقول إن الجزء انما يقابل بالثمن إذا لم يؤخذ على وجه الشرطية والا فهو كسائر الشروط لا تقابل به وفي المقام اخذ (كك) قلت يمكن ان يدعى ان الجزء يقابل به ولو كان على وجه الاشتراط ففي بيع الأرض على أنها جريان معينة إذا خرجت أقل ينقص من الثمن ما يقابل النقصان إذ المدار على العرف وهم يجعلون العوض في مقابل المجموع ولذا لا نحكم بالمقابلة إذا اعتبر الوصف في عنوان المبيع على وجه الجزئية كان يقول هذا الموجود من العين الموصوفة فان ايراد البيع على الموصوف في عرض ايراده على الصفة ومع ذلك لا يقابل بعوض وبالجملة لو قال بعثك هذا الثوب بكذا على أن يكون معه الثوب الفلاني أيضا يقال في العرف ان المبيع مجموعهما (فمع) خروج الثاني مستحقا للغير أو نحو ذلك يتبعث الثمن وهذا بخلاف الوصف بأي وجه اعتبر فإنه عندهم غير مقابل بالعوض نعم لو قال بعثك الموصوف والصفة كانت مقابلة بالعوض لكن المعاملة على هذا الوجه باطلة إذ يعتبر في المبيع ان يكون غيبا فلا يجوز بيع الأوصاف لا مستقلة ولا بعنوان الجزئية هذا ويؤيد ما ذكرنا بل يدل عليه خبر عمرو بن حنظلة عن أبي عبد الله ع في رجل باع أرضا على أنها عشرة أجرة فاشترى المشتري ذلك بحدوده ونقد الثمن ووقع صفقة المبيع وافتراق فلما مسح الأرض إذا حي خمسة أجرة قال (ع) ان شاء استرجع فضل ماله واخذ الأرض وان شاء رد البيع واخذ ماله كله الا ان يكون له إلى جنب تلك الأرض أيضا أرضون فليأخذ ويكون البيع لازما عليه وعليه الوفاء بتمام البيع فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باعه فإن شاء المشتري اخذ الأرض واسترجع فضل ماله وان شاء رد الأرض واخذ المال كله وان ظاهر الدلالة على التبعض في صورة

الشرط المذكور ولعلنا نتكلم على هذه المسألة بعد ذلك قوله

(٦٧)

وبالجملة فالظاهر (الخ) أقول العمدة في المسألة الاجماع أنتم كما ادعاه المصنف وفي الجواهر دعواه محصلا ومنقولا مستفيضا صريحا وظاهرا وادعاه أيضا سيد الرياض فان تم والا فيشكل الحكم بالتخيير إذ لا دليل على حجية الاجماع النقول والرضوي لم يثبت جزيته لينجبر ضعفه بالشهرة نعم عن الخلاف اسناد الحكم إلى الاخبار فيمكن ان يقال إنه خبر مرسل منجبر لكن من المعلوم عدم عثوره على خبر غير ما بأيدينا فلعله اجتهد منه في فهمها مع أنه جعل الأرش بعد الياس في غير موضع من مبسوطه كما نقل عنه المصنف وهذا موهن لما نقله في الخلاف ويمكن ان يكون نظره في الخلاف إلى ثبوت الحكمين أعني الرد والأرش في الجملة واسناد هذا إلى الاخبار فلا بد من المراجعة واما استنباط التخيير من الاخبار بالدعوى السابقة فقد عرفت صعوبته وكذا التطبيق على القاعدة فلم يبق الا الاجماع المنقول المؤيد بالشهرة هذا ويمكن ان يقال إن

التخيير المذكور مستفاد من قاعدة الضرر بدعوى أن اللزوم بلا أرش حكم ضرري واما رفعه بالرد واما بالأرش وفيه أولا النقص بساير الخيارات التي يستدل عليها بقاعدة الضرر فإنهم لا يقولون فيها بالأرش وثانيا ان لازم ذلك كون الامر إلى البائع بمعنى انه ان أدى الأرش فلا خيار للمشتري والا فله الرد وهذا خلاف مذهب المشهور حيث إنهم قولون ان الامر بيد المشتري وانه يجوز له إلزام البائع بالأرش وثالثا ان معنى الخبر ان الحكم الضرري مرفوع والحكم الذي يوجب الضرر في مقامنا هو اللزوم لا اللزوم بلا أرش إذ لا مقتضى للأرش حتى يكون عدمه موجبا للضرر فالمرفوع هو اللزوم ولا دليل على ثبوت الأرش ورابعا ان إلزام البائع بالأرش ضرر عليه نعم لو لم يمكن الرد كما في صورة التلف أو التصرف الموجبين لعدم جواز الفسخ يجرى قاعدة الضرر لا ثبات الأرش فهذه القاعدة منطبقة على مذهب الشيخ لا المشهور ويمكن ان يقال في توجيه مذهبهم انه مقتضى الجمع بين الاخبار إذ هي بين ما دل على الرد مع السكوت عن الأرش وهي كثيرة وبين ما أطلق الأرش من غير ذكر المورد لرواية يونس المتقدمة بناء على عدم ظهورها في صورة التصرف وكخبير عمر بن يزيد قال كنت انا وعمر بالمدينة فباع عمر جرابا هرويا كل ثوب بكذا وكذا فأخذه فاقتموه فوحدوا ثوبا فيه عيب فقال لهم عمر أعطيك ثمنه الذي بعتمكم به قالوا لا ولكننا فاحذ منك قيمة الثوب فذكر ذلك عمر لأبي عبد الله ع فقال يلزمه ذلك بناء على أن يكون المشار إليه بذلك قيمة الثوب ويكون المراد من القيمة تفاوت ما بين الصحة والعيب وعدم كون القسمة تصرفا وكخبير السكوني ان عليا (ع) قضى في رجل اشترى من رجل عكة سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه إلى علي (ع) فقال (ع) لك بكيل الرب سمننا فقال له الرجل انما بعته حكرة فقال له علي (ع) انما اشترى منك سمننا ولم يشتر منك ربا بناء على أن يكون الرب مخلوطا بالسمن بحيث بالسمن يعد عيبا فيه وكون اخذ السمن بكيله من باب الأرش واما الأخبار الدالة على تعيين الأرش بعد التصرف فلا اشكال فيها للاجماع على الحكم المذكور فيها فهي مخصصة لاطلاق الطائفتين من حيث

التصرف وعدمه وانما التعارض بين اطلاق الطائفتين من حيث إن مقتضى الأولى تعين الرد إذا لم يتصرف ومقتضى الثانية تعين الأرش ومقتضى الجمع بينها الحكم بالتخيير بحمل كل منهما على بيان أحد الفردين أو يقال إنهما يتعارضان فيحكم بالتخيير بينهما ولازمه التخيير بين الرد والأرش بناء على المشهور بين الأصوليين من كون التخيير بين المتعارضين تخييرا عمليا لا فتوائيا وفيه أن الجمع المذكور يحتاج إلى شاهد وليس إذ هو اما حكم العرف بإرادة ذلك بعد ملاحظة الخبرين وهو ممنوع إذ مثل ذلك يعد عندهم من المتعارضين واما النص الخاص وهو مفقود سوى الرضوي وهو غير صالح لذلك هذا مع أن الجمع غير منحصر فيما ذكر بل يمكن بحمل الثانية على ما بعد التصرف وهذا هو المتعين بمقتضى القاعدة الشهادة الاخبار المختصة بما بعده خصوصا مرسله جميل المفصلة بين الصورتين و اما الرجوع إلى التخيير بعد التعارض فمدفوعة مضافا إلى كونه مختصا بما إذا لم يمكن الجمع وهو في المقام كما عرفت بأنه فرع التكافؤ واخبار الرد أكثر واضح هذا مع ما عرفت من الاشكال في دلالة الفرقة الثانية والتحقيق ان مقتضى ملاحظة الاخبار هو الحكم باختصاص الأرش بما إذا لم يمكن الرد من جهة التصرف أو غيره كما هو مذهب الشيخ في (ط) فان الظاهر أن الياس عن الرد كناية عن عدم الامكان الأعم من الشرعي والعقلي و (ح) فان تم الاجماع فهو والا فنرجع إلى مقتضاها مع أن مقتضى الأصل أيضا ذلك لان المقام من باب الدوران بين التخيير والتعيين والأصل التعيين في مثل المقام وإن لم نقل به في الأحكام التكليفية ووجهه واضح هذا والتحقيق عدم تمامية الاجماع فلا بد من الاخذ بمقتضى الاخبار هذا مع ما عرفت من انطباق قاعدة الضرر أيضا على ذلك بل يمكن ان يدعى ان مقتضى القاعدة المتقدمة من كون وصف الصحة بمنزلة الجزء أيضا ما ذكرنا من ترتب الأرش على عدم جواز الفسخ بيان ذلك أن الوصف وإن لم يكن جزء من العوضين حقيقة ولا بمنزلته في كونه مقابلا بالعوض بحسب جعل المتعاقدين وانشائهما بل العوض في مقابلة ذات الموصوف والا لزم المفاسد المتقدمة واللوازم التي لا يمكن الالتزام بها حسبما عرفت الا انه مقابل بالعوض في عالم اللب بمعنى ان مقدارا من الثمن المجعول في مقابلة ذات الموصوف انما يكون بلحاظ الوصف و هذا معنى ما اشتهر بينهم من أن للوصف والشرط والأجل قسطا من الثمن ولهذا لو فرض زوال الوصف الموجود حين البيع عند المشتري ثم فسخه هو أو البايع بخيار من الخيارات يرجع البايع عليه بعوض الوصف الفاتت وأيضا لو فسخ البيع وكان فيه شرط الخياطة أو نحوها على أحدهما وكان الفسخ بعد العمل بالشرط بأخذ من عليه الشرط ممن له ذلك عوضه لان الشرط كان بمنزلة الجزء من أحد العوضين فإذا رجع العوض إلى مالكة الأول ولم يمكن رجوع الشرط لفرض العمل به يلاحظ قيمة ذلك الشرط ويؤخذ ممن له الشرط فان قلت انما يؤخذ منه أجره العمل لعوده إليه بالفسخ قلت مقتضى القاعدة اخذ قيمة الشرط لأنه الذي ضم إلى العوض لا قيمة؟ العمل مع أنه قد لا يكون هناك عمل له قيمة كما إذا اشترط في بيع الدار بيع وكأنه فباعه الدكان ثم فسخ بيع الدار فان بيع الدكان يبقى صحيحا ويؤخذ منه ما يقابل هذا الشرط والحاصل انه لا ينبغي الاشكال في كون الوصف والشرط

والأجل ونحوها موجبة لزيادة العوض في الطرف المقابل فلها

(٦٨)

قسط من الثمن فمقابلتها بالعوض ليست على حد مقابلة الجزء وهذا المقدار من المقابلة يصح جواز المطالبة بالأرش الذي هو (عوض) الوصف الفأث لا بان يكون مقدارا من الثمن باقيا على ملك المشتري إذ المفروض ان تمامه انتقل إلى البايع في مقابلة ذات الموصوف بل يطالبه بان يغترم له عوض ما التزام على نفسه من ذلك الوصف الذي لا يمكنه تسليمه بنفسه إذ المفروض عدمه مع كون المبيع شخصيا ثم إنه لا يلزم من البيان الذي ذكرنا الا جواز المطالبة به واما تعيين ذلك على البايع بمعنى وجوب دفعه عند مطالبة المشتري فلا بل يناط ذلك برضاه ما دام يمكن استرداد نفس الثمن بفسخ البيع إذ الأرش في الحقيقة استرداد المقدار المالية التي كانت في مقابلة الوصف الفأث وكما يمكن ذلك بدفع عوض ذلك الوصف المسمى بالأرش كذا يمكن باسترداد تمام

الثمن بفسخ البيع والمفروض انه لا مانع منه فعلى البايع الالتزام بأحد الامرين اما الفسخ أو دفع الأرش واما إذا فرض عدم امكان استرداد تمام الثمن لعدم جواز فسخ البيع كما إذا كان بعد التصرف أو التلف يتعين الأرش لان الاسترداد منحصر فيه بالفرض فان قلت لازم هذا انه لو رضى البايع بالفسخ بعد التصرف أيضا أن لا يجوز اجباره على الأرش قلت نلتزم بذلك وهو الظاهر من مذهب الشيخ أيضا ولا ينافيه الاخبار أيضا إذ ما دل منها على تعيين الأرش بعد التصرف انما هو بلحاظ حق البايع وانه لا يلزم برد جاريته عليه بعد الوطئ فلو رضى بذلك فلا يتعين الأرش ومما ذكرنا من تطبيق الأرش على القاعدة ظهر سر تعدى الأصحاب عن باب البيع إلى باب الإجارة والصداق وغيرهما من اثبات الأرش مع أن النصوص مختصة بالبيع فان قلت لازم ما ذكرت كون الامر (كك) في تخلف سائر الأوصاف غير وصف الصحة مع أنهم لا يلتزمون به حيث لا يقولون بالتخيير بين الرد والأرش بل يعينون الأول قلت نعم الا انه خرج بالاجماع أو نقول إذا قلنا بتعيين الأرش فيما إذا لم يمكن الرد وفي تخلف سائر الأوصاف والشرط يمكن الرد ولو بعد التصرف والتلف ولو فرض مانع عن الفسخ في مقام نلتزم فيها أيضا بالأرش نعم يبقى انه على ذلك ينبغي جواز المطالبة مع رضا البايع في صورة امكان الفسخ كما التزمنا به في مقامنا مع أن ظاهرهم تعيين الرد لكن يمكن ان يقال محط نظرهم صورة عدم رضا البايع بدفع الأرش والا فمع فرض رضى الطرفين به لا مانع منه فتحصل ان مقتضى القاعدة إلزام البايع بالأرش في صورة عدم امكان الرد وجواز المطالبة به في صورة الامكان مع رضا بالدفع ويمكن ان يقال إن نظر المشهور أو بعضهم في التخيير الذي ذكروه إلى هذا المعنى أي انهم يقولون بجواز الرد والأرش كليهما لكن مقيدا برضى البايع بالدفع والا فمع عدم رضاه لا يلزم به الا في صورة عدم امكان الفسخ فتأمل فإنه خلاف ظاهرهم وان كان احتمالاه موهنا للاجماع المدعى على مذهب (المش) وبالجملة فمقتضى الاخبار والقواعد ما اختاره الشيخ والاجماع على خلافه غير معلوم فتدبر قوله ينافيه اطلاق (الخ) أقول لعل مراده من هذه الاخبار الفرقة الثانية التي ذكرها وأمره بالفهم من جهة عدم ظهورها في

الاطلاق كما عرفت ولذا حكم في أول المسألة بان ما دل على الأرش مختص بصورة التصرف المانع من الرد قوله وقد عرفت أن (الخ) أقول لا ينبغي الاشكال في أن الخيار يثبت بمجرد العقد وان ظهور العيب والغبن ونحوهما من أسباب الخيار كاشف فيترتب عليه اثره من الانفساخ والفسخ والسقوط بالاسقاط قبل الظهور وذلك لأنه الظاهر من الاخبار وان العلم والوجدان فيها طريق كما هو (كك) في سائر المقامات مع انا لو قلنا إن المقام من باب الشرط الضمني فأولى بذلك إذ التخلف الذي هو السبب في الخيار ثابت من الأول بل لا معنى لكون الموجب ظهور التخلف كما لا يخفى هذا ولو جعلنا المدرك قاعدة الضرر (فكك) لان الملاك هو الضرر الواقعي وهو موجود من أول الأمر بل قد عرفت أن الحكم (كك) في خيار الرؤية أيضا فإنها كاشفة ولو كان ظاهر الخبر موضوعيتها قوله ان استحقاق المطالبة (الخ) أقول لا فرق بين الرد والأرش في امكان كونهما بعد الظهور إذ يمكن ان يكون الاستحقاق ثابتا بعد الاطلاع وان كان المقتضى له انتفاء وصف الصحة هذا وظاهر المصنف (قده) اشتغال الذمة بالأرش من حين العقد وقد عرفت الاشكال في أصل ثبوت الشغل الوضعي (فت) فإنه يمكن ان يكون مراده من استحقاق المطالبة ما ذكرنا سابقا من حق التبريم لا الاشتغال الفعلي وسيأتي منه التصريح بذلك فانتظر قوله هذا مضافا إلى أن الظاهر (الخ) أقول قد عرفت أن هذا هو الظاهر من جميعها فان العلم والوجدان فيها طريقي لا موضوعي والا فليس لنا خبر علق فيه الخيار على مجرد العيب من دون ذكر العلم والوجدان فلو لم نقل بظهورهما في الطريقية وجعلناهما من باب الموضوعية يشكل الحال قوله فاعل الظهور شرط أقول إذا فرض ظهوره في سببية نفس العيب فلا بد من الحكم على طبقة ومجرد احتمال الشرطية لا يضر بالاستدلال الا ان يدعى ان الحكم معلق في سائر الأخبار على العلم والوجدان لكنك عرفت ظهورها في الطريقية قوله إلى القواعد أقول ومقتضاها عدم الثبوت الا بعد الظهور لأصالة عدم تأثير الفسخ وأصالة عدم السقوط بالاسقاط قبله مع أن مقتضى العمومات اللزوم خرج ما بعد الظهور وبقي ما قبله هذا مضافا إلى أصالة عدم ثبوت الخيار إلى حين الظهور فإنه مسبوق بالعدم الأزلي وثبوته يحتاج إلى جعل شرعي فيجزى فيه أصل عدمه ومن هذا يظهر ما في الكلام المصنف حيث إن المستفاد منه الأصل الموضوعي غير جار وانه لا بد من الرجوع إلى الأصل الحكمي في كل مقام وانه يختلف باختلاف المقامات فإنك عرفت جريان الأصل الموضوعي ومع الاغماض عن ذلك يمكن نفى جميع الأحكام الثابتة للخيار بالأصل ولا يتفاوت الحال بين الرجوع إلى الأصل الموضوعي والحكمي إذا جميع الأحكام مسبوقة بالعدم (فت) والتحقيق ما عرفت استفادة الحكم من الاخبار وعلى فرض اجمالها يجرى أصل عدم الخيار مضافا إلى اقتضاء العمومات بناء على ما حققنا سابقا من عدم الفرق بين قسميها من الاستمراري والأزماني نعم مع الاغماض عن جميع ذلك المرجع أصل عدم تأثير الفسخ وعدم السقوط بالاسقاط وغير ذلك من الاحكام ولعله إلى ما ذكرنا نظر في امره بالفهم قوله والظاهر أنه مما لا خلاف فيه أقول هو (كك) لكن قال في الشرايع فان ظهر به يعنى

بالمبيع عيب سابق على العقد فالمشترى خاصة بالخيار بين فسخ العقد واخذ

(٦٩)

الأرش فرما يتوهم من قوله خاصة التخصيص لكنه فاسد فان مراده ان عيب المبيع يوجب خيار المشتري خاصة ولم يتعرض لعيب ثم إن الوجه في تسرية الحكم إلى الثمن مع اختصاص الاخبار بالمبيع مضافا إلى عدم الخلاف بل ظهور الاجماع وقاعدة الضرر وقاعدة تخلف الشرط قوة احتمال كون المبيع في الاخبار من باب المثال سيما بملاحظة المناط فإنه وإن لم يكن معلوما الا انه يكفي كونه مظنونا لا لان الظن حجة بل لأنه قد يكون الظن بالمناط قرينة عرفية على المراد من اللفظ كما هو (كك) في المقام فإنه قرينة على كون المبيع كناية عن العوض في البيع سواء المبيع والثمن وهذا هو العمدة والا فالاجماع غير معلوم ومقتضى القاعدتين جواز الفسخ لا التخيير بينه وبين الأرش كما هو المدعى ومقتضى ما عرفت من الاشكال في التخيير المذكور في المبيع عدم الحكم به في المقام بالأولى فالتحقيق ان الأرش انما يثبت في الثمن إذا لم يمكن الرد بقي امر ان أحدهما هل يجرى خيار العيب في بيع الكلي إذا كان الفرد المقبوض معيبا أم لا الذي يقتضيه القاعدة ان يقال إن له رد الفرد وابطال الوفاء لان الكلي ينصرف إلى الصحيح لكن لا على وجه التقييد بل على وجه تعدد المطلوب أو لان وصف الصحة كأنه شرط ضمنى على ما عرفت سابقا فلو رضى بالمقبوض كان له ذلك ولم يكن خارجا عن المبيع الا انه يجوز له الرد لان الصبر على المعيب ضرر ولأنه خلاف شرطه فله خيار تخلف الشرط في الوفاء وإذا فسخ الوفاء فيرجع المبيع كليا و (ح) له المطالبة بالبدل إن لم يكن متعذرا وان كان متعذرا فله الخيار في أصل البيع لكن لا خيار العيب لعدم كون المبيع معيبا بل تعذر خيار التسليم وليس له المطالبة بالأرش ولو مع تعذر البدل لعدم جريانه في غير خيار العيب هذا ولكن يظهر من جماعة منهم في باب بيع الصرف جريان حكم العيب من فسخ أصل العقد في بيع الكلي اما (مط) أو مع تعذر البدل بل يظهر من بعضهم جريان الأرش أيضا إذا لم يلزم الربا كما إذا اختلف جنس العوضين قال في (يع) إذا اشترى دراهم في الذمة بمثلها ووجد ما صار إليه غير فضة قبل التفرق له المطالبة بالبدل إلى أن قال وإن لم يخرج بالعيب عن الجنسية كان مخيرا بين الرد والامسك بالثمن من غير أرش له والمطالبة بالبدل قبل التفرق قطعاً وفيما بعد التفرق تردد انتهى فان الظاهر أن مراده من الرد رد أصل البيع بلا رد الفرد المقبوض بقرينة قوله وله المطالبة بالبدل (الخ) وأظهر منه ما عن العلامة في الارشاد في فرض المسألة له الرد والامسك بغير أرش والبدل وان تفرقا وعن المبسوط والوسيلة تخييره بعد التفرق بين الرضا بالبيع والفسخ والابدال وعن التذكرة و (لف) انه يطالب بالبدل وليس له الفسخ الا مع تعذر الابدال وعن (لف) جواز اخذ الأرش أيضا في مختلف الجنس حتى بعد التفرق قال في الجواهر وهو المفهوم من عبارة القواعد نعم عن المبسوط والخلاف والوسيلة والخلاف والوسيلة اطلاق الامسك بلا أرش من غير تقييد بما إذا كان متحدي الجنس بل في الخلاف صرح بعدم الأرش حتى مع الاختلاف لكن اشكالهما في الأرش انما هو من جهة كون جزء من أحد العوضين فيعتبر فيه قبض المجلس فلا يجوز اخذه بعد التفرق لا من جهة كون المبيع كليا هذا وعن كرهه أيضا في باب السلم انه لو كان الفرد المقبوض من المسلم فيه معيبا

وتجدد عند القابض عيب يجوز له اخذ الأرش للعيب السابق لأنه إذا لم يمكن رده بسبب العيب الحادث يصير كأنه هو المبيع فيلحقه حكم المبيع الشخصي وكيف كان فظاهر هؤلاء جريان خيار العيب في الكلى أيضا إذا كان الفرد المقبوض معيبا اما (مط) أو في الجملة ولا وجه له كما عرفت إذ المبيع ليس معيبا بل الفرد الموفى به معيب وهذا لا يقتضى الخيار في أصل البيع الا إذا تعذر الابدال فيكون (ح) من باب خيار تعذر التسليم بعد فسخ الوفاء ولعل نظرهم في ذلك إلى أن الكلى إذا تعين بالفرد فيكون مصب البيع ذلك الفرد فيصدق انه مبيع معيب وفيه ما هو واضح من المنع هذا مع أن الاخبار كلها ظاهرة أو صريحة في المبيع الشخصي نعم يمكن ان يقال إن قوله (ع) في صحيحة زرارة أيما رجل اشترى شيئا وبه عيب أو عوار (الخ) وقوله (ع) في مرسله جميل في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا (الخ) أعم من الشخصي والكلى لأنه إذا جرى البيع على الكلى واخذ الفرد يقال في العرف انه اشترى الا ترى انهم يقولون اشترت هذا ولو كان البيع واردا على الكلى ولعله إلى هذا نظر ص الجواهر حيث قوى هذا القول بعد ما ناقش فيه أولا بما ذكرنا من عدم كون المبيع معيبا لأنه كلى وله المطالبة ببديل الفرد فإنه قال في باب الصرف في شرح عبارة الشرايع المتقدمة نعم يمكن القول بثبوت الأرش فيهما معنى في الصرف والسلم معا باعتبار تشخصه بالقبض فيشملة ما دل عليه في المبيع المعيب ولا ينافيه جواز المطالبة بالبديل اللهم الا ان يقال إن الأرش انما ثبت عوضا عن وصف الصحة الذي لا يمكن تداركه الا به لو كان المبيع شخصا اما إذا كان كليا فهو ممكن بالابدال فلا يلزم به البايع ومن ذلك كانت المسألة محل تردد وان كان الأول أقوى إن لم يكن الاجماع على خلافه وفي باب السلم أيضا بعد ذكر جملة من الكلام في أخيرا التخيير بين الرد والابدال والأرش فراجع والتحقيق ما عرفت من عدم الجريان سواء تعذر البديل أولا وسواء حدث عيب عند المشتري أم لا لان حدوث العيب انما يمنع عن رد المبيع المعيب لا غير المبيع والفرد المقبوض ليس مبيعا وان كان منطبقا عليه فلا يشمله ما دل على أن المبيع إذا صار معيبا عند المشتري لا يردده على البايع فنختار فيما فرضه التذكرة انه يرد الفرد على البايع غاية الأمر انه يعطيه أرش العيب الجديد نعم لو دل دليل على عدم جواز الرد (ح) أو قلنا إنه يصدق عليه المبيع وجب القول بالأرش حسب ما ذكره العلامة إذ يصير (ح) كالمبيع الشخصي الذي لا يمكن رده فان الصبر (ح) على العيب ضرر عليه ولا يمكن دفعه الا بالأرش على ما هو الفرض فتدبر الثاني لا اشكال في جريان هذا الخيار في جميع افراد البيع حتى الصرف والسلم غاية الاشكال في ثبوت الأرش فيهما في بعض الصور اما من جهة لزوم الربا كما إذا كان العوضان من جنس واحد بناء على كونه زيادة في أحد العوضين واما من جهة اعتبار القبض في المجلس إذا كان بعد التفرق وللكلام على هاتين الجهتين مقام اخر هذا وهل يجرى في سائر المعاوضات من الصلح والإجارة ونحوهما أم لا مقتضى القاعدة عدم الجريان لاختصاص الاخبار باب البيع فلا وجه للتعدي إلى سائر الأبواب الا ان يدعى تنقيح المناط القطعي وهو كما ترى أو يدعى ان لفظ البيع والمبيع كناية عن مطلق المعاملات والأعواض بحيث يكون الاخبار ظاهرة في إرادة المثالية وفيه ما لا يخفى أو يدعى ان

(۷۰)

حكم الرد والأرش على الوجه المقرر في هذا الخيار على طبق القاعدة وهو ممنوع على طريقة المشهور من كون الأمر بيد المشتري في إلزام البائع بأحد الأمرين نعم على ما قررنا يمكن تطبيقه على القاعدة لكن لا بجميع الخصوصيات المذكورة في باب البيع والحاصل ان هذا الخيار على الوجه المقرر في باب البيع على خلاف القاعدة لا بد من الاقتصار فيه على مورد الاجماع والاختبار نعم يمكن اثبات جواز الفسخ في سائر الأبواب بقاعدة الضرر بناء على تماميتها أو بقاعدة التخلف الشرط ان أرجعنا وصف الصحة إلى الشرط الضمني كليه والا نفى صورة الرجوع خاصة هذا ولكن يظهر من الفقهاء التعدي إلى بعض الأبواب الأخر فيظهر من جماعة تعديته إلى باب الإجارة فإنهم ذكروا انه لو وقف المؤجر على عيب في الأجرة أو كانت معينة كان له الرد والأرش على حسب العيب في ثمن المبيع وفي الجواهر بلا خلاف أجده ولا اشكال بناء على عدم اختصاص حكم العيب بالبائع وذكروا فيما لو وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيبا ان له الفسخ وعن الغنية الاجماع عليه وعن التذكرة لا تعلم فيه خلافا إذا كان مما يتفاوت به الأجرة نعم لو لم يتعرضوا للأرش الا في اللمعة حيث قال وفي الأرش نظر وعن جامع المقاصد الاصح وجوب الأرش وفي مقام اخر لا استبعد ثبوت الأرش وعن (لك) استيجاهه وعن (ضه)

استحسانه وذكروا في باب المهر انه لو وجدت المرأة بالمهر عيبا سابقا كان لها رده بالعيب والرجوع إلى القيمة ولها إمساكه بالأرش وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه هذا في العيب قبل العقد ولو كان حادثا بعد العقد فعن جماعة انه كذلك وفي الشرايع لو قيل ليس لها القيمة وانما له عينه وأرشه كان حسنا وعن (عد) انه الأقرب إلى غير ذلك مما يظهر للمتتبع والتحقيق ما عرفت قوله فالظاهر عدم سقوط أقول يعنى ويحتمل السقوط بدعوى أن اطلاق الالتزام بالعقد على ما هو عليه من كون المبيع معيبا فهو في قوة اسقاط حقه من قبل العيب والتحقيق انه يختلف المقامات فقد يفهم منه ذلك وقد يفهم منه مجرد عدم الرد قوله فلا يبعد سقوطه أقول وجهه ان الأرش ليس امرا خارجا

عن الخيار وزائدا عليه بل نحو وجود خيار العيب هو التخيير بين أمور ثلاثة الالتزام بالمعيب والرد والأرش لا ان يكون الخيار في المقام كالخيار في سائر المقامات بمعنى مالكية الفسخ والامضاء ويكون الأرش امرا زائدا منه ثابتا في المقام بالدليل فهو في المقام بمعنى مالكية الفسخ أو الأرش في مقابل الامضاء قوله الثاني التصرف أقول التحقيق ان التصرف بما هو تصرف ليس مسقطا في المقام وان قلنا به في خيار الحيوان نعم لو كان مغير اللعين كما إذا خبط أو صبغ أو قطع الثوب أو نحو ذلك من انحاء تغيير المبيع فهو مسقط لكن لا من حيث إنه تصرف ولذا لو تغير المبيع بغير التصرف أو بتصرف الأجنبي كفى في سقوط الرد فالمدار على حدوث التغير فالأولى ان يجعل المسقط الثاني حدوث التغير عند المشتري سواء كان بالتصرف أو بغيره والدليل على كونه مسقطا الصحيحة والمرسلة واما مع عدم حصول التغير فان قصد به انشاء الاسقاط بحيث يرجع إلى الاسقاط الفعلي كان مسقطا أيضا لا من حيث إنه تصرف بل من حيث إن الاسقاط أعم من القولي والفعلي

ويكفيه ما دل على كون الخيار من الحقوق القابلة للاسقاط بعد صدقه على الفعلي أيضا إذ لا دليل على اعتبار اللفظ فيه واما التصرف المجرد عن القصد المذكور بما هو تصرف فليس مسقطا على حدة لعدم الدليل عليه مضافا إلى الدليل على العدم من اطلاقات الرد خصوصا ما ورد في رد الجارية بعد ستة أشهر بسبب عيب عدم الحيض واما ما ذكر وجها لكونه مسقطا فليس بتمام إذ هو اما الاجماع المنقولة وفيها أولا ان (المخ) مخالف كما ينقل عنه (المض) بل الإسكافي أيضا وثانيا ان القدر المتيقن من مورد الاجماع ما إذا رجع إلى التغير وحدث الحدث فيه أو كان بقصد الاسقاط كما يظهر من ملاحظة كلماتهم على ما نقله (المض) عنهم فلاحظ ولو فرض كون معقد الاجماع مطلقا في بعض الكلمات نقول إنه اجماع منقول وليس بحجة واما الصحيحة والمرسلة وفيهما انه لا دلالة فيهما كما لا يخفى إذ جعل المدار في الأولى على حصول التغير في المبيع إذ هو الظاهر من قوله عليه السلام فأحدث فيه شيئا وفي الثانية على قيام العين وعدمه فلا دلالة فيهما على كون التصرف من حيث هو مسقطا واما دعوى عموم التعليل في خبر خيار الحيوان وفيه ما عرفت سابقا من كون المراد منه التنزيل منزلة الرضا تعبدا ومعه لا يمكن التعدي وعلى فرض إرادة التعليل بالدال على الرضا لا عموم فيه يشمل سائر الخيارات فراجع ما ذكرناه في خيار الحيوان إذا عرفت ذلك فأقول ان كان مراد (المض) من التحقيق الذي ذكره ما ذكرنا فهو وان كان مراده ان التصرف الدال على الرضا نوعا مسقط وإن لم يكن بقصد الاسقاط والالتزام فعلا فلا دليل عليه لما عرفت قوله لكن إقامة البينة (الخ) أقول مع أن الموجود في خبر خيار الحيوان أحدث حدثا وفي المقام أحدث شيئا والفرق بينهما واضح وأيضا يمكن ان يقال إن المرسلة علقته الحكم على قيام العين وعدمه فهي مفسرة للحدث في الصحيحة فتدبر قوله فان تعليقه عدم سقوط (الخ) أقول الانصاف ان العبارة المذكورة ظاهرة في كون التصرف مسقطا تعبدا لا من باب الدلالة على الرضا وذلك لأنه لم يفرق بين ما قبل العلم بالعيب وما بعده مع أنه قبل العلم لا يكون دالا على الرضا واما التعليل المذكور فلا دلالة فيه أصلا إذ مع كون التصرف مسقطا تعبديا أيضا يصح توهم سقوط الأرش من باب الدلالة على الرضا ودفعه بما ذكره من عدم الدلالة فتدبر قوله ومما ذكرنا ظهر أن (عد) انعتاق (الخ) أقول يظهر من المصنف ان انعتاق المبيع على المشتري من باب المسقطات غاية الأمر انه ليس مسقطا برأسه بل داخل في عنوان التلف مع أنه في خيار المجلس جعله من موارد الاستثناء ولم يجعله من باب المسقطات فتدبروا براجع ما ذكرناه هناك في بيان الفرق بين المسقط والمستثنى قوله ثم إنه لو عاد إلى المشتري (الخ) أقول التحقيق ان التدبير والوصية و البيع قبل تماميته بان كان مشروطا بقبض المجلس ولم يحصل بعد كالصرف والسلم ونحو ذلك لا يسقط الخيار الا إذا أنشأ بها اسقاط الخيار بحيث رجع إلى الاسقاط الفعلي واما مع عدم قصد الاسقاط فلا مانع من الرد إذ المسقط أحد أمرين اما عنوان تغير المبيع أو عنوان عدم قيام العين اما الأول فالمفروض عدمه لأن المبيع بعد بحاله واما الثاني فكذلك لأنها قائمة بعينها ولم تخرج عن

ملكه فلا تعد تالفه ولا بحكم التلف بل التحقيق انه

(٧١)

لو نقل بعقد خيارى بل بعقد لازم وفسخ بالخيار أو بالإقالة أو نحو ذلك أو اشترى ثانياً أو انتقل إليه بالإرث أو نحو ذلك يعود خياره لأن الظاهر أن وجه سقوط الخيار لزوم الضرر على البائع في الانتقال إلى البدل والمفروض عدمه فيصدق أن العين قائمة بعينها خصوصاً إذا كان ذلك قبل الإطلاع على العيب وخصوصاً إذا قلنا بحدوث الخيار بعد ظهوره ودعوى أن الظاهر من قيام العين بعينها بقائها في ملكه من أول العقد إلى حين الفسخ كما ترى نعم لو كانت قائمة بعينها في ملكه غيره حين الفسخ لا ينفذ هذا المقام إذ الظاهر قيامها بعينها في ملكه وعنده حين الفسخ ولا يلزم مما ذكرنا وجوب تحصيلها بالفسخ أو الشراء أو نحوهما إذا كانت خارجة عن ملكه وذلك لأننا نقول يصدق القيام على فرض كونها في ملكه وان خرجت عنه سابقاً لا أنها في حال كونها في ملك الغير يصدق أنها قائمة بعينها فجواز الفسخ مشروط بفسخ العقد أو الشراء أو الإرث أو نحو ذلك من انحاء التملك فتدبر ولا يضرنا مخالفة المشهور بل الجمهور إذا لم يكن اجماعاً كاشفاً كاشفاً قطعياً فالأقوى ما ذكرنا قوله فرع لا خلاف (الخ) أقول الأولى أن يعد الوطئ مسقطاً مستقلاً لأنه ليس من باب التصرف ولا داخلاً تحت عنواني التغير وعدم قيام العين على التحقيق إذ لا وجه الكلام الإسكافي وظهر مما بينا هنا وسابقاً أن الأولى في تعداد المسقطات أن يقال أحدها الإسقاط قولاً أو فعلاً الثاني شرط سقوطه في ضمن العقد الثالث تغير المبيع بحيث يصدق أنه حدث فيه شيء سواء كان بالتصرف أو بغيره الرابع التلف وما بحكمه مما يصدق عليه عدم قيام العين بعينها ويمكن جعلهما أي الثالث والرابع واحداً الخامس الوطئ وأما حدوث العيب عند المشتري فيدخل تحت عنوان التغير ومن الغريب عده مسقطاً مستقلاً وعدم عد الوطئ كذلك مع أنه أولى بذلك كما لا يخفى ثم لا يخفى أن في ما عدا الأولين إنما يسقط جواز إلزام البائع (بالرد والافلو رضى البائع صح) بالتغير أو بالبدل أو بالجارية الموطوءة فيبقى تخيير المشتري بحاله والحاصل أن سقوط الرد إنما هو لمراعاة حق البائع فمع رضاه يبقى الخيار على حاله وليس حكماً تعديداً قهرياً عليهما فتدبر قوله بأن الوطئ جناية أقول فيه ما لا يخفى فإنه ليس جناية قطعاً إلا إذا كان بكراً وافتضاها كيف ولو كان جناية لم يكن فرق بين وطئ الحرة والمملوكة فكان الواجب في وطئ الحرة أيضاً مع إكراهها ذلك وأيضاً لا فرق في كونه جناية بين القبل والدبر فكان الواجب اثبات الأرش إذا وطئ عبد الغير وأيضاً إذا زنى بجارية الغير فوجوب الأرش محل إشكال عندهم خصوصاً إذا كانت عالمة مطاوعة ولو كان من باب الجناية كان الأرش بمقتضى القاعدة و الحاصل أنه لا ينبغي التأمل في عدم كونه من باب الجناية وأما ما ذكره ابن الجنيد فهو أيضاً فاسد كما لا يخفى وما أدري أي حاجة إلى التمسك بهذه الوجوه الفاسدة مع ورود النصوص الصحيحة الصريحة قوله ويشير إليه أقول لا أفهم هذه الإشارة بل الانصاف أن هذه الروايات مشيرة إلى عدم كونه من باب الجناية إذ التعبير بالأجر يكشف عن أن ذلك من جهة الانتفاع بالبضع لا من

جهة كونه غرامة للجناية ويشير إلى ما ذكرنا ما ورد في بعض اخبار وجوب الأرش إذا وطئ جارية الغير من قوله (ع) بما استحل من فرجها فإنه ظاهر في أن ذلك عوض المهر وبمنزلته فلا دخل له بالجناية قوله وهذا انما وقع (لخ) أقول الظاهر أن مراد المصنف (قده) ان هذا البيان من الامام مع أن اعطاء الاجر ليس مما يكون من المستنكرات التي تحتاج إلى الاستعاذة بالله من اثباته وذلك لو روده في المتعة وثبوتها في وطئ الجارية الحبلى وفي وطئ جارية الغير بالعقد عليها بلا اذن من مولها أو بالشراء فضولا ونحو ذلك انما وقع و مبنيا على مذاق الرعية حيث إنهم يستنكرون ذلك فالحكم الشرعي في خصوص المقام لما كان عدم ثبوت الأرش فبين الحكم الواقعي ببيان يطابق هذا فهم فقد اتفى؟؟ في كيفية البيان لا في أصل الحكم هذا ولكن في الجواهر ان هذا رد على بعض العامة القائلين برد الجارية الغير الحبلى مع الاجر إذا وطئت فلا ينافي ثبوت الأرش في صورة كونها جملي إذا ردت بعيب الحبل فعلى بيانه الاستعاذة في اثبات الأرش في خصوص غير الحبلى وليس الإمام عليه السلام بصدد الاستنكار في اثبات الاجر من حيث هو كلية حتى يكون منافيا للحكم به في سائر المقامات قوله ففي النصوص المستفيضة كفاية أقول نعم والظاهر منها كون الوطئ مسقطا بما هو هولا من حيث كشفه عن الرضا ولا من حيث كونه موجبا للتغير وعدم قيام العين والظاهر أنه لا فرق بين الوطئ في القبل والدبر لصدق الوطئ على الثاني أيضا حقيقة مع أن في بعض هذه الأخبار التعبير بالوقوع عليها وهو صادق مع الوطئ في الدبر قطعا ودعوى الانصراف كما ترى هذا ولو وطئها غير المشتري بالتحليل منه أو بالعقد عليها باذنه أو بالزنا فهل هو كوطئه أو لا فيه اشكال لعدم شمول الاخبار الا رواية معاوية بن ميسر فإنه عبر فيها بقوله (ع) إذا وطئت فيمكن الاخذ باطلاقه ويمكن تنزيهه على وطئ المشتري لأنه الفرد الغالب وعلى هذا يمكن ان يقال إن التقييد بالمشتري في سائر الأخبار من باب كونه الفرد الغالب فالانصاف ان المسألة مشكلة ومقتضى الأصل وبقاء الخيار هذا إذا قلنا بعدم كون التصرف الغير المغير مسقطا والا فالتحليل و التزويج كافيان في اسقاط الرد ثم إنه لا اشكال في أن مقدمات الوطئ من التقبيل واللمس والنظر إلى العورة والاضطجاع معها في لحاف واحد ونحو ذلك ليست ملحقة بالوطئ في المسقطية التعبدية وان كانت مشتركة معه في المناط الظني الذي هو العار على المولى البايع مع امكان ان يقال إن المناط احتمال صيروتها بالوطئ حاملا من المشتري وأم ولد له وبالجملة ففي الحكم التعبد لا بد من الاقتصار على مقدار الثبوت ثم إن الظاهر كما أشرنا سابقا ان مانعية الوطئ من الرد انما هو لمراعاة حق البايع فلو رضى بالجارية الموطوءة عد تخيير المشتري بين الرد والأرش والنهي في الاخبار في مقام توهم جواز الاجبار فتدبر فان مقتضى قوله عليه السلام معاذ الله (لخ) عدم جواز الرد أصلا لمكان استلزامه اثبات الاجر لها ثم إنه لا فرق بين كون الوطئ قبل العلم بالعيب أو بعده وكذا بين كونه مع الالتفات إلى كونها الجارية المشتراة أو بظن انها جارية أخرى له أو ظنها زوجته وكذا بين كونه في

حال اليقظة أو النوم بان أدخلت الجارية فرجه في فرجها إلى غير ذلك كما إذا كانت صغيرة غير قابلة للوطئ أو كبيرة وكذا لو كان المشتري صغيرا بان اشترى له ولية تنبيه الظاهر اختصاص المسقطية بخيار العيب فلو كان للمشتري خيار اخر لا يسقط بالتصرف كما إذا كان له خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط وقلنا إن الوطئ لا يسقطه من حيث هو بان قلنا إن المسقط الخيار الحيوان التصرف الدال على الرضا فعلا أو نوعا وكان الوطئ في حال الغفلة أو الاشتباه فالظاهر جواز الرد بذلك الخيار وسقوط خيار العيب لا يستلزم سقوطه بل وكذلك إذا حدث بعد الوطئ في زمان الخيار الذي يكون فيه عهدة المبيع على البايع عيب اخر لا يكون ذلك الوطئ مانعا من الرد به وقوله (ع) معاذ الله (الخ) ليس ناظرا إلى الرد بساير الخيارات أو بالعيب الحادث إذا قلنا بكونه كالعيب السابق في اثبات الخيار نعم لو كان الوطئ بعد ذلك العيب كان مانعا من الرد به أيضا قوله خلافا للمحكي عن الإسكافي أقول الانصاف ان عبارته المحكية ليست ظاهرة في الخلاف فان موضع الظهور قوله فإن كان العيب ظهور حمل من البايع حيث قيد الحمل بكونه من البايع ويمكن ان يكون فرض فيما لو لم تكن بذلك في حكم أم الولد كان يكون الوطئ في غير حال الملك وقلنا باعتباره في صيرورتها أم ولد أو كان الحمل بالمساحقة أو نحو ذلك ويحتمل ان يكون مراده كون الحمل عند البايع لا منه فان مقتضى سياق كلامه كون المفروض صحة البيع وكون الرد من باب العيب لا من جهة بطلان البيع وكذا لا ظهور لعبارة النهاية في الخلاف فان التعبير بلزوم الرد أعم من ذلك فلعله يقول في صورة ظهور عيب الحمل بوجوب الرد تمسكا بظاهر الاخبار (فت) نعم عبارة الوسيلة صريحه في الخلاف (فت) قوله والانصاف ان ظاهر (الخ) أقول التحقيق يقتضى ما ذكره المشهور وظهور الاخبار فيما ذكره كالنور

على الطور وذلك لان صحيحة عبد الله بن سنان من حيث اشتمالها على قول علي عليه السلام لا ترد التي ليست بحبلى (الخ) لا يمكن حملها على ما ذكره الجماعة من بيع أم الولد لان كلام علي عليه السلام يكون صريحا في مسألة

الرد بالعيب من جهة الخيار فلو كان المراد من صدر الرؤية الرد من جهة كون البيع باطلا والجارية أم ولد كان ذكر كلام علي عليه السلام لغوا إذ لا دخل له بمسألة بيع أم الولد ولا يمكن الاستشهاد به على بطلان البيع مع كونها أم ولد فان عدم الجواز الرد بالعيب مع الوطئ بسبب الخيار لا يكون شاهدا على بطلان بيع أم الولد ودعوى أنه لدفع توهم جريان الحكم في غير الحلبي كما ترى إذ لا محل لهذا التوهم أصلا مع أنه على هذا لم يكن وجه للتخصيص بما إذا وطئها ولا بصورة العيب ولعمري ان هذا من الواضح بمكان وعلى ما ذكرنا من إرادة عدم مانعية الوطئ من الرد بالعيب فيكون الاستشهاد بكلام علي (ع) في محله فإنه اما يكون المراد ان مفهوم كلامه (ع) دال على جواز الرد في الحلبي فغرض الإمام (ع) الاستشهاد بمفهومه واما يكون غرضه (ع) ان ما قرع سمعك من حكم علي عليه السلام بعدم جواز الرد مع الوطئ انما هو فيما لم تكن حبلى فلا يشمل

ما ذكرت من جواز الرد إذا كانت حبلى وكذا رواية عبد الملك فإنها أيضا ظاهرة في غير أم ولد وذلك لان المراد من عدم الرد في التي ليست بحبلى عدم الرد بسبب الخيار فيكون المراد من الرد في الحبلى أيضا ذلك لا الرد بسبب البطلان وهاتان الروايتان شاهدتان على بقية الروايات مع أن ظاهرها في حدا نفسها أيضا الرد بخيار العيب لا الرد بسبب بطلان البيع والا لم يكن وجه للتقييد بالوطئ وكان المناسب أن يقول فبان انها أم ولد مع انا لو فرضنا اجمال بقية الروايات وعدم ظهورها في مذهب المشهور بل ولو قلنا بظهورها في كون المراد بيع أم الولد وبطلانه من هذه الجهة يكفيها في اثبات المدعى احدى الروايتين الأوليين فضلا عن كليهما المعتضدين بفهم المشهور وعملهم فان عدم كون بقية الروايات من اخبار هذه المسألة وظهورها في عدم صحة بيع أم الولد لا يضر بدلالة الروايتين وذكر العلماء لها في باب واحد لا يدل على كونها متحدة المراد مع أنه لو كان دليلا فهو يؤيد المدعى لذكرهم لها في هذا الباب لا في باب بيع أم الولد ومما ذكرنا ظهر أن هذه الأخبار أخص مطلقا من اخبار مانعية مطلق التصرف لو ثبتت هذه الأخبار ومن اخبار الوطئ فلا بد من تخصيصهما بها وذلك لظهور هذه الأخبار في كون الحمل من غير المولى وصراحتها في الوطئ وعلى تقدير تسليم كون النسبة بينها وبين اخبار الوطئ عموما من وجه بدعوى أن هذه الأخبار خاصة بالحبل وعامة من حيث كونه من المولى وغيره واخبار الوطئ عامة من حيث الحبل وعدمه وخاصة بما إذا كان الحبل على تقديره من غير المولى لأنه إذا كان من المولى لا يناسب حكمها بعدم جواز الرد ووجوب الأرش إذا البيع (ح) باطل فبقريئة الحكم نقول باختصاصها بالحبل من غير المولى البايع الا انها عامة وقد خصصت بذلك بدليل من خارج فإنه بعيد نقول إن اخبارنا في حكم الأخص المطلق وذلك لعدم امكان تخصيصها بصورة الحبل من المولى بحيث تكون أم ولد كما عرفت فهي ناصة في شمول الحبل من غير المولى فلا بد من تخصيص اخبار الوطئ بها كما هو مقتضى القاعدة في العامين من وجه إذا كان أحدهما ناصا في إرادة مورد الاجتماع هذا و التحقيق ما ذكرنا أولا من كون النسبة عموما مطلقا وذلك لبعث إرادة الأعم من البطلان والفسخ من لفظ الرد وان كان الجامع موجودا فهي اما واردة لبيان بطلان بيع أم الولد ويكون المراد من الرد الرد بسبب بطلان أو لبيان جواز الفسخ بالعيب فيكون المراد الرد بسبب الخيار وإرادة الأعم بعيد غايته والمفروض عدم امكان إرادة خصوص الأول لما عرفت من لزوم لغوية نقل كلام علي عليه السلام فلا بد من تخصيصها بما إذا لم تكن الجارية أم ولد و (ح) فتكون أخص من اخبار الوطئ ثم إنه ظهر مما ذكرنا أن الامر دائر بين أحد التقييدين لا الاطلاق والتقييد حسبما يظهر من المصنف (قده) وان المتعين هو التقييد بكون الحبل من غير البايع أو منه مع كون الولد مملوكا أو حرا يجوز بيع أمه فلا بأس بلزوم مخالقات الظواهر التي جعلها المصنف مرجحة للقول الاخر إذ بعد كون هذه الأخبار أخص مطلقا أو في حكمه فنلتزم بتخصيص القواعد والعمومات بها هذا مع امكان الخدشة في كل واحد منها في حد

أنفسها مع قطع النظر عن صلاحيتها للترجيح وعدمه إذ في الوجه الأول انه بعد ظهور هذه الأخبار في كون الحبل من غير البايع لا مانع من كون الامر

(٧٣)

بالرد فيها في مقام دفع توهم الخطر فلا ظهور فيه في الوجوب حتى يلزم من حملها على قول المشهور طرحه مع أن ظهور الجملة الجزئية في الوجوب أول الدعوى هذا مضافا إلى أن الطلب المستفاد من هذه الحمل بل الأوامر والنواهي للارشاد سواء حملناها على مذهب (المش) أو على مذهب الجماعة فعلى الأول ارشاد إلى ثبوت الخيار وعلى الثاني إلى بطلان المعاملة ورد العشر ونصفه أيضا للارشاد إلى استحقاق البايع له وهذا هو الشأن في جميع الأوامر والنواهي المتعلقة بأبواب المعاملات الا ما شذ (ح) فحملها على مذهب المشهور لا يستلزم طرحا لظاهر أصلا هذا ولو سلمنا ان الامر دائر بين الاطلاق والتقييد بكون الحمل من البايع نقول يمكن دعوى كون الامر في مقام توهم الخطر على فرض الاخذ بالاطلاق إذ يكفي في ذلك كون بعض افراد المطلق (كك) فإذا فرضنا ان قوله عليه السلام يردها يشمل أم الولد وغيرها فيكفي توهم الخطر بالنسبة إلى غير أم الولد وفي الوجه الثاني ليس هناك دليل خاص يقتضى عدم كون العقر على المشتري حتى يلزم من قول المشهور طرحه نعم مقتضى قاعدة الملكية عدمه فينبغي ان يقال إن قول المشهور مخالف للقاعدة مع أن العقر على غير المالك أيضا خلاف القاعدة سواء قلنا بكونه من باب الجناية أو من باب الأجرة إذا روش الجنائيات تعبدية والا فالأصل عدمها خصوصا بالمقدار المخصوص والأجرة فرع كون المنفعة مقابلا بعوض وليس البضع كذلك ومجرد الانتفاع بمال الغير لو كان مقتضيا للأجرة لزوم القول بها في العبد إذا وطئه غير المالك فتأمل وفي الجارية بالنسبة إلى التقبيل واللمس والنظر ونحو ذلك من الاستمتاع وبالجمله كون العقر على أي حال على خلاف القاعدة مما لا اشكال فيه غاية الأمر انه ثبت بالدليل الخاص بالنسبة إلى جارية الغير في الجملة واما بالنسبة إلى المالك فلم يثبت في غير هذا الموضع فالامر دائر بين الحمل على مسألة أم الولد حتى يكون العقر الموجود في الاخبار مما له دليل في الجملة والحمل على مسألة الخيار حتى يكون مما لا دليل عليه الا هذه الاخبار ومجرد هذا لا يكون مرجحا خصوصا بعد وجود النظير كما في الشاة المصرة حيث إن المشتري الذي انتفع بلبنها يردها مع مد التمر أو الطعام مع كون اللبن ملكه بناء على مذهب الشيخ حيث عمل بما دل من الاخبار على ذلك هذا كله مع الاغماض عما ذكرنا من ظهور الاخبار في كون الحبل من غير البايع وإلا فلا اشكال إذ يخرج عن القاعدة بالدليل الخاص وهو هذه الاخبار لان العمل بالدليل الخاص بمقتضى القواعد وان كان على خلاف مقتضى القواعد هذا إذا التزمنا بكون الفسخ مؤثرا من حينه واما على ما احتمله الشهيد في توجيه العقر من كون الفسخ كاشفا ومؤثرا من الأصل فهو أيضا وان كان على خلاف القاعدة الا انه أيضا ليس عليه دليل خاص حتى يلزم طرحه من الاخذ بقول (المش) فلا يلزم طرح ظهور من العمل بالاطلاق فتدبر هذا مع أنه يمكن ان يقال إن الفسخ كالإجازة كاشف بمقتضى القاعدة ولازمه اثار عدم الملكية من حين العقد و (ح) فيكون عدم ضمان المنافع في سائر المقامات على خلاف القاعدة (فت) واما الوجه الثالث فلا يخفى ما فيه إذا دلت مانعية مطلق التصرف وخصوص الوطئ طرف

المعارضة مع هذه الأخبار والامر دائر بين طرح ظهور هذه الأخبار بتقييدها بما إذا كان الحمل من المولى أو ظهور تلك بتخصيصها بما عدا الحامل فلا وجه لعددها من المرجحات لقول الجماعة هذا مع الاغماض عن أخصيته هذه الأخبار والا فالامر أوضح واما الوجه الرابع ففيه ان التقييد بعدم علم البائع كما يمكن ان يكون لإفادة انه لو كان عالما بكونها أم ولده لم يبيع يمكن ان يكون لإفادة انه لو كان عالما بالعيب كان يجز المشتري فلا دلالة فيه على كون الجارية أم ولد والحاصل ان هذا التعبير متداول في كلام السائلين حيث يتخيلون انه يتفاوت الحال بين كونه عالما بالعيب أو جاهلا وأيضا نقول هذا الاشعار معارض بمثله في صحيحة عبد الله بن سنان حيث قيد فيها بعدم علم المشتري بحبلها ولو كان المراد بيع أم الولد لم يكن فرق بين كونه عالما أو جاهلا (فت) واما قوله (ع) يكسوها فلا إشارة فيه إلى ما ذكره أصلا كما لا يخفى واما الوجه الخامس ففيه انه لا حاجة إلى التقييد بعد ما عرفت من عدم الدليل على كون مثل هذه التصرفات مسقطا وعلى فرض وجوده نمنع لزوم التقييد إذ هذه الأخبار انما تدل على حكم الوطئ بما هو مع قطع النظر عن حيثية أخرى منضمة فلا اطلاق فيها بالنسبة إلى سائر التصرفات حتى يلزم التقييد وعلى فرضه لا مانع من الاخذ باطلاقها غاية الأمر تخصيص اخبار التصرف بها ولا بأس به لا خصيتها منها فكما خصصت اخبار الوطئ بل واخبار التصرف من حيث الوطئ كذا تخصصها من حيث التصرفات التي لا تنفك الجارية عنها وبالجملة هذه الوجوه الخمسة لا تصلح التقييد اطلاق هذه الأخبار مع الاغماض عما ذكرنا من ظهورها أو صراحتها في الحبل من غير البائع ومعه فلا ينبغي التأمل أصلا حسبما عرفت واما تأييد التقييد بما قد يقال من منافاتها لصحيحة ابن مسلم ورواية ميسر من حيث اشتمالهما على الاستعانة بالله من اثبات الاجر إذ على فرض اطلاقها وشمولها لحبل غير البائع يلزم اثباته فهو كما ترى إذ على الحمل على مسألة الحبل من البائع أيضا يلزم خلاف ظاهرهما لأنهما (بظاهرهما صح) يدلان على نفى الاجر مطلقا فالمنافاة مشترك الورد كما يمكن التوجيه بأحد الوجهين المتقدمين على الثاني فكذا على الأول فلاشكال والتوجيه كلاهما مشترك الورد فتحصل ان اللازم العمل بهذه الاخبار وتقديمها على ما دل على مانعية مطلق التصرف أو خصوص الوطئ لما عرفت من أخصية هذه الأخبار أو كونها بحكم الأخص ومع الاغماض عن ذلك وعدم الترجيح نقول اللازم الرجوع إلى ما دل على جواز الرد إذا كان قائما بعينه فإنه مقتضى تساقط الطرفين ومن المعلوم صدق قيام العين بعد الوطئ فيكون مطابقا لمذهب المشهور ولا وجه لما ذكره المصنف من الرجوع إلى عموم ما دل على أن احداث الحدث مانع ومسقط لكونه رضى اما أولا فلمنع وجود هذا العموم والتعليل في خبر خيار الحيوان قد عرفت ما فيه واما ثانيا فلانا نقول إنه مخصص بما دل على جواز الرد إذا كان قائما بعينه إذ هو أخص من العموم المذكور قطعاً لاخصاصه بخيار العيب وعموم ذلك العموم لسائر الخيارات و سائر المقامات والعجب أن

(۷۴)

المصنف مع التفاته إلى هذا عدل عنه وذكره بعنوان الامكان حيث قال ويمكن ان يقال بالرجوع إلى ما دل على جواز الرد مع قيام العين مع أنه المتعين وبملاحظته لا وجه للرجوع إلى عموم التعليل على فرض ثبوته حكم واعجب من ذلك أنه قال نعم لو خدش في عموما دل على المنع (الخ) حيث حكم بالرجوع إلى الأصل العملي ولم يقل بالرجوع إلى ذلك الدليل أيضا فان قلت لعل المصنف مستشكل في صدق قيام العين بعد الوطئ قلت نعم لكن الاستشكال في غير محله لصدق القيام قطعا مع أنه صرح سابقا بذلك حيث قال في مسألة التصرف بعد الاشكال في كفاية كل تصرف حتى مثل أغلق الباب واما المرسله فقد عرفت اطلاقها لما يشمل لبس الثوب واستخدام العبد بل وطئ الجارية لولا النص المسقط للخيار به فجعل مسقطية الوطئ من جهة الأخبار الخاصة به قوله وغاية الامر تعارض (الخ) أقول حاصل به انه من الأول إلى هنا ان الامر دائر بين مخالفة ظاهر هذه الأخبار بتقييد اطلاقها بما إذا كان الحمل من المولى وكانت الجارية أم ولد وبين مخالفة ظواهر الخمسة فالمعارضة بين هذه الأخبار ومجموع تلك الظواهر وحاصل ما ذكره هنا ان المعارضة انما تكون بين هذه الأخبار واخبار الوطئ بالعموم من وجه والوجه الأربعة مرجحة لاخبار الوطئ ومع المكافئة فالمرجع عموم مسقطية التصرف ومع الاغماض المرجع الأصل لكنه يثبت مذهب المشهور بضميمة الاجماع المركب وأشار بقوله فافهم إلى أن الاجماع المركب انما ينفع فيما إذا ثبت الحكم في أحد الشقين بالدليل الاجتهادي لا فيما ثبت بالأصل العملي إذ الاجماع المركب انما هو بينهما بحسب الواقع لا بحسب الأصول العملية نعم لو ثبت في مقام عدم الفصل بين الشقين حتى بحسب الأصل العملي أمكن التمسك به لكن ليس الامر كذلك في المقام بل لا أظن تحقق مثل هذا الاجماع في مقام من المقامات قوله اطلاق الحكم بوجوب رد (الخ) أقول الانصاف ان المسألة مشكله وان كان القول بالتفصيل قويا للمرسله المعتضدة باجماع الغنية ونفى خلاف (ئر) ورواية العشر بناء على حملها على البكر أو العمل بها فيه جمعا بين الاخبار وبما دل في ما لو وطئ أمة الغير على التفصيل الظاهر في أن ذلك عوض بضع الأمة بعد ظهور اخبار المقام أيضا في أن دفع نصف العشر انما هو من باب العوض فيكون إحالة على ما هو المعهود والاقتصار على نصف العشر من جهة غلبة الثبوتية في الحامل فتدبر ويحتمل ان يقال بعدم وجوب شيء في الحامل البكر لكون الحكم على خلاف القاعدة وانصراف الاخبار إلى الثيب فيبقى البكر تحت الأصل لكنه بعيد غايته ويمكن دعوى الاجماع على خلافه إذ العلماء بين قائل بالنصف وقائل بالعشر هذا ومع عدم ترجيح أحد القولين فالأصل البراءة عن الزائد على النصف قوله ويمكن دعوى انصرافه (الخ) أقول لا وجه للدعوى الانصراف فالحق عدم الفرق ولو سلمناه نقول فاخبار مسقطية الوطئ أيضا لا تشمل وطئ الدبر فلا مانع من الرد والتصرف غير مسقط مطلقا حسبما عرفت فعلى أي حال يجوز

الرد مع الوطئ في الدبر أيضا فتدبر قوله وفي لحوق التقبيل (الخ) أقول هذا بناء على أن مطلق التصرف مسقط حتى التقبيل واللمس والا فعلى المختار لا مانع من الرد (ح) ثم على القول بمسقطية مطلق التصرف أيضا ينبغي القطع بعدم مانعية مقدمات الوطئ إذا حصل الوطئ بعدها وذلك لاطلاق عدم مانعية الوطئ الملازم لها غالبا نعم الاشكال فيما لو كانت المقدمات منفكة عن الوطئ سواء لم يقصده أصلا أو قصده وبدا له ففي هذه الصورة يجئ الوجهان وكذا إذا كان تصرف اخر دون من الوطئ من غير مقدماته والأقوى عدم الاسقاط لأن الظاهر

من الاخبار ان الوجه في جواز الرد في الحبلى مراعاة جانب المشتري في ضرر صبره على هذا العيب وان ضرر صبره عليه أعظم من صبر البائع على وطئ الغير أمة و (ح) فالتصرفات التي دون الوطئ الا نمنع الرد بالأول (فت) والتحقيق التمسك بما ذكرنا أولا من عدم كون مطلق التصرف مانعا عن الرد ما لم يوجب تغييرا في المبيع أو يكون بقصد الالتزام فتدبر قوله وفيه أن كونها معيبة أقول نظر المستشكل إلى أن منصرف الاخبار صورة كون العيب خصوص الحبلى فلا تشمل صورة الاجتماع فلا بد فيها من الرجوع إلى عموم مسقطية مطلق التصرف أو خصوص الوطئ للرد فلا ينفع في رد ما ذكره المصنف وجوابه منع الانصراف بل الاخبار مطلقة فهي شاملة للحبلى المنضم إلى عيب اخر أيضا فهي دالة بمقتضى اطلاقها على جواز الرد (ح) أو نقول إنها متكلفة لحكم الحبلى وان الوطئ غير مانع عن الرد به وان كان مانعا عن الرد بعيب اخر وعلى أي حال تمنع الانصراف والفرق بين الوجهين انه على الأول يكون الاخبار متكلفة لحال العيب الاخر أيضا وان الوطئ غير مانع عن الرد به إذا كان منضمًا إلى الحبلى وعلى الثاني متكلفة لحال الحبلى فقط وانه يكفي في جواز الرد إذا كان الوطئ ملغى بالنسبة (إليه وان كان بالنسبة) إلى العيب الاخر إذ مرجع الامر إلى أن

الحبلى لا مانع من اقتضائه وان كان العيب الاخر ممنوعا من الاقتضاء إذ لا تعارض بين المقتضى وغير المقتضى قوله يشمل العامل أقول فالأقوى عدم الفرق (فت) فان دعوى الانصراف ليس كل البعيد لا أقل من الشك في الشمول فلا بد من الرجوع إلى عموم مانعية الوطئ بقي أمور أحدها ان الرد في الحبلى بعد الوطئ انما هو إذا لم يكن الوطئ بعنوان الالتزام وبقصد اسقاط الرد وإلا فلا يجوز بلا اشكال لسقوط حقه من الرد (ح) وان كان ذلك من جهة جهله بعيب الحبلى بحيث لو كان عالما به لما اسقط نعم لو تخيل عيبا اخر غير الحبلى فوطئ بقصد الالتزام بذلك العيب بمعنى اسقاط الرد به فقط فبان له الحبلى بعد ذلك أمكن جواز الرد لعدم سقوط حق الرد (ح) مطلقا بل من قبل العيب الكذائي فقط وهكذا الكلام في غير ما نحن فيه إذا التزم بعيب فبان اخر فإنه يبقى حكمه الثاني لا فرق في الحكم بجواز الرد بين ما لو قلنا بكون الحمل تابعا للحامل في البيع أو لم نقل فان الحبلى عيب وان كان الولد للمشتري ومن ذلك يظهر انه يجوز له الرد وان كان الحبلى من المشتري كان تزوجها

سابقا فوطئها ثم باعها منه مولاها وكان جاهلا
بحملها فان الولد (ح) حر وهو من المشتري ومع ذلك يجوز له ردها العيب الحبل ويمكن
القول بعدم جواز الرد ح لانصراف الاخبار إلى غير هذه الصورة

(٧٥)

الثالث لو كانت حاملا فسقط الحمل قبل اطلاع المشتري فهل يجوز الرد لصدق كونها حاملا أولا لزوال العيب (ح) وانصراف الاخبار إلى صورة بقاء الحمل وجهان وكذا لو سقط بعد العلم وقبل الرد والأقوى عدم جواز الرد للشك في شمول هذه الأخبار فالمرجع عموم مسقطية الوطئ فتدبر

الرابع بناء على القول بالتفصيل في العقر بين البكر والثيب انما نقول بالعشر في الأولى إذا كان الوطئ موجبا لإزالة البكارة والا كما لو كان في الدبر فالظاهر نصف العشر (ح) الخامس الظاهر أن رد الأرش تكليف مستقل لا ربط له برد الجارية بمعنى انه ليس جواز الرد مشروطا برد العشر أو نصفه فلو كان معسرا أو مما طلا لا يسقط حق رده السادس لو اختلفا بناء على التفصيل بين كونها باكرة حين البيع أو ثيبا فالقول قول المشتري لأصالة براءة ذمته من الزائد على النصف قوله من المسقطات حدوث أقول قد عرفت سابقا وستعرف أيضا انه لا يحسن عد هذا مسقطا على حده بل هو داخل تحت عنوان عدم قيام العين بعينه وكيف كان هنا مسئلتان إحداهما ان العيب الحادث في زمان ضمان البائع كما قبل القبض أو في زمان أحد الخيارات الثلاثة من المجلس والشرط والحيوان كالعيب الموجود قبل العقد ولو كان المبيع صحيحا حين العقد وهذه المسألة أشار إليها المصنف ضمنا الثانية ان العيب الحادث بعد العقد مطلقا هل يسقط الرد بالعيب القديم أولا وهذه هي التي عقد المسألة لا جملها اما المسألة الأولى فنقول لا اشكال في جواز الرد بالعيب الحادث قبل القبض أو بعده في زمان أحد الخيارات الثلاثة بل الظاهر الاجماع عليه في الجملة ويدل عليه ما دل على أن التلف قبل القبض من مال البائع أو التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له من النبوي المشهور كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه ورواية عقبة بن خالد في رجل اشترى متاعا من رجل وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال آتيك غدا انشاء الله فسرق المتاع ممن مال من يكون قال عليه السلام من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المال ويخرجه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه حقه وصحيحة ابن سنان عن الرجل يشتري العبد بشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال (ع) على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري شرط البائع أو لم يشترط قال وان كان بينهما شرطا أياما معدودة فهلك في يد المشتري (ف) هو من مال البائع ورواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله (ع) عن أبي عبد الله (ع) عن الرجل اشترى أمة من رجل بشرط يوما أو يومين فماتت عنده وقد قطع الثمن على من يكون ضمان ذلك قال ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضى بشرطه ورواية قرب الإسناد في العبد المشتري بشرط فيموت قال يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برئ من الضمان ومرسلة ابن رباط ان حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع وتقريب الاستدلال بهذه الاخبار على حكم العيب مع أن موردها صورة التلف ان المراد من كون التلف على البائع كون المبيع بعد في عهده وكان المعاملة

لا يتم الا بالقبض ومضى زمان الخيار فيكون ذكر التلف من باب كونه أظهر الافراد مع أن جملة منها شاملة لحكم العيب لان حدوث الحدث أعم من التلف خصوصا إذا جعل في مقابله وكذا لفظ الضمان ثم إن معنى كون العهدة عليه ان التلف أو العيب كأنه في ملكه فالمراد بالضمان ضمان المعاملة لا ضمان اليد وحاصل المراد ان التلف تمام المبيع كتلفه قبل البيع وكذا تلف بعضه وكذا عيبه قبل القبض أو في زمان الخيار كعيبه وهو في ملك البائع ولازم ذلك الانفساخ بالنسبة إلى تلف الكل وانفساخ البعض بالنسبة إلى تلفه وثبوت الخيار بالنسبة إلى العيب وذلك لأنه لو كان تالفا قبل العقد كان البيع الواقع عليه باطلا وكذا لو كان بعضه تالفا ولو كان معيوباً حين البيع أو قبله كان موجبا للخيار فمن حين التلف أو النقص يحكم بالانفساخ أو الخيار وليس المراد من كونه من مال البائع انه يؤخذ العوض منه على وجه الغرامة لأنه ليست يده يد ضمان ومن هذا البيان ظهر دفع ما يقال إنه لو كانت الاخبار شاملة لنقص الأوصاف لزم الحكم بالانفساخ كما في صورة التلف مع أنكم تريدون اثبات الخيار وذلك لأننا نقول معنى كونه في عهده انه يفرض حدوث التلف أو النقص وهو بعد في ملك البائع ويؤخذ بلازم هذا فلا يلزم اختلاف معنى الضمان بالنسبة إليهما حتى يلزم استعمال اللفظ في معنيين ويؤيد ما ذكرنا قوله عليه السلام ويصير المبيع للمشتري فإنه يدل على أنه لو تلف أو غاب قبل انقضاء الخيار فكأنه لم يخرج بعد عن ملك البائع وان حكمه حكم ما قبل الخروج وكذا قوله (ع) حتى يخرج من بيته وظهر أيضا جريان حكم الأرش أيضا في هذا العيب وانه كالعيب الموجود حين العقد في التخيير بين الرد والأرش كما أفتى به جماعة كالعلامة والشهيدان و (المح) الثاني وغيرهم وان نفاه جماعة أخرى كالشيخ في (ف) والحلي و (المح) وكاشف الرموز بدعوى أنه لو قلنا بشمول الاخبار لنقص الصفات لزم الحكم بضممان وصف الصحة وهذا غير الأرش المصطلح فإنه الاخذ بنسبة التفاوت بين الصحيح والمعيب إلى الثمن لا اخذ عوض الوصف كائنا ما كان وعلى تقدير تسليم كون الضمان ضمان معاوضة لا ضمان يد فاللازم رجوع ما يقابل الوصف من نفس الثمن كما لو تلف بعض المبيع فإنه يرتجع ما يقابله من الثمن (مع أن الأرش لا يلزم ان يكون من عين الثمن صح) والجواب ما عرفت من أن المستفاد من الأخبار المذكورة

تنزيل التلف أو النقص الحادثين منزلة الموجود قبل العقد ولازمه لحقوق حكم العيب الموجود قبله من التخيير بين الرد والأرش لا رجوع نفس نفس الثمن لعدم مقابلة الوصف بالثمن ولا ضمان عوضه لعدم كون اليد ضمان وعدم كون الضمان في المقام من ضمان اليد والحاصل ان الذي يستفاد من مجموع الاخبار ان حدوث التلف أو النقص قبل انقضاء زمان الخيار كحدوثهما قبل العقد في الحكم فيلحق كلا حكمه هذا كله في العيب السماوي واما إذا كان بفعل المشتري فليس مضمونا على البائع كما أن تلفه بفعله مضمون على نفسه وإذا كان بفعل البائع أو بفعل الأجنبي فاللازم الرجوع عليه بأخذ العوض من قاعدة الضمان المصطلح لا من ضمان المعاوضة وتمام الكلام في غير المقام ثم

إن اللازم مما بينا انه لو كان المبيع صحيحا حين العقد

(٧٦)

وعاب قبل القبض أو في زمان الخيار يكون المشتري مخيرا بين الرد والأرش ولو كان معيبا حينه وعاب بعيب آخر ان يكون له الخيار بينهما من هذه الجهة أيضا فيتعدد جهة الخيار إن لم نقل ان هذا العيب مانع من الرد بالعيب السابق كما سيحى بيانه في المسألة الثانية فلو اخذ أرش كل من العيبين لو لم يفسخ المعاملة وان فسخها يسترجع الثمن وليس عليه أرش العيب الحادث أيضا ثم إنه حكى عن (المح) الخلاف في العيب الحادث في زمن الخيار وانه لا يوجب ردا ولا أرشا نعم لا يمنع عن الرد بخيار الحيوان و (ح) يكون معنى كون ضمانه على البايع ان له الفسخ بخيار الحيوان ليكون ضرر العيب على البايع لكن لو لم يفسخ حتى انقضى زمان الخيار فلا يجوز له الرد (ح) قال في (يع) في باب العيوب إذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشتري رده وفي الأرش تردد ولو قبض بعضه ثم حدث في الباقي حدث كان الحكم كذلك فيما لم يقبض واما ما يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار لا يمنع الرد في الثلاثة وظاهر العبارة مطابق لما نسب إليه لكن ظاهر كلامه انما هو في المبيع الصحيح حين العقد والظاهر أن حكم العيب الحادث في المبيع المعيب أيضا كذلك عنده فلا يجوز الرد بهذا العيب الحادث وانما له الرد بخيار الثلاثة ليكون ضمان العيب على البايع ومن هذا البيان يظهر اندفاع ما أورده عليه الشهيد في الدروس واللمعة من أن حكمه هذا مناف لما ذكره في (يع) من أن العيب الحادث في الحيوان مضمون على البايع مع حكمه بعدم الأرش وجه الاندفاع انه لا منافاة بين الحكمين لان معنى كون ضمانه عليه انه له الفسخ بسبب خيار الحيوان ليكون ضرر النقص الحادث على البايع فتدبر والظاهر أن نظره فيما ذكره من عدم سببية للخيار إلى أصالة اللزوم وعدم المخرج وان ما دل على كون الضمان في الثلاثة على البايع لا يقتضى جواز الرد بالعيب حتى ما بعد الثلاثة بل غاية الأمر ان تلفه فيها عليه واما عيبه فلا دليل عليه الا على الوجه الذي ذكرنا من بقاء خيار الحيوان لكن لازم هذا الوجه أن لا يقول بجواز الرد في العيب الحادث قبل القبض أيضا مع أنه صرح فيه بجواز الرد في هذه العبارة وفي باب التسليم أيضا والحال ان العيب الحادث قبل القبض أولى بعدم الموجبة للرد فان دليل كون الضمان قبل القبض على البايع مختص بظاهره بالتلف بخلاف دليل الضمان في زمن الخيار فإنه شامل للنقص أيضا حيث إن في جملة من الاخبار ان ضمانه أو حدثه على البايع حسبما عرفت وكيف كان فالتحقيق ما عرفت من ايجاب العيب الحادث للرد والأرش كالعيب الموجود حين العقد من غير فرق بين كون المبيع صحيحا حينه أو معيبا وان في الثاني يثبت الخيار من الجهتين بل في زمان خيار الحيوان من جهات للش ولا مانع من اجتماع الجهات ويظهر الثمر فيها لو اسقط إحديها ودعوى أن العيبين السابق والحادث معا موجبان للخيار فلا يتعدد الجهة كما لو كان العيب حين العقد متعددا فإنه لا يقال إنه له خيارين بل خيار واحد مسبب عن جنس العيب المتحقق في ضمن فردين فكذا الحال بالنسبة

إلى القديم والجديد مدفوعة بالفرق بين المقامين فان العيب الموجود حين العقد أوجب خيارا والحادث بعده فرد اخر موجب أيضا ولا مانع من تأثيره الفعلي ودعوى أنه تحصيل الحاصل كما ترى إذ لا مانع من ايرائه خيارا اخر كما في اجتماع سببي الخيار من نوعين الا ان يقال بالفرق بان اجتماع أسباب الخيار غير اجتماع فردين من سبب واحد فإنهما داخلان تحت عنوان العيب هذا والتحقيق ان يقال اما بالنسبة إلى الأرش فلا اشكال في التعدد بمعنى لحاظ كل من النقصين واما بالنسبة إلى الرد فالخيار متحد مع الاجتماع ومتعدد مع الافتراق والجهة متعددة على أي حال و (ح) فان اسقط أحد العيين بمعنى انه رضى به يبقى الاخر مؤثرا في جواز الرد بل الحكم كذلك إذا كان كلاهما موجودين حين العقد وان اسقط خياره فإن كان قبل حدوث العيب الجديد فيرتفع حكم العيب السابق ويؤثر الجديد في الخيار وان كان بعد حدوث الجديد يرتفع الخيار وان كان بعد حدوث مطلقا لعدم تعدده (ح) لكون العيين بمنزلة عيب واحد في تأثير خيار واحد وهذا هو الفارق بين المقام وما إذا تعدد سبب الخيار كالشرط والحيوان مثلا فان الخيار هناك متعدد فله اسقاط أحدهما وابقاء الاخر بخلاف المقام فان قلت لازم ما ذكرت من كون الموجب للخيار في المقام جنس العيب الصادق على الواحد والمتعدد ان يكون الحكم مستندا إليهما معا إذا وجدا معا والى أولهما إذا وجدا مترتبين فالعيب الحادث لغو لا يؤثر في جواز الرد بعد تأثير الأول الا إذا سقط تأثيره بالاسقاط أو نحوه قبل حدوث الثاني و (ح) فكما انه لو اسقط الخيار بعد حدوث الثاني لا يبقى شئ فكذلك لو اسقط نفس الجهة أي العيب الأولى فان الثاني لم يكن مؤثرا حتى يوجب الخيار فلا فرق بين اسقاط أصل الخيار وبين اسقاط الجهة أي الموجب وهو العيب السابق قلت انما لم يؤثر العيب الجديد من جهة كونه تحصيليا للحاصل فإذا رفع المانع منه يعود مؤثرا لان المقتضى لتأثيره موجود غاية الأمر وجود المانع أيضا وهو حصول المسبب بسبب سابق فإذا ارتفع المانع اثر المقتضى عمله ولا يضر عدم تأثيره حين حدوثه لان موضوع العيب غير مرتفع فمع فراغ المحل يؤثر اثره وهذا أولى مما يمكن ان يقال إذا بال فوجب الوضوء ثم نام فلو يؤثر في الايجاب لمكان تحصيل الحاصل وفرض ان الشارع رفع اثر البول في ايجاب الوضوء بمعنى انه فسخ حكمه فان النوم (ح) يعود مؤثرا وجه الأولوية ان العيب في المقام موجود مستمر إلى حين ارتفاع اثر العيب السابق بخلاف النوم فإنه ارتفع موضوعه قبل رفع الأثر البول وانما بقي شأنه للتأثير ومع ذلك نقول بتأثيره بمقتضى القاعدة على الفرض المذكور نعم لو زال العيب الحادث في المقام ثم اسقط العيب السابق يكون من قبيل مثال النوم والبول فان قلت ما سلمت من أن العيين القديم والجديد فرد ان الطبيعة العيب وهما معا سبب واحد للخيار وليس من قبيل تعدد السبب ممنوع بل نقول إنهما سببان كالشرط والحيوان فيتعدد الخيار أيضا وذلك لاختلافهما في الدليل فان دليل العيب القديم الأخبار الخاصة ودليل العيب الحادث الأخبار الواردة في كون العهدة قبل

القبض وفي زمن الخيار على البايح فالعنوان مختلف ولازمه

(٧٧)

نرمه تعدد المسبب إذا كان قابلا له كما هو المفروض والا كان الحال كذلك في جميع الأسباب قلت نعم ولكن هذه الأخبار تجعل العيب الجديد؟

بمنزلة ما كان موجودا حال العقد فهي معممة في الحقيقة لموضوع الدليل الأول لا بنحو الكشف عن توسيع الدائرة بل بنحو الحكومة كما في سائر التنزيلات

والحكومات ففي اللب العنوان واحد وهو العيب الأعم من الموجود حين العقد والحادث بعده وفي الحقيقة الدليل على الخيار منحصر بالأخبار الخاصة

الواردة في خيار العيب وكذا ترتب على هذا العيب جميع الآثار المترتبة على العيب القديم من غير حاجة إلى قيام الدليل بالخصوص بل نكتفي بمجرد دليل

التنزيل فظهر الفرق بين المقام ومسألة تعدد السبب عنوانا كالشرط والحيوان فتدبر ومما ذكرنا ظهر حال ما إذا حدث بعد هذا العيب الحادث عيب

اخر مضمون على البائع أيضا فإنه أيضا يوجب الرد والأرش فمع اسقاط الأول يبقى هو مؤثرا ومع عدمه هما سبب واحد في الرد والأرش بلحاظ مجموعهما

وان اخذ أرش الأول فله الرد بالثاني أو الأرش به ولو كان حدوثه في زما ضمان المشتري كان كالحادث بعد القديم في زمان ضمانه وسيأتي حكمه ثم

لو كان الحادث في بعض المبيع فحاله حال ما إذا كان العيب القديم كذلك وسيأتي حكمه ثم انك قد عرفت أن ما ذكرنا من تعدد الخيارين أو الجهتين انما

هو مع الاغماض عما سيحى في المسألة الثانية من كون العيب الحادث مانعا عن الرد بالعيب القديم أولا والا فلو قلنا بكونه مانعا فينحصر السبب في هذا

الحادث هذا واما المسألة الثانية وهي كونه مانعا و مسقطا للرد بالعيب السابق فنقول ان هذا العيب اما ان يكون حادثا في زمان ضمان

البائع كما قبل القبض وما قبل انقضاء زمان الخيار أو في زمان ضمان المشتري اما الأول فظاهرهم عدم مسقطيته بل ادعى في الجواهر كونه قطعيا

قال يمكن تحصيل الاجماع فضلا عن محكيه وادى المصنف عدم الخلاف فيه قلت وقد ظهر لك مما بينا في تلك المسألة الوجه فيه وهو ان هذا العيب

بمقتضى اخبار القاعدتين بمنزلة العيب السابق فكيف يكون مانعا عنه ودعوى أنه لا منافاة بين كونه مثله في ايجاب الرد والأرش وكونه

مانعا عن الرد به من جهة عدم صدق قيام العين معه والمفروض ان جواز الرد بالسابق معلق على عنوان قيام العين مدفوعة بأنه إذا كان

بمنزلة ما حدث قبل العقد فكان العقد واقع على هذا المعيب فلا ينافي صدق قيامه بعينه هذا إذا كان الحادث مضمونا على البائع ومشمولا الاخبار

القاعدتين واما إذا لم يكن كذلك كما إذا كان بفعل البائع أو بفعل المشتري أو الأجنبي فيمكن ان يقال بمانعيته (ح) لصدق عدم قيام العين بعينه والمفروض

عدم شمول دليل التنزيل (ح) نعم لو كان بفعل البائع أمكن ان يقال بعدم المانعية من جهة ان ما دل على عدم جواز الرد إذا لم يكن المبيع قائما

بعينه لا يشمل ما إذا كان عدم قيامه من تقصير البائع فعمومات الرد بحالها و (ح) فللمشتري الرد واخذ الثمن والأرش من جهة العيب السابق وأرش اخر

من جهة هذا العيب الذي هو بفعل البائع لكن الأول هو الأرش المصطلح والثاني عوض

الوصف الفائت كائنا ما كان من دون لحاظ النسبة إلى الثمن المشتري واما ان كان بفعل المشتري فهو مانع من الرد من جهة احداث الحدوث من جهة عدم قيام العين وان كان بفعل الأجنبي فهو مانع من الجهة الثانية و (ح) له اخذ الأرش المصطلح من البايع واخذ عوض الوصف من الأجنبي من باب ضمان اليد هذا كله بناء على تخصيص مورد القاعدتين أي قاعدتي التلف قبل القبض أو في زمان الخيار بما إذا كان بالآفة السماوية وعدم شمولهما الصورة كونه من البايع أو المشتري أو الأجنبي والا فلو قلنا بالتعميم فالحكم كما ذكرنا أولا من أن مقتضى دليل التنزيل كونه كالعيب السابق فلا ينافي قيام العين نعم لو كان من فعل المشتري أمكن القول بمانعيته؟ من باب التصرف واحداث الحدث وتام الكلام في بيان القاعدتين من حيث تعميم موردهما وتخصيصه في مقام اخر هذا ولازم خلاف (المح) في المسألة السابقة مخالفته في هذه المسألة أيضا فإنه إذا لم يكن العيب في زمن الخيار موجبا للرد والأرش وان الرد من باب خيار الحيوان فلازمه مانعيته من الرد بالعيب السابق وذلك لا يجابه عدم كون المبيع قائما بعينه ولذا حكى عنه في درب المخالفة في هذه المسألة أيضا خلافا لشيخه ابن نما حيث قال بمقالة المشهور من عدم المنع فلازم كلام شيخه كالمشهور اثبات الخيار من الجهتين فما في الجواهر من أن ابن نما يقول بجواز الرد بالعيب الجديد فقط و (المح) يقول به بأصل الخيار يعنى بالعيب السابق فقط لا وجه له إذ قول ابن نما لا يأبى عن التعدد الذي هو لازم المشهور و (المح) انما يقول بالرد بخيار الحيوان لا بالعيب السابق ويمكن ان يكون مراد صاحب الجواهر من أن (المح) يقول بجواز الرد بأصل الخيار خيار الحيوان لا العيب السابق لكن (ح) لا يكون قول ابن نما عكسا لقوله كما نسبه إليه واما الثاني وهو ما إذا كان حدوث العيب في زمان ضمان المشتري كما بعد القبض وانقضاء الخيار فالمشهور انه مانع عن الرد بل في الجواهر بلا خلاف أجده فيه وعن شرح الارشاد للفخر وظاهر الغنية الاجماع عليه وعن الخلاف الاجماع والايخبار على أنه ليس له رده الا ان يرضى البايع بان يقبله ناقصا وعن موضع من المبسوط إذا باع عبد أو قطع طرفا من أطرافه عند المشتري ثم وجد به عيبا سقط حكم الرد اجماعا ووجب الأرش لكن عن المقنعة الخلاف في ذلك وان حدوث العيب لا يمنع الرد وفي الجواهر إن لم يثبت اجماع على سقوط لرد به (مط) لأمكن المناقشة فيه إذا لم يكن من جهته بحيث يعد تصرفا فيه لعدم معارض للأدلة المزبورة خصوصا مع عدم سقوط غيره من الخيار بذلك قال بل قد عرفت عدم سقوطه فيما لو تلف بأفة سماوية في وجه فضلا عن التعيب هذا ومحل الكلام ما لم يكن العيب بتصرف المشتري واحداثه فيه حدثا فإنه لا اشكال فيه خصوصا إذا كان بقصد الالتزام به والأقوى ما قاله المشهور لا لما قيل من أن العيب لما كان مضمونا على المشتري كان بمنزلة احداثه فيه حدثا فإنه ممنوع إذ لا دليل على هذا التنزيل ولا لان الأصل اللزوم ويجب الاقتصار في الخروج عنه على المتيقن وهو غير الفرض لان المرجع مع الشك

(۷۸)

عموم ما دل على جواز الرد مع الاغماض عنه استصحاب بقاء الخيار بناء على عدم جواز التمسك بالعموم الأزمانى في مثل المقام الذي خرج منه بعض الأزمنة ولا لما قيل من عدم صدق الرد (ح) وانما يصدق مع عدم حدوث شئ فيه لمنع ذلك والالزام بالحكم في سائر الخيارات ولا لما في التذكرة من أن العيب الحادث يقتضى اتلاف جزء من المبيع فيكون مضمونا على المشتري فيسقط رده للنقص الحاصل في يده فإنه ليس تحمل البائع له بالعيب السابق أولى من تحمل المشتري له بالعيب الحادث وذلك لأنه ليس تلفا للجزء أولا ولا يكون دليلا على عدم الجواز ثانيا إذ غاية الأمر تعارض الضررين فلا بد من الرجوع إلى عمومات الرد بل للمرسله المتقدمة المعلقة للرد على قيام العين بعينه فان الظاهر منها بقرينة قوله عليه السلام وان كان قد قطع أو خيط أو صبغ ان المراد بعدم قيام العين أعم من تلفها أو تعييبها بل مطلق تغييرها سواء كان ذلك بفعل المشتري أو لا فليس المدار على احداثه الحدث بل يكفى حدوثه بأي وجه كان بل يمكن ان يقال إن المراد من الصحيحة المتقدمة فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا أيضا مجرد حدوث الحدث وإن لم يكن بفعله فاسناد الحدث إليه منزل على المتعارف في التعبير في مثل المقام فتدبر وكيف كان ففي المرسله كفاية ولا فرق في العيب الحادث بين ان يكون حسيا أو غير حسى موجبا للأرش أو لا بل أقول ليس المدار؟ على عنوان العيب بل مجرد التغير بحيث يصدق عدم قيام العين بما هي سواء عد عيبا أو لا بل يشمل التغير بالزيادة أيضا الا ان المنع عن الرد لما كان لرعاية حق البائع فلا ينصرف إلى التغير بالزيادة إذا لم تكن مما يكون للمشتري الرجوع عليه بشئ بعد ما رد كسمن الدابة وتعليم الصنعة ونحو ذلك إذا لم نقل بكونه بعد الفسخ شريكا بنسبة قيمة الوصف واما إذا كانت الزيادة مما يكون للمشتري بحيث لو فسخ البيع يكون له الرجوع على البائع بقيمتها أو يكون شريكا له في العين بالنسبة كما إذا عمل في المبيع عملا له أجرة أو زاد فيه وصفا كذلك كتعليم الصنعة إذا كان بفعل المشتري فهو كالتغير بالنقيصة مانع عن الرد لعدم انصراف الخبر عنه بل مثال الصبغ والخياطة من هذا القبيل والظاهر أن خرج المبيع بماله على وجه لا يتميز من التغير وعدم قيام العين ولو كان بالجنس كمزج الحنطة بحنطة مساوية لها فضلا عن غيره أو غير المساوي وأيضا الظاهر أن تلف بعض المبيع من التغير فلا يجوز رد الباقي ولو أغمضنا عن عيب تبعض للصفقة وبالجملة المدار على صدق التغير وعدم قيام العين ومن ذلك يظهر انه لا وجه لجعل العنوان حدوث العيب وعدة مسقطا على حده لما عرفت من عدم الدليل على هذا العنوان بما هو فالأولى ان يعد من المسقطات عدم قيام العين أعم من التلف وما بحكمه والتغير وما بحكمه ولعل صاحب الجواهر حيث استشكل في الحكم لولا الاجماع حمل المرسله على خصوص ما إذا كان عدم قيام العين بفعل المشتري فارجعها إلى ما يستفاد من ظاهر الصحيحة من كون المدار على احداثه الحدث وفيه ما عرفت من أولوية العكس وهو ارجاع الصحيحة إلى المرسله ومع عدم ذلك لا معارضة بينهما فان الصحيحة على هذا ساكتة عن

حكم حدوث الحدث فنرجع إلى مفاد المرسله بقي أمور أحدها ما ذكرنا من أن مانعية التغير أو التعيب للرد انما هو إذا لم يكن بفعل البايع بلا اذن من المشتري وإلا فلا يمنع منه لانصراف الدليل ويحتمل العموم غايته انه يرجع عليه بأرش هذا العيب أيضا من باب الضمان المصطلح لصدق عدم قيام العين والأقوى الأول لان الوجه في عدم الرد رعاية حق البايع ولا يجرى في الفرض بمعنى انه السبب في الانصراف الثاني لو رضى البايع برده معيبا مع الأرش أو مجاناً يبقى التخيير بين الرد والأرش لما ذكرنا من أن المنع إذا كان لرعاية البايع ودعوى أن ظاهر المرسله تعين الأرش مدفوعة بان الظاهر منها سقوط جواز الالزام بالرد فهو نظير الامر بالرد في مسألة الحبلى حيث قلنا إنه لا يدل على الوجوب لكونه في مقام توهم الخطر بل وكذا اطلاقات الرد مع عدم التصرف فإنها أيضا وارده في مقام توهم وجوب الوفاء وبالجملة لا ينبغي التأمل فيها ذكرنا ولا وجه لدعوى كون الحكم تعديدا وظاهر الدليل تعين الأرش نعم لو رضى المبياع يجوز الرد بعنوان الإقالة وذلك لعدم المنافاة بين تعبدية الحكم وانصراف الدليل بملاحظة القرائن المنضمة كما هو واضح بل عن الشيخ في المبسوط ان الأرش مشروط بعدم رضى البايع بالرد معيبا لكنه مردود باطلاق المرسله بل الصحيحة وغيرهما من اخبار الأرش فالتحقيق ما عرفت من بقاء التخيير الثالث لو زال العيب الحادث قبل الاخذ الأرش فالظاهر جواز الرد كما عن التحرير لان العيب السابق مقتض والطارى كان مانعا ما دام موجودا فمع ارتفاعه يعمل المقتضى عمله هذا مع أنه يصدق قيام العين (ح) ودعوى أنه إذا صدق عليه عدم القيام حين الحدوث فسقط الخيار ولا وجه لعوده مدفوعة باننا نمنع سقوطه بل غاية الأمر عدم امكان الرد في ذلك الحين وهذا غير السقوط فهو معلق على عدم العود أصلا مع أن الظاهر من الخمر اعتبار القيام وعدمه حين إرادة الرد ولذا قلنا سابقا انه لو نقل المبيع بعقد لازم أو جاز ثم فسخ بالخيار أو بالإقالة أو نحو ذلك جاز له الرد الرابع إذا رد بالعيب السابق قبل ظهور العيب الجديد ثم بان له ذلك فالظاهر بطلان فسخه لأنه ينكشف (ح) عدم كون المبيع حين الفسخ قائما بعينه وإن لم يكن له فسخه نعم لو رضى البايع بذلك بتخيل عدم حدوث عيب عنده فبان الخلاف فالظاهر الصحة ويحتمل الفساد لعدم الاعتبار برضاه في الفسخ بما هو مورد خيار المشتري نعم لو دخل في عنوان الإقالة صح وكان التخيل المزبور من باب الداعي لا القيد فتدبر الخامس إذا اسقط المشتري الأرش باينا على اختيار الرد فحدث عيب يمنع عنه فالظاهر عدم جواز الرد فيسقط خياره بالمره والضرر قد اقدم عليه باسقاطه الأرش ويحتمل القول بجواز الرد ح اما لقاعدة الضرر نمنع الاقدام لأنه اسقط الأرش بتخيل امكان الرد واما لعدم شمول دليل المنع وهو (المرسله صح) لأنه أثبت الأرش فلا يشمل ما إذا لم يمكن الأرش فيرجع فيه إلى عمومات الرد وبعبارة

أخرى انما منع الرد فيما يمكن فيه اخذ الأرش فلا يدل؟

(٧٩)

على المنع في مثل ما نحن فيه فان قلت فاللازم جواز الرد بعد التصرف أو الوطئ أو العيب أو نحو ذلك في كل مورد لا يمكنه اخذ الأرش ولو كان من جهة المانع الخارجي ولا يمكن الالتزام به قلت أولا نلتزم به ولا اجماع على خلافه لعدم تعرضهم لهذا الفرع وثانيا بالفرق بين صورة الاستحقاق وعدم امكان الاخذ وبين صورة عدم الاستحقاق كما فيما نحن فيه فان دليل المنع من الرد لا يشمل الا ان يقال إن عدم الرد في المرسله ليس مقيدا بأخذ الأرش بل هما حكمان مستقلان فلو لم يثبت الثاني لمانع لا مانع من ثبوت الأول خصوصا مع أن عدم ثبوته انما هو من جهة اسقاطه الذي هو في حكم الاخذ فتدبر ولعلنا نتكلم على هذا الفرع فيما سيأتي فانتظر السادس قد عرفت سابقا انه يسقط الرد بتلف العين لعدم القيام المانع من الرد وهذا لا اشكال فيه انما الكلام في أنه لو رضى البايع بدفع البديل والفسخ (فهل يجوز الفسخ صح) (ح) كما قلنا به فيما لو رضى بالعيب الجديد أو لا الظاهر عدم الجواز وذلك لان هذا الخيار متعلق من الأول بنفس العين بمعنى انه ملك فسخ العقد برد العين لا ملك فسخ العقد والعمل على مقتضى الفسخ من استرداد العين ان كانت موجودة وبديلها ان كانت تالفة وبعبارة أخرى موضوع الخيار استرداد العين وان كان لا يمكن الا بفسخ العقد بخلاف خيار المجلس والشرط والحيوان فإنها متعلقة أولا بنفس العقد وسيأتي تنمة الكلام في احكام الخيار (انشاء) وان الخيارات متفاوتة في اختصاصها بصورة بقاء العين وعدم اختصاصها السابع لو كان سبب العيب سابقا على العقد أو في زمان ضمان البايع وحدوثه بعده وفي زمان ضمان المشتري فهل هو مانع من الرد أو لا كما لو جنى جنابة قبل العقد فآخذه المجنى عليه بعده أو شرب ما يوجب مرضه قبل العقد فمرض بعده ونحو ذلك والأقوى انه لو عد نفس ذلك السبب عيبا فهو من العيب السابق وإن لم يعد عيبا فهو من العيب الجديد والظاهر أن المثال الأول من الأول والثاني من الثاني وسيأتي تمام الكلام انشاء الله الثامن إذا اشترى جارية فوطئها فوجد بها عيبا فالوطئ مانع عن الرد بهذا العيب كما عرفت ولو تعينت بعد ذلك (؟) اخر في زمان ضمان البايع فهل يجوز ردها بهذا العيب أم لا وجهان من عدم المسقط له إذ الوطئ سابق عليه ومن صدق انها جارية موطوءة الأقوى الثاني لا طلاق رواية ميسر كان علي (ع) لا يرد الجارية بعيب إذا وطئت ولكن يرجع بقيمة العيب وكان يقول (ع) معاذ الله ان اجعل لها اجرا فان مقتضاها عدم الرد بأي عيب كان وان كان بعد الوطئ بل هو مقتضى التعليل فيها وفي صحيحة ابن مسلم بل يمكن دعوى شمول سائر اخبار الوطئ أيضا فإنها دالة على عدم جواز الرد إذا وطئت ثم رأى فيها عيبا وهو أعم من العيب القديم والجديد والحاصل انه ليس حال الوطئ حال سائر المسقطات في كونها مانعة عن العيب المتقدم لا المتأخر كالتصرف والاسقاط القولي والفعلي نعم يمكن ان يدعى ان عدم قيام العين بالتغيير أيضا كذلك مثلا لو كان المبيع معيبا فحدث فيه عند المشتري في زمان ضمانه تغيير

ثم حصل له خيار كخيار الشرط المنفصل عن العقد وتعيب بعيب
اخر في زمان ذلك الخيار فإنه يمكن ان يقال إن التغير السابق مانع عن الرد بهذا العيب
لصدق عدم قيام العين حين إرادة الرد فتدبر قوله على
الخلاف المتقدم في (الخ) أقول يعنى المتقدم في التضييف؟ والا فهو متأخر في التأليف إذ
سيأتي في اخر الكتاب ذكر هذا الخلاف (انشاء) ولم يتقدم البحث
عنه قوله ثم إنه ربما يجعل أقول الجاعل صاحب الجواهر قوله اما مثل نسيان الصنعة وشبهه
(الخ) أقول ينبغي ان يبحث عن القاعدة

الكلية لهذه المسألة وهي ان أيا من الأوصاف يوجب فقده الأرش على تقدير الفسخ وما
المعيار في ذلك وكذا عن حكم عكسه وهو ما لو زاد عند
المشتري فيه صفة بفعله أو لا بفعله فأى صفة تقتضي اخذ الأرش من البايع على تقدير
الفسخ ولعلنا نتكلم عليهما فيما سيأتي من احكام الخيار كما أنه
قد مضى بعض الكلام فيهما في خيار الغبن قوله لو علل الرد (الخ) أقول يعنى يتم ما ذكره
العلامة لو كان دليل الخيار منحصرا بقاعدة الضرر
فإنها لا تجرى مع تعارض الضررين فيرجع (ح) إلى مقتضى الأصل في العقود من اللزوم
لكن ليس كذلك لان الدليل عليه الاجماع والنص مضافا
إلى القاعدة فمع عدم جريانها نرجع إلى استصحاب الخيار الثابت بهما قلت قد عرفت أن
المرجع أولا اطلاقات الرد ومع الاغماض عنها نرجع إلى
الاستصحاب ثم يمكن ان يقال مع الاغماض عن العمومات لو كان المدرك منحصرا في
قاعدة الضرر فمع التعارض المرجع أيضا استصحاب الخيار لأن المفروض
ثبوت الخيار قبل حصول العيب الجديد إذ قبله لم يكن تعارض فمع الشك نرجع إلى
استصحابه الا ان يقال لا يجرى الاستصحاب مع كون
المدرك قاعدة الضرر للشك في الموضوع كما مر نظيره في خيار الغبن وغيره فتدبر قوله
ان من العيب المانع (الخ) أقول لا بأس بالإشارة
الاجمالية إلى ما هو المختار في هذه المسألة ولنتكلم أولا في أمور أحدها الظاهر أن الخيار
فيما عدا خيارى الحيوان والعيب حق وحداني
متعلق بتمام ما وقع عليه العقد فلا يجوز بمقتضى القاعدة التبعيض في الفسخ من دون رضى
الطرف الآخر

نعم لو كان الحد الطرفين متعددا
فالظاهر جواز التبعيض لأن الظاهر ثبوت الخيار لكل واحد فلو تعدد المشتري فلكل منهما
خيار المجلس فلكل منهما الفسخ في مقدار حصته ولو من دون
موافقة الاخر غاية الأمر ان للبايع خيار تبعض الصفقة وكذا لو تعدد البايع بل وكذا في سائر
الخيارات وذلك لصدق الموضوع بالنسبة إلى كل
منهما فلو اشترى حيوانا بالشركة يصدق على كل منهما انه صاحب الحيوان بناء على عدم
الفرق في خيار الحيوان بين بيع بعضه وكله وهكذا الحال في جميع
الخيارات ودعوى كون خيار واحد؟ للمجموع فيجب توافقهما على اعماله كما في الورثة
عن أحد المتعاقدين مدفوعة بما ذكرنا من شمول الدليل لكل واحد والفرق بين
المقام والورثة معلوم مع أن التحقيق كما سيحى ان لكل من الورثة أيضا خيار في مقدار

نصيبه الثاني ما ذكرنا من عدم جواز التبويض من جهة

(٨٠)

وحدة الحق انما هو مع عدم رضی الطرف الآخر والا فلو رضی بذلك جاز وفي الحقيقة يكون راجعا إلى الإقالة وفيها لا ينبغي الاشكال في جواز التبعض لأن العقد يتحل إلى عقود فيجوز حله بالنسبة إلى بعضها دون بعض والظاهر عدم الخلاف في ذلك في الإقالة الا من ابن المتوج وهو نادر ضعيف و مما ذكرنا ظهر ما في كلام المصنف حيث يظهر مما ذكره في رد استدلال ص الجواهر منع التبعض بناء على وحدة الحق ولو مع رضی الطرف الآخر فتدبر و الثالث لا اشكال في تعدد الخيار مع تعدد البيع والمدار فيه على تعدد العوضين بما هما عوضان سواء كان البايع والمشتري واحدا أو متعددا فلو قال بعثك هذا الكتاب نصفه بخمسة دراهم ونصفه الاخر بعشرة كان البيع متعدد التعدد العوضين فيه واما مجرد تعدد البايع أو المشتري فلا يكفي في تعدد البيع مع عدم ملاحظة تعدد العوضين وان قلنا بثبوت الخيار لكل منهما الشمول الدليل وبالجملة المدار في الاتحاد والتعدد على وحدة العوضين أو أحدهما وتعددتهما ولا يكفي في التعدد تعدد الثمن فقط كما يظهر من المصنف (قده) بل التحقق انه لا يعقل تعدده الا مع تعدد المثلن أيضا إذ المناط كما عرفت التعدد في لحاظ العوضية ومعه إذا لو حظ تعدد الثمن فلا بد وان يلاحظ كل منهما في قبال مقدار من المثلن فيتعدد هو أيضا هذا ولكن ما ذكرنا من جريان حكم التعدد في هذه الصورة انما هو بالنسبة إلى حكم الخيار واما بالنسبة إلى تبعض عليه الصفقة (وثبوت الخيار لمن تبعض عليه الصفقة) فيمكن ان يقال إنه في حكم الواحد فان غرض البايع انما تعلق ببيع مجموع الكتاب فلو رد المشتري بالنسبة إلى بعضه جاء خيار التبعض وان كان البيع متعددا الا ان يقال لا يجب العمل بمقتضى الغرض في جميع المقامات بل المدار على كونه شرطا للعقد ولو ضمنا ولا فلو كان غرضه بيع المجموع لكن باع بعضا منه من زيد وبعضا اخر من عمر وبعقدين مستقلين لا يجب الوفاء بمقتضى ذلك الغرض قطعا لكن الانصاف الفرق بين هذا الفرض وما ذكرناه من المثال إذ فيما ذكرنا يمكن دعوى كون الغرض شرطا ضمينا بخلاف هذا الفرض وبالجملة خيار تبعض الصفقة انما يجئ من قبل الشرط الضمني أو قاعدة الضرر ويمكن دعواهما في مثالنا دون الغرض المذكور كما لا يخفى ومن ذلك يمكن ان يستشكل في ثبوت خيار التبعض فيما لو لم يرجع إلى الشرط الضمني ولم يلزم ضرر وان كان البيع واحدا حقيقة كما إذا فرض هناك صبرة حنطة وكان مالكه ممن يكون غرضه بيع الحنطة صاعا كان أو صاعين أو منا أو منين ولم يتفاوت حال البايع في ذلك لكونه معد البيع الحنطة فاتفق انه اشترى شخص صاعين منها وخرج أحدهما معيبا فأراد رده فإنه يكون بمنزلة ما لو اشترى من أول الأمر صاعا واحدا والمفروض عدم تفاوت حال البايع في ذلك فان اثبات خيار التبعض هنا مشكل إذ لا دليل عليه لعدم الضرر وعدم الشرط الضمني فتدبر الرابع الظاهر في خيار الحيوان اختصاصه بخصوصه فلو

كان المبيع مشتملا على الحيوان وغيره لا يجرى خيار الثلاثة الا في خصوص الحيوان غاية الأمر انه إذا رده كان للبايع خيار تبعض الصفقة وذلك لاختصاص الدليل به فان قوله عليه السلام صاحب الحيوان المشتري بالخيار ظاهر في أنه في الحيوان فقط وكذلك الظاهر في خيار العيب فان قوله (ع) انما رجل اشترى شيئا وبه عيب أو عوار الخ ظاهر في كونه محل الخيار خصوص الشيء المعيب نعم لو صدق المعيب على المجموع (؟ جهة اشتماله على ذلك البعض كان الخيار في المجموع) لكن هذا انما يتم فيما لو كان المبيع شيئا واحدا عرفيا وكان بعض اجزائه معيبا لا ما إذا كان شيئين مختلفي الجنس وكان أحدهما معيبا فإنه لا يصدق المعيب على المجموع كما هو واضح ومن هنا يشكل الحكم بجواز رد الجميع لعدم تعلق الخيار به الا من باب تبعض الصفقة فإنه لو رد المعيب فقط يتبعض عليه الصفقة وهو كما يوجب خيار البايع يوجب خيار المشتري أيضا في الجميع فما ذكره صلى الله عليه وآله الجواهر من أن الأدلة ظاهرة في تعلق حق الخيار بمجموع ما وقع عليه العقد لا كل جزء كما ترى إذ ظاهر الأدلة الاختصاص كما لا يخفى على من لا خطها وكذا لا وجه لدعوى خروج الفرض عن الاخبار بدعوى أن ظاهرها صورة كون المبيع بتمامه معيبا ولو من حيث اشتماله على الجزء المعيب فلا تشمل صورة تعدده وكون أحد الشيئين معيبا فلا بد في حكمه من الرجوع إلى القواعد ومقتضاها اللزوم أو الخيار في المجموع من حيث المجموع فتدبر إذا عرفت ذلك فنقول مقتضى القاعدة الأولى وهي ما لو تعدد أحد العوضين وكان أحد المتعديين معيبا جواز التفريق مع قطع النظر عن الشهرة ودعوى عدم الخلاف أو الاجماع على عدمه وذلك لوجود المقتضى وعدم المانع إذ ما ذكر كونه مانعا أحد أمور الأول ما ذكره صاحب الجواهر من كون الخيار متعلقا بتمام ما وقع عليه العقد لا كل جزء وقد عرفت أن ظاهر الاخبار خلافه بل يشكل رد الجميع الا من باب لزوم تبعض الصفقة على المشتري الثاني ما أشار إليه المصنف (قده) من أنه مقتضى مرسله جميل لعدم صدق قيام المبيع بعينه إذا رد البعض وذلك لان المقصود من قيامه بعينه ان يكون كذلك عند البايع ومن المعلوم أنه إذا رد البعض دون البعض لا يصدق ذلك بالنسبة إليه وان كان في حد نفسه قائما بعينه وفيه أن متعلق الخيار إذا كان البعض المعيب فلا شك في صدق كونه قائما بعينه حسبما قرره المصنف (قده) أيضا الثالث ما استند إليه (قده) من استلزامه الضرر على البايع لان التبعض موجب للشركة في الجزء المشاع و للتفريق في المعين وكلاهما ضرر ونقص وفيه أولا منع كون مجرد التفريق ضررا في جميع المقامات حسبما بينا انفا وثانيا ان محبور بخيار البايع وما ذكره من كونه موجبا للضرر على المشتري من حيث إنه قد يتعلق غرضه بإمساك الجزء الصحيح كما ترى إذ لا يجب عليه الفسخ بالتفريق حتى

يستلزم خيار البايع في فسخ أصل العقد فيمكنه أن لا يفسخ أصلا إذا تعلق غرضه بإمساك
الجزء الصحيح والمفروض انه على أي حال ليس له إمساك الصحيح
ورد المعيب بحيث يكون لازما إذ على ما ذكره (قده) من كون الخيار في الجميع أيضا
يكون مخيرا بين إمساك الجميع ورد الجميع بل ما ذكرناه أوفق

(٨١)

بغرضه إذ لو رد المعيب فقط فلعل البائع لا يفسخ في الكل فيبقى له الجزء الصحيح بخلافه على ما ذكره إذ لا بد اما من رد الجميع أو إمساكه وهذا واضح هذا مع أن مقتضى كون التخلف غرض المشتري من إمساك الجزء الصحيح ضررا هو تعين ما ذكرنا إذ إلزامه برد الجميع أو إمساكه مناف لذلك بل الوجه جواز دفع ضرر الصبر على المعيب برده بخصوصه غاية الأمر ان للبائع أيضا دفع ضرر التفريق عليه بفسخ البيع هذا واما ما ذكره المصنف (قده) من أن مرجع جواز الرد منفرد إلى اثبات سلطنة للمشتري على الجزء الصحيح ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع ومنع سلطنته على الرد أولا أولى ولا أقل من التساوي فيرجع إلى أصالة اللزوم وحاصله ان دفع ضرر الصبر على المعيب كما يمكن بهذا الوجه يمكن بكونه مخيرا في إمساك الكل أو رد الكل و الثاني أولى لان الأول دفع للضرر بالضرر وان كان منجبرا بخيار البائع إذ لظاهر عدم شمول القاعدة لمثل هذا الفرض ولو سلمنا عدم الأولوية فلا أقل من التساوي وعدم العلم بكيفية الشمول فنأخذ بالقدر المتيقن وهو جواز رد الكل ونرجع في جواز التبعض إلى الأصل ومقتضاه اللزوم من هذه الجهة ففيه أولا ان مدرك خيار العيب ليس منحصر في قاعدة الضرر بل العمدة فيه الاخبار وإذا فرض ظهورها في رد خصوص المعيب فنأخذ به ونحكم على طبقه وإذا لزم منه ضرر على البائع نرجع فيه إلى قاعدته وهو كونه مخيرا في الفسخ فلزوم الضرر عليه إذا كان ممكن الجبر لا يقتضى رفع اليد عن الاطلاقات والا فلقائق أن يقول يمنع أصل الخيار والحكم بلزوم المعاملة بتمامهما لان الحكم بالخيار مستلزم للضرر وهو كما ترى وثانيا لو كان المدرك منحصر في قاعدة الضرر أيضا كان مقتضى القاعدة الحكم أولا بجواز رد البعض وحيث إنه مستلزم للضرر يحكم بخيار البائع لا ان يجعل الامر دائرا بين (؟) وجهين والحاصل ان الموجب للضرر أولا هو وجود العيب في بعض المبيع فلا بد من رفعه بخيار المشتري بين إمساكه ورده وإذا اختار الرد يتولد ضرر على البائع من جهة التشقيص فلا بد من رفعه بخياره في أصل البيع وامكان دفع الضرر بوجه آخر وهو إلزام المشتري بأحد الامرين من رد الكل أو إمساك الكل لا يقتضى تعينه إذ مقتضى القاعدة دفع خصوص ما أوجب الضرر لا دفع الضرر بأي وجه أمكن الا ترى ان في خيار الغبن يمكن دفع الضرر ببطلان البيع وبأداء مقدار التفاوت من بيت المال أو من مال الغابن ومع ذلك لا يجعل هذه الاحتمالات في عرض الخيار بل يقال إن اللزوم هو الذي أوجب الضرر فلا بد من رفعه فنقول في المقام أيضا ان لزوم البيع بالنسبة إلى البعض المعيب هو الموجب للضرر فلا بد من رفعه هذا مع أنه يمكن ان يقال إن لزوم المعاملة على المشتري ضرر وتعين رد الكل أو إمساك الكل الكل أيضا ضرر عليه لأنه قد يتعلق غرضه بإمساك ملكه من الجزء الصحيح ولزوم البيع على البائع مع رد المشتري لخصوص المعيب أيضا ضرر عليه ولازم هذه كون المشتري مخيرا بين إمساك الكل (ورد الكل) ورد خصوص البعض المعيب مع

خيار البايع على هذا الفرض في فسخ أصل البيع فتدبر والتحقيق انه ان ثم الاجماع على عدم جواز التبعيض فهو والا فالحق جوازه وجواز رد الكل أيضا وان كان محل الخيار هو خصوص البعض المعيب لما أشرنا إليه من أن التشقيص ضرر على المشتري أيضا فتدبر واما الصورة الثانية وهي ما لو تعدد المشتري ففي جواز التبعيض برد أحدهما مقدار حصته أقوال ذكرها المصنف (قده) وليعلم أولا ان هذه الصورة أولى بجواز التبعيض من السابقة من وجه وبالعكس من اخر وذلك لاحتمال كون تعدد المشتري موجبا لتعدد البيع فيكون لكل منهما خيار مستقل في مقدار حصته بل يمكن القول بذلك وإن لم نقل بتعدد البيع فتكون أولى من السابقة بالحكم المذكور واما وجه العكس فهو ان في السابقة يكون المردود تمام المقدار المعيب بخلافه في هذه الصورة إذا المعيب هو المجموع فرد أحدهما مقدار حصته رد لبعض المعيب نعم لو فرض كون المعيب خصوص حصته أحدهما كان يقول بعث هذا الشيء من فلان وذلك الشيء من فلان بعشرة دراهم لا يجرى وجه العكس لكن الظاهر خروج هذا الفرض عن محل كلماتهم بل هو من تعدد البيع حقيقة فتدبر وكيف كان فالأقوى جواز التفريق وإن لم نقل به في الصورة السابقة وذلك لشمول دليل الخيار لكل واحد منهما فإنه يصدق على كل منهما انه اشترى شيئا وبه عيب أو عور أو لا وجه لدعوى كون الثابت خيارا واحدا متقوما باثنين فلا يجوز لهما الاستقلال كما في الوارثين عن مورث واحد وذلك لمنع كون المستفاد ذلك والفرق بين المقام ومسألة ارث الخيار واضح مع أن التحقيق فيها أيضا جواز الاستقلال كما أشرنا إليه وسيأتي تحقيقه ودعوى انصراف الاخبار إلى غير المقام ممنوعة كما أن سابق من أن التشقيص ضرر على البايع قد عرفت الجواب (عنه وكذا عرفت الجواب) عن عدم صدق كونه قائما بعينه بدعوى أن المدار فيه على الوصول إلى البايع كذلك وفي الفرض ليس كذلك وبالجمله المقتضى وهو ظهور الاخبار بوجود والمانع المتصور أحد أمور كلها مدفوعة بما عرفت سابقا مع أن لازم القول بالمنع من الجهتين الأوليين وهما دعوى وحدة الخيار أو الضرر على البايع اختيار المنع في سائر الخيارات أيضا مع أن الظاهر عدم التزامهم به فان الظاهر فيما لو كان المشتري للحيوان متعددا عدم التزامهم بعدم جواز الرد الا باتفاق الكل وهكذا في خيار الغبن والمجلس ونحوهما ثم لا فرق فيما ذكرنا بين صورة علم البايع بتعدد المشتري وعدمه بل على القول بعدم الجواز أيضا لا فرق ودعوى أنه مع العلم بالتعدد يكون مقدما على الضرر التبعيض كما ترى إذ الاقدام على البيع من اثنين أعم من ذلك كما هو واضح ومن ذلك يظهر انه لا فرق في ثبوت خيار التبعيض له بناء على المختار من جواز التفريق بين صورة علمه وجهله بالتعدد لان المسقط للخيار اقدمه على الضرر ومجرد العلم بالتعدد ليس اقداما عليه كيف والا لزم في

الصورة السابقة أيضا القول بعدم ثبوت الخيار له على فرض التفريق لان اقدمه على بيع شئيين أحدهما مغيب اقدم على الالتزام بضرر التفريق مع أنه ليس كذلك قطعا واما الصورة الثالثة وهي تعدد البايع فلا اشكال فيه في جواز التفريق بل الظاهر كما اعترف به المصنف (قده) عدم الخلاف فيه أيضا لكن لا يخفى ان هذا إذا جعلنا المانع في الصورتين الأوليين الضرر على البايع بالتشقيص والا فلو قلنا إن المانع وحدة الخيار في تمام المبيع فيجوز الاشكال كما لا يخفى ثم إن هذا في غير صورة تعدد المشتري أيضا واما فيها كما فرضه المصنف (قده) فيما لو اشترى اثنان من اثنين عبدا واحدا فالحكم كما في الصورة الثانية كما هو واضح قوله فلا اشكال في كون هذا (الخ) أقول يمكن الاستشكال في جواز التفريق وان كان العقد متعدد الآن المبيع شئ واحد وقد يكون غرض البايع متعلقا ببيع مجموعه دون بعضه والمفروض اتحاد صورة الصفقة أيضا بل عن (المح) الثاني المستشكل في صورة تعدد البايع معللا باتحاد صورة الصفقة الاستشكال هنا بالأولى وعن لك امكان تمشى الخلاف فيما لو كان المبيع عينين لكل واحد من المشتريين واحدة منهما معينة ولو بما يخصها من الثمن لو كان كلياً نظراً إلى اتحاد العقد ولازمه الاشكال في المقام بالأولى كما لا يخفى فتدبر قوله وكل منهما نقص يوجب (الخ) أقول قد عرفت منع كون التفريق مطلقاً نقصاً فلا بد من التفصيل بناء على كونه مانعاً قوله إذ قد يتعلق غرضه (الخ) أقول قد عرفت ما فيه فلا تغفل قوله فان المانع فيهما ليس إلا (الخ) أقول فيه منع بل المانع هو تغير الهيئة وانما لا يمنع التغير بما يوجب الزيادة لعدم منافاته لكونه قائماً بعينه عرفاً وعلى فرضه نلتزم بعدم جواز الرد الا مع رضی البايع ودعوى القطع غير مسموعة نعم لو حصلت الشركة بالنسبة كانت مانعة من الرد أيضا للضرر قوله (وقد يستدل أقول المستدل صاحب الجواهر قوله) والأصل اللزوم أقول يعنى بالنسبة إلى رد البعض وإلا فلا اشكال في الجواز بالنسبة إلى رد المجموع قوله وفيه مضافاً إلى أن اللازم (الخ) أقول قد عرفت منع هذا اللازم إذ مع رضی البايع يرجع إلى الإقالة ولا اشكال في جواز التبعض فيها والسر فيه انحلال العقد إلى عقود فيجوز الحل بالنسبة إلى بعضها ومعناه انحلال العقد الوحداني البسيط من حيث تعلقه بذلك البعض وهذا كما نقول ببطلانه بالنسبة إلى ما لا يصح تملكه وصحته بالنسبة إلى ما يصح تملكه فيما لو باع خمراً وخلاً أو شاةً وخنزيراً ولا مانع من كون العقد الواحد البسيط صحيحاً وفساداً من جهتين أو منحلاً وباقياً كذلك كما هو واضح ونظيره في التكاليف ما إذا كان هناك ايجاب وحداني متعلق بمتعدد فان المكلف لو أتى ببعضه يصدق عليه انه مطيع لذلك الطلب وعاص له بالنسبة إلى ما لم يأت به قوله انه لا يشك أحد في أن دليل (الخ) أقول محصل ايراده على صلى الله عليه وآله الجواهر انه لا اشكال في أن حق الخيار حق وحداني متعلق بما تعلق به ولا يجوز تبعضه بالنسبة إلى اجزاء ذلك المتعلق وانما الاشكال في أن متعلقه هل هو

خصوص الشيء المعيب أو مجموع ما وقع عليه العقد ولنا ان نقول إن ظاهر دليل الخيار الأول فيكون كاخبار خيار الحيوان أو لازمه جواز التفريق نعم يجوز مع ذلك رد الجميع أيضا من باب ان رد البعض تبعض للصفقة على المشتري وهو ضرر فيجوز له ان يدفعه بالرد في الكل أو من باب الاجماع والا فمحل الخيار ومورده هو خصوص جزء المعيب وعلى ما بينا يكون المراد من قوله (قده) المجموع المبيع لمجموع ما تعلق به ولا يمكن حمل العبارة على ظاهرها كيف وهو تصديق لصاحب الجواهر مع أنه لا يناسب بقية العبارة كما لا يخفى لكن الانصاف عدم حسن هذه التعبير المحتاج إلى هذا التأويل البعيد وكيف كان فالمراد واضح قوله واما الصديق المعيوب على المجموع أقول لا يخفى ان مقتضى هذا هو اختيار الشق الثاني من الترديد وهو كون محل الخيار مجموع ما وقع عليه العقد الا ترى أنه علله بقوله لكونه معيوباً ولو من حيث بعضه فكان الأولى في بيان سريان الخيار إلى الكل الاقتصار على الوجهين الأولين وهما الفرار عن تبعض الصفقة وقيام الاجماع على جواز رد الصحيح مع ولعله سهو من القلم قوله بل غاية الأمر

ظهور (الخ) أقول لا يخفى تشويش العبارة وظني ان النسخة غير فقيهه من الغلط وكيف كان فعلى هذه النسخة التي بأيدينا يمكن ان يكون قوله بل غاية الأمر (الخ) بيانا للشق الثاني من الترديد وقوله لكن موردها المبيع الواحد (الخ) بيانا للمختار عنده وحاصله على هذا هل الخيار في المقام نظير خيار الحيوان في الاختصاص أولا بل هو متعلق بالمجموع لان ظاهر النصوص الواردة في الرد رد تمام ما وقع عليه العقد الحق الثاني لان موردها المبيع الواحد العرفي المتصف بالمعيب فلا يشمل ما لو انضم إليه غيره فما نحن فيه خارج عن مورد الاخبار ولا دلالة فيها على جواز رد خصوص المعيب أو المجموع بل يمكن ان يقال بدلالتها على الاختصاص كاخبار خيار الحيوان فمفادها رد ما هو متصف بالمعيب عرفا باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقي لا جزئه الاعتباري كأحد الشئيين ويمكن ان يكون الكلام قد تم عند قوله أم لا ويكون قوله بل غاية الأمر استينافا للايراد على وجه اخر ويكون قوله لكن موردها تنمة له وحاصله انه سلمنا ان ظاهر النصوص رد تمام ما وقع عليه العقد لكن موردها المبيع الواحد العرفي المتصف بالمعيب فلا تشمل ما نحن فيه مما (ينضم إليه غيره مما) ليس بمعيب فهو خارج عن مورد الاخبار ولا دلالة فيها على حكمه بل قد تدل كاخبار خيار الحيوان على الاختصاص بخصوص المعيب من حيث نفسه أو جزئه و الحقيقي فتدبر ويؤيد الوجه الثاني انه على الأول لا يناسب التعبير بقوله غاية الأمر وعلى الوجهين الأولى ان يجعل قوله بل قد يدل كاخبار (الخ) بيانا لما ذكره من عدم الدلالة على حكم ما لو انضم إليه غيره لا ترقيا حسبما بينا فإنه على بياننا كان للترقي وعلى هذا فلا يكون المراد خروج ما نحن فيه عن مورد الاخبار بل المقصود من مجموع الكلام بيان دلالتها على الاختصاص

وهذا بحسب المطلب أقرب لكنه خلاف ظاهر العبارة فتدبر و

(٨٣)

لعلك تظفر على نسخة صحيحة أو على وجه آخر في بيان العبارة قوله ومنع سلطنته على الرد أولاً أولى (الخ) أقول هذا بظاهره استحسان ولكن يمكن ان بوجه بان دفع ضرر الصبر على المعيب كما يمكن بهذا الوجه يمكن بخيار المشتري بين رد الكل وامسك الكل ولا مرجح لاحد الوجهين وفيه ما عرفت سابقا من أن مدرك الخيار ليس منحصرًا في قاعدة الضرر بل العمدة فيه الاخبار وهي ظاهرة في رد خصوص المعيب فمقتضى القاعدة العمل بها ودفع الضرر البايع بالتشقيص بخياره مع أنه لو كان المدرك قاعدة الضرر أيضا يكون الحكم كذلك كما عرفت فتذكر قوله والفرق بينه وبين (الخ) أقول الظاهر أن نظر المجمعين إلى القاعدة إذ من البعيد عثورهم على دليل تعبدي يقتضى اختصاص الخيار بخصوص الحيوان على فرض عدم دلالة الاخبار هذا مع أنه قد اعترف انفا بان ظاهر اخباره الاختصاص فلا حاجة إلى التمسك بالاجماع بالفرق ولعله عدل عما ذكره من ظهورها في ذلك لعدم تماميته عنده ولا يخفى ما فيه فإنه مما لا ينبغي الاشكال فيه قوله كما أن للشفيح ان يأخذ (الخ) أقول إن بتعدد البايع أو المشتري أو كلاهما أو يكونان متحدين وعلى الثاني أعني اتحادهما اما ان يكون المبيع مشتملا على ما فيه الشفعة وغيره أو يكون بتمامه مما فيه الشفعة وعلى الثاني اما ان يتعدد الشقص الذي يرى فيه الشفعة كما إذا باع شقصا من دار وشقصا من أخرى في صفقة واحدة مع وحدة الثمن أو يكون متحدا وما ذكره المصنف (قده) من جواز الاخذ بالبعض انما يتم في غير الصورة الأخيرة فان ظاهرهم فيها عدم جواز التبعض بل اما ان يأخذ في الكل أو يترك في الكل نعم لو تعدد الثمن بحيث يرجع إلى تعدد البيع جاز التبعض نعم يجوز التبعض عندهم في بقية الصور ففي صورة تعددهما أو أحدهما (فيجوز الاخذ بحصة أحدهما) دون الآخر بناء على جريان الشفعة في أكثر من شريكين وفي صورة كون المبيع مشتملا على ما فيه الشفعة وغيره يختص الاخذ بما يجرى فيه ويكون للبايع خيار تبعض الصفقة على قول وذهب بعضهم إلى عدمه وفي صورة تعدد الشقص أيضا يجوز الاخذ في أحدهما دون الآخر ولا يجوز الاخذ في بعض أحدهما وتمام الكلام في محله قوله إذ لو كان محله المجموع (الخ) أقول قد عرفت أنه لو رضى البايع يرجع إلى التفاسخ أو يكون في حكمه فيجوز ولو مع كون المحل هو المجموع بل يجوز رد الصحيح منفردا أيضا فلا دلالة في كلام العلامة على كون محل الخيار عنده هو الجزء المعيب فتدبر قوله واما الثاني وهو تعدد المشتري (الخ) أقول لا يخفى انه (قده) عكس الترتيب إذ الصورة الثانية انما كانت صورة تعدد البايع فلا تغفل ثم الأقوال في هذه الصورة حسبما نقله المصنف أربعة الجواز والعدم والتفصيل بين علم البايع بالتعدد فالأول وعدمه فالثاني والتفصيل الذي يظهر من المبسوط وهو الجواز مع تحقق القبول من المشتريين والوجهان مع اتحاد القبول والأقوى كما عرفت هو الأول قوله لكن الظاهر بعد التأمل (الخ) أقول (الانصاف مهوور الاخبار في تعدد الخيار وعدم لانصراف قوله الا ان يحمل اليمين (الخ) أقول)

لا يخفى بعد هذا الاحتمال عن ظاهر العبارة جدا قوله بل ليس قائما بعينه (الخ) أقول لا يقال إنه مناف لما مر في الصورة الأولى من حكمه بعدم جواز التشبث بالمرسلة لأن المراد من الشيء هو المعيب ولا شك في قيامه هنا بعينه لأننا نقول فرق بين المقامين فان في الصورة الأولى تمام المعيب مردود بخلافه في هذه الصورة فان المفروض ان المعيب تمام المبيع والمردود حصة أحد الشريكين فيمكن ان يقال إن المناط في قيامه بعينه رده إلى البائع كذلك وفي المقام وان كان من حيث هو قائما بعينه الا انه إذا رد بعضه يصدق انه ليس قائما بعينه من جهة إمساك بعضه قوله ومن ذلك يعلم (الخ) أقول يعني مما ذكره من أن برده منفردا نقص (الخ) وهو وان كان كذلك بناء على كون هذا النقص مانعا الا انه مناف لما ذكره في الصورة الأولى من أنه مع تعدد العقد بتعدد الثمن لا اشكال في جواز التفريق إذ الظاهر أنه لا فرق بين التعدد الجائي من قبل تعدد الثمن أو من قبل تعدد المشتري هذا والانصاف ان معد تعدد العقد يتعدد الخيار واتحاد المبيع يقتضى ثبوت خيار التبعض للبائع لا ان يكون مانعا عن أصل التشقيص قوله فيه أنه أخرجه غير مبعض (الخ) أقول الأولى ان يقال إن هذا لا يوجب عدم الخيار إذ ليس اقداما على الضرر ولو كان مع علم البائع بذلك إذ هو أعم من تشقيص المشتري في الرد وجه الأولوية ان مجرد الاخراج غير مبعض لا يثمر ولو مع تعدد العقد الا ترى أنه لو باع نصفه المعين من زيد ونصفه الاخر من عمر وبثمانين في صفقة واحدة أخرجه غير مبعض مع أنه لا اشكال في استقلال كل منهما في الخيار وفي جواز الرد قوله وعلم البائع بذلك (الخ) أقول الأولى ان يقال إنه لا يعد اقداما على الضرر عرفا لما ذكرنا من أنه أعم من التشقيص في الرد والا فلو صدق الاقدام عرفا كفى ولا يتوقف كون حكم المسألة جواز التبعض الا ترى ان الاقدام على المعاملة الغنية مسقط للخيار وإن لم يكن ملتفتا إلى كون حكم المسألة كذلك ففيما نحن فيه أيضا إذا فرض صدق الاقدام على الضرر كفى لكنه لا يصدق ولو مع كون حكم المسألة جواز التبعض بل ولو علم أن الحكم كذلك فتدبر قوله فان أراد أحدهما رد (الخ) أقول وكذا لو رد أحدهما ربع كل من الباعين واما لورد كل من المشتريين إلى أحد الباعين ربعه المنتقل إليه دخل في المسألة الثالثة لان المردود عليه تمام حصته فلا يتبعض عليه الصفقة قوله أحدهما إذا اشترى ربويا (الخ) أقول لا بأس بالإشارة إلى أمور على سبيل الاجمال أحدها لا اشكال ولا خلاف كما اعترف به الجواهر ان الصحيح والمعيب من جنس واحد ربوي يجوز بيع أحدهما بالآخر مثلا بمثل وانه لا يجوز التفاضل؟ بمقدار ما يقابل وصف الصحة وكذا المصوغ وغيره وكذا كل موصوف بوصف زائد له مالية وفاقده فإنه يجوز بيع أحدهما بالآخر مثلا بمثل قال في (يع) ويستوى في وجوب التماثل المصوغ والمكسور وجيد الجوهر وردية وفي الجواهر بلا خلاف ولا اشكال الثاني لا اشكال في أن الزيادة الحكمية في أحد الربويين توجب الربا في الجملة كما إذا اشترط

مالا أو عملا مع أحدهما فلا تجب أن تكون الزيادة في العين لصحيح عبد الرحمن ان
الناس لم يختلفوا في النسيء انه الربا و في خبره الا خرجا الربا من

(٨٤)

قبل الشروط وانما تفسده الشروط نعم لو اشترط وصفا أو خيارا أو غير ذلك مما ليس مالا
 ولا عملا كما إذا اشترط تسليم الغبن في بلد معين أو
 اشترط بيعا اخر ولو ربويا مثلا بمثل في بيع الربوي ففي كونه ربوا اشكال قال في الجواهر
 ليس مطلق الاشرط في أحد العوضين يتحقق به ذلك
 ولعل من ذلك اشترط الخيار لأحدهما فإنه لا يتحقق به الربا أيضا إذ أقصاه صيرورة البيع
 بالنسبة إلى أحدهما جازا بل قد يقال بعدم تحقق
 الربا باشرط غير موضع العقد للتسليم نحو ما قيل في القرض بل لا أجد فيه خلافا آيين من
 تعرض لذلك كالفاضلين والشهيد و (المح) الثاني
 وغيرهم والظاهر أن ذلك منهم فيه للأصل والعمومات مع فقد المانع من نص أو اجماع
 انتهى قلت وعليه فلو اشترط وصف الصحة في أحدهما
 ينبغي صحته سواء كان صريحا أو ضمينا فلو قلنا إن اطلاق العقد يقتضى اشترط السلامة
 لا يضر في الصحة وان كان أحد العوضين معيبا
 لكن اطلاق ما ذكره مشكل بل يمكن ان يقال مقتضى الخبرين المذكورين كون الشرط
 زيادة مبطله خرج ما خرج فما ذكره من فقد المانع ممنوع
 الا ان يدعى انصرافها إلى شرط مال أو عمل وهو كما ترى والمسألة محل اشكال وللکلام
 فيها مقام اخر الثالث ظاهر أدلة الربا اختصاصه
 بالزيادة في أحد العوضين بحسب جعل المتعاقدين وبعبارة أخرى الربا زيادة في أحد
 العوضين بما هو عوض في المعاملة فلو كان مع أحدهما
 زيادة ثابتة بحكم تعبدى شرعي أو عرفي وان أمكن مع التساوي بحسب جعل المتعاقدين
 لا يكون من الربا ومنه ما إذا فرض تحقق تابع لاحد المتماثلين
 فان توابع المبيع ليست داخلة في العوضين بل هي ثابتة بحكم تعبدى شرعي أو عرفي وان
 أمكن ان يقال إنها وان كانت غير مقصوده حين البيع فعلا
 الا انها مقصودة بحسب اللب فهي اجزاء لاحد العوضين وكيف كان فالكبرى مما لا
 اشكال فيه على الظاهر إذ لا أقل من الشك في شمول
 دليل الربا للزيادة الخارجية التي لم تكن بجعل المتعاقدين فمقتضى العمومات الصحة مع أنه
 يصدق عليه انه مثل بمثل الرابع التحقيق في الأرش كما عرفت
 سابقا انه من باب الغرامة الشرعية أو العرفية أيضا ولذا لا يجب ان يسترجع عين الثمن ولا
 يكون من باب شغل الذمة من حين العقد بل انما يشتغل
 ذمة البايع به حين اختياره ويظهر من الشهيد الثاني في الروضة انه يشتغل به الذمة من حين
 العقد وانه بمنزلة بعض العوض والتخيير بين اخذه
 والعفو عنه ورد المبيع لا ينافي ثبوته غايته التخيير بينه وبين امر اخر فيكون ثابتا ثبوتا
 تخييريا وهنا احتمال اخر يظهر من الروضة أيضا وهو
 ان يكون اختيار الأرش كاشفا عن شغل الذمة من حين العقد فيكون من باب الشرط
 المتأخر ويظهر من بعض عبارات الأصحاب على ما في
 الجواهر احتمال اخر وهو ان يكون جزء من الثمن حقيقة قد انفسخ العقد بالنسبة إليه لعدم
 وصف الصحة المقابل له ونقل عن ذلك البعض انه جعل
 الخيار بالعيب من باب تبعض الصفقة لكن لا يخفى ان هذا الاحتمال وان كان ربما يؤيده

التعبير في النصوص في بالرد والرجوع ونحوهما بل ما في بعضها من أنه كان علي عليه السلام يضع من ثمن الجارية بقدر عيبها الا انه ينبغي القطع بفساده أولا لظهور الاجماع على خلافه وثانيا لان لازمه الانفساخ بالنسبة إلى ذلك البعض وإن لم يختر الأرش إذ لا يقبل (ح) الاسقاط مع أنه خلافه الاجماع أدله ان يسقطه بلا اشكال ولا يكون من باب الهبة أو البراء قطعا وثالثا لا اشكال في عدم وجوب كون الأرش من عين الثمن ورابعا ان لازمه كون البايع أيضا مخيرا التبعض الصفقة بالنسبة إليه أيضا إلى غير ذلك واما الاحتمالان المتقدمان فلا يساعد عليهما ظواهر الاخبار وكلمات الأصحاب فتعين ما ذكرنا من أنه غرامة شرعية أو عرفية أمضاها الشارع أيضا وان شغل الذمة بها حين اختياره إذا عرفت ذلك فنقول لا ينبغي الاشكال في مسئلتنا في جواز الاخذ الأرش وعدم المانع منه إذ على المختار من كونه غرامة شرعية أصلية أو ممضاة فواضح لعدم كونه زيادة في أحد العوضين بل هي ثابتة بعد العقد حين اختيار الأرش والمعتبر كونه زيادة حين العقد وبجعل المتعاقدين واما على ما ذكره الشهيد من الاحتمالين فهي وان كانت حين العقد الا انها ليست بجعل المتعاقدين وقد عرفت أن مثله لا يعد من الربا وعلى فرض كون مطلق الزيادة ربوا وعدم الفرق بين ما يكون جزء حقيقة أو بمنزلة الجزء فمقتضى القاعدة البطلان من الأول سواء اختار الأرش أو الرد أو العفو لان الزيادة حاصلة حين العقد وبمجردة فلا وجه للحكم بصحة المعاملة وسقوط الأرش مع أن الاجماع منعقد مضافا إلى ما عرفت من مقتضى القواعد على صحة المعاملة وجواز الرد والعفو واما على الاحتمال الأخير فمقتضى القاعدة أيضا البطلان لا سقوطه لأن المفروض ان بعض الثمن باق على ملك مالكة وتمام المثلث منتقل إلى المشتري وهذا ربوا إذ لا اعتبار بوصف الصحة المفقودة لما عرفت من أن المدار على الزيادة المقدرية بمعنى انها موجبة للبطلان وان كان في مقابلها وصف موجود وبالجملة فالحكم بصحة المعاملة وسقوط الأرش مما لا وجه له على شيء من الاحتمالات ومن ذلك ظهر أن ما ذكره المصنف (قده) من أن المسألة في غاية الاشكال مما لا وجه له بل هي في غاية الوضوح إذ غاية ما يمكن ان يقال في تقريب سقوطه كونه بمنزلة الجزء من أحد العوضين عرفا إذا اختاره لا بان يكون ثابتا حين العقد حتى يستلزم البطلان وإذا كان كذلك فيلزم الربا إذ ليس في مقابله الا وصف الصحة التي لا يقابل بالمال ويكون ملغى في باب الربا ولذا لا يجوز ان يجعل بإزائه شيء في الطرف الآخر بلا اشكال كما عرفت وفيه أولا ان كونه بمنزلة الجزء لا يثمر في المطلب بعد ظهور الأدلة في اعتبار التماثل في العوضين والمفروض حصوله وثانيا انه لو سلم فإنما يسلم إذا كان من حين العقد لا ما إذا حدث بعده حين اختيار الأرش فان هذه الزيادة لا اعتبار بها ودعوى أن مقتضى أدلة الربا عدم الزيادة حتى بالنسبة إلى ما هو بمنزلة الجزء وإن لم يكن ثبوته

يجعل المتعاقدين وحتى فيما يتحقق بعد العقد أيضا مدفوعة بالمنع مع أنه لا أقل من الشك والعمومات كافية ثم إن هنا موضعا آخر يسقط فيه الأرش دون الرد لم يتعرض له المصنف (قده) وهو ما إذا كان العوضان من النقدين فظهر عيب في أحدهما بعد انقضاء المجلس فان قبض المجلس شرط في صحة الصرف بناء على بعض الوجوه أو الأقوال وذلك لان (المش) ييمن تعرض للمسألة انه لا يجوز اخذ الأرش من النقدين ويجوز من غيرهما إذا كان بعد التفرق عن مجلس العقد اما الأول فلما ذكر من اشتراط القبض في الصرف واما الثاني فلانه إذا أخذ الأرش من غير النقدين يكون بمنزلة بيع وصرف وقد حصل القبض بالنسبة إلى الثاني على ما هو المفروض والأول لا يحتاج إلى ذلك وذهب بعضهم إلى جوار اخذه حتى من النقدين وهو الموافق للتحقيق لان الأرش ليس جزء من أحد العوضين وانما هو غرامة شرعية على ما عرفت فلا يعتبر فيه القبض في المجلس ويظهر من بعض الكلمات انه إذا اخذ الأرش من النقدين يعتبر فيه القبض في مجلس اختيار الأرش وان اخذ من غيرهما فلا يعتبر فيه ذلك ويظهر من أول كلام الشهيد في الروضة انه لا يجوز اخذ الأرش حتى من غير النقدين اما منهما فواضح واما من غيرهما فلان الثابت في الذمة حين اختيار الأرش هو النقد الغالب واتفاقهما على غيره و معاوضة على ما ثبت في الذمة أرشا لا نفس الأرش وحاصله انه لا فرق بين النقدين وغيرهما لكن في آخر كلامه اختيار بطلان المعاملة بنسبة ما قابل الأرش لعدم تحقق الشرط بالنسبة إليه قال والحق انا ان اعتبرنا في ثبوت الأرش السبب لزم بطلان البيع فيما قابله بالتفرق قبل قبضه مطلقا و ان اعتبرنا حالة اختياره أو جعلناه تمام السبب على وجه النقل لزم جواز اخذه في مجلسه مطلقا وان جعلناه ذلك كاشفا عن ثبوته بالعقد لزم البطلان فيه أيضا وعلى كل حال فالمعتبر فيه النقد الغالب وما اتفقا على اخذه امر اخر والوجه الأخير أوضح فيتنج مع اختياره البطلان فيما قابلة مطلقا وان رضى بالمدفوع لزم ثم أورد على نفسه وأجاب فراجع فمقتضى ما يظهر من أول كلامه سقوط الأرش وتعين الرد واما على الوجوه الأخر فلا يسقط الأرش كليا بل بالنسبة إلى خصوص النقدين فلا يتعين الرد والتحقيق ما عرفت من جواز اخذه حتى من النقدين وتمام الكلام والنقض والابرام في محله والغرض الإشارة إلى ما هو متعلق بالمقام في الجملة قوله بعد أن حكاهما وجهها ثالثا (الخ) أقول وان كان يظهر من مجموع كلام التذكرة وجوه ثلاثة أحدها جواز اخذ الأرش الثاني عدم جوازه الثالث جوازه من غير الجنس لا منه حيث قال بعد جملة من الكلام وإذا اخذ الأرش قيل يجب ان يكون من غير جنس العوض لئلا يلزم ربا الفضل والأقرب جواز ان يكون من جنسهما لان الجنس لو امتنع (الخ) لكن الوجوه الثلاثة التي يشير إليها المصنف على ما هو ظاهر كلامه ليست متعلقة بما هو بأيدينا بل هي متعلقة بما إذا حدث عيب جديد في يد المشتري فيما كان من الربوي معيبا بالعيب القديم ثم قال ما ملخصه مسألة لو كان المبيع من أحد

النقدين كائنة من ذهب أو فضة ثم اطلع على عيب قديم كان له الرد دون الأرش لاشتماله على الربا إلى أن قال فان حدث عند المشتري عيب اخر لم يكن له الأرش لما تقدم ولا الرد مجانا ولا الرد مع الأرش إلى أن قال فطريق التخلص فسخ البيع والزام المشتري بقيمته من غير الجنس معيبا بالعيب القديم سليما عن الجديد ويحتمل الفسخ مع رضى البايع ويرد المشتري العين وأرشها ولا ربا ثم قال وللشافعية ثلاثة أوجه اثنان منها هذان الاحتمالان والثالث ان يرجع المشتري بأرش العيب القديم كما في غير هذه الصورة والمماثلة في مال الربا انما يشترط في ابتداء العقد ثم قال وهذا الوجه عندي لا بأس به إلى أن قال وإذا اخذ الأرش قيل يجب ان يكون من غير جنس المعوض (الخ) انتهى ملخصا وعليك بالمراجعة قوله ان المستفاد من أدلة (الخ) أقول لا يخفى عدم حسن العبارة في تأدية المراد وحاصله ان المستفاد من أدلة الربا بعد كون المدار على المقدار من غير نظر إلى وصف الصحة وجودا وعدما وكون الصحيح المعيب جنسا واحدا عدم جواز اخذ الأرش الذي هو عوض وصف الصحة فيكون بمنزلة الجزء من أحد العوضين ويستلزم الزيادة المقدرارية ويظهر جوابه اما مر فلا نعيد قوله ان وصف الصحة في أحد الجنسين الخ أقول يعنى انه ليس مقابلا بالمال حتى يكون الأرش في مقابله فلا يلزم الزيادة المقدرارية في أحد العوضين (الخ) وهو الطرف المعيب وإذا لم يكن مقابلا بالمال فيكون اخذ الأرش مستلزما للزيادة؟ المقدرارية وموجبا للخروج عن كونه مثلا بمثل قوله ولا بد من مراجعة أدلة الربا أقول يعنى ملاحظة ان المدار على مطلق الزيادة حتى ما كان بعنوان الغرامة وحتى ما كان متحققا بعد العقد وحتى ما لم يكن بجعل المتعاقدين أولا بل يختص بما كان جزء حقيقة ومتحققا حين العقد وفي مقام المعاوضة وجعل المتعاقدين قوله وفهم حقيقة الأرش أقول يعنى وملاحظة انه جزء أو غرامة عرفية أو شرعية قوله وقد يناقش في ذلك (الخ) أقول حاصل المناقشة ان الخصاء لا بد وأن يكون موجبا لنقص القيمة فيثبت الأرش وحاصل الجواب منع ذلك وانه يمكن أن لا يكون منقضا لها بل موجبا للزيادة ومع ذلك فهو عيب فيكون مما يثبت فيه الرد دون الأرش قلت التحقيق انه إذا كان (كك) لا يكون عيبا كما سيجئ من المصنف (قده) أيضا فتدبر ثم إن هنا موضعا اخر لسقوط الأرش دون الرد وهو ما إذا اشترط سقوطه أو أسقطه بعد العقد ولا يضر اتحاد السبب في تخصيص الساقط به دون الرد كما في العكس قوله لان الخيار انما ثبت مع الجهل أقول وذلك لاختصاص مورد الاخبار بصورة الجهل حيث إن فيها ثم علم بذلك العيب أو وجد فيه عيبا أو وعلم أو نحو ذلك كقوله ثم رأى فيها عيبا ويدل على المطلب أيضا ان اقدامه مع العلم دليل الرضا بالمعيب كما لا يخفى فتدبر قوله وقد يستدل بمفهوم أقول

المستدل صاحب الجواهر وتمم دلالتها بعدم القول

(٨٦)

بالفصل بين عدم الأرش والرد معه واما وجه النظر فهو ان الجملة الشرطية مسوقة لبيان حكم احداث الحدث فيه بعد القبض وقبل العلم بالمعيب فليس لها مفهوم بالنسبة إلى التبري والتنبيه على العيب وإن شئت فقل انها لبيان تحقق الموضوع وهو العيب الغير المتبرأ إليه الذي لم ينبه به والشرط الذي لبيان تحقق الموضوع لا مفهوم له بالنسبة إليه كقوله ان رزقت ولدا فاختنه هذا ولكن يمكن منع ذلك فان الموضوع إذا كان مقيدا بقيد يكون له المفهوم بالنسبة إلى ذلك القيد فيكون نظير ان يقال إن رزقت ولدا ذكرا سويا فاختنه هذا مع أن تقييد الموضوع بالقيدين المذكورين يدل على اختصاص حكم العيب بهما وإن شئت فقل ان مفهوم معتبر في المقام وكيف كان فالانصاف ظهور الرواية في التخصيص فان قلت إن مقتضى المفهوم المذكور سواء كان مفهوم شرط أو مفهوم قيد سقوط الخيار مع التنبيه لا مع مطلق العلم وان كان بغير التنبيه قلت الظاهر طريقتة ذلك لا موضوعيته فالمناط هو العلم فتدبر ثم إن سقوط الخيار مع العلم انما هو إذا كان المعلوم العيب الموجود فيه واما لو علم بعيب وكان فيه عيب آخر أيضا ثبت الخيار من جهته وكذا إذا كان الواقع زائدا على المقدار المعلوم بل وكذا لو تخيل عيبا فبان عدمه وتعيبه بعيب آخر وان كان مساويا للذي تخيله أو انقص ثم لا يبعد ان يلحق بالعلم الظن القوى بل الضعيف إذا كان بحيث لا يجرى معه أصل السلامة كما إذا كان الغالب في ذلك الشئ بحسب المتعارف كونه معينا ثم الظاهر أنه لولا علم بالعيب ثم نسيه؟ حكمه حكم الجهل وفي الجواهر الحاقة بالعلم لاطلاق النصوص والفتاوى ولا وجه له قوله فلو اشترط العالم (الخ) أقول يظهر من صاحب الجواهر صحته قوله فإذا صرح البائع (الخ) أقول يمكن منع ذلك فإنه لا منافاة بين البناء على أصل السلامة وبين التبري بمعنى سقوط الخيار على فرض التخلف كما لا يخفى فتدبر قوله اطلاق صحيحة زرارة (الخ) أقول لا يخفى ان دلالتها على السقوط بالتبري والسقوط بالعلم ليس على نسق واحد ومع الاشكال في الثاني لا وجه للتمسك بها للأول قوله لأننا نقول إن التبري (الخ) أقول الأولى ان يقال في الجواب ان التبري معناه اشتراط سقوط الخيار بمعنى عدم ثبوته فلا يكون من البراءة مما لم يجب وعلى فرضه فقد عرفت مرارا ان اسقاط ما لم يجب في محل الوجوب مما لا مانع منه إذا كان متشبثا بالوجود من جهة وجود مقتضيه لا عقلا ولا شرعا نعم انما الممنوع عقلا اسقاطه فعلا مع فرض عدم ثبوته والممنوع شرعا من جهة الاجماع اسقاطه قبل وجود مقتضيه ولو باعتبار محل ثبوته قوله وقد اعترف (قده) في بعض كلماته (الخ) أقول اسقاط خيار الرؤية بعد العقد وقبل الرؤية لا دخل له بما نحن فيه من اشتراط سقوطه إذ قد عرفت أن اشتراط السقوط ليس اسقاطا بل هو بمعنى عدم الثبوت فيكون من شرط النتيجة ولا مانع منه ومن ذلك يظهر ان حكمه قده بجواز

اشتراط نفى خيار الرؤية لا ينافي حكمه بعدم جواز اسقاطه بعد العقد وقبل الرؤية فلا وجه لقوله نعم ذكر في التذكرة (الخ) ولا لقوله لكنه مخالف لسائر (الخ) قوله بل الغرر في الأول أعظم أقول هذا وجه اخر للاشكال في صحة التبري وكان الأولى فصله عما سبق لا التعبير بما عبر فتدبر ثم الظاهر أن وجه الأعظمية أعظميته كون المبيع معييا من كونه فاقد البعض صفات الكمال فتدبر قوله باندفاع الغرر (الخ) أقول هذا ينافي ما ذكره انفا وفاقا للتذكرة من أنه إذا صرح البايع بالبراءة يرتفع اقتضاء اطلاق العقد السلامة ثم إنه قد مر منا سابقا ان الغرر لا يندفع بمجرد الالتزام بوجود الصفات بل لا بد من حصول الوثوق بوجودها من امر اخر ومعه فلا بأس باشتراط عدم خيار الرؤية كما في المقام فراجع قوله ثم إن البراءة في هذا المقام (الخ) أقول الفرق بين كل من الوجه الأول والثالث مع الثاني واضح إذ هو مختص بسقوط الأرش دونهما واما الفرق بينهما فهو ان اشكال الغرر انما يتوجه على فرض تسليمه في الوجه الأول دون الثالث إذ في الأول يكون كأنه باعه على كل تقدير بخلاف الثالث فإنه ليس فيه الا اسقاط الخيار وهو لا ينافي الاعتماد على أصالة السلامة الرافعة للغرر حسبما عرفت مرارا؟ وأيضا ما يذكره بعد ذلك من أن التبري انما يسقط تأثيره من حين الخيار لا من حيث سائر الأحكام انما يتم على فرض تسليمه في الثالث دون الأول إذ لازم التبري عن عهدة العيب كونه كان لم يكن كما لا يخفى ومن ذلك يظهر انه لاطلاق كلام المصنف (قده) في ذلك حيث قال ثم إن تبري البايع عن العيوب مطلقا (الخ) فإنه على فرض إرادة الوجه الأول لا وجه لعدم التأثير من حيث سائر الأحكام خصوصا حكم الضمان الذي أشار إليه فتدبر قوله الثاني ضمان العيب (الخ) أقول يعنى التبري من الضمان المصطلح وهو ما يتعلق بالمال ولذا يختص بالأرش والا فمعنى الضمان والعهدة واحد كما لا يخفى فلا يبقى فرق بينه وبين الأول قوله ثم إن تبري البايع (الخ) أقول لا يخفى ما في هذه العبارة من عدم حسن التأدية وإيهام؟ خلاف المقصود إذ الظاهر منها كون الكلام في التلف بسبب العيب في زمان خيار اخر فعلى وانه على البايع ولا يسقط ضمانه عنه بسبب التبري وكذا ظاهر عبارة الدروس مع أن المقصود ليس (كك) بل المراد ان التبري انما يسقط الخيار فقط واما حكم التلف في زمان الخيار الذي هو كونه على من لا خيار له وهو البايع في المقام فلا يزول ولا يسقط سواء كان التلف بسبب العيب أو غيره وذلك لعموم الأخبار الدالة على ذلك كقوله عليه السلام وان كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البايع وكقوله (ع) ليس على الذي اشترى ضمان حتى بمضي بشرطه وكقوله عليه السلام في العبد المشتري بشرط فيموت يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برئ من الضمان والحاصل ان اثر التبري انما هو مجرد سقوط الخيار واما ما يقتضيه قاعدة التلف في زمان الخيار من كون ضمانه على البايع فهو باق ولا يسقط بمجرد التبري

إذ يكفيه شأنية الخيار وبقاء علاقته وإن لم يكن ثابتا فعلا وهذا ولكن الانصاف انه مشكل
أولا من جهة ان شمول تلك القاعدة و
اخبارها الخيار العيب محل تأمل واشكال كما سيحى في أواخر الكتاب وهنا نص في خيار
العيب بل النصوص المذكورة انما هي في خيار الحيوان والشرط
وثانيا على فرض التعميم ظاهر الفتاوى والنصوص صورة وجود الخيار فعلا واما إذا سقط
كما هو المفروض فلا يكون مشموولا لها خصوصا
الخبر الأخير حيث يظهر منه انه لو رضى وسقط خياره يكون الضمان عليه فتدبر ثم إن
ذلك لو تم انما يتم في الصورة الثانية وهي ما إذا كان المراد
التبري من حكم العيب وهو الخيار لا الصورة الأولى كما بيناه انفا هذا والانصاف ان
المصنف (قده) سامح في المقام في العبارة وفي أصل المطلب
بما لا يكون مغتفرا فتدبر فلعل مقصوده غير ما فهمنا والتحقيق ان يقال كل حكم يكون
معلقا على الخيار الفعلي يكون ساقطا بسقوطه وكل حكم يكون
معلقا على وجود العيب وتحقق الثاني فهو ثابت فتدبر قوله وأقوى اشكالا ما لو تلف (الخ)
أقول هذه العبارة في ايها خلاف المقصود
أقوى كما لا يخفى قوله وظاهر في سقوط الأرش أقول لعله من جهة قوله وسبق العيب لا
يوجب خيارا قوله فلا يتوهم هنا استصحاب
الخيار أقول يعنى من جهة وجود الدليل على خلافه وهو ظهور ما تلبس بالعيب قلت مع أنه
من الشك في المقتضى ولا يجرى فيه الاستصحاب
على مذاق المصنف (قده) هذا مع أنه إذا كان زوال العيب قبل العلم فليس له حالة سابقة
أيضا بناء على كون الخيار حادثا بعد العلم بل وكذا إذا كان زواله
بعده لاحتمال كون الزوال قبل الرد كاشفا عن عدم ثبوته من الأول فتدبر قوله واما الأرش
فلما (الخ) أقول الانصاف عدم الفرق بين
الرد والأرش ودعوى استقرار الثاني بالعقد دون الأول كما ترى وظهور الدليل في رد ما هو
تلبس بالعيب مشترك الورد فانا نقول بالنسبة
إلى الأرش أيضا كذلك خصوصا مع أن الأرش غرامة لا يثبت لا بعد مطالبة والتحقيق
سقوطهما معا للظهور المذكور مضافا إلى امكان دعوا الانصراف
بملاحظة حكمة الحكم وهو ضرر الصبر على المعيب فان الحكمة قد تكون منشأ
للانصراف كما لا يخفى قوله وهو ان الزائد العايد (الخ) أقول
المراد بالزائد في المقام هو وصف الصحة هذا وفي كون المقام من فروع هذه القاعدة
تأمل إذا لصحة قبل العقد لم تكن مناطا لمطلب بل المناسب ان
يقال هل الحكم ما دام الوصف أولا بل الوصف أعني العيب علة محدثة للحكم ومثل هذا
ليس من فروع القاعدة الا ترى أنه ليس منها مسألة زوال تغير
الماء من قبل نفسه حيث يشك في كونه مطهرا أولا نعم لو زال العيب قبل الرد ثم عاد فهو
داخل في فروع القاعدة والتحقيق عود الحكم بناء على سقوط
الخيار بزوال العيب لكن يشترط ان يصدق عليه انه العيب السابق وما إذا عد عيبا جديدا
نظير العيب السابق فلا ثم إن ما حكى عن الشافعي ليس إلا
سواء لا ففي عده قاعدة مخترعة ما ترى و المصنف (قده) ينقل عنه مرارا هذه والظاهر أنه

أعجبه حسن هذه العبارة والا فليس شيئا كما لا يخفى قوله والنص المثبت (الخ) أقول وهو صحيحة زرارة ومرسلة جميل بل اخبار وطىء الجارية واختصاصها بالتصرف قبل العلم ظاهر فان سلمنا كون التصرف مسقطا لامرين ودليلا على الرضا بالمعيب فالحق مع ابن حمزة لكننا نمنع ذلك قوله والأولى ان يقال (الخ) أقول يعنى ان سلمنا ان التصرف دليل الرضا بالمعيب أيضا لا يتم ما ذكره ابن حمزة فان سقوط الأرش يحتاج إلى الإبراء والتصرف لا يدل عليه فان الرضا بالمعيب لا ينافي اخذ الأرش فان معناه انه راض بان يكون له ذلك بوصف كونه معيبا وهذا لا يدل على أنه راض بعدم اخذ العوض أيضا قلت الرضا بالمعيب يتصور على وجهين أحدهما ذلك والآخر الرضا به بمعنى الاغماض عن كونه معيبا ولازمه الرضا بعدم اخذ الأرش فيكون في معنى الإبراء عن عهدة العيب وفي الحقيقة الوجه الأول ليس رضى المعيب بما هو معيب بل بما هو مبيع فما ذكره المصنف (قده) من الرد اما راجع إلى ما ذكره الراد واما غير تام إذ على الوجه الثاني نمنع عدم دلالة التصرف على الإبراء وعلى الوجه الأول يرجع إلى أنه دليل الرضا بالمعيب بالمبيع لا بالمعيب فتدبر قوله مع أن اختصاص (الخ) أقول اختصاص النصوص بصورة التصرف قبل العلم مما لا ينبغي ان يتأمل فيه فراجعها قوله وقد يستشكل (الخ) أقول هذا لا اشكال انما يتوجه إذا قلنا إن التصرف مسقط تعدي إذ (ح) يكون تعبد الشارع بسقوط الرد مستلزما للضرر أعني ضرر الصبر على المعيب ولا مدفع له الا بالتزام عدم السقوط وان القدر المسلم منه ما لم يستلزم ضررا أو ان الدليل وان كان عاما الا ان قاعدة الضرر حاکمة على أدلة الاحكام واما إذا قلنا بكونه مسقطا من باب القاعدة ومن حيث إنه انشاء للاسقاط فلا موقع له لأنه اقدم على الضرر بنفسه من حيث انشاءه للاسقاط و المصنف (قده) قد خلط بين الوجهين وتحرير المطلب ما ذكرنا فلا تغفل قوله ومنها حدوث العيب (الخ) أقول التحقيق في هذه الصورة ما ذكره المصنف (قده) من عدم سقوط الرد مع ضمان أرش المعيب لما ذكره من اختصاص مرسلة بصورة امكان الأرش وعدم دليل اخر على السقوط من اجماع أو غيره هذا ولو قلنا بشمول المرسلة فالحق السقوط لعدم المانع لها بعد معارضه الضرر بمثله ومن ذلك يظهر ان ما ذكره المصنف وجها ثانيا من أصالة جواز الرد لا يتم الا مع عدم شمول المرسلة إذ معه لا وجه للرجوع إلى الأصل وعلى هذا فالفرق بين الوجهين بعد توقف الثاني أيضا على عدم الشمول كون المرجع على الأول عموم ما دل على جواز الرد وعلى الثاني الأصل العملي قوله اما المانع الأول (الخ) أقول فبناء على كون التصرف مسقطا تعديا الحق عدم السقوط لاستلزامه الضرر بعد عدم امكان اخذ الأرش من أجل الربا بناء على تسليمه والا فقد عرفت أنه لا مانع من اخذه لعدم كونه جزء من أحد

العوضين واما بناء على كونه مسقطا من باب القاعدة فالحق

(٨٨)

السقوط لا لما ذكره المصنف من كون اقدامه على المعاملة الربوية اقداما على عدم الأرش واقداما على الضرر ولمنع ذلك كما هو واضح إذ لا بعد الاقدام على البيع الكذائي اقداما على ذلك عرفا بل لان نفس التصرف بقصد انشاء الاسقاط اقدام عليه ومن ذلك ظهر أن اطلاق المصنف (قده) في كونه مسقطا وعدم فرقه بين الوجهين كما بينا ليس في محله هذا مع أنه (قده) ناقش في مسقطية التصرف فيما تقدم من المعيب الذي لم ينقص قيمته ومقتضاه جريانها في المقام أيضا إذ لا فرق بين كون عدم (الأرش من جهة الربا أو من جهة؟) نقص القيمة فالبيان السابق الذي ذكره في قوله الا ان يقال إن المقدار الثابت إلى اخره جار في المقام كما أن الوجه الذي يتمسك به في المقام من أن اقدامه على المعاملة الربوية اقدام على عدم مطالبة مال زائد وان كان المبيع معيبا جار في ذلك المقام أيضا فإنه يمكن ان يقال إن اقدامه على شراء العبد اقدام على عدم اخذ مال اخر على فرض كونه خصيا فتدبر والتحقيق بناء على عدم جواز اخذ الأرش ما عرفت من التفصيل وعدم تمامية الوجه المذكور في المقام قوله وقد عرفت النظر فيه أقول فالحق عدم سقوط الرد بل الحكم هنا أولى من السابق لامكان منع كون الصبر على المعيب الذي لا ينقص قيمته ضررا بخلاف المقام فان كونه ضررا معلوم هذا ولكن التحقيق سقوطه مانع عدم جواز اخذ الأرش لعدم لزوم الربا كما عرفت سابقا قوله والظاهر أن مراده (الخ) أقول محصله ان وصف الصحة في الربويات غير مقابل جزء من العوض كما عرفت سابقا من أن المدار على المماثلة في المقدار وان الأوصاف ملغاة سواء في ذلك وصف الصحة وسائر أوصاف الكمال بخلاف غير الربويات فان وصف الصحة فيها مقابل بالعوض و (ح) فإذا رد الأرش فاما ان يكون ذلك باعتبار مقابلة وصف الصحة في أصل المعاملة بالعوض واما باعتبار مقابله به في الفسخ فعلى الأول يلزم زيادة المثلث على الثمن في أصل المعاملة من حيث المقدار لان بعضا من الثمن في مقابل وصف الصحة وعلى الثاني يلزم زيادته في الفسخ لأن المفروض انه ضم إلى المثلث المردود شيء اخر وهو الأرش فمقتضى اخذ الأرش اما لزوم الربا في أصل المعاملة أو في الفسخ هذا ولكن الانصاف ان كلام العلامة صريح في لزوم الربا في الفسخ من غير حاجة إلى هذا التطويل الذي لا طائل تحته وغير صحيح في نفس أيضا كما سيظهر فائه إذا رد المثلث مع الأرش يلزم زيادته على المثلث المردود وانما قلنا إن كلامه صريح في ذلك لقوله لان المردود (ح) يزيد على وزن عوضه وكيف كان فيرد عليه أولا ان الفسخ ليس معاوضة بل حقيقة حل المعاوضة وان استلزم ذلك تعاوضا قهريا حيث إن الحل لا يتحقق الا برجوع كل منهما إلى الاخر والربوا انما يجرى في المعاوضات لا في مطلق التعاوض وإن لم يكن بعنوان المعاوضة وثانيا على فرض جريانه في الفسخ انما يجرى في مثل الإقالة حيث إنها من الطرفين لا في مثل الفسخ في المقام حيث إنه من طرف واحد وثالثا ان الأرش ليس جزء من

المردود بل هو غرامة للوصف الفاتت نظير سائر الغرامات بل مثل المقبوض بالسوم إذا حدث فيه عيب وما يذكره المصنف) من الفرق كما فيه أن وصف الصحة في المقام وان كان تلف في ملك المشتري الا ان مقتضى فسخ المعاوضة لما كان عود المبيع إلى البائع على ما هو عليه من الأوصاف فلا بد من ضمانه لما تلف منها كما يضمن نفس العين لو تلف في يده مع أنها تلفت في ملكه فحكم الضمان فيما نحن فيه حكم ضمان اليد بعد فرض عود العين إلى مالکها كما كانت واما نسيان الكتابة فمقتضى القاعدة أيضا ضمانه كما سيأتي انشاء الله في أواخر الكتاب والحاصل ان ضمان وصف الصحة في غير الربويات ليس ضمانا معاوضيا ومن جهة انها كانت مقابلة بجزء؟ من العوض كيف وقد مر سابقا ان الأوصاف لا تقابل بالأعواض مطلقا حتى وصف الصحة بل هو نظير ضمان اليد حسبما عرفت هذا واما ما ذكره المصنف من لزوم الربا في أصل المعاملة ففيه أولا انه لا فرق في كيفية المعاملة في الربويات وغيرها فلا يمكن ان يقال إن وصف الصحة مقابل بالعوض في الثانية دون الأولى وثانيا لا يعقل ان يتفاوت الحال في المقابلة وعدمها من جهة اخذ الأرش وعدمه بان يكون اخذ الأرش بعد ذلك مؤثرا في كون الوصف مقابلا بالعوض إذ حين المعاملة اما ان يكون مقابلا به ولازمه البطالان من الأول واما أن لا يكون فلا يلزم بطلانها بأخذ الأرش بعد ذلك وهذا واضح جدا ومن الغريب حمله (قده) كلام العلامة الصريح في إرادة لزوم الربا في الفسخ على هذا الوجه البعيد الذي كما ترى حيث قال والأول أولى قوله لم يكن ذلك الا باعتبار (الخ) أقول يعنى يكون ذلك العيب مضمونا عليه بجزء من الثمن أعاني من الفسخ أو في أصل المعاملة وان كان ظاهر العبارة إرادة خصوص الثاني لكن المراد ما ذكرنا وإلا فلا يصح ما فرعه عليه بقوله (قده) فمراد العلامة بلزوم الربا (الخ) فان مقتضاه ان هذا البيان قابل للانطباق على كل من الوجهين فلا بد من إرادة المضمونية بجزء من الثمن في الجملة من غير نظر إلى كونه في خصوص المعاملة أو في الفسخ إذ يكفي اخذ الاعتبارين قوله لا يتصور ضمان المشتري (الخ) أقول قد عرفت أن يكفي تقدير رجوع العين على ما هي عليه من الأوصاف فالوصف وان كان تالفا في ملك المشتري الا انه بالفسخ يصير مضمونا عليه كنفس العين إذا تلفت ولا يلزم مقابلة الوصف بالعوض في كونه مضمونا فتدبر قوله قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه (الخ) أقول فعلى هذا يتعين عليه (قده) ان فخير الوجه الثاني وهو فسخ البيع والزام المشتري ببده معيبا بالقديم سليما عن الجديد وتقدير الموجود معدوما وان كان خلاف الأصل الا انه لا مفر منه في المقام على هذا الوج جمعاً بين القواعد هذا ولكن التحقيق جواز اخذ الأرش من جهة العيب القديم لعدم كونه ربوا كما عرفت فيكون العيب الحادث مانعا عن الرد ومعينا للأرش وعلى فرض عدم جواز اخذ الأرش فالحق جواز الرد مع أرش العيب الجديد لعدم لزوم الربا لا في الفسخ كما

ذكره العلامة ولا في أصل المعاملة كما ذكره المصنف (قده) كما عرفت نعم لو قلنا بعدم جواز الأرش لاحد الوجهين يتعين ما ذكر من الفسخ ورد البدل معييا بالقديم سليما عن الجديد إذ الامر دائر بينه وبين الرد بلا أرش وبين لزوم المعاملة بلا أرش للعيب القديم والثالث ضرر على المشتري والثاني على البايع فيتعين الأول قوله ومنها تأخير الاخذ (الخ) أقول التحقيق عدم السقوط المنع كون ترك المبادرة دليلا على الرضا ومنع كون الخيار على الفور لان مقتضى اطلاق الاخبار خصوص قوله عليه السلام ان كان قائما بعينه رده (الخ) تراخيه وان أغمضنا عن ذلك نرجع إلى استصحاب بقائها ولا يضره كون المورد من الشك في المقتضى لما تحقق في محله من عموم حجيته نعم يشكل عليه بما ذكرنا في خيار الغبن وفاقا للمحقق الثاني من أن مقتضى القاعدة في مثل المقام التمسك بعموم أوفوا بالعقود دون الاستصحاب فالتحقيق مع الاغماض عن الاطلاق الحكم بالفورية قوله ولعله لان التأخير (الخ) أقول لا وجه لهذا التوجيه العليل لمرامه مع وجود ما هو مصرح به في كلامه من أنه على الفور بلا خلاف فان الظاهر أن دعواه الفورية انما هي من جهة ما ذكره المصنف من لزوم الاقتصار في الخروج عن أصالة اللزوم على المتيقن قوله كما هو صريح المبسوط (الخ) أقول حيث قال الأول والرد لا يسقط الرد بالرضا بالمعيب أو بترك الرد بعد العلم به أو بان يحدث فيه عيب عنده وقال الثاني ويسقط الرد بأخذ ثلاثة أشياء بالرضا وبترك الرد بعد العلم به والمعرفة إذا عرف أن له الخيار وبحدوث عيب اخر عنده قوله ويحتمل أيضا عبارة الغنية المتقدمة أقول يمكن ان يكون إشارة إلى العبارة المتقدمة في مسقطية التصرف وهي قوله ولا يسقط بالتصرف بعد العلم بالعيب حق المطالبة بالأرش لان التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب فان مقتضى تعليقه ان كل ما هو دال على الرضا بالبيع يسقط الرد فقط ويمكن ان يكون إشارة إلى العبارة المنقولة ها هنا حيث إنها وان كانت ظاهرة في سقوط الأرش أيضا الا انها محتملة للحمل على خصوص الرد فقط والانصاف بعد كليهما فتدبر قوله بناء على ما تقدم في سائر (الخ) أقول الظاهر أن في العبارة سقطا وهو مثل قوله وكيف كان فالحق سقوطهما معا بناء (الخ) وذلك لان ظاهر العبارة كون قوله بناء علة لقوله نعم سقوط الرد وحده له وجه وهذا غير صحيح أولا لان ظاهر قوله نعم كون السقوط من باب الدلالة على الرضا لا من باب ان القدر المتيقن من الخيار هو الزمان الأول وثانيا لان مقتضى هذا البناء سقوط الأرش أيضا لا خصوص الرد قوله وفيه أن الاطلاق في المقام (الخ) أقول فيه منع واضح كما لا يخفى على من راجع الاخبار قوله لأننا عرفناه أقول يعنى من صاحب الغنية والا فلم ينقل ذلك من غيره نعم ظاهر المبسوط والوسيلة أيضا ذلك لكن بالنسبة إلى الرد فقط لا مطلقا قوله بل نفى الخلاف أقول حيث ادعى صاحب الغنية عدم الخلاف في

الفورية قوله انه ظاهر أصحابنا المتأخرين كافة
أقول يعنى عدم الفورية قلت وفي الجواهر أسند التراخي إلى المشهور قال بل ربما يظهر
من بعضهم الاتفاق عليه فضلا عن عدم الخلاف فيه
وفي (لك) انه المعروف في المذهب ولا نعلم فيه خلافا قوله فالمحصل من ظاهر كلماتهم
(الخ) أقول وليعلم أولا ان منهم من عبر بوجوب الاعلام
ومنهم من عبر بحرمة ترك الاظهار والظاهر رجوعهما إلى واحد وان المراد من وجوب
الاعلام الوجوب التبعية من جهة حرمة ترك الاظهار لا الوجوب الأصلي
لأن الظاهر كما اعترف به المصنف (قده) ويظهر من استدلالاتهم ان المدرك منحصر في
صدق الغش و (ح) فلا يكون وجوب الاعلام الا من باب
كون تركه عشا حراما ثم إن التحقيق عدم حرمة ترك الاظهار بما هو ترك من غير فرق بين
العيب الجلي والخفي بل الامر في الأول ظاهر جلي
بل يمكن أن لا يكون محلا للخلاف أصلا خصوصا بملاحظة ما يظهر من بعض الأخبار
والعلماء في باب الغش ان المحرم منه ما يخفى وان الغش بما لا يخفى
غير حرام ففي المقام بالأولى ففي صحيحة ابن مسلم عن أحدهما انه سئل عن الطعام يخلط
بعضه ببعض وبعضه أجود من بعض قال إذا رؤيا جميعا فلا بأس
ما لم يغط الجيد الردي وبالجملة لا ينبغي الاشكال في عدم وجوب الاعلام في العيب
الجلي واما الخفي فالحق انه كذلك لمنع صدق الغش على
مجرد الترك لأن الظاهر المتبادر منه غير ذلك وان كان الظاهر من (الق) انه ترك بمحض
النصح حيث قال غشه لم يمحصه النصح أو أظهر له خلاف ما أضر
لان المراد منه الترك عند السؤال أو هو من باب بيان مقولة المعنى وفي مقام الاجمال وعلى
فرض كونه مخالفا فلا ريب ان العرف مقدم ومن المعلوم أنه
فيه أخص من ذلك بل هو امر وجودي كتبليس الامر على الغير ونحوه فما ذكره (المصنف
(قده) من أن كتمان العيب الخفي غش ان أراد من الكتمان مجرد عدم
الاظهار كما هو الظاهر منه حيث تمسك بقول أهل اللغة انه خلاف النصح كما ترى
ودعوى أن التزام البايع بسلامة المبيع المستفاد من اطلاق
العقد موجب للصدق فهو كما لو صرح باشتراطها كما يظهر من (المصنف في أوائل
الكتاب بل لم يفرق هناك بين العيب الخفي والجلي مدفوعة بان الاعتماد
على أصالة السلامة انما هو من جانب المشتري ونمنع كونه بمنزلة تصريح البايع ففي
الحقيقية النصير انما هو من جانب المشتري حيث لم يخير ولم يسأل
عن البايع وبالجملة الانصاف عدم صدق الغش عرفا على مجرد ذلك ولا أقل من الشك
والأصل البراءة نعم لو انضم إلى ترك الاظهار ما يوجب
الصدق يكون حراما كما لو ترك الاظهار مع سؤال المشتري وكذا لو أخبر بخلاف الواقع
أو فعل ما يكون دالا على الصحة أو كان التعيب بفعله بقصد
التبليس كما لو مزج اللبن بالماء أو خلط الجيد بالردي أو نحو ذلك لكن المسلم من هذا
أيضا انما هو في العيب
الخفي واما في الجلي فيمكن منع الحرمة
وان صدق عليه الغش للصحيحة المتقدمة وغيرها ثم إن في مورد صدق الغش والحكم

بالحرمة لا ينبغي التأمل في عدم فساد المعاملة لان الحرمة شرعية

(٩٠)

نفسية لا ارشادية غيرية وعن الأردبيلي (قده) الحكم بفسادها قال لورود النهى عن هذا البيع فيكون المغشوش منها عن بيعه كما أشير إليه في رواية قطع الدينار والقامة في البالوعة معللا بقوله (ع) حتى لا يباع بشئ فيه غش ولان نفس البيع غش منهى عنه وفيه أن النهى متعلق بأمر خارج لا بالمعاملة بما هي مع أن ذلك الخارج غير متحد معها أيضا إذ ترك الاظهار أو إظهار الخلاف امر مقارن للبيع لا متحد معه نعم لو استفيد من الرواية المذكورة تعلق النهى ببيع المغشوش من حيث إنه بيع ثم ما ذكره لكن الظاهر عدمه كما لا يخفى على من تأمل قوله أو من جهة ادخال (الخ) أقول هذا على فرض تماميته يكون وجهها لعدم سقوط الوجوب فلا يناسب عطفه على ما يكون وجهها للسقوط وهو قوله من جهة ظهور كما هو واضح ولعل النسخة مغلوبة فلا تغفل ثم إن الحق هو الوجه الأول وهو السقوط بالتبري لمنع الصدق معه ان سلمناه مع عدمه قوله ثم إن المذكور في جامع المقاصد (الخ) أقول ويظهر من الأول في باب حرمة الغش ابتداء المسألة على مسألة تقديم الاسم أو الإشارة حيث إنه بعد ذكر الوجهين قال وفي الذكرى في باب الجماعة ما حاصله لو نوى الاقتداء بامام معين على أنه زيد فظهر عمروا ان في الحكم نظر قال ومثله ما لو قال بعثك هذا الفرس فإذا هو حمار وجعل منشاء التردد تغليب الإشارة أو الوصف انتهى فان مقتضى نقل هذا الكلام عن الشهيد إرادة اجرائه في المقام أيضا هذا والتحقيق الحال في مسألة التعيب بالمزج ان يقال اما ان يكون الخليط مستهلكا في الشئ على وجه لا يخرج ذلك الشئ عن صدق اسمه واما ان يكون لا على هذا الوجه وعلى الثاني اما ان يكون المزج موجبا لصدق عنوان ثالث واما ان يصدق عليه كلا العنوانين ثم اما ان يكون الخليط مما له قيمة كما في خلط الدهن بالدبس واما أن لا يكون كذلك كخلط الحنطة والدقيق بالتراب اما في صورة الاستهلال فلا ينبغي الاشكال في صحة البيع غاية الأمر

ان للمشتري الخيار من جهة كون البيع معييا بسبب الخلط سواء كان الخليط مما له قيمة أولا ولا موقع لجريان حكم تعارض الإشارة والوصف إذا لمفروض ان البيع وارد على هذا الشئ الشخصي لا على عنوان الصحيح كيف والا لزم جريان هذه المعارضة في جميع المعيبات ولم يقل أحد بطلان البيع فيها والسرفية؟ ما ذكرنا من أن المبيع هذا الشخص الموجود غاية الأمر ان وصف الصحة شرط ضمني فيه ودعوى أن المبيع وإن لم يكن عنوان الصحيح الا انه عنوان الدهن أو اللبن مثلا والمفروض ان بعضه دبس أو ماء فهذا الشخص مبيع بهذا العنوان فهو كما لو باع شخصا خاصا بعنوان انه شاة فبان انه حمار أو بعنوان انه حنطة فبان شعيرا مدفوعة بان المفروض استهلاك الخليط فالمجموع دهن أو لبن والقدر الموجود فيهما من الدبس أو الماء خرج عن صدق اسمه ولحقه اسم ذلك العنوان فالفرق بين بين المقام وبين المقيس عليه واما في صورة الدخول تحت عنوان ثالث أو الخروج عن تحت ذلك الشئ المخلوط فيه فمقتضى

القاعدة البطلان رأسا لان المقصود عنوان اللبن والمفروض عدم صدقه وان كان المبيع هذا الشخص الموجود ففي هذه الصورة يتعين تقديم جانب العنوان كما في كل مورد كون المبيع من غير جنس العنوان المقصود بيعه ولا وجه لاحتمال الصحة (ح) الا إذا كان الخليط من الجنس ومعه يلحقه حكم الصورة السابقة لأنه على هذا التقدير يكون من باب العيب في الجنس واما في صورة صدق كلا العنوانين فالحق جريان حكم تبعض الصفقة سواء كان الخليط مما له قيمة أولا ويحتمل البطلان لما ذكره (المح) والشهيد الثانيان من جهة جهالة مقدار المبيع إذ الخليط ليس مقصودا بالبيع حتى يصح في المجموع ولا موقع لاجراء قاعدة التعارض أيضا لأن المفروض ان المبيع عنوان اللبن مثلا لا بمعنى كونه اللبن الكلي بل هذا الشخص بعنوان انه لبن وهذا هو المورد الذي ذكره المصنف من توجه كلامهما فيه وغرضه انه يجرى الاشكال والجواب لا خصوص الاشكال إذا لظاهر صحة ما أجابا به من كفاية العلم بمقدار الجملة وقت العقد كما في سائر موارد تبعض الصفقة فان الثمن المقابل للخل أو الشاة مجهول فيما لو باع حمرا وخالأ أو شاة وخنزيرا ومع ذلك حكموا بالصحة من جهة العلم بما وقع عليه العقد ومما ذكرنا تبين انه لا يجرى قاعدة تعارض الاسم والوصف في شئ من صور المقام إذ في بعضها يتعين تقديم جانب العنوان وفي بعضها تقديم جانب الوصف قوله فالقول قول المنكر يمينه (الخ) أقول وهو البايع غالبا إذ في الغالب يكون المشتري مدعى للعيب لكن قد يكون البايع مدعى لو لغرض كما إذا كان المشتري قد فسخ فيدعى البايع انه كان له خيار العيب فيكون البيع منفسخا ويدعى المشتري كون الفسخ في غير محله لعدم الخيار أو لغير ذلك من الأغراض ثم اما أن تكون الحالة السابقة هو الصحة و (ح) فلا اشكال في جريان أصالة عدم العيب الموجب للخيار وقد تكون هي العيب ويدعى أحدهما زواله حين البيع والاخر ينكر ذلك و (ح) فالأصل بقاءه إلى حين البيع وقد تكون مجهولة و (ح) فان قلنا بجريان أصل السلامة لبناء العقلاء فهو وإلا فلا بد من الرجوع إلى الأصل الحكمي وهو أصالة عدم الخيار وعدم شغل الذمة بالأرث أو البراءة منه فتبين انه لو كان المدعى للعيب هو المشتري فالقول قول البايع في الصورة الأولى والثالثة وقول المشتري في الثانية ولو كان هو البايع فالامر بالعكس قوله كان للمشتري الخيار في الرد (الخ) أقول يشكل ذلك بان النقص المعلوم ان كان موجبا للنقص في القيمة فهو عيب وفيه الرد والأرث وإلا فلا دليل على جواز الرد أيضا ودعوى جريان قاعدة الضرر كما ترى إذ لا نعلم جريانها مع عدم النقص في القيمة مع أنه لا يعقل النقص من دون تفاوت القيمة فان قلت سلمنا ذلك لكن ليس كل نقص عيبا وان كان موجبا لتفاوت القيمة قلت المعيار هو العرف وهو حاكم بكونه عيبا (فت) فإنه سيأتي ان العيب أحص من النقص قوله ولعله الأصالة

عدم تسليم (الخ) أقول قد عرفت سابقا ما فيه مع أنه على فرض تماميته يجرى في المسألة الأولى والثانية أيضا كما لا يخفى قوله لأنه منكر

(٩١)

الخ أقول هذا مبنى على تقديم بينة الخارج كما هو (المش) وفيه أقوال معروفة لكن لا يخفى ان العمدة في دليل تقديمها كون البينة وظيفة للمدعى دون المنكر فان وظيفته اليمين كما هو المستفاد من قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر والتفصيل قاطع للشركة ومع هذا الوجه يشكل ما ذكره من أنه لو أقام أحدهما بينة عمل بها فان لازم ذلك عدم سماع بينة البائع حيث إن وظيفته اليمين قوله وهذا منه مبنى (الخ) أقول يعنى به ما ذكره أولا من قوله ولو أقام أحدهما (الخ) قوله وفيه كلام في محله أقول هو ما أشار إليه من أن وظيفة المنكر ليس إلا اليمين بمقتضى التفصيل المذكور في الخبر مضافا إلى بعض اخبار اخر يدل على ذلك بالصرحة كخبر منصور عن الصادق عليه السلام الذي ضعفه بالشهرة مجبور كما في المستند قلت له رجل في يده شاة فجاء وادعاها وأقام البينة العدول انها ولدت عنده لم يبع ولم يهب قال أبو عبد الله عليه السلام حقها للمدعى ولا اقبل من الذي هي في يده بينة لان الله عز وجل امر ان تطلب البينة من المدعى فان كانت له بينة والا فيمين الذي هو في يده هكذا امر الله عز وجل ويؤيده الرضوي (ع) قال (ع) فإذا ادعى رجل على رجل عقارا أو حيوانا أو غيره وأقام بذلك بينة وأقام الذي في يده شاهدين فان الحكم فيه أن يخرج الشئ من يد مالكة إلى المدعى لان البينة عليه وربما ادعى بعضهم الاجماع على ذلك ففي المستند نقل عن ذلك بعض معاصريه أنه قال إن وظيفة ذي اليد اليمين دون البينة فوجودها في حقه كعدمه بلا شبهة ولذا لو أقامها بدلا عن يمينه لم يقبل منه اجماعا إن لم يقيمها المدعى انتهى هذا ولكن ذهب جماعة منهم العلامة والشهيد إلى سماعها وعدم الحاجة معها إلى اليمين ولو في غير صورة تعارض البينتين ويمكن ان يستدل لهم بعموم ما دل على حجية البينة وعموم مثل قوله عليه السلام احكام المسلمين على ثلاثة شهادة عادلة ويمين قاطعة وسنة ماضية وقوله سبحانه لنبي من الأنبياء اقض بينهم بالبينات وأضفهم إلى اسمى وبرواية حفص بن غياث حيث قال يجوز لي ان اشهد له يعنى لذي اليد فأجاب (ع) بما حاصله جواز ذلك وبرؤية فدك حيث إنه لو كان إقامة البينة للمنكر بلا فائدة لكان أولى بالمجادلة مع أبي بكر حين طلب البينة وبجملة من الأخبار الدالة على تقديم ذي اليد فيما لو أقاما بنية وكان المدعى به في يد أحدهما منها رواية إسحاق بن عمار وفيها قيل فان كانت في يد أحدهما وأقاما جميعا البينة قال (ع) اقضي بها للحالف الذي في ده وقريب منها موثقة غياث بن إبراهيم فلو كانت بينة المنكر لغوا وجب تقديم بينة الخارج إلى غير ذلك وتام الكلام والنقص والابرار موكول إلى محله قوله أو نفى استحقاق الرد أو الأرش أقول ولا يضر كون مصب الدعوى التقدم وعدمه لعدم وجوب المدعى عليه وحلفه على نفس مصب الدعوى بل يكفيه الجواب بما لازمه انكار المدعى به والحلف عليه على ما صرحوا به فلو ادعى عليه اتلاف ماله له أن يقول لست بمشغول الذمة لك وكذا لو قال أقرضتك كذا له أن يقول لا تستحق عندي شيئا قال في (ئر) لو ادعى انك فرقت ثوب فلي عليك

الأرش كفاه أن يقول لا يلزمني الأرش لجواز التمزيق وعدم تعلق الأرش فلو أقر طولب بالبينة ويتعذر عليه قال وكذا لو ادعى عليه دينا فقال لا مستحق عندي شيئا لم يكلف الحلف على عدم الأقراص لجواز الاستيفاء أو الإبراء ولو ادعى عينا فقال ليس عندي ما يلزمني التسليم كفى في الجواب لجواز ان يكون وهنا أو مستأجرة فلو أقام المالك البينة بالملك وجب التسليم انتهى ولعل السر ان مجرد دعوى التمزيق ونحوه لا يوجب جوابا بل الموجب هو المجموع المركب منه ومن استحقاق الأرش مثلا فبالجواب عنه يحصل الجواب عن الدعوى المركبة ولا دليل على وجوب الجواب بالجزء الاخر فتدبر قوله ولو لم يختبر ففي جواز (الخ) أقول محصله ان في صورة عدم العلم بالحال وجوها أحدها الحلف على الواقع على البت استنادا إلى الأصل الثاني الحلف على نفى العلم وإن لم يدع المدعى عليه العلم الثالث رد اليمين على المدعى كما في صورة النكول وبعبارة أخرى جريان حكم النكول عليه ويلزمه ثبوت الحق بدون الرد على القول بالقضاء بالنكول الرابع رده عليه في هذا المقام ولو قلنا بثبوت الحق بمجرد النكول في مورده الخامس إيقاف الدعوى الا إذا ادعى عليه العلم فله احلافه على عدمه وليعلم ان هذه المسألة من جزئيات مسألة تعرض لها المتأخرون وهي ما لو أجاب المدعى عليه بلا أدري فقد ذكروا فيها هذه الوجوه وذهب إلى كل بعض وليعلم أيضا ان مراد من قال بالاكتفاء بالحلف على نفى العلم حلفه عليه ولو لم يدع عليه العلم كما أشرنا إليه والا فلو ادعى عليه ذلك لا اشكال في أن وظيفته اليمين عليه فغرضه ان مع عدم العلم بالواقع وظيفته الحلف على نفى العلم في قطع الدعوى على كما في الدعوى على الميت فان قطعها انما هو بيمين الوارث على نفى العلم سواء ادعى عليه العلم أولا وكذا كل مورد يكون المدعى به فعل يتعلق بالغير فغرض القائل ان المدار على عدم العلم بالواقع وليس لفعل الغير خصوصية في ذلك فلو كان عالما بالواقع فيما تعلق بفعل الغير يحلف على البت كما أنه لو كان متعلقا بفعل نفسه ولم يكن عالما يحلف على نفى العلم وليعلم أيضا انه لا اشكال في أن المدعى عليه يعمل بالأصل فيما بينه وبين الله بالنسبة غير الحلف من ترتيب سائر الآثار فلا يشتغل ذمته بشئ ولا يكون البيع بالنسبة إليه خياريا وكذا غيره وانما الكلام في قطع الدعوى وانه هل يجوز فيه الاعتماد على الأصل والحلف على البت أولا والتحقيق عدم جوازه لان الحالف لا بد وأن يكون قاطعا فيما يحلف عليه وظاهر الأدلة أيضا ذلك لا أقل من الشك والأصل عدم سقوط الدعوى بمثل هذا اليمين فلا يجوز للمدعى عليه الانكار بصورة البت والحلف عليه اعتمادا على الأصل وكذا لا يجوز للحاكم الاكتفاء به إذا علم بالحال أو كان جواب المدعى عليه لا أدري نعم الظاهر عدم الاشكال في جواز الاعتماد على الامارات الاجتهادية كاليد ونحوه ومن ذلك يظهر ما في كلام المصنف (قده) من الاستدلال برواية حفص فإنها خارجة عن المقام فان محل

الاشكال الاعتماد على الأصل العملي ومورد الرواية صورة وجود اليد ثم بعد عدم جواز الاعتماد على الأصل ان ادعى المدعى عليه العلم الا اشكال في أنه يحلف على نفيه والا فهل الحكم رد اليمين أو الحلف على نفي العلم كما في الوارث أو ايقاف الدعوى إلى أن يوجد البينة أو يحصل العلم وجوه أقربها ما جعله المصنف أوفق بالقواعد من رد اليمين وان قلنا بالحكم بالنكول (في صورة النكول) لعدم الدليل عليه في المقام وأدلة رد اليمين أيضا وان كانت واردة في غير المقام الا انه يمكن استفادة حكمه منها أيضا مضافا إلى عموم قوله (ع) انما اقضي بينكم بالبينات والايمان وان ايقاف الدعوى ضرر والحلف على نفي العلم مع عدم ادعائه عليه ولا دليل عليه بعد كونه غير المدعى به وتام الكلام في محله قوله ففيه اشكال أقول بل الحق عدم اسقاط الحلف على نفي العلم الأصل الدعوى في شئ من المقامات حتى في مسألة الدعوى على الميت ونحوها سواء كان الحلف مع ادعاء العلم عليه أولا اما مع الأول فواضح حيث إن هذا النزاع غير النزاع في ثبوت الحق وعدمه والحلف على النزاع الأول انما يثمر في قطعه وعدم سماع الدعوى بعده واما النزاع الثاني فيبقى بحاله واما الثاني فلان النزاع وان كان واحدا الا ان سقوط الدعوى بحيث لا تسمع منه بعد ذلك ولو أقام البينة وسقوط حقه في الدنيا بحيث لا يجوز مطالبته ولا مقاصته بحلف المدعى عليه على خلاف القاعدة وانما ثبت ذلك في اليمين البتة بالاجماع والاحبار التي هي منصرفه إلى غير المقام فراجع وتأمل وقد صرح بما ذكرنا جماعة من متأخري المتأخرين قوله بل عن الرياض لزوم (الخ) أقول بل التحقيق عدم كفاية الحلف على نفي العلم مع امكان الاختبار أيضا وإن لم يختبر فعلا وذلك لان يمين نفي العلم على خلاف القاعدة نعم لو ادعى عليه العلم كان له احلافه عليه لكن هذا لا دخل له بأصل الدعوى فتبقى بحالها قوله لكن الظاهر أن (الخ) أقول يعني ان التقييد بصورة عدم الاختيار في كلام العلامة ليس لبيان الاختصاص بل من جهة ان في صورة الاختيار لا حاجة إلى يمين نفي العلم حتى يبحث عنه فلا يستفاد من كلامه الاختصاص قلت على فرض تسليم ذلك غاية الأمر سكوته وإلا فلا اطلاق في كلامه حتى يشمل صورة الاختيار أيضا فلا ينافي ما ذكره سيد الرياض (قده) ولعله إليه أشار بقوله فافهم فافهم قوله رده على الموكل أقول إن علم كونه وكيلا والا رده على الوكيل قوله بطلت وكالته أقول ومع فرض بقائها كما في عامل القراض له الرد على الوكيل أيضا قوله ولو اختلف الموكل والمشتري في قدم (الخ) أقول وكذا لو اختلفا في ثبوت العيب وعدمه قوله لان اقرار الوكيل بالسبق (الخ) أقول لا يقال يمكن قبول اقراره وان بطلت وكالته فضلا عن صورة بقائها بقاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به بناء على جريانها بعد انقضاء زمان الملك الفعلي كما يظهر من بعضهم فان المقام نظير ما تعرض له في المبسوط وذكر فيه

قولين قال على ما حكى عنه إذا اذن له في شراء عبد وصفه فاشتراه بمئة ثم اختلف هو والموكل فقال الموكل اشتريته بثمانين وقال الموكل اشتريته بمئة والعبد يساوي مئة قيل فيه قولان أحدهما انه يقبل قول الوكيل كما يقبل قوله في التسليم والتلف والثاني لا يقبل قوله عليه لأنه يتعلق بغيره وكذلك كل ما اختلفا فيه مما يتعلق بحق غيرهما من بايع أو مشتري أو صاحب حق فإنه على قولين والأول أصح انتهى لأننا نقول أولا لا دليل على تلك القاعدة خصوصا بهذا التعميم وثانيا فرق بين المقامين فان الشراء بمئة أيضا مما وكل فيه إذ المفروض انه اذن له في الشراء المطلق فيمكن ان يقبل قوله للقاعدة المشار إليها فإنه إذا كان مالكا للشراء بمئة مالك للاقرار به بخلاف المقام فان كون المبيع معيبا ليس مما وكل فيه حتى يقبل قوله فيه ودعوى أنه يرجع في المقام أيضا إلى كونه وكيلا حتى في بيع المعيب فيبيع المعيب مما وكل فيه فهو من فعله يقبل قوله فيه مدفوعة بان هذا فرع معلومية كون المبيع معيبا والمفروض خلافه والحاصل ان الكلام في المقام في أصل تحقق العيب حين البيع وهذا لا دخل له بالوكيل حتى يقبل قول فيه بخلاف ما في المبسوط ولذا لو فرض اختلافهما في اذنه في الشراء بمئة وعدمه فقال المالك انما اذنت في الشراء بثمانين فقط لا يقبل قول الوكيل اجماعا على الظاهر فتدبر قوله ولم يتمكن من الرد (الخ) أقول هذه الجملة اما مستأنفة أو حالية يعنى يلزمه الحق لو اعترف مع أنه لا يتمكن من الرد على الموكل وقوله لأنه لو اقرر عليه تعليل لما ذكره من اللزوم يعنى ان الوكيل أو أقر بالتقدم رد المشتري عليه لا على الموكل ولو اسقط هذه الفقرة من العبارة كان أحسن وأخصر إذ لا طائل تحت هذا التعليل بعد ما ذكره من قوله اللازم عليه لو اعترف فتأمل فلعل للعبارة توجيهها اخر قوله لان دعواه على الوكيل (الخ) أقول هذا انما يتم إذا كان مدعيا للقطع بكذب الوكيل واما لو كان انكاره الوكالة من جهة كون العين في يد الوكيل ومقتضاه كونه مالكا لها فيمكن ان يقال له ان يحلف كلا منهما لكن إذا حلف أحدهما تسقط دعواه ولا يجوز له ان يحلف الاخر لأنها دعوى واحدة يمكن توجيهها إلى كل منهما فتدبر قوله وجهان مبناهما (الخ) أقول التحقيق عدم جريان حكم شئ من البينة والاقرار عليه فيرجع فيه إلى مقتضى الأصول ففي المقام ليس للوكيل ردها على الموكل على الموكل قوله لوجب القول بتقديم (الخ) أقول يمكن ان يقال بالفرق بين المسألتين في جريان أصل عدم الخيانة لان في صورة معلومية الخيار اما للعيب أو لغيره يكون دفع العين من البايع إلى المشتري مع كونها في معرض العود إليه شبيها بالأمانة فكان البايع جعل المشتري أمينا في ذلك فعليه ان يقبل قوله في دعوى التعيين وهذا بخلاف صورة عدم المعلومية كما في المسألة الأولى فان استيمانه غير معلوم فتأمل قوله مستندها ظهور (الخ) أقول لا دليل على حجية هذا الظهور فتدبر قوله فهي انما تحدي إذا كان (الخ)

أقول بل لا تجدي في العيب أيضا مطلقا لأنه

(٩٣)

قد يكونان متفقين على بقاء العين ونزاعهما في تعيينها قوله قدم منكر العلم (الخ) أقول لان العلم مانع وبأصالة عدمه يعمل المقتضى عمله

فكما لو شك في المسقط بعد ثبوت الخيار يبني على عدمه فكذا إذا شك فيه في حال العقد فهو نظير ما إذا شك في الحدث حال الاشتغال بالوضوء فإنه يبني على عدمه ويحكم بصحة الوضوء هذا إذا كان مسبقا بالجهل واما إذا كان عالما بالعيب سابقا وكان الشك في زوال علمه حين العقد حتى يثبت له الخيار وعدمه حتى يكون ساقطا فالأصل بقاءه ولا خيار قوله أقواهما الأول (الخ) أقول وذلك لما مر سابقا من أن الأقوى ان العيب علة للخيار الا ظهوره

قوله والعبارة المتقدمة (الخ) أقول وهي قوله (قده) لو كان المبيع معيبا عند البايع ثم اقبضه وقد زوال عيبه فلا رد لعدم موجبه العيب

وسبق العيب لا يوجب خيارا كما لو سبق على العقد ثم زال قبله بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد النهى ووجه الايماء

إلى الثاني ان قوله وسبق العيب لا يوجب خيارا (الخ) ظاهر في أن العلة في الخيار هو ظهور العيب ومعه فالشك في زواله قبل العلم يرجع إلى الشك في تحقق موضوع الخيار والأصل عدمه لان أصالة عدم زوال العيب إلى حال العلم لا يثبت تحقق العلم بالعيب الفعلي الذي هو الموضوع قوله لان بقاء

الجديد نفسه (الخ) أقول هذا بالنسبة إلى الأرش مسلم اما بالنسبة إلى الرد فهو ممنوع لان بقاء الجديد مانع عن الرد بالقديم فالتحقيق

هو الحكم بالأرش دون الرد وذلك لان جريان أصالة بقاء القديم مقتضى للامرين وجريان أصالة بقاء الجديد مقتضى لعدم الرد فينتفى الرد

بسبب المعارضة ويبقى الأرش لعدم المعارض للأصل الأول بالنسبة إليه ومن ذلك يظهر ان الحق ما ذكره الشافعي من التحالف لان

كلا منهما مدع لزوال أحدهما ومنكر بالنسبة إلى الآخر وإذا حلفا يسقط قول كل منهما في تعيين الزائل ويبقى مقتضى الأرش بلا معارض لان محصل

الامر ح بقاء كل من العيين ولازمه اخذ أرش العيب الأول وعدم الرد لوجود المانع وهو العيب الثاني قوله لو كان عيب مشاهدا (الخ)

أقول اما ان يكون العيب الاخر غير المتفق عليه معلوما ويكون النزاع في تقدمه وتأخره واما ان يكون مشكوكا فيكون النزاع في أصل تحققه

وكذا الكلام بالنسبة لزيادة العيب وعلى التقادير اما ان يكون مرجع النزاع إلى ثبوت أصل الخيار وعدمه بان يكون العيب المتفق عليه غير مؤثر

في الخيار من جهة كون المشتري عالما به حين العقد أو من جهة الرضا به بعده فيكون النزاع في أن العيب الاخر هل كان ثابتا حين العقد حتى يثبت

الخيار من جهته أولا وكذا في الزيادة يرجع النزاع إلى أنها هل حصلت بعد العقد أو كانت حاصلة حينه واما ان يكون مرجعه إلى سقوط الخيار الثابت

بالمتفق عليه بسبب العيب الاخر الحادث فيكون النزاع في أن حدوثه هل كان بعد العقد حتى يكون مسقطا أو كان موجودا سابقا حتى يكون الخيار

باقيا وكذا في الزيادة فإن كان النزاع على النحو الأول فالقول قول البايع في جميع الصور

من العلم بالمعيب الاخر والزيادة والشك في أحدهما وهو واضح وان كان على الوجه الثاني فالقول قول المشتري في جميعها لأنه يرجع إلى الشك في المسقط والأصل عدمه وبقاء الخيار ومما ذكرنا ظهر ما في كلام الدروس من أنه كالعيب المنفرد فان محل كلامه كما يظهر من عبارته الأخيرة هو الشك في السقوط ومعه لا وجه لتقديم قول البايع أصلا قوله قدم منكرها أقول بلا اشكال بل في الجواهر بلا خلاف يعرف كما اعترف به بعضهم ثم قال ولو كان مورد النزاع في حال العقد الواقع أمكن التحالف كما تقدم في نظائره قلت ولا بأس به إذ (ح) كل منهما مدع ومنكر وقال أيضا ولو كان كيفية الدعوى استحقاق المشتري الفسخ والبايع ينكره من غير ذكر سبب خاص أمكن القول (ح) بكون البايع منكرا قلت هو مشكل لأنه إذا كان العيب معلوما كما هو المفروض وكان الشك في المسقط فالقول قول من ينكره لان الأصل عدمه لأنه قد تقرر في محله ان المنكر من يكون قوله موافقا للأصل الذي هو المرجع في المسألة ومن المعلوم ان الأصل عدم المانع بعد وجود المقتضى وهو العيب ولا ينفعه تحرير الدعوى بالنحو المزبور فان قلت إن ذلك منه من جهة ما قرره في غير موضع من الجواهر من أن المدار على مصب الدعوى في تشخيص المدعى والمنكر فإذا فرضنا ان المشتري يدعى الخيار والبايع ينكره ففي هذه الدعوى المنكر يكون هو البايع قلت انما يتم ما ذكره فيما لو كان الغرض متعلقا بما هو المصعب كما في الفرض السابق الذي قال بالتحالف فيه فإنه قد يتعلق الغرض بتشخيص مورد العقد لا باثبات الخيار ونفيه واما إذا كان الغرض متعلقا باثبات الخيار من جهة العيب وعدمه من جهة التبري أو نحوه من المسقطات فلا يتفاوت الحال في ذكر السبب في تحرير الدعوى وعدمه فتدبر ثم إنه يظهر من المبسوط الخلاف في أصل المسألة وان نزلها ص الجواهر على ما ذكره أخيرا من دعوى الخيار بلا ذكر السبب الخاص فان هذا التنزيل بعيد غايته قال في المبسوط قد يكون البايع منكرا كان يدعى المشتري ابتياعه السلعة وبه عيب فيقول البايع بعته بريئا من هذا العيب فله ان يحلفه والله لا تستحق رده على لأنه قد يبيعه وبه العيب ثم يسقط الرد بالرضا بالعيب انتهى ومراده من الرضا بالعيب التبري أو هو من باب المثال وكيف كان فهذه العبارة كما ترى كالصريحة في كون النزاع في دعوى التبري وعدمه فلا وجه لتنزيلها على صورة عدم ذكر السبب مع ما عرفت من عدم الفرق في الحكم بين صورتين فتدبر قوله وفي كل منهما نظر أقول وجه النظر في لكلام الأردبيلي (ره) منع كون الرواية ضعيفة لأنها معمول بها في غير المقام وإن لم تكن كذلك في المقام واما وجه النظر في كلام الكفاية فلان المدعى هو البايع لا المشتري فالرواية على خلاف القاعدة المشار إليها قوله والأولى في توجيه الرواية أقول الانصاف انه توجيه وجيه قوله ثم الحلف هنا (الخ) أقول مراده (قده) ان المسقط هو التبري المعلوم للمشتري إذا لمناط في كون مسقطا هو رضاه بالعيب وهذا لا

يتحقق الا مع سماعة وعلمه وليس مراده (قده) انه يمين نفى العلم في مقابل اليمين التبني؟ وهو واضح ولعله أيضا مراد الشهيد في المحكى عن حواشيه ان يمين المشتري هنا على نفى العلم فلا وجه لحملة على ما يقابل التبني؟ كما حملة عليه في الجواهر وأورد عليه بما ذكرنا نعم عبارته موهمة لخلاف المقصود كما لا يخفى قوله ولو وجد في المعيب يصب (الخ) أقول لا يخفى ان هذا تكرار لما ذكره في المسألة الثالثة فلا تغفل قوله لو اختلفا في الفسخ (الخ) أقول قد يكون المدعى للفسخ هو المشتري وهو الغالب وقد يكون هو البايع وغرضه في ذلك دفع الأرش أو غير ذلك من الأغراض ونظر المصنف (قده) إلى الأول كما لا يخفى قوله ولعله لما اشتهر (الخ) أقول هذا إذا كان مراد الشهيد كونه

بمنزلة الانشاء ويمكن ان يكون مراده

ان الاقرار فسخ حقيقة بدعوى أنه لا يعتبر فيه الانشاء بل يكفيه النية ووجود مظهر كما قيل بذلك بالنسبة إلى الرجوع في الطلاق بل بالنسبة إلى الفسخ أيضا كما سيأتي في احكام الخيار انشاء الله وان كان التحقيق خلافه لكن بباء؟ عليه لا يكون داخلا تحت قاعدة من ملك كما لا يخفى قوله ويدل عليه بعض الأخبار (الخ) أقول الظاهر أن نظره إلى ما ورد بهذا المعنى فيمن أقر ببيع مملوكه ثم جاء وادعى الرقبة والا فلم نر جواز في العتق على ما وصفه بعد الفحص فيكون لفظ العتق غلطا من النسخة أو سهوا من القلم بدلا عن لفظ البيع واما ما أشرنا إليه فهو الخبر عن محمد بن عبد الله الكاهلي قال قلت لأبي عبد الله (ع) كان لعمى غلام فابق فأتى الأنبار فخرج إليه عمى ثم رجع فقلت ما صنعت يا عم في غلامك قال بعته فمكث ما شاء الله ثم إن عمى مات فجاء الغلام فقال انا غلام عمك وقد ترك عمى أولادا صغارا وانا وصيهم فقلت ان عمى ذكر أنه باعك فقال إن عمك كان لك مضار أو كره أن يقول لك فتشمت به وانا والله غلام بنيه فقال (ع) صدق عمك وكذب الغلام فأخرجه ولا تقبله هذا ولا يخفى ان الاستدلال به على القاعدة المذكورة مشكل أولا لكونه قضية في واقعة فلعله (ع) كان مطلعاً على كذب الغلام وثانياً يمكن دعوى أن ذلك من باب قاعدة الاقرار حيث إن العم في حال حياته أقر بنفي الرقية وانه باعه ومقتضى ذلك الحكم بعدم كونه ملكاً له ولا حاجة إلى اجراء قاعدة من ملك فان قلت إن الاقرار انما يعمل به فيما على المقر لا فيما له فكيف يحكم بسماعه في المقام لدفع النفقة ونحوها من لوازم المملوكية قلت إنه إذا أقر بذلك في حال حياته وحكم شرعا بخروجه عن ملكه فلازمه عدم استحقاقه النفقة مع أنه قد تقرر في باب الاقرار انه قد يكون للموضوع المقر به الذي يكون على المقر لوازم تكون له ومثل هذه لا بأس بترتيبها مثلاً إذا أقر بالطلاق يقبل منه ولازمه عدم استحقاق الزوجة للانفاق وكذلك المقام واما اشتهر من أن الاقرار لا يسمع بالنسبة إلى ما يكون للمقر انما هو إذا كان متعلقاً للاقرار أولاً لا مثل ما ذكرنا من اللوازم الثابتة لما عليه

ولعله لما ذكرنا لم يشر المصنف في رسالته في قاعدة من ملك إلى الاستدلال بهذا الخبر مع غاية حرصه في ذكر الدليل عليها قوله حلف الاخر على نفي علمه أقول إن كان البائع هو المدعى لفسخ المشتري فحلف المشتري على البت لا على نفي العلم لأنه من فعل نفسه قوله وجهان أقول الوجهان جاريان في كل مورد وجد مسقط من المسقطات وفسخ وشك في كون المقدم ما هو ونظيره ما تعرضوا له في مسألة الرهن من أنه لو اذن في بيع العين المرهونة ثم رجع وباعها الراهن واختلفا في تقدمه على الرجوع وتأخره وأيضا لو اختلفا في كون الرجوع قبل انقضاء العدة أو بعده حسبما أشار إليه المصنف (قده) ولاحق في المقام هو الوجه الثاني لا لما أشار إليه المصنف من أصالة صحة الفسخ إذ يرد عليها انه لو أريد منها التمسك بالعموم ففيه انه لا يجوز ذلك في الشبهة المصدقية كما تقرر في محله ولو أريد منها حمل فعل المسلم على الصحة فالمسلم منه غير صورة المنازعة وفيها في العقود لا في الايقاعات على ما بين في محله بل لأنه لا يعتبر في الفسخ الا كونه في حال بقاء الخيار وأصالة بقائه إلى حين الفسخ بل إلى ما بعده كافيته وإن شئت فقل الأصل عدم المانع من الفسخ فيما إذ شك في وجود المسقط قبله فان قلت الأصل المذكور معارض بأصل عدم الفسخ إلى ما بعد الانقضاء أو المسقط قلت هذا الأصل لا اثر لها الا بعد اثبات وقوع الفسخ بعد والمقرر في محله عدم حجية الأصل المثبت فان قلت الأصل الذي ذكرت أيضا مثبت حيث إن المؤثر هو الفسخ قبل الانقضاء أو قبل حصول المسقط والأصل المذكور لا يثبت ذلك قلت نمنع ذلك بل يكفي كون الفسخ في حال يكون الخيار باقيا اما بالعلم أو بالأصل والحاصل انه لا حاجة إلى اثبات كون الفسخ قبل الانقضاء أو قبل حصول المسقط أو في زمان الخيار بل يكفي تحققه في زمان يحكم فيه ببقاء الخيار كيف والا لزم عدم كفاية استصحاب الخيار مع الشك في بقائه من جهة الشك في المسقط أو الانقضاء مع أنه لا اشكال في أنه إذا شك في ذلك له ان يجرى الأصل ويفسخ من غير حاجة إلى اثبات ان هذا الفسخ وقع في زمان الخيار أو قبل المسقط ونظير المقام ما ذكرنا فيما لو صلى بعد كونه متطهرا سابقا وعلم بوقوع حدث منه اما قبل الصلاة أو بعدها انه يكفي استصحاب بقاء الطهارة إلى ما بعد الصلاة وانه لا فرق بين هذا الفرض وما لو شك في بقاء الطهارة فأبقاها وصلى فكما يجرى الأصل في الثاني من دون الحاجة إلى اثبات ان الصلاة وقعت مقرونة بالطهارة فكذا في الفرض الأول فان ابقاء الطهارة إلى ما بعد الصلاة يكفي في الصحة خلافا لبعض المعاصرين حيث فرق بين الصورتين و حكم بعدم جريان الأصل في الأولى لأنه لا يثبت وقوع الصلاة في حال الطهارة مع أن الصحة متفرعة عليه واما نفس الصحة فهي من الأحكام العقلية لا يمكن ترتيبها على الأصل واما الصورة الثانية فاستصحابها وان كان كذلك أيضا الا انا

نقول إن المترتب عليه جواز

(٩٥)

الدخول في الصلاة ولازمه صحتها وهذا بخلاف الصورة الأولى فان اثر الأصل لا يمكن ان يكون هو الجواز إذ المفروض غفلته عن حال الطهارة

فالجواز ثابت بحكم العقل مع أن الأصل انما يجرى بعد العمل ولا يعقل ان يكون اثره جواز الدخول فيه قلت التحقيق عدم الفرق بين الصورتين

وان اثر الأصل هو الصحة بمعنى الاكتفاء الشرعي وانه لا حاجة إلى اثبات وقوع الصلاة في حال الطهارة بل يكفي تحقق الشرط وهي الطهارة حين وقوعها إذ لا دليل على أزيد من أنه يجب ان يكون المكلف في حال الصلاة متطهر أو المفروض انه محكوم به شرعا ثم يرد على ما ذكره من أن اثر الاستصحاب في الصورة الثانية جواز الدخول ولازمه الصحة انه ان أراد الجواز الوضعي فهو عين الصحة وان أراد الجواز التكليفي فلا ينفع في اثبات الصحة لان مجرد عدم الحرمة لا يكفي في صحة الصلاة كيف والصلاة بلا طهارة غفلة أيضا جائزة مع أنها غير صحيحة ثم لا تم عدم امكان كون الأثر هو الجواز في الصورة الأولى أيضا إذ له أن يقول بعد الصلاة الأصل بقاء الطهارة إلى حين الدخول في الصلاة فكانت جائزة شرعا وهذا

أيضا كاف في اثبات الصحة على فرض تسليمه والجواز الذي يكون معلوم الثبوت هو مجرد الرخصة العقلية ولا دخل له بالجواز الشرعي فبالاستصحاب يترتب هذا الجواز ويترتب عليه الصحة وبالجملة ففي المقام أيضا نقول كما لا اشكال في أنه لو شك في بقاء الخيار من أجل الشك في الانقضاء أو حصول المسقط له ان يجرى أصالة بقاها ويفسخ من غير حاجة إلى اثبات ان هذا الفسخ هل وقع في حال الخيار أولا فكذا إذا علم بصدور فسخ ومسقط وشك في كونه مقدما أو مؤخرا له أن يقول الأصل بقاء الخيار إلى حال الفسخ ولا يعارض بأصالة عدم الفسخ إلى ما بعد المسقط إذ هذا الأصل بنفسه لا يترتب عليه اثر شرعي بل لا بد من اثبات وقوع الفسخ قبله والأصل لا يشته كما عرفت ومما ذكرنا ظهر حال مسألة بيع الرهن فان الأقوى

فيها أيضا الحكم بصحة البيع لأصالة بقاء الاذن إلى حين صدوره وكذا مسألة الاختلاف في الرجعة انها كانت بعد العدة أو فيها فان مقتضى ما ذكرنا تقديم قول الزوج لأصالة بقائها إلى حين الرجوع نعم يمكن دعوى تقديم قول الزوجة بناء على شمول ما دل على أن امر العدة بيد النساء

وانهن مصدقات فيها كما اختاره في الجواهر لكنه كما ترى فان ظاهر النصوص ان دعواها في الانقضاء والبقاء مسموعة لا دعواها تقدم الانقضاء على الرجوع فتدبر وقد أكثر الفقهاء الكلام في هاتين المسألتين فإن شئت فراجع وغرضنا ليس إلا الإشارة ثم إن ما ذكرنا انما

يتم بلا اشكال فيما لو كان تاريخ الفسخ أو البيع أو الرجوع معلوما دون الطرف الآخر اما لو انعكس أو جهل التاريخان فالامر وان كان كذلك

الا انه لا (يخ) عن اشكال وتمام الكلام في مقام اخر قوله ولو كان منشاء النزاع (الخ) أقول حال هذا الفرض حال الأول حرفا

بحرف قوله وهذه المسألة نظير (الخ) أقول يعنى أصل المسألة لا خصوص الفرض الثاني

كما لا يخفى قوله وقد يفصل بين الجهل (الخ) أقول يمكن ان يكون وجه الفرق كون قوله موافقا للظاهر أو مخالفا ويمكن ان يكون حصول الاقدام على الضرر من جهة تقصيره في فهم الحكم في احدى الصورتين دون الأخرى وظاهر العبارة الثاني حيث يظهر منها التفصيل المذكور حتى مع العلم بصدقه في كونه جاهلا بل الظاهر منها فرض العلم بصدقه فتدبر والأقوى السماع مع الاحتمال كما اختاره المصنف (قده) للأصل وعدم الدليل على حجية الظهور وعدم صدق الاقدام حتى مع التقصير فتدبر قوله في ماهية العيب (الخ) أقول التحقيق ان المدار في العيب المعلق عليه الحكم في المقام هو العرفي والظاهر أن المعيار عندهم هو النقص الموجب نقصان المالية سواء كان بزيادة عينية أو وصفية أو نقصان كذلك والمراد من الوصف أعم من الاعتباري ككون المزرعة ثقيلة الخراج ونحو ذلك من الأوصاف الاعتبارية وإن شئت فقل انه الخروج عن مقتضى الطبيعة الأولية أو الثانوية بما يوجب منقصته فيه توجب نقصان القيمة وعلى هذا فقد يكون العيب بالبقاء على مقتضى الخلقة الأصلية والطبيعة الأولية كعدم الختان ونحوه ويمكن ان يرجع إلى ما ذكرنا ما ذكره الفقهاء من أنه الخروج عن الخلقة الأصلية بزيادة أو نقصان بدعوى إرادة الفرد الغالب فان الغالب ان الخروج عن الخلقة الأصلية عيب ومن ذلك يمكن الجواب عن المرسلات الآتية أيضا بتنزيلها على الغالب مع أنه لا دلا فيها على الحصر فتدبر ثم لا يخفى ان العيب في مقام المالية غير العيب في حد نفسه فقد يكون الشيء عيبا في حد نفسه ولا يكون عيبا في مقام المالية كزيادة الثالول أو نحوه أو نقصان عضو لا يكون موجبا للنقص المالية لعدم توقف الغرض المطلوب من ذلك المال على ذلك الشيء ومثله لا يكون موجبا للخيار لان الأدلة منصرفة إلى ما يكون عيبا في مقام المالية وهذه فائدة جليلة لا تغفل عنها ثم إنه لا يخفى أيضا انه يختلف كون الشيء عيبا بالنسبة إلى الأشياء والأزمان والبلدان فمثل الخصاء كمال في بعض الحيوانات وعيب في بعضها بالنسبة إلى بعض البلدان فقد يكون الخصاء في العبد عيبا وقد لا يكون كما في في بعض البلدان بالنسبة إلى بعض الأصناف فلكل حكمه قوله على حال القدر المشترك (الخ) أقول لكن لا يخفى انه لا يلزم ان يكون الحكم لكلي القدر المشترك يكون التخلف لعارض بل قد يكون الاستدلال بملاحظة ان غالب الافراد إذا كانت على وصف فيكون القدر المشترك كذلك بلحاظ وجوده في الغالب فيلحق النادر به من دون ان يكون ذلك حكم القدر المشترك بما هو قدر مشترك مثلا إذا كان مقتضى طبيعة شيء البياض لكن كان غالب افراده اسود فيظن كون المشكوك أيضا اسود وان القدر المشترك متصف بالسواد بملاحظة أغلب افراده بالحقيقة هذا استدلال بالجزئي على الجزئي لان القدر المشترك ليس متصفا بالسواد بما هو بل بما هو موجود في ضمن الغالب فلا نم انه

لا يمكن الاستدلال بالجزئي على الجزئي نعم لا بد من لحاظ القدر المشترك حتى يمكن الحاق النادر بسببه بالغالب واما كون الحكم للقدر المشترك من حيث هو حتى يسرى إلى الفرد النادر فلا فتدبر قوله ثم لو تعارض (الخ) أقول لا يخفى ان مقتضى ما ذكره أولا كون الغلبة طريقا إلى معرفة حال الحقيقة لا كونها مناسبا وموضوعا وعلى هذا فلا معنى للتعارض ولعل مراده تعارض الحقيقة الأصلية الأولية والثانوية وعلى هذا كان في الأولى أن يقول أولا ان المراد من الحقيقة التي قلنا إن مقتضاها قد يعرف من الخارج وقد يعرف من ملاحظة حال الأغلب أعم من الأصلية الأولية والعرضية الثانوية ولو تعارض الحقيقتان قدم الثانية وهذا هو مراده (قده) كما يظهر من بياناته بعد ذلك الا ان العبارة السابقة قاصرة فتدبر قوله الا ان يقال إن الغفلة (الخ) أقول يعني ان العيب في الحقيقة كونه معرضا للتلف وهو خروج عن مقتضى الطبيعة الأولية لكن فيه ما لا يخفى فان العرف يعد الغفلة عيبا بنفسها قوله الا ان حكم العيب لا يثبت (الخ) أقول لازم هذا الوجه التفصيل بين ما لو كان المشتري ملتفتا إلى كون الغالب كذا وعدمه والا فمجرد ذلك لا يكون في حكم الالتزام به والظاهر عدم التزامهم بالتفصيل المذكور وهذا كاشف عن كون التحقيق هو الوجه السابق من كون المدار على الأعم من الحقيقة الأصلية والعرضية فتدبر قوله بلا خلاف ظاهر أقول سيأتي من المصنف (قده) في بحث الشروط نقل الخلاف عن العلامة فراجع قوله لكن الوجه السابق أقوى أقول الظاهر أن مراده من الوجه السابق الوجه الثاني الذي ذكره بقوله ويمكن ان يقال إن العبرة (الخ) وسابقته انما هو باعتبار اخر البيان حيث قدمه في ذكر الثمرة ويمكن ان يكون لفظه السابق غلطا من النسخة والصواب لفظه الثاني فتدبر قوله ويحتمل قويا أقول قد عرفت أن هذا هو المتعين لان المراد بالعيب في المقام بحكم الانصراف هو العيب من حيث المالية لا في حد نفسه والا فكثير من الأوصاف والزيادات والنقائص عيب في الشيء في حد نفسه خصوصا في مثل الحيوانات ولا يكون متعلقا للحكم بلا اشكال قول الا ان الغالب في افراد (الخ) أقول غرضه (قده) ثبوت الخيار لكن لا من جهة العيب بل من جهة الشرط الضمني ويمكن منعه بناء على عدم صدق العيب لان مجرد كون الغالب في الافراد على وصف لا يوجب اشتراط كون المبيع منها والا لزم ثبوت الخيار في تخلف وصف الكمال أيضا إذا فرض كون الغالب مشتملا عليه ومن المعلوم عدم التزامهم به فتدبر قوله فتأمل أقول لعل وجهه ان الوجه في الفرق بين العيب وتخلف الشرط فيما ذكرنا انما هو امكان تدارك ضرر المشتري في العيب بغير الفسخ من الأرش بخلاف تخلف الشرط لعدم الأرش فيه فينحصر طريق الرفع في الفسخ فلا تكون الموانع مانعة فيه وفي المقام المفروض ان في العيب أيضا لا أرش حتى يتدارك به ضرر النقص الحاصل

في المبيع فلا فرق بينه وبين تخلف الشرط في لزوم عدم المانع فتدبر قوله وللنظر في كلا شقى (الخ) أقول يعنى في كلا شقى الثمرة الثانية

من ضمان النقص قبل القبض وفي مدة الخيار وليس المراد من الشقين الثمرتين لأنه أشار إلى النظر في الأولى منهما بقوله (فت) ثم الظاهر أن وجه النظر أن ما دل على كون العيب الحادث قبل القبض أو في زمان الخيار مضمونا على البائع يجرى في تخلف الوصف أيضا وذلك لان الدليل على الضمان على ما مرت الإشارة إليه سابقا وسيأتي لاحقا انما هو قاعدة كون التلف قبل القبض من البائع وقاعدة كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له بتقريب ان الاستفادة من الخبر الذي هو دليل القاعدة كون العين قبل القبض في عهدة البائع وان تلف الكل أو البعض أو الوصف في يده بعد البيع بمنزلة حدوث أحد هذه الأمور قبل العقد فكما أن التلف حين العقد موجب لبطلانه وتلف بعضه موجب للبطلان في ذلك البعض وثبوت العيب حينه موجب للخيار فكذلك التلف بعد العقد قبل القبض وكذا حدوث العيب بعده قبل القبض وهكذا فقد سائر الأوصاف فكما أن فقد الوصف الشروط حين العقد موجب للخيار فكذا فقدته بعده قبل القبض وكذا الكلام بالنسبة إلى التلف في زمن الخيار أو فوات الوصف فيه فكلام الفقهاء وان كان مختصا بالعيب الا ان الدليل مشترك بينه وبين تخلف الوصف فان قلت غاية ما يستفاد من القاعدة على فرض التسليم ان حكم العيب الحادث قبل القبض حكم الموجود حين العقد وكذا حكم فقد الوصف قبله حكم فقدته حين العقد وهذا نافع في الأول لان العيب الموجود حين العقد حكمه الخيار بخلاف الثاني فان مجرد فقد الوصف حين العقد ليس موجبا للخيار بل الموجب له موضوع اخر وهو تخلف الشرط وهذا الموضوع لا يثبت بالتنزيل المذكور فالفرق بين المقامين في محله قلت الموجب للخيار فقد الوصف المشترك بصوف انه مشترك وبالتنزيل المذكور يثبت ان فقد الوصف المشترك قبل القبض كفقده حين العقد وهذا كاف في ثبوت الخيار فتدبر قوله اما أولا فلان ظاهر (الخ) أقول لا يخفى ان هذا انما يكون جوابا عن

التأييد الذي ذكره بفهم ابن مسلم وابن أبي ليلى واما الجواب عن اطلاق الرواية وهو العمدة فهو ما ذكره بقوله وثالثا ان الرواية (الخ) وفي الحقيقة هذا هو التحقيق في الجواب وكان الأولى ان يجمع بين الجوابين بان يقول والجواب اما عن الاطلاق فبكذا واما عن التأييد فبكذا ثم لا يخفى انه على فرض فهم ابن مسلم وابن أبي ليلى الاطلاق لا دليل على اعتباره كما لا يخفى قوله واما ثانيا فلان (الخ) أقول حاصله ان الثالث بالرواية ليس إلا مجرد الرد لا سائر احكام العيب فلا يتفاوت الحال بين جعله من باب خيار العيب أو من باب تخلف الشرط هذا ولكن يرد عليه أولا ان مقتضى الرواية كون الرد من باب العيب وهذا المقدار كاف في المطلب وهو كون العيب أعم مما ينقص المالية أولا وثانيا نمنع عدم ثبوت سائر الأحكام العيب من التنزيل المذكور وكون الشايع المتبادر هو الرد ممنوع وعلى فرضه ليس على وجه يقتضى

الانصراف وثالثا ان ثبوت سائر الأحكام ليس من

(٩٧)

جهة هذه الرواية بل لدلالة الاخبار الاخر وهذه الرواية انما هي بصدد بيان الموضوع فقط
 من غير نظر إلى الرد أو غيره وإذا ثبت الموضوع فيلحقه جميع الأحكام
 من جهة الأدلة المثبتة لها ولعله إلى بعض ما ذكرنا أشار بقوله (قده) (فت) قوله فافهم أقول
 لعله إشارة إلى أن ضعفها منجبرة بالشهرة
 وهو كذلك كما لا يخفى قوله ان الأولى في تعريف (الخ) أقول بل هو المتعين كما عرفت
 قوله كما قد يقال ذلك في العبد الخصي أقول
 بناء على عدم صيرورته إلى حد يكون كما لا في العبد كما في بعض البلد ان والا فليس
 بعيب كما عرفت قوله وما أحسنه حيث (الخ) أقول الأولى
 ان يقال إنه جعله ضابطا لموضوع العيب كما هو (ظ) الكلام ويكون المراد من المنقص
 للعين المنقص الذي يوجب نقص المالية أيضا ويكون قوله بشرط
 ان يكون الغالب (الخ) قيد للحقوق حكم العيب لا لأصل الموضوع (فت) قول أراد به
 مجرد موجب الرد (الخ) أقول هذا بعيد عن ظاهرهم حيث إن
 مقتضى ظاهر كلامهم تعميم موضوع الاحكام كلية قوله وعليه يبنى (الخ) أقول لا يمكن
 حمل كلامه على ما ذكرنا لأن المفروض ان العلامة
 بصدد بيان ضابط العيب وحقيقته وهو أيضا قد صرح يكون الحجب والخصاء عيبان قال
 كان عليه ان يقيد بقوله غالبا ليندرج فيه الخصاء والحجب
 فإنهم يزيدان في المالية مع أنهما عيبان يثبت بهم الرد قطعا وفي الأرش اشكال منشؤه ان
 تعيينه منوط بالنقصان وهو منتف هنا انتهى نعم
 الذي يظهر منه ان العيب قسمان قسم يوجب الرد فقط وقسم يكون مخيرا بينه وبين الأرش
 لا ان الأول ليس بعيب وانما يثبت الرد من جهة أخرى كما هو
 مقتضى توجيه المصنف (قده) لكلامه وكلام الجماعة ولعمري ان التوجيه المذكور بعيد
 غايته كيف وصريح هؤلاء ان الرد انما هو من حيث خيار
 العيب لا من باب اخر واما ما ذكره المصنف من أن المستفاد من بعض الأمثلة ذلك فهو
 ممنوع كما لا يخفى من لاحظها مع أنه إذا فرض عدم صدق العيب
 على بعضها يكون ذلك اشكالا عليه لا دليلا على ما ذكره المصنف واما تقييده عدم الختان
 بجهل المشتري فهو من باب التقييد في لحوق الحكم لا في أصل
 الموضوع كما مر نظيره في كلام العلامة قوله والخصوص أقول هو انما بالخاء المعجمة
 بمعنى غور العينين يقال خوص فهو اخوص واما بالخاء المهملة
 بمعنى الضيق في مؤخر العين وعليه أيضا من باب فرح وعلى التقديرين هي محركة قوله ثم
 إن عد حمى؟ اليوم (الخ) أقول التحقيق انه ليس بعيب ولا
 موجب للرد إذا علم كونه زائلا فلا وجه لعهده أصلا قوله اما في غير الإماماء من الحيوانات
 (الخ) أقول التحقيق ان المدار على العرف وهو مختلف
 بالنسبة إلى أصناف الحيوانات من حيثية الاختلاف الأغراض المتعلقة بها ما ينافيه الحبل
 أولا ينافيه وكذا بالنسبة إلى الحالات والأزمان فلا وجه
 للحكم كلية فإذا فرض في بعض الأزمان الوضع مؤديا إلى الهلاك غالبا كما قد يتفق من
 جهة خصوصية في ذلك الوقت يكون عيبا وهكذا وبالجملة
 المرجع العرف في خصوص كل مورد قوله وظاهر ذلك كله خصوصا (الخ) أقول لا

يخفى ان هؤلاء لم يتعرضوا الا لصورة إرادة الرد بعد
الولادة فلعل التفصيل بين ما إذا حدث نقصان أولا انما هو من جهة ان العيب الحادث إذا
زال لا يمنع عن الرد عندهم ولم يتعرضوا لما إذا أراد الرد
بعد تبين الحمل قبل الولادة فيمكن ان يكون مذهبهم فيه المنع عن الرد مطلقا لمكان كونه
عيبا فلم يفرقوا بين الحمل الموجود حين العقد والحادث بعده
في الاطلاق والتقييد بل هو عيب عندهم مطلقا نعم إذا زال العيب بان حصل الولادة ولم
يحدث نقص لا يكون هناك مانع عن الرد فتدبر قوله
خصوصا بملاحظة (الخ) أقول الظاهر أن المصنف (قده) حمل قوله في التذكرة أو كان
الحمل في يد البايع على إرادة بيان حكم الحمل الموجود حين العقد
الموجب للخيار فيكون كلامه على هذا ظاهرا في التفصيل بين الحمل الموجود حين العقد
والحادث بعده حيث إن الأول عيب يوجب الرد مطلقا والثاني
لا يكون مانعا الا إذا كان منقضا هذا ويمكن ان يكون مراد العلامة ان الحمل الحادث بعد
العقد إذا كان في يد البايع لا يمنع عن الرد لمكان
كونه في ضمان البايع بل هذا هو الظاهر من العبارة فان المفروض في كلامه حدوث
الحمل في الجارية أو البهيمة المعيبة بغير الحبل وانه مانع عن الرد
أولا وعلى هذا فلا يظهر منه ما ذكره المصنف (قده) قوله ومما ذكرنا ظهر الوهم أقول
وذلك لأنه قال إن هذا بناء على قول الشيخ ظاهر
واما عندنا فالأقوى ذلك فصريح كلامه عدم الابتداء ومن ذلك يظهر ان الأولى كان التعبير
بقوله وبما نقلنا من عبارته ظهر الوهم
فتدبر قوله لكن الظاهر من التعليل (الخ) أقول الانصاف ان ما فهمه جامع المقاصد هو
الظاهر منه فتدبر قوله الأكثر على
(الخ) أقول ما عليه الأكثر هو الموافق للتحقيق نعم إذا فرض عدها نقصا في بعض البلدان
وبعض الأزمان يكون عيبا لما عرفت من
المناطق فيه هو العرف المختلف بالأزمان والبلدان والأحوال قوله ففي الأول ما عرفت (الخ)
أقول لا يخفى ان هذا مناف لما مر منه
(قده) من تقديم مقتضى الحقيقة الثانوية عند التعارض فكان الأولى له ان يمنع وصوله إلى
حد الحقيقة الثانوية وان كان هو أيضا في غير
محله فتدبر قوله فالأقوى ان الشبوبة (الخ) أقول فيه نظر إذ لا دليل على كونه عيبا شرعا
والعرف لا يساعد عليه أيضا قوله
فلولا ان الشبوبة (الخ) أقول قد مرت الإشارة إلى أن العلامة قائل في بعض كلماته على ما
سينقله عنه في بحث الشروط بثبوت الأرش في تخلف
الشرط ويمكن ان يستدل عليه مضافا إلى أنه مقتضى القاعدة على ما سيأتي بيانه انشاء الله
برواية يونس المذكورة في المتن قوله
من جملة العيوب عدم الختان (الخ) أقول التحقيق انه يختلف كونه عيبا باختلاف الأزمان
والأحوال فقد يكون الختان معرضا للهلاك
أو المرض أو نحو ذلك وقد لا يكون قوله كما في ظاهر بعض كلمات أقول مثل الشرايع
حيث قال إذا اشترى أمة لا يختص في ستة أشهر

ومثلها يختص فيها كان ذلك عيبا هذا وفي الجواهر ثم إنه لا بد من تنزيل الخبر وعبارات الأصحاب على إرادة علم سبق ذلك عبد البايع والا فمع احتمال عروض العارض عند المشتري لا رد ولا أرش قلت وهو جيد قوله ثم إن حمل الرواية (الخ) أقول غرضه الاستشكال فيها من حيث منافاتها لما عليه الأصحاب من سقوط الرد وتعيين الأرش فيما إذا تصرف المشتري في المبيع المعيب ويمكن ان تجعل دليلا على أن مطلق التصرف حتى مثل أغلق الباب ونحوه ليس مستقلا بل المسقط التصرف الناقل أو المغير أو ما يكون بقصد انشاء الرضا بالبيع فتدبر قوله ويدل عليه صحيحة أبي همام (الخ) أقول ففي اخرها فقال له يعنى للرضا (ع) محمد بن علي فالإباق قال (ع) ليس الإباق من ذا الا ان يقيم البنية انه كان ابق عنده قوله قولان أقول بل أقوال إذ ذهب في (لك) إلى اعتبار المرتين لكنه قال إن العادة بتحقق بهما فعلى هذا يمكن أن لا يعد قولاً ثالثاً والأقوى ما قواه المصنف (قده) من كفاية المرة لاطلاق الصحيحة وصدق العرف ثم إنه لو عرف منه التوبة على وجه حصل الاطمينان به خرج عن كونه عيبا كما هو واضح قوله وهذه الرواية بظاهرها مناف (الخ) أقول الظاهر من الرواية كون الرب متميزا عن السمن وكان بمقدار معتد به و (ح) فلا يكون المورد من باب العيب بل من باب تبعض الصفقة فالاشكال فيها انها هو من جهة عدم حكمه (ع) ببطلان البيع فيما قابل الرب وتوجيهها بما يطابق القواعد في غاية الاشكال إذ غاية ما يمكن ان يقال إن المراد له بكيل الرب سمننا يعنى من ثمن السمن الذي أعطاه للبايع يعنى يسترد من ثمن السمن بمقدار كيل الرب فتدبر قوله وتوجيهها بما يطابق (الخ) أقول وذلك بان يقال بناء على حملها على باب العيب ان اخذ مقدار الرب من السمن انما يكون من باب الأرش (فت) قوله وربما استشكل في أصل (الخ) أقول لا وقع لهذا الاشكال إذ المفروض في المقام كون؟؟ على وجه يعد عيبا ففرض كونه كثير الا دخل له بمسألتنا وأيضا فرض المقام ما إذا كان جاهلا بالعيب فصورة العلم خارجة من محل الكلام ومن ذلك يظهر ان ما ذكره المصنف قده تحقيقا للحال وان كان في غاية الجودة الا انه ليس له كثير دخل في هذه المسألة فتدبر قوله هذا هو (المش) أقول الشهرة انما هي بالنسبة إلى غير القرن بل الظاهر عدم الخلاف في الثلاثة بل ربما ادعى الاجماع في الجنون واما في القرن فيشكل دعوى تحقق الشهرة كما سيحى وسينقل عن مفتاح الكرامة انه لم يظفر بقائل فيه غير الشهيدين وأبى على قوله ليس خامسا أقول كما يدل عليه قوله عليه السلام في أول الخبر من أربع خصال قوله واحتمل بعض أقول هو الأردبيلي (ره) في (ح) (د) قال إني أظنه محمد بن علي الحلبي فصحيح يعنى ان السند صحيح قوله وهذه الرواية لم يذكر (الخ) أقول الظاهر أن هذا سهو من قلم المصنف إذ الخبر مشتمل على الجذام في نسخة الوسائل حيث إنه بعد نقل

صحيحة أبي همام المشتملة على الجذام قال ورواه الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أبي همام قال سمعت الرضا (ع) يقول وذكر نحوه إلا أنه قال و
البرص والقرن ورواه أيضا بإسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن محمد بن عبد الحميد عن محمد بن علي عن الرضا (ع) نحوه إلى قوله على صاحبه وكذا يظهر من (يع) اشتماله عليه حيث قال روى أبو همام عن الرضا (ع) إلى أن قال وفي معناه رواية محمد بن علي عنه (ع) أيضا وكذا الموجود في شرح الارشاد للأردبيلي (ره) مشتمل عليه وكذا في الجواهر مع أن الأردبيلي لم يستشكل في الجذام وإنما استشكل في القرن والبرص قال بعد نقل رواية ابن أسباط ورواية محمد بن علي ولا يضر عدم صحة سند الخبر بن لجهل محمد في الأخيرة على أني أظنه محمد بن علي الحلبي فصحيح ووقف على ابن أسباط أو غيره مما سبقها ولكن اثبات القرن مشكل لعدم وقوعه في المقطوع بالصحة وعدم ظهور القول به وفي البرص أيضا اشكال لورود ان العهدة فيه ثلاثة أيام في رواية عبد الله بن سنان المتقدمة في خيار الحيوان عن أبي عبد الله (ع) عهدة البيع في الرقيق ثلاثة أيام ان كان بها حبل أو برص أو نحو هذا وعهده السنة من الجنون فما بعد السنة فليس شيء والظاهر أنها صحيحة إذ ليس فيه من به شيء الا الحسن بن علي الوشا الظاهر توثيقه من كتاب الرجال إلى اخر ما قال هذا مع أن جميع اخبار المقام الا ما شذ مشتملة على الجذام فلا وجه للاستشكال فيه من هذه الجهة نعم استشكل فيه في ذلك بالانعتاق على المشتري بمجرد حدوثه فلا يبقى للرد مجال وأجاب بما نقله (المض) ثم على فرض تسليم عدم اشتمال الرواية على الجذام يمكن منع كونها في مقام التحديد بحيث تدل على نفى الحكم من غير المذكورات بل يمكن كون المذكورات من باب المثال كما في نظائر المقام ثم على فرض الدلالة فالتعارض من باب المطلق والمقيد كما ذكره الحدائق لان دلالتها على نفى الحكم عن الجذام من باب اطلاق المفهوم فيقدم عليه الاخبار الناصة به قوله لكفى وجود موادها (الخ) أقول فيه ما لا يخفى فان الظهور فيما بعد السنة لا يكشف عن وجود المواد حين العقد وهو المناط والا فوجودها قبل انقضاء السنة غير كاف كما هو واضح والحاصل ان المناط وجود العيب حال العقد ومقتضى كون هذه الأمراض سنة كون ظهورها كاشفا عن حدوث مادتها قبله بسنة فإن كان ذلك قبل انقضاء السنة فيكشف عن وجودها حين العقد وان كان الظهور بعد انقضائها فلا قوله كان ظهورها زيادة (الخ) أقول فيه أولا انه لا يعد زيادة بل ظهورا لما كان كامنا وثانيا
نمنع كون مثل هذه الزيادة التي سببها كان موجودا حين العقد مانعا عن الرد قوله بل ينبغي (الخ) أقول يمكن ان يقال إن الدليل الدال على كونه سببا للانعتاق قاصر عن شمول المقام فالمانعية قاصرة لا انها مع تماميتها ليست كما لمانعية العقلية قوله فيمكن العمل بها أقول يعنى يمكن ان يقال لا يحصل الانعتاق في المقام تعبد الاخبار المذكورة فتكون

مخصصة لما دل على الانعتاق القهري ويمكن ان يقال بان

(٩٩)

تقدم سبب الخيار يقتضى تقدمه فيكون من باب التزاحم كما أنه على الأول من باب التعارض هذا وذكر في الجواهر وجهين آخرين أحدهما ان يكون الرد من باب الانفساخ للانعقاد على البايع لأنه قد تلف بعيب مضمون عليه فهو كما لو عمى في الثلاثة قال فالمراد بالرد في النصوص هنا الأعم منه ومن الرد بالخيار الثاني ان يكون منعتقا على البايع ويكون للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن والامضاء والمطالبة بالأرش لكن يجب (ح) عدم ملاحظة الحرية فيقوم عبدا صحيحا وعبدا مجذوما انتهى والحق من هذه الوجوه هو الأول إذ الأخيران خلاف ظاهر الاخبار والثاني فرع تقدم سبب الخيار وهو في محل المنع إذ سببه ظهور الجذام وهو السبب في الانعقاد ووجود المادة ليس سببا حتى يقال بتقدمها مع أن تقدم السبب من حيث هو غير كاف في مقام التزاحم كما لا يخفى قوله موقوف على دلالة (الخ) أقول في جاز السكوني قال رسول الله (ص) إذا عمى المملوك فلا رق عليه والعبد إذا أجدم فلا رق عليه وظاهره انه لا يجتمع مع العبودية فيتعين الوجه الأول فإذا قلنا بعدم انعقاده بمجرد حصول الجذام لمكان تعلق حق المشتري فإذا فسخ وارتفع المانع اثر المقتضى اثره فتدبر قوله من عدم صحة الاخبار (الخ) أقول لا ينبغي الاشكال في لحوق الحكم له لاستفاضة الاخبار مضافا إلى أن بعضها يحتمل كونه صحيحا كخبر محمد بن علي وبعضها موثق كالرواية الثانية لابن فضال على ما في الجواهر نعم يبقى الكلام في الاشكال الذي ذكره الأردبيلي (ره) في البرص من معارضة اخبار المقام الصحيحة عبد الله بن سنان المشار إليها في عبارته السابقة والجواب انها لا تقبل المعارضة لهذه الأخبار مع احتمال كون البرص تصحيف المرض كما في الجواهر لتقاربهما في النقش فظهر ان الحق شمول الحكم لجميع الأربعة قوله وكلاهما مشكل أقول التحقيق ان التصرف غير مسقط لهذا الاخبار خصوص إذا كان بغير المغير للعين أو المتلف لها وخصوصا إذا كان قبل ظهور هذه الأمور وان قلنا إن التصرف في سائر المقامات مسقط ولو كان قبل حدوث الخيار واما إذا قلنا باختصاص التصرف المسقط بها إذا كان في زمان ثبوت الخيار فعلا فلا ينبغي الاشكال في عدم مسقطية التصرف قبل الظهور والوجه فيما ذكرنا اطلاق الاخبار المخصص لما دل على مسقطيته عموما ودعوى ابن إدريس الاجماع على عدم كونه مسقطا في المقام أيضا ممنوعة سيما إذا كان مراده حتى فيما قبل الظهور هذا ويحتمل ان يقال إن محل كلام الفقهاء صورة التصرف بعد الظهور وثبوت الخيار فعلا و (ح) فيسهل دعوى عدم ظهور الاطلاقات وانصرافها إلى صورة عدم التصرف أو تقييدها بما دل على المسقطية وان كان التحقيق خلافه هذا مع أن شمول الأدلة العامة للمقام مشكل إذ ما ورد في خيار الحيوان من قوله عليه السلام إذا أحدث المشتري فيها اشترى حدثا (الخ) قد عرفت عدم استفادة العموم منه واما ما مر في خصوص خيار العيب من قوله (ع) ان كان قائما بعينه رده ونحوه فهو مختص بالعيب الموجود حين العقد فلا يشمل المقام فتدبر واما الأرش فالانصاف ان اثباته مشكل لعدم الإشارة إليه

في شئ من اخبار المقام ولا دليل عليه
غيرها إذا لاخبار السابقة خاصة بالعيب الموجود حين العقد واما حديث الكمون والبروز
الذي ادعاه المقنعة وغيرها فغير ثابت بل هو مجرد دعوى
واستنباط ظني وعلى فرضه فلا يجدى إذ لا يصدق العيب على المرض الكامن أو وجود
المادة ولذا لو فرضنا في غير الأربعة من العيوب الاخر وجود
مادتها قبل العقد لا نقول بالخيار فتدبر هذا ان قلنا إن الأرش على خلاف القاعدة واما ان
قلنا إنه على القاعدة فهي انما تتم في النقص الموجود
حال العقد الذي هو مضمون على البايع واما الحادث في ملك المشتري كما في المقام فلا
تشمله القاعدة كما هو واضح والحاصل ان ثبوت الأرش
في المقام موقوف على شمول الدليل أو الاجماع أو تمامية دعوى الكمون والبروز وشئ
منها لم يثبت فالحق عدم ثبوته نعم يمكن ان يدعى ان
المستفاد من اخبار المقام ان العين في ضمان البايع إلى سنة و (ح) فيكون النقص الحاصل
فيها في عهده فلو قلنا إن الأرش في سائر المقامات على
القاعدة من حيث ضمان النقص فيتم في المقام أيضا لكنه كما ترى إذا لاستفادة المذكورة
محل منع قوله في عيوب متفرقة أقول قد عرفت أن
المرجع هو العرف المختلف باختلاف البلدان والأزمان والأحوال وان كل ما كان عيبا
ونقصا فلا بد وأن يكون موجبا للأرش من حيث
هو والا لم يكن نقصا في المالية عرفا فعلى هذا إذا كان (الكفر من العيوب) هو الظاهر فلا
بد وان يثبت فيه الأرش أيضا إذ من المعلوم أنه يتفاوت قيمة الكافر والمسلم
لتفاوت جهات الانتفاعات وان منعنا صدق العيب عليه فلا يكون موجبا للرد أيضا الا إذا
رجع إلى الشرط الضمني ومعه قد يكون فقد بعض
الكمالات أيضا كذلك وما ذكره المصنف من أنه ليس عيبا لعدم كونه زيادة أو نقصا في
أصل الخلقة كما ترى إذ قد عرفت أن الوصف لا يلزم ان يكون
حقيقيا حسيا بل قد يكون اعتباريا والمراد بالخلقة أعم من الأصلية والعارضية هذا مع انا
نتبع العرف في ذلك ولا يهمنا اثبات كونه نقصا أو
زيادة إذ المدار النقص بمعنى المنقصة في الشئ بحيث يوجب نقص المالية من جهة نقص
الايقاعات؟ قوله لأنه لا يعد نقصا بالنوع أقول
هذا واضح إذ المناط نقصان الشئ في حد نفسه من حيث المالية مع قطع النظر عن شخص
خاص فالنقص بالنسبة إلى خصوص المشتري لا اعتبار به بالبداهة
قوله أقول الأقوى عدمه أقول بل الأقوى ان ذلك يختلف باختلاف اشخاص الوكلاء
والأولياء والأوصياء وسائر الجهات كما لا يخفى
قوله وكذا لو اشترى ما عليه (الخ) أقول الأقوى انه عيب مطلقا لان مجرد هذا منقصة في
الشئ عرفا بل وكذلك لو لم يكن عليه اثر الا
انه يحتمل فيه ذلك احتمالا مستندا إلى حكاية بعض الاشخاص وإن لم يكن موقوفا به ولا
يقبل شهادته قوله فلا اشكال فيه أقول
قد عرفت أن مطلق العيب الموضوع للرد موجب للأرش أيضا فلا وجه للفرق وفي ظهور
المبيع مستأجرة أيضا الأقوى ثبوت الأرش لأنه عيب

(۱۰۰)

عرفنا منقصة للمالية قطعاً قوله أو مقامراً أقول الأقوى ان المقامرة عيب لأنها منقصة عرفنا
واما البقية فيختلف بحسب الكيفيات والحالات
فتدبر قوله بالاشتراك اللفظ (الخ) أقول الانصاف ان الاشتراك اللفظي بعيد غايته بل يمكن
القطع بعدمه قوله كأكثر النصوص
أقول بل هو ظاهر جميعها فإنها فرق ثلث فان بعضها مشتمل على رد قيمة العيب كقوله
(ع) في خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله ورد البايع عليه
قيمة العيب وفي خبر محمد بن ميسر ولكن يرجع بقيمة العيب وفي خبر منصور بن حازم
ولكن يرد عليه بقيمة أو بقدر ما نقصها العيب وفي خبر طلحة بن
زيد ثم يرد البايع على المبتاع فصل ما بين الصحة والداء وفي خبر محمد بن مسلم ولكن
تقوم ما بين الصحة والعيب فيرد على المبتاع وفي بعضها مشتمل
على اخذ أرش العيب كقوله (ع) في خبر حماد بن عيسى وله أرش العيب وفي رواية قرب
الإسناد وبأخذ أرش العيب وبعضها مشتمل على استرداد مقدار
العيب من الثمن كقوله (ع) خبر ابن سنان ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها
وفي خبر زرارة وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها وظاهر
الجميع وجوب رد تمام قيمة العيب كما هو واضح وحملها على الغالب لا بأس به الا انه
يحتاج إلى قرينة وما ذكره المصنف من كون لفظ الرد قرينة إذ
المردود شيء من الثمن الظاهر في نقصانه عنه كما ترى إذ هو أيضا يمكن ان ينزل على
الغالب فلا يكون دليلاً على اختصاص الحكم بذلك كما لا يخفى قلم
يبق صارف عن ظهور الاخبار ومجرد امكان كونها منزلة على الغالب لا يكفي في المطلب
كما لا يخفى وسنبين؟ عندنا فانتظر قوله فلا أوثق (الخ)
أقول لا يخفى ما فيها من التهافت إذ مقتضى أول بيانه ان الأرش على خلاف القاعدة ثبت
بالنص والاجماع ولازمه الاخذ بمقدار التعبد وعلى
الوجه الثابت به ومقتضى اخره كونه على القاعدة حيث إنه قال إن هذا الوصف كسائر
الأوصاف وإن لم يقابله شيء من الثمن (الخ) ثم إن
لازم كونه تعدياً من جهة النص الرجوع إليه في الكيفية والمفروض انه دال على ضمان
تمام قيمة العيب فلا معدل عنه الا ان يقال إنه خلاف
الاجماع فيرجع إليه في أصل الضمان وفي الكيفية نرجع إلى القواعد وفيه مالا يخفى والذي
يقتضيه النظر الدقيق
والموافق للتحقيق
الوثيق ان يقال إن الأرش على طبق القاعدة وان مقتضاها هو ما ذكره المشهور من اخذ
التفاوت بنسبة الثمن وانه لا يتعين كونه منه بمعنى انه
لو أعطى من غيره كان نفس الأرش وان كان يتعين عند المشاحة النقد الغالب وذلك لان
وصف الصحة كسائر الأوصاف وإن لم يكن مقابلاً
بالمال في عالم الانشاء الا انه مقابل به في عالم اللب بمعنى ان زيادة بعض الثمن انما هي
بلحاظ الوصف المذكور فتمام الثمن في عالم الانشاء جعل في
مقابل نفس العين وليس شيء منه في مقابل الوصف ولذا لا يرتجع بعض الثمن عند التخلف
بمعنى انه لا يكون من قبيل تبعض الصفقة ولو قوبل بما

هو انقص منه قدرا حصل الربا إلى غير ذلك لكن في عالم اللب بعض ذلك الثمن الذي جعل في مقابل نفس العين مقابل للوصف فإذا فرض تخلفه وجب على البايع ان يغرم ما فات من المشتري وما اغترم في عالم اللب بملاحظة ذلك الوصف فبالتحلف لا يلزم الانفساخ لان الفرض كون تمام الثمن في مقابل العين المفروض وجودها ولكن لما كان المشتري قد اغترم من جهة ذلك الوصف وأعطى مالا مقابل له في ذلك العالم له ان يرجع إلى البايع وله أن لا يرجع ولذا قلنا سابقا ان ذمة البايع لا تكون مشغولة بالأرث من حين العقد بل انما تشتغل بعد اختيار المشتري للأرث فتيبين ان ضمان الأرث في المقام ليس على حد ضمان (اليد ولا على حد ضمان صح) المعاوضة بل انما هو ضمان اخر وهو ضمان المعاوضة اللبية ولازمه انفساخ تلك المعاوضة الحسية الانشاء

ومقتضاه جواز تغريمه بما أعطاه من غير مقابل في عالم اللب وظهر انه لا يلزم ان يكون من عين الثمن وانه لو اخذ غيره أيضا يكون عين الأرث لا بدلالة واما وجوب كونه من النقد الغالب عند التشاح فلما هو المقرر في سائر الضمانات هذا ويمكن ان يقرر المطلب بوجه آخر وهو ان البايع التزم بالوصف للمشتري واخذ بملاحظة زائدا عما يستحقه على العين فإذا تبين عدم وجود الوصف وجب عليه ان يخرج عن عهده باعطاء عوضه لا رجوع بعض الثمن لأن المفروض ان تمامه في مقابل العين وانما لا يجب اعطاء تمام القيمة بل بنسبة الثمن لأنه لم يلتزم بهذا الوصف الا على أن يكون له هذا المقدار من المالية فهو ملتزم بالوصف الذي قيمته كذا لا به من حيث هو ولذا لو كان الالتزام به في غير عقد المعاوضة كالهبة ونحوها لا يجب عليه شيء ولا يثبت للمتهب أرث والحاصل ان وجه الضمان الالتزام ووجه الاقتصار على مقدار النسبة دون القيمة الواقعية هو اقدم الطرفين على كونه بهذه القيمة فكأنه لم يلتزم الا بهذا المقدار من العوض على فرض التحلف فعلى هذا نقول ظاهر الاخبار وان كان هو ضمان تمام قيمة العيب الا انها محمولة على الغالب فلا تشمل صورة زيادتها على الثمن أو مساواتها فنرجع إلى القاعدة ومقتضاها ما ذكرنا كما عرفت لكن يرد ان لازم ذلك اخذ تمام القيمة في الصور الغالبة ومنها ما إذا كان الثمن ناقصا أو زائد على القيمة السوقية للعين بمقدار يسير مع انا نقول بوجود اخذ التفاوت بالنسبة في جميع الصور فالأولى ان يقال إن الاخبار غير متعرضة لبيان الكيفية وانما هي بصدد بيان أصل الضمان والتعبير المذكور فيها منزل على الغالب ففي الكيفية نرجع إلى القاعدة كلية فتدبر وهذا ومما ذكرنا ظهر الجواب عما يمكن ان يقال من أن مقتضى القاعدة الضمان بالقيمة الواقعية مع قطع النظر عن الاخبار أيضا وذلك لان البايع قد التزم بوصف الصحة فعليه ان يخرج عند التحلف عن عهده على ما هو عليه من القيمة لأن المفروض عدم انفساخ المعاملة بالنسبة إليه فهو نظير ما لو فرضنا صحة المعاملة مع فرض تلف المبيع

عند البايع فإنه على هذا الفرض يجب عليه ان يخرج عن عهده بقيمته تقرير الجواب اما على الوجه الأول من البيان فهو انا نقول إن المعاملة

(١٠١)

قد انفسخت في عالم اللب بالنسبة إلى وصف الصحة الفرض عدمه حين العقد وانما على
 البايع ان يغترم ما فات من المشتري من العوض المعطى في مقابل
 العين بلحاظ ذلك الوصف فلم يبق الالتزام على حاله يجب عليه الخروج عن عهده
 فللمشتري ليس إلا الأرش ولا يكون مالكا لوصف الصحة
 على البايع واما على الوجه الثاني فهو ان مقتضى الالتزام وان كان وجوب الخروج عن
 عهده الوصف وان المشتري مالك له على البايع الا ان اللازم
 الخروج عنه بمقدار اقدمه على الالتزام به على فرض التخلف وليس الا ما قابله في عالم
 اللب من العوض وهو ما يقتضيه النسبة إلى الثمن من التفاوت هذا
 واما ما يقال في مقام الجواب عن الاشكال المذكور أو في مقام الاستدلال على أصل
 المطلب من وجوب كون الأرش بنسبة التفاوت إلى الثمن من أنه
 لولا ذلك وقلنا بوجوب اخذ تمام قيمة العيب يلزم الجمع بين العوض والمعوض فيما لو
 كان قيمته بمقدار الثمن أو أزيد وهو باطل ففيه انما يمنع ذلك
 إذا الذي يأخذه أرشا ليس عوضا عن العين بل هو عوض لوصف الصحة فيلزم الجمع بين
 العوض وهو العين وعوض شئ اخر قد استحقه على البايع وهو
 الوصف وانما يلزم ما ذكر لو كان المأخوذ عوض العين والحاصل انه لا يسترد الثمن بما
 هو ثمن ليلزم ما ذكر وانما يأخذ عوضا عما التزمه
 البايع على نفسه وهو الوصف الصحة وهذا نظير ما ذكروا في باب الجناية على عبد الغير
 بماله مقدر يساوى أو يزيد؟ على قيمته من أنه يأخذ ذلك المقدر
 مع بقاء العبد على ملكه وعدم صيرورته للجاني فان بعضهم استشكل على ذلك بلزوم
 الجمع بين العبد وقيمه وأجيب بان ما يأخذه ليس عوضا
 عن العبد بل عن الجناية الواردة عليه وبعبارة أخرى عوضا عن بعض اجزائه كيده أو رجله
 أو نحوهما فتدبر قوله لأصالة عدم تسلط (الخ) أقول
 إذا فرض احتمال الانفساخ بمقدار ما يقابل الوصف من الثمن ولو في عالم اللب وان قلنا
 إنه على خلاف القاعدة من جهة الأخبار المذكورة فمقتضى الأصل
 عدم وصول هذا المقدار من الثمن إلى البايع واما إذا علمنا ولو من جهة الأدلة عدم
 الانفساخ ولكن احتملنا تعيين اعطائه من الثمن فيكون من قبيل الدوران
 بين المتباينين إذا جعلنا المقام من باب شغل الذمة بالأرش فهو نظير ما لو تردد الشئ بين
 كونه مثليا أو قيميا فكما أن الأصل براءة ذمته من عين
 الثمن كذلك الأصل براءة ذمته من غيره وان قلنا بعدم اشتغال ذمته أصلا وانما المتيقن ان
 للمشتري تغريمه فيمكن ان يقال الأصل براءة ذمته من الثمن
 إذ القدر المعلوم وجوب دفع عوض عن الوصف ومقتضى الأصل كون الخيار بيد البايع إذا
 لزيادة عليه تكليف زائد منفي بالأصل والأولى ان يتمسك
 في المطلب بالقاعدة لا بالأصل وقد عرفت أن مقتضاها عدم تعيين كونه من الثمن لأنه من
 باب تغريم البايع بما فات على المشتري من قبله فيكون حاله حال
 سائر الضمانات هذا مع قطع النظر عن الاخبار واما بملاحظتها فيقوى وجوب رد عين
 الثمن كما لا يخفى ولا صارف لها الا دعوى كون التعبير فيها
 مبنيا على المسامحة وهي كما ترى أو ما ذكره المصنف (قده) من أنه بملاحظة ان الغالب

كون الثمن من النقدين فيكون الرد باعتبار النوع لا الشخص وهو أيضا كما ترى فالأقوى تعيينه مع مطالبة المشتري بل يمكن ان يقال بمساعدة الاعتبار أيضا له إذ هو وان كان من باب الغرامة الا انه إذا فرض بقاء عين ما اغترمه المشتري تعيين دفعه في مقام التبريم نظير ما يقال في باب القرض انه لو طالب المقرض عين ماله وكان موجودا وجب دفعه إليه في مقام الأداء وان كان ملكا للمقرض لأنه أقرب من المثل والقيمة إلى ذلك الشيء (فت) قوله ويمكن رفع الاشكال (الخ) أقول الظاهر أنه رجوع عما ذكره أولا من تعيين كونه من النقدين إذ مقتضى ذلك أنه لو دفع من غيره لا يكون نفس الأرش ولو مع التراضي ومقتضى هذا البيان كونه نفس على ما صرح به قوله هي الأموال المعينة (الخ) أقول التحقيق عدم الفرق بين المقامين إذ غاية ما يمكن ان يقال إذا انه كانت مستقرة ثابتة لا بد وأن تكون معنية الجنس فلا بد ان يكون من النقدين بخلاف ما إذا لم يكن شيئا ثابتا بل كان له حق لو أعمله جار له مطالبة المال فإنه لما لم تكن الذمة مشغولة جاز ان يكون له حق مالي عام وفيه أن الحق أيضا لا بد وأن يكون متعلقا بمتعلق خاص ودعوى أنه يمكن ان يكون متعلقة كلى المال مدفوعة بأنه مشترك الورود إذ يمكن ان يكون الثابت في الذمة أيضا كذلك فتدبر قوله والا بطل البيع أقول فيه منه إذ يمكن ان يكون الثابت في الذمة بسبب البيع مقدارا من المال من باب الغرامة ولا يلزم ان يكون من عين الثمن حتى يستلزم بطلان فيما قابله وهذا واضح قوله في غير هذا المقام أقول الظاهر أنه من غلط النسخة إذ المناسب ان يقال كما أن لذي الخيار مطالبة النقدين وإن لم يكن للاخر الامتناع ويمكن ان يكون لفظه غير فقط زيادة وغلطا قوله ولا فلا بد من أن يبقى (الخ) أقول فيه منع كما سيأتي انفا قوله فلا دليل على (الخ) أقول بل يمكن ان يقال في التلف أيضا انه كذلك بمعنى ان البيع صحيح ولكن يكون ضمان المبيع على البائع لكن بمقدار الثمن لا بقيمته الواقعية لا انه يفسخ البيع لكنهم لم يقولوا به والغرض ان ذلك متصور فيه أيضا ثم إن الثمر يظهر في وجوب رد عين الثمن إذا كان موجودا وعدمه فعلى الانفساخ يرجع نفس الثمن وعلى عدمه والحكم بأنه من باب الضمان يرجع مقداره لا عينه وأيضا فيما أشار إليه المصنف من كون المبيع الذي خرج عن المالية للمشتري أو للبائع قوله فيرجع بالثمن أو الأرش أقول يعنى لو فسخ يرجع بالثمن ولو لم يفسخ يرجع بالأرش قوله ويرجع بالثمن أو مع الاستيعاب أقول يعنى لو فسخ يرجع بالثمن وكذا لم يفسخ لكن مع استيعاب أرش الجناية لتمام القيمة قوله وعلى الثاني فينبغي بطلان (الخ) أقول يمكن ان يمنع ذلك لأن المفروض ان العبد الجاني من حيث هو مال قابل للنقل والانتقال غاية الأمر ان ابقائه في ملك مالكة يحتاج إلى اعطاء مقدار قيمته وهذا لا يخرج عن المالية وعن صحة تعلق

(۱۰۲)

البيع به فكونه جانبا عيب فيه موجب للخيار وان كانت الجناية مستوعبة للقيمة فله أن لا يفسخ ويسترجع مقدار الثمن لأنه التفاوت بين الصحيح و المعيب والحاصل ان العيب المستغرق للقيمة قد يكون مما يخرج المال عن كونه مالا كما إذا زالت الحموضة من الخل بحيث صار مثل الماء فإنه (ح) يخرج عن المالية فلو تبين كون الخل المبيع كذلك يكشف عن بطلان البيع من الأول وقد يكون مما لا يخرج عن المالية غاية الأمر انه يحتاج إلى صرف مقدار قيمته لإزالة عيبه كالعبد الجاني فيما نحن فيه فإنه لا مانع من صحة بيعه و (ح) فللمشتري ان يمضى البيع ولا يأخذ الأرش أصلا وله ان يمضيه ويرجع إلى البائع بالأرش ولا يلزم ان يكون الرجوع إليه عين الثمن بل مقداره وبالجملة الوجه في البطلان هو عدم كون المبيع مالا وهو غير متحقق في المقام والمفروض ان الأرش غرامة لا نفس الثمن فلا مانع من الصحة ويؤيده أو يدل عليه انه يجوز للمشتري العالم بالحال ان يشتري العبد الكذائي مع أنه (ح) لا يرجع على البائع بالأرش ولا يقال إن البيع باطل لمكان وجوب صرف مقدار قيمته في ابقائه ولعل نظر العلامة إلى ما ذكرنا بل هو الظاهر الا انه لا وجه للفرق بين الصورة الأولى وهي ما لو كانت الجناية خطأ والثانية وهي صورة العمل الموجب للقصاص ويمكن ان يقال إنه لا يظهر من كلامه أيضا الفرق بينهما فتدبر قوله مع بعده في نفسه أقول فيه منع قوله وقد عرفت من التذكرة (الخ) أقول قد أشرنا إلى أنه يمكن ان يقال بعدم فرقه بين الصورتين فحكمه برجوع القسط مقصور على صورة عدم استيعاب الأرش للقيمة والا فلو فرض الاستيعاب يقول برجوع مقدار تمام الثمن كما في الصورة الأولى فتدبر وراجع كلماته في كتبه وكلمات الشراح قوله وهذا يحتاج إلى الصفات (الخ) أقول يعنى بها العدالة والاحبار عن الحس والتعدد ولكنه مشكل إذا المفروض ان اخباره عن الحس والنظر و التعدد أيضا محل الاشكال كما سيشير إليه قوله وان احتمال في غير الأول (الخ) أقول بل يمكن في الأول أيضا كفاية الواحد لمنع كونه في باب الشهادة إذا لتحقيق أن لا فرق بين الخبر والشهادة الا باعتبار التعدد وعدمه فكل مورد يعتبر فيه التعدد فهو من باب الشهادة لا ان يكون الفرق بينهما بكونه اخبارا في موضوع شخصي عن حس وغيره كما يظهر من المصنف (قده) بمعنى ان كل ما كان من هذا القبيل يعتبر فيه التعدد لأنه شهادة والحاصل انه يظهر الفرق بين الخبر والشهادة من حيث هما وان بعض الموارد من قبيل هذا وبعضها من قبيل ذلك ويكون اشتراط التعدد بعد معلومية كونه داخلا في موضوع الشهادة والتحقيق خلاف ذلك وان كل مورد يعتبر فيه التعدد فهو شهادة وإلا فلا فرق بينهما بحسب المورد وكيفية الاخبار وغير ذلك وتمام الكلام في مقام اخر والحق ان مقتضى الأصل كفاية الواحد في كل مقام خرج ما خرج وذلك العموم ما دل على حجية خبر العادل

حتى في الموضوعات فتدبر قوله تضييع حق (الخ) أقول لا يخفى ما فيه إذ لازمه حجية مطلق الظن ولو لم يكن من قول العادل وأيضا لا يقولونه بمثله فيما إذا شك في أصل العيب ونحوه فتدبر فالأولى هو الوجه الثالث حسبما أشرنا إليه قوله وجهان أقول

أقومها الثاني بناء على كون الأرش من باب الغرامة لا الانفساخ بمقدار ما يقابل وصف الصحة والا فالأوجه الثالث هو الوجه الثالث لأصالة عدم انتقال أزيد مما هو معلوم فتدبر ولا فرق بناء على كونه من باب الغرامة بين ما لو قلنا باشتغال الذمة من حين البيع أو من حين اختيار الأرش كما هو واضح إذ على التقديرين يكون الشك في الأقل والأكثر ومقتضى الأصل الاقتصار على الأول ثم إنه على فرض اختلاف قيمة نوع المبيع ولو في زمان في واحد ومكان واحد كما قد يتفق نادرا حسبما ذكره في الجواهر أيضا فالظاهر أن المدار على أقلها وكذا بالنسبة إلى المقدار الذي يتسامح فيه وهذا ليس بنادر أيضا بقي شيء وهو ان المدار على قيمة المبيع حين البيع لأنه الوقت الذي يلاحظ فيه الصحة والعيب وقد

يحتمل كون المدار على قيمة يوم القبض لأنه وقت دخول المبيع في ضمان المشتري ووقت استقرار ملكه وهو ضعيف بل لا وجه له كما لا وجه لما احتمل أيضا من كون المدار على أقل الأمرين من يوم العقد إلى يوم القبض لأنه لو كان الأقل يوم العقد فالزيادة حصلت في ملك المشتري وان كان يوم القبض فالنقص من ضمان البائع لأنه وقت الاستقرار وكذا لا وجه لما جعله في الجواهر أولى من الاحتمالين المذكورين وهو كون المدار على القيمة حال استحقاق الأرش باختياره أو بحصول المانع من الرد لان ذلك الوقت هو وقت استحقاق الأرش إذ قبله كان البائع مخيرا بين الرد والأرش فهو غير مستحق على التعيين إذ لا دخل الزمان الاستحقاق في ذلك لان المدار على مقدار نقصان المبيع بسبب عيبه حين المقابلة بالثمن فلا بد من تدارك ذلك النقص ولا يتفاوت الأزمان في ذلك والحاصل ان المناطق زمان يكون العيب فيه مضمونا لا على زمان الضمان

والمناطق هو التفاوت بين الصحيح والمعيب لا القيمة السوقية فكون المبيع مضمونا قبل القبض لا دخل له في ذلك إذ المفروض ان التفاوت من حيث القيمة السوقية لا من زيادة العيب أو نقصانه هذا كله في العيب الموجود حين العقد واما العيب الحادث في زمان الخيار أو قبل القبض فالمدار فيهما على القيمة حال حدوث العيب لما ذكرنا من أن المناطق هو الزمان الذي يكون العيب في مضمونا وان كان زمان الضمان الفعلي متأخرا عنه فتدبر قوله فيحتمل تقديم بينة الأقل (الخ) أقول ويحتمل التساقط والرجوع إلى الأصل اما لكونه مقتضى القاعدة عند تعارض الدليلين أو الامارتين واما لقصور دليل حجية البينة عن شمول صورة التعارض ويحتمل ابتناء المسألة على الأقوال في تقديم بينة الداخل أو الخارج فان بينة الأكثر خارج لان قوله مخالف للأصل لكن هذا انما يتم فيما لو

كان أحدهما يدعى الأقل ويقوم البينة

(١٠٣)

والاخر الأكثر ويقوم البيعة على ما ادعاه ويحتمل الرجوع إلى المرجحات من الأعدلية والأكثرية ونحوهما أولا ومع فقدتها فأحد الاحتمالات الأخر قوله لجهل كل منهما بالواقع أقول هذا في بعض الصور والا فقد يكون كل منهما مدعيا للعلم بالحال ولعل المصنف (قده) فرض الكلام في اختلاف المقومين من جهة اختلاف نظرهم وحد سهم في تعيين القيمة وهي القسم الثاني من الأقسام المتقدمة والا فالقسم الأول منها يمكن فيه ما ذكرنا بل في القسم الثاني أيضا يمكن كما إذا كان كل من المتداعين من أهل الخيرة فيكون مدعيا كون القيمة هي ما ذكره بينته فلا تغفل قوله من وجوب الجمع (الخ) أقول قد ذكرنا شطرا من الكلام على هذا في قاعدة الجمع في رسالتنا في التعادل والترجيح فراجع قوله تارة بعدم التعارض (الخ) أقول لا يخفى ان هذا هو الاحتمال الثاني من الاحتمالات التي ذكرها في أول العنوان كما أن ما بعد هذا هو الاحتمال الأول منها والثالثة هو الرابع منها قوله لو تساقط الدليلان (الخ) أقول قد عرفت أنه يمكن القول بالتساقط في المقام أيضا من جهة قصور شمول دليل الاعتبار لصورة التعارض فتدبر قوله لان المأمور به (الخ) أقول يعنى ان القرعة انما هي لتشخيص نفس الواقع المردود وهي فرع كون الواقع منحصرا في الاحتمالين والمفروض انه يحتمل كونه خارجا عنهما فلا موقع للقرعة وأيضا الجمع لما كان عملا بالدليلين فهو مقدم على ما هو عمل بالواقع لان الرجوع إلى ما هو قاعدة ظاهرية في تشخيص الحكم الفرعي متأخر عن الرجوع إلى ما هو قاعدة في تشخيص الدليل وكان الأولى ان يفرق بين الوجهين حسبما ذكرنا الا ان يجمع بينهما بجعل الأول دليلا للثاني حسبما يظهر من بيان المصنف (قده) حيث إنه قال إذ قد تكون (الخ) ثم إنه يرد عليه انه قد بعلم انحصار الواقع فيهما وعدم خروجه عنهما فلا يجرى العلة وأيضا لا نعلم أن

القرعة لتشخيص الواقع بل يمكن ان يقرع بين البيتين لتعيين إحداهما فيكون رجوعا إلى ما يشخص الدليل فلا يجرى ما ذكره من الحكومة هذا مع أنه يمكن ان يقال بتعد القرعة وحكومتها بناء على ما ذكرنا من اعمالها في تشخيص المرجع من البيتين بدعوى أنه من الامر المشكل فيشملة عموماتها واما الجمع فليس تشخيصا للدليل بل هو قاعدة ظاهرية في مقام العلم هذا مضافا إلى امكان التمسك بجملته من الأخبار الخاصة الواردة في تعارض البيئات الامرة بالرجوع إلى القرعة الشاملة باطلاقها للمقام ففي صحيح داود عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهدين شهدا على امر وجاء اخران فشهدا على غير الذي شهدا واختلفوا قال (ع) يقرع بينهم فأيهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالقضاء أو نحوه الصحيح الاخر عنه (ع) أيضا غير أنه قال أولى بالحق وفي خبر البصري عنه (ع) أيضا قال كان علي (ع) إذا اتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء وعددهم سواء أقرع بينهم على أيهم يصير اليمين الحديث ويمكن ان يتمسك بساير ما ورد فيها مما اختص

بمورد خاص كدعوى الدابة أو الزوجة أو نحوهما بدعوى أنه من باب المثال وانفهام الكلية منها فتدبر وراجع لا يقال إن هذه الأخبار مختصة بما إذا أمكن اليمين بعد تعيين المرجع من البينتين فلا يمكن الاستدلال بها للمقام لعدم العلم بالحال وعدم امكان الحلف على ما ذكره المصنف (قده) لأننا نقول أولا يمكن فرض صورة يمكن الحلف بان يكون كل من المتداعيين مدعيا للعلم بما يقول وإذا ثبت الحكم في هذه الصورة فيتم بعدم القول بالفصل وثانيا نمنع فهم الاختصاص من الاخبار بل الامر اليمين فيها مخصوص بصورة الامكان والا فاصل الحكم مطلق (فت) قوله فيؤخذ من القيمتين (الخ) أقول لو اخذ مجموع القيمتين من الطرفين مع الاختلاف فيهما أو ضعف الطرف المتفق عليه بعد اخذ مجموع القيمتين من الطرف المختلف فيه مع الاختلاف في أحدهما ولو خط النسبة كفى إذ نسبة الكل إلى الكل كنسبة النصف إلى النصف فلا حاجة إلى التنصيف كما هو واضح وكذا إذا كانت القيم أكثر من اثنتين فإنه لا يلزم اخذ الثلث أو الربع بل لو جمع الكل ونسب الكل إلى الكل على ما ذكر كان كذلك كما لا يخفى قوله ويحتمل الجمع (الخ) أقول ويمكن ان يقرر بوجه أسهل تحصيلا أو تطبيقا على الدليل يوافق مذهب الشهيد دائما وهو ان يؤخذ النسبة بين كل صحيح ومعيبه يعمل بكل في نصف الثمن إذا كانتا اثنتين وفي ثلاثة إذا كانت ثلثة وفي ربع إذا كانت أربعة وهكذا قوله والمفروض في هذه الصورة (الخ) أقول لا يخفى ان ما ذكره المصنف من الضابط وان كان حقا الا ان ما ذكره من البيان قاصر عن إفادة الفرق بين الصورتين أعني صورة الاختلاف في الصحيح فقط وصورة الاختلاف في المعيب فقط حيث إن في الأولى يتفاوت الطريقتان دائما وفي الثانية لا يتفاوتان إذ ما ذكره وجهها للتفاوت في الأولى جار في الثانية أيضا إذ من المعلوم ان نسبة الكل إلى الكل فيها أيضا انما تقتضي كون نسبة النصف المتساوي من إحداهما إلى نصف الاخر كذلك يعنى بتلك النسبة لا إلى النصف الغير المتساوي كما هو المفروض على طريقة الشهيد فاللازم بيان السر في الفرق بين الصورتين مع توافقهما فيما ذكر غاية الأمر ان في الصورة الأولى يكون نصفي الصحيح غير متساويين وفي الثانية نصفي المعيب وبعبارة أخرى في الأولى الكل الانتزاعي هو الصحيح وفي الثانية هو المعيب ولما كان محصل الفرق بين الطريقتين أو في طريق المشهور جمع القيمتين وتنصيفهما ثم النسبة فالنسبة واحدة وفي طريق الشهيد جمع النسبتين وتنصيفهما فالنسبة متعددة ولا بد في عدم التفاوت من كون نصف الكسرين على طريق الشهيد بقدر الكسر الواحد على طريق المشهور فنقول ان السر في عدم الفرق ان الكسر في الصورة الأولى الملحوظ بالنسبة إلى عددين وفي الثانية بالنسبة إلى عدد واحد ومن المعلوم ان الكسرين بالملحوظين بالنسبة إلى عددين لا يكونان بقدر الكسر الملحوظ بالنسبة إلى عدد اخر وهذا بخلاف ما إذا لوحظا بالنسبة إلى عدد واحد بيان ذلك أن في الصورة الأولى بناء على طريقة الشهيد

يلاحظ نصف المعيب بالنسبة إلى نصف احدى قيمتي الصحيح و نصفه

(١٠٤)

الآخر بالنسبة إلى نصف القيمة الأخرى منه فلا يمكن ان يكون مجموع الكسرين بقدر الكسر المأخوذ من نصف المجموع كما علي طريق المشهور مثلا إذا نسب نصف الستة التي هي قيمة المعيب وهو الثلاثة إلى الأربعة التي هي نصف احدى قيمتي الصحيح فالتفاوت بالربع وإذا نسب إلى نصف العشرة وهي الخمسة فالتفاوت بخمسين والربع انما هو ملحوظ بالنسبة إلى أربعة والخمسان ملحوظان بالنسبة إلى أربعة والخمسان ملحوظان بالنسبة إلى خمسة فكل واحد من الكسرين لعدد خاص ومعلوم ان مجموع نصفهما لا يلزم ان يكون بقدر النسبة بين نصف المعيب والنصف المتساوي من القيمتين وهو أربعة ونصف التي هي نصف تسعة وهي نصف مجموع القيمتين والحاصل ان الكسر الملحوظ من نسبة ثلاثة إلى أربعة ومن نسبتها إلى خمسة غير الكسر الملحوظ من نسبتها إلى أربعة ونصف بمعنى انه لا يمكن ان يكون نصف مجموع الأولين بقدر الثالث واما في الصورة الثانية فالكسر ان بناء على طريقة الشهيد مأخوذ ان وملحوظان بالنسبة إلى عدد واحد وهو الأكثر الذي هو قيمة الصحيح فنصف مجموعهما يوافق نسبة النصف إلى النصف كما في طريقة المشهور فلا حظ المثال الذي ذكره المصنف (قده) وبالجملة كل عددين أحدهما أقل والآخر أكثر إذا فرض نسبتها إلى عدد آخر أكثر كالأثنين والأربعة إذا نسبتا إلى الستة فنسبة نصف مجموعهما إلى الآخر مثل النسبة بين نصف كل منهما مع نصف ذلك الآخر في مقدار التفاوت ولا كذلك لو كان الامر بالعكس بان يكون عدد أقل ونسب إلى عددين أحدهما أقل والآخر أكثر والسر هو ما ذكرنا من كون المأخوذ منه الكسر واحدا في الأول ومتعددا في الثاني ولذا لو فرض ملاحظة الكسر بالنسبة إلى العدد الأقل ولوحظ من حيث الزيادة لا من حيث النقيصة كان الامر بالعكس مثلا إذا قيل نسبة الأربعة إلى الستة بالنصف من أربعة بمعنى انه إذا زيد عليها نصفها صارت ستة وهكذا في سائر الفروض انعكس الامر بمعنى ان جمع النسبتين وتنصيفهما يوافق جمع العددين وتنصيفهما ثم النسبة في الفرق الثاني دون الأول لان المنسوب إليه أعني ما لوحظ الكسر بالنسبة إليه واحد فيه دون الأول فلو كان الواجب في مسألة العيب الزيادة على المبيع إلى أن يصل إلى حد الثمن دون تنقيص الثمن كما هو كذلك فعلا كان الطريقتان غير متفاوتتين في صورة الاختلاف في المعيب فقط دائما ومتفاوتتين في صورة الاختلاف في الصحيح فقط كذلك عكس ما هو المقرر فعلا ثم مما ذكرنا ظهر وجه الفرق بين الطريق الذي ذكرنا وقلنا إنه أسهل وبين طريقة (المش) فإنه كالفرق بين مذهب الشهيد و (المش) بل هو راجع إلى ما ذكره الشهيد وانما الاختلاف في الكيفية كما عرفت و سر الفرق أيضا ما ذكر من اتحاد المنسوب إليه وتعدده حسبما عرفت قوله فان اتحدت النسبة (الخ) أقول سر عدم التفاوت على هذا الفرض غير خفى فلا تغفل قوله فقد يختلف الطريقتان (الخ) أقول الظاهر عدم الاتحاد بل هما متفاوتتان دائما لان الملاك في التفاوت وهو تعدد ما ينسب إليه الكسر موجودا هنا أيضا واما قوله (قده) وقد تقدم مثالهما فالظاهر أنه

سهو من القلم إذ ما تقدم من مثال الاتحاد انما كان في صورة اتحاد النسبة فلاحظ فلم يتقدم مثال الصورة الاختلاف في النسبة مع عدم تفاوت الطرفين فيه فتدبر

قوله ثم إن الأظهر بل التعيين (الخ) أقول هو كذلك ولقد أجاد (قده) في ما أفاد الا ان الأسهل والأخصر في البيان ان يقال إن اللازم العمل بكل من البيئتين في نصف الثمن وهو انما يتأتى على طريقة الشهيد كما هو واضح ولذا قلنا إن الأولى في كيفية العمل بهما اخذ النسبة على كل منهما والعمل بهما اخذ النسبة على كل منهما والعمل بكل في نصف الثمن إذا كانت اثنتين وفي الثلث إذا كانت ثلاثة وهكذا فلا تغفل قوله نعم لو لم يكن بنية (الخ) أقول

التعبير بلفظة نعم ليس بجيد لأن المفروض انه (قده) لا يفرق بين هذه الصورة وصورة وجود البنية في كيفية الجمع فكان المناسب أن يقول وكذا إذا لم تكن (الخ) الا ان يكون غرضه (قده) ان في هذه الصورة بتعين الجمع بهذا الوجه ولا يجئ احتمال الجمع على ما ذكره (المش) فتدبر قوله القول في الشروط (الخ) أقول كان المناسب ان يذكر من أقسام الخيار خيار تخلف الشرط ثم يتعرض لتحقيق احكام استطرادا لكن المصنف (قده) انما

كتب هذه المسألة مستقلة كما يظهر من بعض إشارات ثم ألحقها بالكتاب قوله أحدهما المعنى الحدتي (الخ) أقول هو من بابي قتل وضرب بمعنى الالتزام والالتزام على ما في (الق) أو العهد على ما في الصراح يقال شرط فهو شرط وذاك مشروط وفلان مشروط عليه أوله ويتعدى بهذا المعنى باللام وعلى و يقال اشترط عليه بمعناه ومنه شارطه على كذا وفي المعنى أحدهما شرط والا مشروط عليه ويمكن ان يجعل منه قولهم تشترط في عمله أي تأنق يعني أتى بالعمل متقنا فان الاتيان به متقنا انما يكون بالالتزام به فيكون (ح) معنى تشترط اخذ بالشرط في عمله أي التزم بالعمل فتدبر وجمعه

شروط وبمعناه الشريطة وجمعه شرائط والشرطة ما اشترط على غيره أو نفسه يقال خذ شرطتك أي ما اشترطت هذا والتحقيق ان الشرط في اللغة والعرف ليس إلا للمعنى المذكور وان ما ذكره المصنف من المعنى الثاني الذي جعله جامدا بذلك المعنى راجع إلى هذا المعنى كما سيشير إليه والأولى

التعبير عن هذا المعنى بالجعل والتقدير واليه يرجع تفسير الصراح له بالعهد بل يمكن ان يقال إن المراد من الالتزام والالتزام في (الق) أيضا مطلق الاثبات فيرجع إلى ما ذكرنا ويدل على ما ذكرنا التبادر فان المتبادر منه مطلق الجعل والتقدير وأيضا قد يشترط ما لا يكون إلزاما من أول الأمر و

ان استتبعه كما في اشتراط الخيار ونحوه من الأحكام الوضعية فان المجعول أولا ليس إلزاما والتزاما وكما في شروط الله أي احكامه فان الغالب فيها الوضعيات والظاهر أنه ليس مطلق الجعل بل هو جعل خاص وهو ما يكون مستتبعاً للالتزام وبعبارة أخرى موجبا للضيق على

المشروط عليه فمثل الوعد ليس بشرط لأنه ليس واجب الوفاء بحسب أصل الجعل وان قلنا

بوجوب الوفاء به شرعا أو عرفا على وجه يكون حكما عرفيا

(١٠٥)

لا بحيث يكون راجعا إلى كونه داخلا في حقيقته والحاصل ان الشرط عبارة عن جعل الزامي أي مستتبع له فتدبر نعم قد يكون لفظ الشرط مصدرا من البابين بمعنى نزع الحجام أي شقه ومنه قولهم الشرط والشرط لآلة الحجامة واما ما بمعنى العلامة فهو الشرط بالتحريك وجمعه اشراط ومنه أشراط الساعة أي علاماتها ومنه أيضا قولهم شرطة الخميس لطائفة من الجيش تقدم اما الجند لأنهم اعلموا أنفسهم بعلامات يعرفون بها ويمكن ان يجعل من المعنى الأول لأنهم ألزموا على أنفسهم الموت أو الفتح ثم لا يخفى ان المراد بالمشروط له في المعنى الأول من يكون امر الشرط بيده بحيث يكون له اسقاطه والاخذ به لا من يكون النفع له إذ قد يكون النفع عائدا إلى الغير كما إذا اشترط اعطاء درهم للفقير فان المشروط له هو من الزم الطرف الآخر بالاعطاء لا الفقر فله اسقاطه وإن لم يرض به الفقير وهو واضح قوله لكن لا اشكال (الخ) أقول قد عرفت أن المعنى هو الجعل والتقرير والاثبات وهو وان كان يمكن ان يكون جعلًا خاصًا وهو ما كان في ضمن العقد الا ان التحقيق حسبما ذكره المصنف (قده) كونه أعم فهو حقيقة في الشرط الابتدائي أيضا ومن هنا يستدل على صحة العقود ولزومها بقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم قوله في بعض اخبار (الخ) أقول الظاهر أن مراده خبر ابن سنان عن أبي عبد الله (ع) في رجل قال لامرأته ان نكحت عليك أو تسريت فهي طالق قال (ع) ليس ذلك بشئ ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال إن من اشترط شرطا سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه فان الظاهر أن قوله ان نكحت (الخ) انما هو ابتداء لا في ضمن عقد فهو اما نذرا وعهدا ووعد ومع ذلك أطلق الإمام (ع) عليه لفظ الشرط وهذا ولكن قول المصنف بعد ذلك يدفعها استدلال الإمام (ع) بالنبوي صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم فيما تقدم من الخبر الذي (الخ) يدل على أن الخبر المشار إليه غير ما نقلناه فتدبر قوله فلا حجة في ما في القاموس (الخ) أقول مع أنه يمكن ان يكون نظره إلى بيان بعض الافراد كما هو المتداول في كلام اللغويين فتدبر قوله وهو بهذا المعنى (الخ) أقول التحقيق ان هذا المعنى أيضا من افراد المعنى الأول على الوجه الذي ذكرنا فهو مصدر بمعنى التقييد واطلاقه على نفس القيد وهو الذي يلزم من عدمه العدم انما هو من باب اطلاق الخلق وإرادة المخلوق كما في المعنى الأول إذا أريد منه المشروط والتقييد نوع من الجعل و التقرير الا انه قد يكون الحاكم به هو العقل وقد يكون الشرع أو العرف فيكون الشرط عقليا وشرعيا وعرفيا والحاصل ان الشرط حقيقة في مطلق الجعل وهو نوعان فقد يكون من باب الالتزام والالتزام وقد يكون من باب التقييد وباعتبار الأول يتعدى باللام وعلى وباعتبار الثاني بقي يقال يشترط كذا في كذا أو الشئ الفلاني شرط في كذا نظير لفظ الوجوب حيث إنه يقال يجب كذا على زيد يعني يلزم و يقال يجب الوضوء في الصلاة يعني يشترط فيها والحاصل ان كونه اسما جامدا ممنوع وانما هو مصدر بمعنى المفعول واما ما

ذكره من حكاية عدم التضاييف في الفعل والانفعال
بينه وبين المشروط ففيه ان المشروط بمعنى المشروط فيه والا فهو بمعنى نفس المشروط
مضاف للشارط إذ هو الجاعل للشرط والمشروط المجعول
شرطا وهو الوضوء لكن في العرف يطلق المشروط على مثل الصلاة لكن بتقدير فيه وكذا
في لفظ المسبب والمسبب فان الثاني بمعنى المسبب له والا فالمسبب هو
نفس ما جعل سببا وهو نفس السبب فلا يكون في عدم التضاييف دلالة على ما ذكره من
كونه اسما جامدا نعم قد جاء اسما جامدا بمعنى الدون
واللئيم والردل والشريف يقال اشراط الغنم أي رذالها والغنم اشراط المال أي أرذله واشراط
الناس أي اشرافهم فهو من الأضداد وبمعنى أول الشيء
ومنه قولهم مشاريط الشيء أي أو أقله وواحدته المشراط ومنه أيضا اخذ للامر مشاريطه أي
أهيته واما قولهم استشرط المال أي فسد بعد صلاح فالظاهر أنه
اشتقاق جعلي مأخوذ من الشرط بمعنى الدون قوله لكون مضمونها (الخ) أقول لا يخفى ان
هذا انما يناسب ما ذكرنا من كون المعنى
الثاني الذي جعلناه فردا من المعنى الأول هو التقييد (واما ما ذكره المصنف من كونه نفس
ما يلزم من عدمه العدم فليس بمناسب لان مضمون الجملة انما هو التقييد صح) لا نفس
القيد نعم الجملة مشتملة على القيد فان قولنا ان جاءك زيد فأكرمه مشتمل
على المعنى الذي هو قيد وشرط في الاكرام فلا تغفل قوله بل هي مرددة (الخ) أقول
الترديد بينهما بناء على ما ذكره المصنف (قده) من حيث كونه
مشتركا لفظيا بينهما وعلى ما ذكرنا من حيث كونهما فردين لمعناه وهو القدر المشترك
وقد عرفت أن معنى الثاني أيضا معنى حدثي لا جامد لكن
هذا إذا لم يمكن إرادة القدر المشترك والا فيحمل عليه بناء على ما ذكرنا فتدبر قوله وظهر
أيضا ان المراد (الخ) أقول العمدة بيان ان الشرط فيه
بالمعنى الأول أعني الالتزام والالتزام أو الثاني أعني التقييد واما كونه على الأول بمعنى
الملتزم أو نفس الالتزام وعلى الثاني بمعنى القيد أو نفس التقييد
فلا يتفاوت به المطلب هذا وبناء على ما ذكرنا من كونه حقيقة في القدر المشترك لا مانع
من ارادته فيشمل كلا النوعين من الالتزام والتقييد إذ لا
داعى (ح) على تخصيصه بأحد المعنيين وتحقيقه بالحال موقوف على بيان ان ما بيد العرف
من الشرط في ضمن العقود على أي من الوجهين إذ
الظاهر أن المراد من الحديث بيان حكم ما بأيديهم فيكون المراد بالشرط فيه ما هو
المتداول بينهم فنقول ان الشروط الواقعة في ضمن العقود
على ما هو المتداول في العرف انما هي بنحو الالتزام والالتزام لا بنحو التقييد وظاهر
الفقهاء أيضا ذلك كما لا يخفى على من تأمل في كلماتهم نعم
يظهر من الشهيد انه جعلها بمعنى التقييد حيث إنه يقول إن فائدة الشرط جعل العقد اللازم
جايزا وانه لا يجب الوفاء به ولو كان بنحو الالتزام و
الالتزام كان واجب الوفاء بمقتضى القاعدة كما لا يخفى وفي العوائد ظاهر كلام الأكثر
حيث قالوا بخيار الفسخ مع عدم سلامة الشرط وان كان
إرادة المعنى الأول يعنى الشرط الأصولي ولكن استدلالهم بمثل قوله (ع) المؤمنون عند

شروطهم في جميع موارد هذه المسألة يوافق إرادة

(١٠٦)

الثاني يعنى الالزام والالتزام لثلا يلزم استعمال اللفظ في معنيه أو حمل اللفظ على معنيه الحقيقي والمجازي قلت لا يخفى ما في استظهاره
فان الحكم بالخيار لا يكون معينا لما ذكره لو لم يكن منافيا له وسيأتي تحقيقه انشاء الله
كما أن الاستدلال بالحديث لا يكون دليلا على إرادة الالزام والالتزام
فان الشرط المتداول بين العرف لو كان على نحو التقييد كان الحديث منزلا عليه فيكون
المعنى ان المؤمنون عند تقييداتهم يعنى يجب عليهم الالتزام
بتقييداتهم غاية الأمر انه على هذا لا يدل على وجوب الوفاء بالشرط أي الاتيان بالفعل
المشروط به فان معنى الالتزام بالتقييد الالتزام بعدم المقيد
عند عدم القيد وكيف كان فالظاهر أن ما بيد العرف هو الأول كما أنه ظاهر الفقهاء أيضا
ولا ينافي ما ذكرنا ما يترأى من بعض أهل العرف
من إرادة التقييد من قوله بعثك بشرط كذا فإنه يمكن ان يكون تقييدا في الرتبة الأولى فقط
ما هو الظاهر منهم في مقام ترتيب الأثر عند التخلف كما
سيأتي بيانه انشاء الله ويدل على ما ذكرنا مضافا إلى المشاهد منهم من اجراء حكم الالتزام
يوجبون على المشروط عليه الاتيان بما اشترط عليه الاتيان
بما اشترط عليه ولا يحكمون بالفساد عند التخلف بل بالخيار وغير ذلك لو أنه كان بنحو
التقييد فاما ان يكون قيدا في أصل البيع أو في لزومه أو في استمراره
فعلى الأول يلزم التعليق المبطل وأيضا لازمه البطلان عند التخلف ولو كان الشرط من
الشروط الصحيحة مع أنه خلاف الاجماع وخلاف حكم العرف
كما عرفت ودعوى أن ذلك لدليل خارجي والا فمقتضى القاعدة البطلان كما ترى وأيضا
ظاهر الفقهاء الا الشهيد وجوب الوفاء
بالشرط ومع إرادة التقييد لا وجه له كما عرفت وعلى الثاني كما هو ظاهر الشهيد نقول
إنه خلاف المنساق من الألفاظ المذكورة
في الضيع فان قولهم بعثك بشرط ان تفعل كذا ظاهر في عود الشرط إلى أصل البيع إذ لا
ذكر اللزوم والخيار في الكلام حتى يكون الشرط راجعا إليه
ودعوى أنه مفهوم من سياق الكلام كما ترى وعلى الثالث كما هو ظاهر العوائد بل
صريحه أيضا نقول إنه خلاف ظاهر الألفاظ
كما هو واضح مضافا إلى أن لازم كون القيد راجعا إلى الاستمرار الانفساخ عند التخلف
لا الخيار كما لا الخيار لا يخفى هذا والتحقيق
ان يقال بالتفصيل بين ما لو كان الشرط من قبيل الأفعال وما لو كان من قبيل الأوصاف
ففي الأول يكون بنحو الالتزام وفي الثاني بنحو التقييد فإنه و
ان كان يمكن جعله من باب الالتزام بنحو من التجوز والمسامحة بان يقال إن شرط الكتابة
في العبد الشخصي معناه الالتزام بكونه كاتباً بمعنى التعهد باعطاء
الكاتب بدفعه بنحو المسامحة وان كان لو لم يكن كاتباً لا يمكن ايجاد الكتابة فيه فليس
مما يصح الالتزام به حقيقة بل انما يصح ادعاء وتجوزا الا
انه لا داعى إلى ارتكاب هذه الدعوى والمسامحة بل الظاهر أن الموجود في يد العرف في
هذا القسم هو التقييد لا يقال لازمه البطلان عند
التخلف لا الخيار وقد مر انه خلاف حكم العرف والشرع لأننا نقول إنه تقييد في الرتبة

الأولى وبالنسبة إلى عالم الانشاء واللفظ ولكنه في اللب على وجه تعدد المطلوب فان التركيز في أذهانهم ليس عدم البيع عند عدم بل عدم الالتزام به والا فلو رضى بالمبيع مع فقد الشرط لا يكون من الرضا بأمر خارجي حتى يحتاج إلى انشاء معاملة جديدة بل يمكن ان يجعل من هذا الباب جملة من المقامات التي يكون الشرط من قبيل الأفعال لكن يكون نظر المتعاقدين إلى التقييد فلا يحكم بالبطلان بل بالصحة على الوجه المذكور بل يمكن من هذا البيان ان يجعل جميع الشروط كذلك بمعنى انه لا (فع) من كونه كذلك بحسب الجعل والعقد ولا يلزم التعليق ولا بطلان البيع عند التخلف نعم لازمه كما عرفت عدم وجوب الوفاء وهو خلاف حكم العرف والشرع ومن ذلك يظهر ان العمدة في عدم الحمل على التقييد وجعله من باب الالتزام في الالتزام هو ذلك أعني حكم العرف والشرع بوجود الوفاء به والا فما مر من لزوم البطلان عند التخلف أو مطلقا من جهة لزوم التعليق يمكن دفعه بما أشرنا إليه هذا وإذا كان المتداول في أيدي العرف ما ذكرنا من القسمين فنقول ان المراد من الشرط في الاخبار القدر المشترك بين المعنيين وهو مطلق الجعل والتقرير حسبما عرفت فتدبر قوله بمعنى التزام عدم شيء (الخ) أقول هذا مؤيد لما ذكرنا من امكان دعوى كون المعنى الثاني راجعا إلى الأول و العجب من المصنف انه مع التفاته إلى هذا لم يلتفت إليه واعجب منه جعله المعنى الثاني نفس ما يلزم من عدمه لعدم لا التقييد مع أنه الظاهر المتبادر عند العرف حسبما عرفت قوله مسامحة أقول وذلك لان الشرط ليس نفس ثلاثة أيام كما هو مقتضى جعله خيرا فلا بد من تقدير مضاف قبل قوله الشرط وهو في الحيوان (الخ) وهو لفظ المدة أو ما بمعناها فكأنه قال مدة الخيار أو مدة ثبوت الخيار ثلاثة أيام هذا ويمكن ان قوله ثلاثة أيام منصوب على الظرفية وان الخبر متعلقة المقدر فمعنى الخبران الخيار في الحيوان ثابت في ثلاثة أيام وعلى هذا فلا مسامحة فيه قوله ولا يخفى توقفه على التوجيه أقول الظاهر أن في العبارة مسقطا فان المناسب أن يقول لا يخفى عدم (توقفه على التوجيه ووجه عدم) توقف انه على هذا لا يكون لفظ الثلاثة خيرا بل هو مضاف إليه للفظ الشرط فيكون معنى الخبر ان في الحيوان خيار ثلاثة أيام يعنى خيار الكائن في ثلاثة أيام ولا غائلة؟ فيه قوله أحدها ان يكون (الخ) أقول تحقيق الحال في هذه المسألة على سبيل الاجمال ان الشرط اما ان يكون فعلا لاحد المتعاقدين أو فعلا لثالث واما ان يكون وصفا حاليا أو استقباليا واما ان يكون من شروط النتيجة اما إذا كان فعلا لأحدهما فلا اشكال في اعتبار كونه مقدورا له ولو بالواسطة كالأفعال التوليدية والا كان لغوا إذ لا يمكن الوفاء به والظاهر كفاية الظن بامكان ايجاده له ولا يجب العلم به بل يمكن كفاية مجرد الا مكان وان كان ظانا بوجود المانع فتدبر وان كان فعلا لثالث فإن كان مما لا ربط له بالمشروط عليه أصلا بحيث يعد الالتزام به سفهيا فالظاهر بطلانه وان كان مربوطا به

(١٠٧)

كان واثقا بايجاده فلا وجه للحكم ببطلانه وان كان من فعل الله سبحانه خصوصا إذا كان ذلك الغير من قبيل العبد أو الولد للمشروط عليه إذ هو نظير الوصف الحالي بل أولى منه في امكان اعتبار الالتزام به مع الوثوق بحصوله وما ذكروه وجها للبطلان من اللغوية أو عدم القدرة على التسليم أو الغرر لا يجرى في هذه الصورة لأننا نرى صحة الالتزام به عرفا وهو وإن لم يصح على وجه الحقيقة لكنه صحيح على وجه الادعاء والمسامحة كما مر تقريره في اشتراط الأوصاف هذا مع أنه يمكن ان يقال إن الشرط في هذه الصورة بمعنى التقييد لا الالتزام على الوجه الذي قررناه سابقا من كونه في الرتبة الأولى وكونه من تعدد المطلوب في اللب والرتبة الثانية ومما ذكرنا ظهر حال الوصف الاستقبالي فإنه لا فرق بينه وبين الوصف الحالي في كونه صحيحا على وجه الالتزام المسامحي أو على وجه التقييد على النحو الذي ذكرنا واما إذا كان من شروط النتيجة فإن كان مما يكفى في تحققه كل سبب حتى مثل الشرط فلا اشكال في صحته والا فإن كان المشروط تحقق النتيجة من غير نظر إلى ايجاد السبب وعدمه فالظاهر صحته إذ هو نظير اشتراط الأفعال التوليدية بل سائر المسببات فلو اشترط عتق العبد بمعنى كونه معتقا في وقت كذا صح لامكان تحقق ذلك بايجاد

السبب وأولى من ذلك ما لو كان المقصود وحصولها ولو بايجاد السبب بمعنى كونها ناظرين إلى ذلك واما لو كان المقصود حصولها مقيدا بعدم ايجاد السبب فلا اشكال في بطلانه لأن المفروض عدم تحققها الا بالسبب لكن الوجه في البطلان (ح) كونه مخالفا للشرع لا كونه غير مقدور لأن المفروض

ان المشروط هو الاعتناق مثلا وهو مما يمكن للمتعاقدين الالتزام به غاية الأمر ان الشارع لم يمضه الا مع ايجاد السبب فليس من غير المقدور كيف والا كان القسم الأول وهو ما كان الشرط كافيا في تحققه كذلك أيضا والحاصل ان القدر الذي يكون من قبل المشروط عليه ومتعلقا به انما هو الالتزام بوجود تلك النتيجة وتحققها وهذا امر مقدور له ولا دخل له بإمضاء الشرع أو العرف له وعدم امضاءهم فالامضاء لا يجعله مقدورا لو كان من غير المقدور فاشتراط الاعتناق كاشتراط الملكية فكما أن الثاني يعد مقدورا فكذا الأولى غاية الأمر ان الشارع حكم بعدم حصول الأول الا بايجاد سبب خاص ومما ذكرنا ظهر ما في كلام المصنف (قده) حيث إنه حكم بالبطلان في غير القسم الأول من حيث عدم المقدورية مع أن الحق عدم البطلان في صورة عدم التقييد بعدم السبب وكون البطلان في صورة التقييد من جهة كونه مخالفا للكتاب والسنة لا من جهة عدم المقدورية نعم لو كان المشروط حصول الاعتناق الشرعي مثلا وهكذا في غيره كان البطلان في صورة التقييد من جهة عدم المقدورية أيضا لان الاعتناق الشرعي ليس مقدورا له بقي هنا امر ان أحدهما ان ما ذكرنا من اشتراط فعل الغير انما كان مع فرض كون المشروط عليه أحد المتعاقدين واما إذا فرض كونه هو ذلك الغير كان

يقول بعثك واشترطت على زيد ان يخيط لي ثوبا مثلا بحيث لا يكون المراد الا الالتزام على زيد والتزامه به فهل يصح أم لا الظاهر صحته مع فرض قبوله ويجب عليه الوفاء به سواء قلنا بصحة الشروط البدوية أولا فان ما نحن فيه يكون من الشرط في ضمن العقد وإن لم يكن العقد للمشروط عليه إذ لا دليل على اعتبار كونه في ضمن العقد الذي للمشروط عليه والحاصل ان عموم المؤمنون شامل له لكن لو فرض عدم العمل به فالظاهر عدم الخيار للمشروط له لعدم كونه التزاما على الطرف الآخر والعقد لا ربط له بذلك الغير ويمكن القول بثبوت الخيار إذا كان بالنسبة إلى الطرف الآخر أيضا نحو من الالتزام لكنه خارج عن الفرض لأنه (ح) يكون شرطا عليه وعلى ذلك الغير أيضا فيكون الملزم به متعددا وان كان الالتزام بالنسبة إلى أحدهما على وجه الحقيقة وبالنسبة إلى الآخر وهو من يكون طرفا للعقد على المسامحة حسبما مر بيانه وكذا إذا فرض كونه بالنسبة إلى الطرف الآخر على وجه التقييد

وبالنسبة إلى ذلك الغير المشروط عليه على وجه الالتزام فعلى هذين التقديرين يكون للمشروط له الخيار عند عدم الوفاء بالشرط فتدبر الثاني هل المدار في المقدورية على المقدورية الواقعية الفعلية أو الظاهرية بحسب نظر العرف والمتعاقدين ويظهر الثمر فيما لو فرض اشتراط فعل يكون في حد نفسه مقدورا إلا أنه يكون هناك مانع واقعي لا يعلمه المتعاقدان كما إذا اشترط عليه صوم الغد فيحصل له مانع من مرض أو سفر أو اشترط عليه فعلا للغير وكان موثوق الحصول حيث قلنا بكفايته فتبين عدمه وانه لا يفعله وهكذا الظاهر هو الثاني فلا يحكم ببطلان الشرط في هذه الصور بل يحكم بصحته ويكون من باب التخلف فيكون للمشروط له الخيار وان قلنا بكون الشرط الفاسد مفسدا ولو جعلنا المدار على القدرة الواقعية فاللازم الحكم ببطلان العقد بناء على القول بكون الشرط الفاسد مفسدا ويمكن الفرق بين ما لو كان المانع موجودا حين العقد فيكون من باب الشرط الفاسد ووجوده بعده وان كان زمان الشرط متأخرا أيضا كما إذا اشترط الخياطة يوم الجمعة وكان قادرا على الخياطة حال العقد لكنه صار أعمى قبل يوم الجمعة فلا يكون من باب الشرط الفاسد بل من باب تعذر الشرط الموجب للخيار فتدبر قوله فافهم أقول لعله وجهه انه لو فرض كون المراد اعمال المقدمات لا وجه الحكم بفساد الشرط (ح) لان الشرط مقدور على هذا التقدير فتدبر قوله فيلزم الغرر (الخ) أقول قد عرفت عدم الغرر إذا فرض حصول الوثوق بفعل ذلك الغير ومع فرض عدمه نلتزم بالبطلان كما في الوصف الحالي أيضا فانا لا نحكم بصحته الا مع الوثوق إذ لا يرتفع الغرر الا به ومجرد الالتزام به غير كاف في رفع الغرر كما مر مرارا ولو فرض كفايته نقول بمثله في المقام أيضا لعدم الفرق حسبما عرفت قوله ويمكن توجيهه (الخ) أقول لا داعي إلى هذا التوجيه بعد كون ما ذكره هو الحق مع أنه لا فرق بين جعله من باب اشتراط الوصف أو الفعل حسبما عرفت قوله الا

ان يحمل على صورة الوثوق الخ أقول هذا اعتراف
بما ذكرنا من صحة اشتراط فعل الغير فان العقلاء لا يشترطون ذلك الا مع الوثوق كما في
الأوصاف ومع عدم الوثوق يكون البطلان من جهة الغرر لا من

(١٠٨)

جهة عدم المقدورية فلا تغفل قوله ومن غير المقدور أقول قد عرفت ما فيه فتذكر قوله الثاني ان يكون سائغا؟ أقول

لا يخفى ان هذا الشرط راجع إلى الشرط الرابع فلا وجه لعهده مستقلا فتدبر قوله ولو شك في تعلق (الخ) أقول لا فرق بين كون الشاك هو الطرف الآخر المشروط عليه أو الثالث من الحاكم الشرعي وغيره هذا ولو فرض وجود غرض عقلائي حين الشرط ثم زوال بعد ذلك فالظاهر عدم وجوب الوفاء به وان طالبة المشروط له وكذا إذا تبين عدم الغرض حين العقد بناء على عدم كون الشرط الفاسد مفسدا ولا يوجب عدم الوفاء خيارا فتدبر قوله ومن أن الاسلام (الخ) أقول لا يخفى ما فيه إذا اشترط الكفر في العبد لا يكون من علوه على الاسلام والا فينبغي عدم جواز اختيار العبد الكافر في مقام الشراء مع وجود المسلم قوله بل قد جوز بعض (الخ) أقول يعنى انه لو ورد خبر خاص على جواز شرط في مورد خاص مع كونه مخالفا للكتاب نجعله مخصصا لعموم ما دل على عدم جواز الشرط المخالف ووجه الضعف ان هذا العموم غير قابل للتخصيص فلا بد من طرح ذلك الخبر أو الاستكشاف منه ان الحكم مما يقبل التغيير بالشرط حسبما يأتي بيانه (انشاء الله) قوله ثم الظاهر أن المراد (الخ) أقول فيه منع بل الظاهر منه هو القران والغرض بيان الميزان الصحة الشرط وعدمها عند الشك نظير الترجيح لاحد الخبرين المتعارضين بموافقة الكتاب فالمراد ان كل شرط مخالف لعموم أو اطلاق في الكتاب فهو باطل وبهذا المعنى يكون قابلا للتخصيص حسبما ذكره ذلك البعض المشار إليه وانما لا يكون قابلا للتخصيص على ما ذكره المصنف (قده) حيث إن الشرط المخالف للشرع لا يمكن ان يكون صحيحا ثم على ما ذكرنا مقتضى القاعدة وان كان هو الحكم باشتراط الموافقة لعدم المعارضة بين ما دل على ذلك وما دل على اشتراط عدم المخالفة وان الشرط المخالف باطل لأنه من تعارض المثبتين وقد تقرر في محله عدم المعارضة بينهما وانه يجب العمل بهما معا ففي المقام لا بد وان يقال ان الشرط المخالف باطل (وان غير الموفق (أيضا) باطل) الا ان الظاهر أن المدار على المخالفة (إذ لو اشترط الموافقة صح) لزم بطلان غالب الشروط لان غالب الاحكام انما يستفاد من غير الكتاب واما على ما ذكره المصنف فلا يتفاوت الحال بين ان يقال يشترط الموافقة أو عدم المخالفة لان كل شرط لا يخالف حكم الله فهو موافق له لا (مح) وبالعكس فلا حاجة إلى ما ذكره من أن المراد من الموافقة عدم المخالفة قوله نظرا إلى موافقة (الخ) أقول لا يخفى ان لازم هذا البيان كون كل غير مخالف فلو جعل المراد من الموافقة ظاهرها أيضا يتم المطلوب لأنه لا فرق بين موافقة العمومات والخصوصات فتدبر قوله اما نفس المشروط (الخ) أقول يمكن ان يقال إن المتصف بالمخالفة ابدا نفس الشرط لكن الاتصاف قد يكون من حيث متعلقه أي الملتزم وقد يكون باعتبار نفسه قوله الا ان التزام فعل (الخ) أقول وفي بعض النسخ الا ان التزامه فعل للحرام المحرم له وعلى النسختين اشكال

اما على الأول فلانا لا ثم إن التزام فعلى الحرام حرام اخر مع أنه على هذا يكون تسليمًا لما ذكره المورد من أن التزام ترك المباح ليس بحرام واما على الثانية فلمنع كون التزام ترك المباح فعلا للحرام فإنه أول الدعوى فكان الأولى الاقتصار في الجواب عن الايراد على ما ذكره بقوله مع أن الرواية (الخ) وحاصله ان مقتضاها كون الالتزام بترك التزويج والتسري حراما والمفروض ان نفس الترك بلا التزام ليس بحرام فيكشف عن أن المراد من قوله الا شرط خالف الكتاب أعم من القسمين الا ان يؤل الرواية بما سيجيء وهو بعيد قوله ما هو من فعل الشارط (الخ) أقول سلمنا ان التحريم والتحليل مسند ان إلى الشرط الذي هو فعل الشارط لكنه لا يثبت مدعاه لما مر من أن تحريم الشرط قد يكون باعتبار نفسه وقد يكون باعتبار متعلقه فلا دلالة في الرواية على عدم الانحصار وإرادة الأعم والأولى ان يقال إن لفظ الشرط في جميع الأخبار ظاهر في المعنى المصدرى والا داعى إلى حمله على إرادة المشروط فيكون المراد الا التزاما حرم أو حلل أو خالف وهو أعم من أن يكون بنفسه أو بسبب متعلقه حسبما ذكرنا فتأخذ بالاطلاق نعم يبقى الكلام في مصدق القسم الأول إذ لا مصداق له الا مسألة ترك التزويج والتسري إن لم نقول الرواية بما سيجيء قوله توضيح ذلك أن حكم الموضوع (الخ) أقول إن المراد من الشق الثاني على ما هو ظاهر كلامه ان يكون الحكم ثابتا للموضوع فعلا مطلقا ومع طرو بعض العناوين كما في أدلة المحرمات فان حرمة الخمر ثابتة لها مطلقا حتى مع طرو عنوان امر الوالد والسيد أو النذر أو نحو ذلك الا بعض العناوين الرافعة لجميع الاحكام كعنوان الضرر والجرح فإنه يرفع الحرمة عنهما كما يرفع سائر الأحكام واما الشق الأول فيحتمل وجوها أحدها ان يقال بعدم الاطلاق في الدليل المثبت للحكم بحيث يشمل صورة الشرط وغيره من العناوين الطارئة و بعبارة أخرى كونه في مقام الاهمال لا الاطلاق ولازمه أن لا يجرى الحكم لو فرض قطع النظر عن دليل وجوب الوفاء بالشرط أيضا لأن المفروض إهمال الدليل وعدم تعرضه لبيان الحكم على جميع التقادير فالشك في ثبوته كاف في عدمه ولا يحتاج إلى الدليل الراجع الثاني ان يقال إن الدليل مطلق الا انه البيان الحكم في حد نفسه من غير نظر إلى الطوارئ وجود أولا عندما مثل قوله الملح حلال وان كان مطلقا مفيدا للحلية في جميع الافراد الا انه يفيد الحلية في حد نفسه فلا ينافي حرمة لعارض من جهة غلبة عنوان اخر ككونه مضرا أو منهيًا بنهي الوالد أو السيد أو منذورا أو نحو ذلك وعلى هذا فمثل الشرط مقدم من حيث وجوب الوفاء به والا فمع قطع النظر عن دليل وجوب الوفاء يلحقه الحكم الأولى ووجه تقدمه كونه أهم من حيث كونه واجبا وذاك مباحا فهو من تراحم الوجوب والإباحة الثالث ان يقال إن الدليل مقيد بعدم وجود الطوارئ فمعها يلحقه حكمها

والفرق بينه وبين ما قبله ان الملح على هذا الوجه خارج عن قوله مباح في صورة وجود الطارئ لأنه انما حكم بإباحته مع عدم الطوارئ فلا يشمل

(١٠٩)

صورة وجودها فلا يكون من باب التزاحم إذا المقتضى مقصور على صورة عدم وجودها هذا وظاهر كلام المصنف (قده) إرادة الوجه الثالث وبعض فقراته ظاهر في إرادة الثاني ويظهر من العبارة الآتية في بيان حكم الشك الأول ولا يخفى ان الوجه الأول فاسد بمعنى انه لا يمكن ان يقال إن أدلة ان المباحات من ذلك الوجه لان مقتضاه كما عرفت أن لا يكون المؤثر في رفع الحكم هو الشرط لأن المفروض

عدم شمول الدليل بحيث لو قطع النظر عن دليل وجوب الوفاء أيضا لا يثبت الحكم إذا شك فيه مع أن من المعلوم أنه ليس كذلك فيدور الامرين الوجه الثاني والثالث والتحقيق هو الثاني فيكون الغير الحكم بسبب الشرط من جهة كونه واجب الوفاء ومن باب مزاحمة الوجوب للإباحة مثلا وعلى هذا فالفرق بين أدلة المحرمات والواجبات وبين أدلة المباحات والمستحبات والمكروهات كون الأولى متعرضة لبيان الحكم حق مع وجود الطوارئ الا مثل الضرور والجرح بخلاف الثانية فإنها لبيان الحكم في حد أنفسها فلا ينافي تغييره بسبب الطوارئ ولذا تكون مقدمة فالشرط على خلافها ليس مخالفا للكتاب بخلاف ما إذا كان على خلاف الوجوب أو الحرمة هذا ولكن الانصاف عدم الفرق فان أدلة المحرمات والواجبات أيضا انما تفيد لحوق الحكم للموضوع في حد نفسه مع قطع النظر عن الطوارئ فان قوله الخمر

حرام انما يفيد الحرمة لها من حيث هي انما وجدت وباي عنوان تعنونت لكن من حيث هي خمر ولا دلالة فيه على كون الحكم الحرمة فعلا حتى مع لحوق عنوان موجب أو مبيح بمعنى تقدم جهة الحرمة فإذا فرض عروض عنوان اخر يكون من باب المزاحمة كما في أدلة المباحات لكن من المعلوم ان المزاحم الواجب والمحرّم لا يغلب عليه الا إذا كان في غاية القوة مثل الضرر والجرح فليس كل عنوان طار في القوة بحيث يغلب على الواجبات والمحرمات وهذا بخلاف المباحات فان العنوان الطارئ

إذا كان وجوبا أو حرمة يكون مقدما لا (مح) لان جهة الوجوب والحرمة وان كانت عرضية مقدمة على جهة الإباحة فالباب باب المزاحمة في المقامين كما عرفت ثم لا يخفى ان مقتضى بيان المصنف (قده) ان يكون الشرط المخالف الوجوب والحرمة من الشرط المخالف الكتاب حيث إن دليلهما مثبت لهما حتى مع لحاظ وجود مثل الشرط بخلاف الشرط المخالف للإباحة وأختيها؟ ولو كان الشرط بمثل قوله بشرط ان يكون الملح حراما عليك فان المفروض ان اباحته انما هي مع عدم طرو عنوان الشرط فلا يكون شرطا مخالفا للكتاب واما على ما ذكرنا فالشرط المخالف للوجوب والحرمة يكون مخالفا لأنه يصدق عليه كونه مخالفا للكتاب

وإن لم يكن الدليل متعرضا لحال وجود الطارئ بل مفيدا لثبوتها للموضوع في حد نفسه سواء قال بشرط ان تشرب الخمر أو قال بشرط ان يكون الخمر مباحا عليك واما الوارد على الإباحة وأخويها فإن كان بمثل قوله بشرط ان يكون حراما فهو مخالف وهو واضح وان كان بمثل قوله بشرط أن لا تأكل الملح فلا يكون من الشرط المخالف هذا كله في الأحكام التكليفية واما في الوضعية فبمجرد وجود اطلاق أو عموم مثبت للحكم يكون اشتراط خلافه من الشرط المخالف الا إذا ثبت

كونه مما يقبل التغيير بالشرط أو فرض عدم احراز كون المطلق في مقام البيان لكن هذا في الحقيقة خروج عن الفرض لأنه إذا كان كذلك فمع قطع النظر عن دليل الشرط أيضا لا يثبت الحكم وعليك بالتأمل فان المقام حقيق به قوله مثل رواية منصور بن يونس (الخ) أقول وقريب منها روايته الأخرى

مذكورة في باب النكاح قوله فيمكن حمل رواية محمد بن قيس أقول لا يخفى ان الرواية السابقة كانت لمحمد بن مسلم نعم قريب منها رواية

أخرى لمحمد بن قيس عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة وشرط لها ان هو تزوج عليها أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق فقضى (ع) في ذلك أن شرط الله قبل شرطكم فإن شاء وفي لها ما يشترط وان شاء أمسكها واتخذ عليها ونكح عليها هذا ويمكن الجمع بين الروايات بحمل ما دل على عدم صحة الشرط المذكور على صورة إرادة عدم كون امر التزويج والتسري بيد الزوج وحمل اخبار الصحة والجواز على صورة إرادة مجرد الالتزام بالترك وهذا

الجميع قريب جدا الا ان الظاهر اتفاق العلماء على عدم صحة الشرط المذكور فلا يمكن التعويل على الجمع المذكور فتدبر وراجع ما ذكره في باب النكاح

قوله فتأمل أقول لعل وجهه بعد الحمل المذكور فتدبر قوله كون من أجد أبويه (الخ) أقول التحقيق في هذه المسألة بطلان

الشرط فراجع قوله ومنها ارث المتمتع بها أقول التحقيق فيها أيضا عدم جواز الشرط الظاهر بعض الأخبار

من أن من حدود المتعة أن لا تترث مضافا إلى جملة من الاخبار الاخر بل بعضها مشتمل على قوله؟ اشترط أو لم يشترط فهو خاص ناص فرواية الجواز لا بد من طرحها أو حملها على الوصية

قوله فان الظاهر الاتفاق الخ أقول لا فرق في دليل الجواز بين الصورتين كما لا يخفى والاتفاق ممنوع فتدبر وراجع المسألة قوله

ومنها انهم اتفقوا (الخ) أقول التحقيق في باب الأمانات كلية عدم صحة شرط الضمان لأنه كاشتراط ضمان الأجنبي (بعد عدم كون البديل ضمان ولا أظنهم يلتزمون بجواز اشتراط ضمان الأجنبي) وباب العارية خرج بالنص الخاص

فتدبر قوله ومنها اشتراط أن لا يخرج أقول الانصاف عدم الاشكال في هذه المسألة فان مقتضى القاعدة الجواز وهو المشهور والمخالف نادر

ولا دليل له مع أن النص الخاص دال على الجواز فتدبر وراجع نعم لو اشترط كون امر المسكن بيد الزوجة أشكال الحكم بالصحة مع أن الأقوى صحته

أيضا ثم إن من الموارد شرط الخيار في النكاح فالمشهور على المنع مع أنه ليس فيه ونص خاص ومقتضى القاعدة الجواز ودعوى أنه مناف المقتضى

العقد كما في الجواهر فان النكاح قابل للفسخ في الجملة كما في العيوب المنصوصة وكما في تخلف الشرط فيما إذا اشترط وصفا ككونها من قبيلة كذا أو بكرا

أو نحو ذلك مما ذكره الفقهاء وتعرضوا له ومنها ما إذا اشترط في النكاح كون امر الطلاق والجماع بيد المرأة وان كان الأقوى البطلان فيه نعم

لو شرط كونها وكيفا في الطلاق صح وكذا لو اشترط اجابتها إلى الطلاق ان أرادت أو

إلى الوطئ كذلك فإنه لا بأس به ولتحقيق الحال في هذه الفروع
مقام آخر والغرض الإشارة الإجمالية قوله ومرجع هذه الأصل أقول لما كان أجراً أصالة
عدم المخالفة بظاهره فاسداً لأنه ليس لها

(١١٠)

حالة سابقة حتى يستصحب إذ قبل وجود الشرط لم يكن شرط حتى يكون موافقا أو مخالفا هذا ان أريد أصالة عدم حدوث المخالفة بسبب وجود هذا الشرط وان أريد اجراء أصالة عدم مخالفة الشرط الفلاني كلية ومن حيث هو فكذلك أيضا إذ قبل جعل الحكم الشرعي لم يكن موضوع للموافقة والمخالفة واما بعده فهو مورد الشك عدل المصنف عن ذلك التعبير وارجعه إلى أصالة عدم ثبوت الحكم على وجه كذا هذا والتحقيق فساد الأصل على هذا الوجه أيضا لان الأصل المذكور لا يثبت عنوان عدم المخالفة والمفروض انه شرط في الصحة أو ان المخالفة مانعة إذ على أي حال لا بد من احراز عدم هذا العنوان لا ويثبت ذلك بالأصل المذكور خصوصا بملاحظة ان المخالفة انما هي صفة للشرط فان محصل المعنى ان كل شرط جائز الا ما كان مفاده خلاف الحكم الشرعي وليس المفاد الا إذا لم يكن منافيا له والحاصل ان المناط مخالفة الشرط للحكم وعدمها لا مخالفة الحكم للشرط وعدمها هذا ولو قلنا بوجود الموافقة كما هو مفاد هذا الاخبار على ما مر فالامر أوضح نعم لو فرض كون الحكم مشكوكا مع قطع النظر عن دليل الشرط بان كان دليله مجملا فأجرينا فيه الأصل صح الشرط إذ ح يحرز عدم المخالفة بالوجدان مثلا إذا شك في حرمة شرب التتن وقلنا إن الأصل البراءة فلو شرط به في ضمن عقد يكون صحيحا ولا يقال إنه مشكوك انه داخل في المستثنى منه وهكذا الحال في جميع موارد الأصول في الأحكام الوضعية والتكليفية لكن هذا الفرض خارج عن محل الكلام إذ مورد الاشكال ما إذا كان الدليل مع قطع النظر عن دليل الشرط ووجوب الوفاء به شاملا والحكم معلوما وكان الشك فيه من حيث إنه قابل للمغير؟ بالشرط أولا قوله بعد عدم ظهور الدليل (الخ) أقول هذه العبارة هي التي أشرنا إليها وقلنا انها تدل على إرادة المصنف (قده) للوجه الأول من الوجوه المتقدمة لكن ينبغي القطع بعدم ارادته ذلك إذ مع كون الاطلاق في مقام الاهمال لا يكون المغير هو الشرط حسبما عرفت مرارا قوله بعض مشايخنا أقول هو الفاضل النراقي في عوائده قوله بما كان الحكم المشروط (الخ) أقول يعني ان مدار المخالفة كون المشروط مخالفا لا نفس الشرط فإنه ليس بمخالف مع قطع النظر عن وجوب الوفاء والمفروض وجوب قطع النظر عنه وليس مراده ان الشرط بمعنى المشروط حتى يكون تصرفا في اللفظ وان كان هو أيضا صحيحا على فرض الانحصار ثم انك قد عرفت أن تعميم المصنف (قده) أيضا لا وجه له لعدم وجود المصداق لما كان المنافاة بنفس الشرط فتدبر قوله فقال ولو جعل (الخ) أقول ما ذكره العوائد بعد هذا العدول هو التحقيق حسبما أشرنا إليه سابقا وسنشير إليه أيضا قوله ونظير مجامعة الزوج (الخ) أقول لا تم بطلان الشرط إذا اشترط عدم المجامعة حين إرادة الزوجة وانما الباطل ما إذا اشترط كون امر الجماع بيد الزوجة وهذا ليس من الإباحة بل من اشتراط الحكم الوضعي والرواية منزلة على هذا المعنى كما هو ظاهرها أيضا واما اشتراط عدم التزويج والتسري فقد عرفت أنه لا بد من ارجاعه إلى اشتراط عدم كونه مسلطا عليهما

وهو أيضا من الأحكام الوضعية المخالفة للكتاب ولا بد من حمل الرواية على هذا المعنى أيضا كما يقتضيه الجمع بين الاخبار حسبما عرفت نعم يشكل الحال بكون البطلان في شرط عدم التزويج والتسري اتفاقيا لكن يمكن منع الاتفاق بدعوى ظهور بعض كلمات المجمعين في إرادة ما ذكرنا من اشتراط الحكم الوضعي و (ح) يخرج المسألة عن كونها اجماعية فنأخذ بها بمقتضى القاعدة على ما ذكرنا فتدبر قوله ثم إنه يشكل الامر (الخ) أقول التحقيق ان يقال إن معنى الاستثناء الا شرط حرم ذلك الشرط الحلال أو حلال الحرام على وجه يوجب مخالفة الكتاب فليس هذا امرا وراء الاستثناء المتقدم بيان ذلك أن ظاهر الخبر كون الشرط محرما أو محللا ولو باعتبار المشروط مع قطع النظر عن دليل وجوب الوفاء ومع قطع النظر عن الاسناد إلى الشارع كما لو قال بعثك بشرط أن لا تكون مسلطا على المبيع مثلا فإنه حرم الحلال بنفس هذا الشرط وإن لم يكن مراده عدم السلطنة الشرعية و (ح) فنقول اشتراط خلاف الأحكام الشرعية كلها داخل تحت الاستثناء سواء كانت وضعية أو تكليفية غاية الأمر ان اشتراط خلاف الحكم التكليفي غير متعارف عند العرف خصوصا بلفظ الحلية والحرمة بمعنى انهم لا يشترطون حلية الخمر أو حرمة الخمر أو حرمة العرف خصوصا لا يشترطون حلية الخمر إلى أو حرمة اللحم واما اشتراط خلاف الحكم الوضعي فمتداول لكن لا بنحو الاسناد إلى الشارع كاشتراطهم كون الطلاق بيد الزوجة أو عدم كون الزوج مسلطا على التزويج والتسري ونحو ذلك فكلما اشترط ما هو خلاف الحكم الشرعي كان باطلا واما اشتراط فعل شيء أو تركه فإن كان اشتراط فعل الحرام أو ترك الواجب كان أيضا داخلا في المستثنى لأنه يصدق عليه تحليل الحرام وتحريم الحلال عرفا ولو لم يسنده إلى الشارع فإن إلزام الغير بترك الواجب تحريم له والزامه بفعل الحرام تحليل له عرفا واما ان كان فعل مباح أو مستحب أو مكروه أو ترك أحد هذه فليس داخلا فيه فهو جائز وذلك لأنه وان كان يصدق عليه انه تحليل أو تحريم شرطي والمفروض انه المراد الا انا نقول لا بد من تقييده بما إذا كان على وجه يكون مخالفا للشرع وتحليل (المباح) أو تحريمه على وجه الالزام بالفعل أو الترك لا يكون مخالفا للشرع بل المخالف له ما إذا كان بشرط أن لا يكون مباحا والقرينة على ما ذكرنا من التقييد انه لولا لزم انحصار مورد صحة الشرط في اشتراط فعل الواجب أو ترك الحرام ومن المعلوم أنه ليس كذلك فيكشف هذا عن أن المراد التحليل والتحريم المقيدان بكونهما خلاف الشرع و (ح) فيتحد مفاد هذا الاستثناء والاستثناء المتقدم ويؤيده انه اقتصر في بعض الأخبار على هذا وفي بعضها على ذلك هذا إذا جعلنا الحرام والحلال أعم من الوضعي والتكليفي كما هو الظاهر والا فيكون هذا الاستثناء أخص من ذلك كما لا يخفى هذا كله إذا اشترط فعل أو ترك المباح أو المستحب أو المكروه في الجملة وفي بعض الأزمنة واما ان اشتراط فعل مباح أو تركه دائما فالظاهر عدم صحته وكذا المستحب والمكروه لأنه يصدق عليه (ح) عرفا تحليل الحرام أو تحريم الحلال كما يؤيده أو يدل عليه ما ورد من عدم جواز الحلف على

(۱۱)

ترك شرب العصير دائما معللا بأنه من تحريم الحلال فتدبر قوله نعم لا يرد هذا الاشكال (الخ) أقول نمنع اختصاص الاشكال بتحريم الحلال بل العكس أيضا مشكل بأنه إذا فرض دلالة أدلة المحرمات على الحرمة الغير المتغيرة بالشرط وسائر الطوارئ فبطلان شرط خلافها معلوم بنفس تلك الأدلة ولا حاجة إلى الاستثناء بل الانصاف ان أصل هذا المعنى الذي بينه المصنف (قده) غير صالح لكونه ضابطة كلية إذ يصير حاصل المعنى كل شرط جائز الا إذا علم عدم صحته بان كان الحكم مما لا يمكن تغييره بالشرط وهذا لا يحتاج إلى هذا المقدار من الاهتمام في بيانه بالاستثناء المذكور فالأولى ما ذكرناه سابقا من أن المراد من مخالفة الكتاب المخالفة للعمومات والمطلقات فيه والمراد من التحليل والتحريم أيضا ما ذكرناه فتدبر قوله بل نفس استثناء الشرط (الخ) أقول لا يخفى ما فيه فان الاستثناء متساوي النسبة بالنسبة إلى المقامين فكيف يكون دالا على إرادة الحرام في نفسه دون الحلال في نفسه وما ذكره لو ثم فهو دليل خارجي لا دخل له بقريئة الاستثناء هذا مع أن إرادة الحرام لولا الشرط ينافي ما ذكره في بيان الضابطة من أن المراد الحرام الذي لا يتغير بالشرط فلا تغفل قوله ولكن الانصاف (الخ) أقول لا يخفى ان الاشكال الذي قرره المصنف (قده) انما هو عدم وجود القسمين في المباحات وهذا المتخيل قد بين وجودهما فاندفع الاشكال واما اشكال عدم الفرق بين الموارد بحسب دلالة الدليل فهو اشكال اخر مشترك ورود بين الطرفين إذ في طرف تحليل الحرام أيضا لا فرق بين افراد المحرمات بحسب لسان أدلتها ولسان دليل الشرط كما لا يخفى فتدبر قوله مع أن هذا العنوان (الخ) أقول يعنى الإباحة التكليفية أيضا قد يكون مما لا يتغير لما ورد من عدم جواز الحلف على ترك شرب العصير مع أنه من الإباحة التكليفية قلت الذي يستكشف من هذه الرواية هو ان الالتزام بترك المباح ابدًا من تحريم الحلال ولعل السر فيه ما ذكرناه سابقا من أنه يعد عرفا منه وهذا بخلاف الالتزام بأحد الطرفين في بعض الأزمنة فنأخذ بالرواية ونستفيد منها حكم ما نحن فيه أيضا ونتعدى إلى غير العصير من المباحات إذا اشترط فعلها أو تركها فتدبر قوله وبالجملة فالفرق (الخ) أقول لا يخفى ان هذا الاشكال ليس اجمالا للاشكال السابق بل هو اشكال اخر وهو كاشف عن فساد الميزان الذي ذكره المصنف (قده) فتدبر قوله وربما قيل أقول القائل صاحب العوائد قوله لا يزيد ان معنى الحرمة (الخ) أقول قد عرفت أن هذا هو المراد ولا بأس به اما في ترك الواجب وفعل الحرام فلا اشكال لما عرفت من صدق التحريم والتحليل عليهما عرفا واما في المباح فهو وان كان كذلك أيضا الا ان المراد ليس مطلق التحليل والتحريم كما عرفت بل على وجه يكون موجبا لمخالفة الشرع والتزام ترك المباح أو فعله ليس كذلك فلا يلزم الاشكال المشار إليه في كلامه قوله مع قطع النظر عن اشتراطه أقول لم افهم معنى محصلا لهذا الكلام ولعل مراده مع قطع النظر عن دليل وجوب الوفاء قوله فان جعل المكروه أو المستحب (الخ)

أقول لا نعلم حرمة ذلك ما لم يقصد التشريع ولم يسند إلى الشارع قوله ان الشرط النذور (الخ) أقول يظهر منه عدم الاشكال في النذر وشبهه وان عدم الصحة في المذكورات مختص بالشرط مع أنه لا فرق بينهما إذ في النذر أيضا يشترط الشرط المذكور أعني أن لا يكون محللا للحرام أو محرما للحلال وقد ورد الاستثناء في الحلف الذي هو مثل النذر فتدبر قوله هو تأسيس (الخ) أقول لا وجه لهذا التخصيص كما لا يخفى ولهذا لو حرم الشارع شرب فرد خاص من الخمر يصدق عليه انه حرام فلا يلزم في صدق التحليل والتحریم كون الحكم كلياً سواء كان الحاكم هو الشارع أو الشارط كما هو واضح قوله من وجوب البيع الخاص (الخ) أقول لا فرق بينه وبين اشتراط عدم التزويج والتسري الا ان يكون المراد صورة اشتراط بيع خاص من حيث شخص المشتري والزمان والمكان فتدبر قوله وكذا لو شرط نقص الجماع أقول لم افهم المراد من هذه العبارة قوله وبالجملة اللزوم (الخ) أقول لا يخفى ان هذا ليس اجمالاً لما بينه بل هو مطلب اخر ولا وقع له في حد نفسه أيضا كما لا يخفى إذ لا يتوهم أحد كون ذلك مراداً من تحليل الحرام وعكسه إذ دخل له بالمكلف بل هو من فعل الشارع قوله وللنظر في مواضع (الخ) أقول قد أشرنا إلى بعض تلك المواضع فلا تغفل قوله الشرط الخامس أن لا يكون منافياً (أقول تحقيق الحال هذا المجال ان يقال إن الشرط اما ان يكون منافياً لنفس العقد كان يشترط عدم العوض في البيع أو عدم الملكية للثمن بان يقول بعتك بشرط أن لا تملك أو قال وهبتك بشرط أن لا تباع في وفاء الدين أو قال بعتك العبد بشرط ان يكون منعقداً أو بشرط ان ينتقل الثمن إلى عمرو ونحو ذلك واما ان يكون منافياً لمقتضاه أي للآزمه و الخارج والمقتضى أقسام لأنه اما ان يكون لازماً للعقد المطلق أو لمطلق العقد والأول اما عرفي أو شرعي وكل منهما اما ان يكون بلا واسطة أو معها بواحدة أو أزيد والثاني أيضا اما عرفي أو شرعي وعلى التقديرين اما بلا واسطة أو معها وعلى التقادير اما ان يكون كالمقوم للعقد أولاً بل يكون حكماً عرفياً أو شرعياً غير منفك والفرق بين الصورتين انه لو فرض عدمه على الأول يلزمه انتفاء العقد فهو نظير الجزء المقوم وعلى الثاني لا يلزمه الانتفاء الا انه لا ينفك ككون الطلاق بيد الزوج فإنه لازم شرعي للنكاح ولا يمكن انفكاكه الا انه لا يلزم من فرض عدمه انتفاء حقيقة النكاح لكن فرض كونه لازماً غير منفك عرفاً مع عدم كونه كالمقوم بان يكون حكماً عرفياً غير منفك لا (يخ) عن اشكال وكيف كان فهذه ثلاثة عشر قسماً فما كان لازماً للعقد المطلق أي لاطلاق العقد وهي أربعة أقسام لا يكون باطلاً لأن المفروض انه لازم للعقد إذا كان مطلقاً فلا ينافي عدمه مع عدمه والاقسام الاخر كلها باطلة والدليل على بطلانها أولاً الاجماع في الكل وثانياً اما القسم الأول وهو ما كان منافياً لنفس العقد فلعدم تحقق العقد

معه إذ هو راجع إلى التناقض وكذا ما كان منافيا لمقتضى مطلق العقد وكان كالمقوم
العرفي بقسميه من غير ذي الوسطة وذيها واما بقية

(١١٢)

الأقسام وهي ستة فلكون الشرط فيها مخالفا للكتاب والسنة اما بالنسبة إلى اللوازم الشرعية فواضح واما بالنسبة إلى العرفية التي ليست كالمقوم فلكونها شرعيا بعد الامضاء واما التناقض فلا يجرى في شئ من هذه الأقسام حتى فيما هو كالمقوم الشرعي لان الحقيقة العرفية محفوظة بالفرض الا ان يكون تصرف الشارع راجعا إلى تخطئة العرف في المصداق إذ (ح) يرجع إلى ما هو كالمقوم العرفي غاية الأمر ان أهل العرف لا يفهمون تقويمه ومما ذكرنا ظهر أن الوجهين المذكورين في المتن ليسا في محل واحد إذ في بعض الصور يجرى الوجه الأول وهو التناقض فقط و في بعضها الوجه الثاني وهو مخالفة الكتاب والسنة فقط إذ مع فرض عدم كون اللازم مقوما لا يلزم التناقض ومعه لا يلزم المخالفة للكتاب إذ هو فرع تحقق العقد إذ مع عدم تحققه لا معنى لتعليق البطلان بالمخالفة إذا لتمسك بوجود المانع انما يصح بعد احراز المقتضى فتدبر قوله أحدهما وقوع التنافي (الخ) أقول إن كان المراد من هذا التنافي التناقض ففيه أولا ما عرفت من كون هذا الدليل أخص من المدعى إذ لا يتم الا فيما كان مقوما أو بمنزلة المقوم العرفي وثانيا انه لا وجه لما ذكره أخيرا من أنه لا بد اما من الحكم بتساقطهما أو تقديم جانب العقد إذ مع التناقض لم يحصل عقد حتى يؤخذ به ويطرح الشرط وان كان المراد مجرد التنافي بين العقد والشرط باعتبار ان الأول يقتضى ترتب ذلك اللازم والثاني يقتضى عدمه ففيه مضافا إلى كونه أيضا أخص من المدعى إذ لا يجرى فيما لو كان مقوما أو بمنزلة الا ان يقال إنه لا يحتاج إلى الدليل لوضوح البطلان فيه أن ما ذكره من استحالة الوفاء بهذا العقد المقيد ممنوع إذ لا يلوم من الاخذ بالشرط محذور الا كونه مخالفا للكتاب والسنة إذ مع الاغماض عن هذه الجهة لا بأس بتفكيك اللازم عن العقد ودعوى أن المفروض كونه مما لا يتخلف فكيف يمكن التفكيك مدفوعة بان كونه كذلك انما هو مع قطع النظر عن الشرط والكلام في امكان تأثير الشرط في تخلفه كيف ولو كان الغرض صورة العلم بعدم التخلف حتى مع الشرط فلا حاجة إلى الاستدلال لان هذا في قوة العلم ببطلان الشرط والمفروض انه بصدد اثبات هذا المطلب فكيف يمكن فرض الكلام على تقدير ثبوته وهذا واضح وبالجملة (من المعلوم أنه لا بد من فرض الكلام فيما كان اللازم غير متخلف من حيث هو مع الاغماض عن دليل الشرط و (ح) لو أغمضنا عن الوجه الثاني وهو كونه ومخالفا للكتاب والسنة لا يتم هذا الوجه فلا تغفل ثم لا يخفى)

ان في قوله بين مقتضاه الذي لا يتخلف (الخ) حازاة إذ ليس التنافي بين مقتضى العقد والشرط بل بين العقد والشرط من حيث الأول يقتضى ترتب اللازم والثاني عدمه ثم إنه ظهر مما ذكرنا ما في تقرير صاحب العوائد أيضا للدليل العقلي على المطلب فإنه قال ووجه عدم الاعتداد بهذا الشرط اما في القسم الأول فظاهر ومراده منه ما لو كان ذلك المقتضى مقوما للعقد لغة أو عرفا أو شرعا قال لان الاعتداد به مستلزم لتخلف مقتضى

العقد الذي هو معنى عدم ترتب الأثر عليه الذي هو معنى الفساد وهو يستلزم عدم الاعتداد بالشرط لان وجوب الوفاء انما هو إذا كان العقد صحيحا

باقيا انتهى إذ مع فرض التقويم العرفي أو اللغوي لا يتحقق عقد حتى يلزم من صحة الشرط عدم صحته بل نفس الشرط مناف لتحقق العقد لا الاعتداد به ومع فرض التقويم الشرعي فقط بان يكون العقد محفوظا عرفا لا يلزم من صحة الشرط فساد العقد إذ غاية الأمر تفكيك اللازم الشرعي بسبب الشرط ولا به مع الاغماض عن كونه مخالفا للكتاب والسنة والكلام مع هذا الفرض إذ يذكر المخالفة وجها اخر ثم إنه ذكر وجها اخر أيضا وقال بجريانه

في اللازم الغير المقوم أيضا وهو انه يحصل التعارض بين عمومات الوفاء بالشرط وأدلة صحة العقد فيرجع إلى أصل الفساد وعدم لزوم الوفاء وفيه أن التعارض فرع تحقق أصل العقد وفي صورة التقويم وهو القسم الأول في كلامه لم يتحقق عقد من جهة التناقض نعم يتم فرض التعارض في القسم الثاني وهو صورة عدم التقويم لكن ليس بين دليل صحة أصل العقد ودليل الشرط بل بين ما دل على ترتب ذلك المقتضى وبين دليل الشرط ومن المعلوم ان دليل الشرط حاكم على سائر الأدلة فلا بد مع الاغماض عن مخالفة الكتاب والسنة من العمل بالشرط أو الحكم بالتخلف ففي القسم الأول لا يتصور التعارض وفي القسم الثاني لا يضر بعد معلومية حكومة أدلة الشرط فالتحقيق في الاستدلال ما ذكرنا فلا تغفل قوله وانما الاشكال أقول

الانصاف عدم الاشكال في تشخيص الصغريات أيضا بحسب الأدلة إذ فيما يكون مقوما حقيقة أو بمنزلة المقوم عرفا فحاله واضح بالنظر إلى العرف وفيما لا يكون كذلك فمرجه أدلة ثبوت ذلك المقتضى فإن كان الدليل الدال عليه مطلقا نحكم بفساد الشرط وإلا فلا كما ذكرنا في مسألة المخالفة للكتاب والسنة بل هذا عين تلك المسألة ومن ذلك يظهر انه لا وجه لإعادة المصنف بيان الاشكال بعد ما ذكره في تلك المسألة وذكر موارد الاشكال نعم

الاشكال انما هو في كلمات العلماء ولا يلزم متابعتهم بعد وضوح الحكم بحسب الأدلة الا ان يكون هناك اجماع منهم على خلاف ما يقتضيه الأدلة وهو غير متحقق في مقام من المقامات المذكورة في كلام المصنف وسنين حال كل واحد من هذه الموارد قوله أو غرضا أصليا أقول الظاهر أنه من عطف الخاص على العام لان ما يكون كذلك لا بد وأن يكون مقوما ولو فرض عدمه نمنع ايجابه البطلان قوله وان تكلف له بعض أقول

لعل ما ذكره ذلك البعض في مثال المنع عن البيع وتجوز العتق ان الثاني مؤكد للسلطنة إذ هو تصرف في المبيع بالعتق أو نحوه بخلاف المنع عن البيع فإنه نفى للسلطنة وفيه ما لا يخفى فتدبر قوله مثلا المعروف (الخ) أقول ظاهر كلامه انه مثال لما ذكره من أنه قد يكون اتفاقهم على الجواز في بعض المقامات واتفاقهم على عدمه فيما يشبهه مع أن الاتفاق على جواز اشتراط العتق مسلم لكن الاتفاق على المنع عن

البيع والهبة ممنوع لما سينقله عن التذكرة من الاشكال فيه وانه قوى بعض من تأخر صحته
قوله وجواز اشتراط عتقه أقول اما
ان يشترط العتق عن نفسه أو عن البايع أو الأجنبي والمعروف الجواز في الجميع بل عن
جماعة الاجماع على العنوان المطلق الشامل الصور وعن

(١١٣)

التذكرة الاجماع على الصحة في خصوص الثاني أيضا ولا خلاف في الأول كما في الجواهر واما في الثاني وهو العتق عن البايع الذي مثله الثالث حكى عن ظاهر القواعد انه منع منه وكذا عن الشهيدين في (س) و (ضه) وعن الفاضل المقداد أيضا ونظرهم إلى أنه لا عتق الا في ملك ويجاب بأنه يكفي كون المعتق (مالكا ولا يلزم مالكية المعتق) عنه مع أنه يمكن ان يقال بالملك التقديري وكيف كان هذا الخلاف لا دخل له بمقامنا إذ لا اشكال عندهم في أصل صحة الشرط وانما جهة الاشكال عدم كون العتق في ملك وهذا لا دخل له بمنافاة مقتضى العقد قوله وهذا لو تم (الخ) أقول يشير إلى أنه غير تمام في نفسه ولعله لان الشرط إذا كان منافيا لمقتضى العقد بحيث يلزم التنافي بين مقتضاهما لا يمكن ان يسوغه بناء العتق على التغليب مع أن مجرد هذا لا يصير دليلا نعم لو كان دليل خاص أمكن جعله حكمة للحكم وليس موجودا وانما حكم الفقهاء بالصحة بمقتضى القاعدة هذا إذا كان المنافاة من جهة كون اللازم مقوما واما إذا لم نجعله كذلك (كما هو كذلك صح) وانما كانت من جهة المخالفة للكتاب والسنة فينحصر وجه عدم التمامية في الثاني وهو ما ذكرنا من أن مجرد ذلك

لا يصير دليلا قوله فان (المش) عدم الجواز أقول التحقيق هو الجواز لعدم كونه مخالفا للمقتضى ولا للشرع ولا فرق بينه وبين اشتراط البيع أو العتق أو نحو ذلك مما اجمعوا على جوازه ودعوى الفرق بان اشتراط البيع مؤكدا للسلطنة بخلاف اشتراط عدمه كما ترى ومخالفة المشهور لا بأس بها بعد معلومية كون نظرهم إلى كونه مخالفا للمقتضى لا إلى دليل خاص لم نصل إليه والاجماع غير محقق لما عرفت من استشكال العلامة في التذكرة بل عن الرياض الميل إلى الجواز ونقله عن بعض وظاهر النافع أيضا ذلك حيث قال المروى الجواز وعن أيضا (ح) النافع ان الجواز غير بعيد فالحق الجواز قوله ومنها ما ذكره في (س) أقول تحقيق الحال في هذا الشرط على سبيل الاجمال ان يقال اما ان يكون الشرط في عقد

البيع بان اشترى حيوانا أو غيره بالشركة واشترط التفاوت في الربح والخسران واما ان يكون في عقد التشريك كان له حيوان أو غيره فشارك فيه غيره مع الشرط المذكور واما ان يكون في عقد الشركة بان امتزجا ماليهما على هذا الشرط واما ان يكون في عقد اخر كان باع ماله من زيد على أن يكون في عقد اخر كان باع ماله من زيد إلى علي أن يكون مالهما المشترك بينهما بسبب الإرث أو غيره من أسباب الشركة كذلك ثم قد يكون (الشرط عن الوجه المذكور في المتن وقد يكون) باختصاص

الربح بأحدهما والخسران بالآخر وقد يكون باختلافهما في الربح والخسران على غير ما يقتضيه النسبة بين ماليهما ومورد كلام الفقهاء في مسألة بيع الحيوان ما ذكره في المتن لكن عنوان الفقهاء انه لو قال اشترى حيوانا بشركتي على كذا ومورد النص ما يظهر من المتن من كون الحيوان لأحدهما فشارك الآخر على الشرط ففي صحيحة رفاعة سئلت أبا الحسن (ع) عن رجل شارك اخر في جارية له

وقال إن ربحنا فيها فلك نصف الربح وان كانت وضعنا فليس عليك شيء فقال (ع) لا أرى بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجارية ومثله خبر أبي الربيع عن الصادق عليه السلام إلا أنه قال لا أرى بهذا بأسا إذا كانت الجارية للقائل وكلمات الفقهاء في هذا المورد مختلفة فعن الشهيد في الدروس ما في المتن من كون الحكم على طبق القواعد وعن الحلبي البطلان حتى في مورد النص وظاهر (المح) في (يع) الصحة في خصوص الحيوان حيث قال المروى الجواز الا انه تعدى عن مورد الرواية الذي هو الجارية إلى مطلق الحيوان وعن التنقيح الاجماع على عدم اطراد الحكم في غير مورد النص ومقتضى القاعدة مع كون الحكم على خلافها القصر على خصوص الجارية مع التخصيص بالتشريك لا في فرض المحال الذي هو ما لو قال اشتر حيوانا بالشركة والحق ان يقال إن كان المراد من الربح والخسران ما يتحقق بعد البيع أي بيع العين المشتركة مع كونها باقية على الشركة إلى حين البيع فمقتضى القاعدة بطلان اشتراط خلاف ما يقتضيه الاشتراك بين الشخصين من كون الربح والخسران بنسبة المالين سواء كان الشرط في ضمن عقد الشراء على وجه الشركة أو في عقد التشريك أو في عقد لازم آخر أو في عقد الشركة وذلك لاستلزامه صيرورة عوض مال شخص لشخص آخر فإنه إذا كان المبيع مشتركا بينهما بالنصف مثلا فمقتضى القاعدة كون نصف الثمن لهذا ونصفه الآخر لذلك واشتراط التفاوت يقتضى ان يكون ثلثاه مثلا لو أحد وثلثه لآخر وهذا لا يصح إذ لا معنى لدخول العوض في ملك غير من خرج عنه المعوض وذلك لان الثمن مقابل نفس المبيع والترقي بحسب القيمة السوقية ليس مثل الزيادة المنفصلة كالثمر للشجر أو الصوف للغنم نعم لو اشترط كون الربح له بعد صيرورته للمالك على مقتضى الشركة جاز لأنه من قبيل شرط النتيجة وكذا لو كان المراد صيرورة حصة أحدهما من العين أزيد مما كانت بمجرد حصول الترقي بمقدار تفاوت الربح مثلا إذا كانت العين تسوى من الأول ستة عشر درهما لكل واحد نصفها مقدار ثمانية درهم فترقت إلى ثلثين درهما وفرض انهما اشترطا كون سبع الربح لأحدهما وللآخر ستة أسباع إذ (ح) يلزم ان يكون العين مشتركة حين حصول الترقي بالثلث والثلثين إذا صاحب السبع درهما ورأس ماله ثمانية يصير المجموع عشرة وللآخر ستة أسباع اثني عشر درهما ورأس ماله ثمانية يصير المجموع عشرين فيكون له ثلثا العين وللأول ثلثها فلو قلنا بصحة اشتراط النتيجة وهو كون بعض ماله للآخر وأغمضنا عن كونه شرطا مجهولا فلا بأس به وكذا لو كان المراد كون أحدهما مالكا في ذمة الآخر مقدار رأس المال وكون المجموع الموجود للآخر فيما إذا اشترطا كون الربح والخسران لأحدهما وللآخر ورأس المال وكذا إذا كان المراد كونه مالكا في هذا الموجود مقدار رأس المال في الفرض المذكور بان يكون من قبيل الكل في المعين وعلى هذا التقدير لا يخرج عن الشركة بعد الشرط بخلافه على سابقه إذ بمجرد هذا الشرط يصير جميع الموجود لأحدهما في الفرض السابق والشرط على أحد هذين الوجهين انما يصح في غير عقد الشركة إذ لو اشترط ذلك في ابتدائها لا يحصل هناك شركة نعم بعد حصول الشركة بسبب من الأسباب ولو بعقد الشركة

يصح الشرط المذكور إذا كان في ضمن عقد من العقود أو قلنا يجوز الشرط البدوي فيصح
مستقلاً أيضاً فان قلت إذا فرضنا كون رأس المال

(١١٤)

يساوى نصف العين حين الشرط فإذا صار مالكا للكلية المعادل له يصير مالكا للنصف فلا وجه لصيرورة ماله بعد ذلك أقل أو أكثر فان ربح ذلك النصف وخسرانه يكون له وعليه فلا معنى لصيرورته بعد ذلك ثلثا أو ربعا أو أزيد قلت مالكيته للنصف مثلا قد يكون بما هو نصف ولازمه ما ذكرت وقد يكون من حيث انطباق كلي معادل كذا عليه ولازمه التفاوت بحسب التفاوت في القيمة فقد يكون على النصف وقد يكون منطبقا على الثلث وقد يكون منطبقا على الثلثين وهكذا فتدبر هذا واما إذا كان المراد من الربح والخسران النماء المتصل أو المنفصل بحيث لا يتوقف استيفائه على بيع المال كان اشتركا في حيوان فصار ذا لبن أو صوف أو شجر فصار مثمر أو نحو ذلك واشترط كون النماء لأحدهما فقط أو اشتراكهما فيه بالاختلاف ونحو ذلك من انحاء الشرط فلا بأس به إذ هو كاشتراط كون نماء ماله لشخص اخر بناء على صحة اشتراط النتيجة واما ما يقال من أن ذلك غير صحيح في عقد الشركة لمنافاته مقتضاها ففيه منع كون مقتضى الشركة التساوي في النماء مطلقا حتى مع الشرط فتدبر هذا ولو سلمنا كون مقتضاه شركتهما في الربح والخسران فلا تم كون مقتضاه تساويهما فيهما فلو اشترط زيادة لأحدهما صح واما الوجه الذي ذكره الفقهاء الفساد اشتراط زيادة لأحدهما في عقد الشركة من أن اكل هذه الزيادة اكل المال بالباطل إذا لم يكن في مقابلها عمل ممن اشترطت له حيث إنه ليست بهبة ولا مشروطا في عقد تجارة حتى يصير جزء من أحد العوضين لان عقد الشركة ليس من التجارة و على فرضها ليست لازمة فلا يلزم الشرط فيها وهذا بخلاف ما إذا كان في مقابلها عمل فان الشركة (ح) بالقراض أشبه ففساده غنى عن البيان إذ لا يلزم كون الشرط جزء لاحد العوضين ولا كونه في ضمن عقد التجارة ثم لا تم ان عقد الشركة من العقود الجائزة ومجرد جواز مطالبة القسمة لا يستلزم ذلك وعلى فرضه لا (نم) ان الشرط في العقد الجائز جائز كما سيأتي بيانه ثم إذا قلنا بعدم الصحة في غير صورة العمل فلازمه ذلك في صورة العمل أيضا إذ هو لا يلحقه بالقراض ومجرد شباهته به لا يثمر ذلك كما لا يخفى فالتحقيق صحته مع الاغماض عن الوجه الذي ذكرنا في الصورة التي ذكرنا فتحصل من جميع ما ذكرنا أن اشتراط خلاف ما يقتضيه الشركة ان كان في الربح والخسران اللذين لا يتحققان الا ببيع مال الشركة فهو باطل الا ان يكون المراد كون الربح له بعد صيرورته لمالكة أو كون الخسران عليه بعد كونه على مالك المال بان يرجع إلى اشتراط اعطاء ما يقابل الخسران ولو من عين الثمن المشترك فإنه لا بأس به مع الاغماض عن كونه من الشرط المجهول وكذا إذا اشترط كون رأس المال لأحدهما والربح والخسران للاخر بإرادة كون ذلك في ذمته مع كون تمام الموجود له أو بإرادة كونه مالكا لما يساوى رأس المال من العين ان نصفها فنصف وان ثلثا فثلث وهكذا على نحو الكلي في المعين وان كان في النماء الذي لا يتوقف على بيع المال أو الخسران بمعنى نقصان العين فلا بأس به ويؤيد بعض ما ذكرنا ما ورد في باب الصلح من الأخبار الدالة على جواز الصلح على كون رأس المال لأحدهما والربح والخسران للاخر وقد أفتى به الفقهاء الا ان

منهم من قيد ذلك بما بعد انتهاء الشركة وحين إرادة القسمة ومنهم من أطلق فتدبر وراجع وتمام تحقيق كلى هذه الصور يقتضى بسطا اخر لسنا بصدده والغرض الإشارة الاجمالية ليكون الناظر ملتفتا إلى الجهات حتى يراجع محل المسألة قوله ومنها ما اشتهر (الخ) أقول التحقيق ان اشتراط الضمان في العارية والإجارة ليس مخالفا لمقتضى العقد إذ عقدهما لا يقتضى عدم الضمان إذ ليس حقيقتهما الاستيمان بل غاية الأمر انه لا يقتضى الضمان فلا ينافيه اشتراطه وذلك لامكان تحقق العارية بدون تسليط المستعير على العين بان يكون المالك مصاحبا له مسلطا على ماله كما إذا اعاره حماره ليركب وكذا الإجارة نعم في الغالب يستأنمه في العين و يسلطه عليها لكن هذا امر وراء حقيقة العقدين وهذا بخلاف الوديعة فان حقيقتها تسليطه على العين على وجه الاستنابة في الحفظ فتضمنه مناف لحقيقته هذا ولكن شرط الضمان في الإجارة والعارية مخالف للشرع إذ يرجع إلى تضمين من ليس ضامنا إذ بعد عدم المقتضى للضمان حيث إن المفروض ان يده على العين كيدا المالك يصير كما لو شرط ضمان مال اخر في يد المالك ومن المعلوم مخالفته للكتاب والسنة إذ لا معنى لكون تلف مال شخص من كيس اخر الا ان يراد منه تمليك ما يعادل قيمة المال من غير إرادة الضمان بمعنى كون الخسارة عليه وكونه تالفا من كيسه والحاصل ان يدا المستأجر والمستعير لما كانت بمنزلة يد المالك حيث إنه جعلهما أمينا له بعد العقد وحين القبض فلا مقتضى للضمان كما لا مقتضى له بالنسبة إلى سائر أمواله التي في يده وعلى هذا فلا بد من جعل ما ورد في العارية من جواز شرط الضمان مخصصا للقاعدة أو كاشفا عن أن الحكم فيها قابل للتغيير وان عدم الضمان فيها من حيث هو هو والا فاليد فيها مقتضيه للضمان مع الاشتراط وكيف كان فقد ظهر مما ذكرنا أنه لا دخل لهذه المسألة بمقامنا من كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد فلا وجه لكلام المصنف ولا الأصحاب في هذا الباب فتدبر قوله ومنها اشتراط عدم اخراج (الخ) أقول لا اشكال في هذه المسألة بحسب الحكم فان الشرط المذكور صحيح إذ ليس مخالفا لشيء لأنه لم يشترط عدم السلطنة وانما اشترط عدم الاخراج فهو كاشتراط ترك مع أنه لو اشترط عدم السلطنة أيضا صحيح ما لم يسند إلى الشرع إذ هذا لا ينافي كون الرجل قواما على المرأة فإنه نظير اشتراط كون ماله الفلاني للغير حيث إنه لا ينافي قاعدة تسلط الناس على أموالهم بل مؤكدا له هذا مع أن النص الخاص موجود وكذا لا اشكال فيها بالنظر إلى كلمات العلماء إذ (المش) على الصحة ومجرد الخلاف لا يقتضى الاشكال خصوصا مع كون المخالف نادر أو معللا بوجه عليل قوله ومرجع القولين (الخ) أقول التحقيق في هذه المسألة أيضا بطلان الشرط لأنه كاشتراط توريث الأجنبي لا يقال المقتضى وهو العقد موجود غاية الأمر ان الانقطاع مانع والقدر المسلم من مانعيته صورة عدم الشرط لأننا نقول أولا وجود المقتضى غير معلوم فان

المقتضى هو العقد الدائم وثانيا غاية الأمر كونه كالوارث

(١١٥)

الكافر أو القائل فكما لا يصح الشرط فيهما فكذا في المقام هذا مع الاغماض عما دل من الاخبار على أن من حدود المتعة أن لا ترث نعم في بعض الأخبار ما يظهر منه جواز الاشتراط لكنه مع معارضته بما هو نص في عدم الصحة يمكن كون المراد منه الوصية باعطاء شئ يساوي حصة الزوجة الوارثة ثم إن هذه المسألة لا ربط لها بمسألة مخالفة مقتضى العقد إذ غاية الأمر ان الانقطاع لا يقتضى التوارث لا انه يقتضى العدم ولا ينافي ذلك قوله عليه السلام من حدودها أن لا ترث إذا الظاهر أن المراد رفع توهم كونها كالزوجة الدائمة فما نحن فيه نظير اشتراط عدم التزويج والتسري فان التسلط عليهما ليس من مقتضيات عقد النكاح حتى يكون اشتراط عدمها منافيا للمقتضى فهو كسائر الشروط المخالفة للكتاب والسنة التي لا ربط لها بمقتضى العقد مثلا إذا اشترط في عقد البيع عدم التسلط على بيع ماله الفلاني لا يقال إنه مناف لمقتضى العقد بل هو مخالف للشرع إذ البيع لا يقتضى السلطنة عليه ولا على عدمه وكذا في المقام عند الانقطاع لا يقتضى التوارث فلا وجه لعهده من المقام فتدبر قوله ثم قال ودفع ذلك (الخ) أقول الانصاف انه لا عسر فيه فإنه لا يعد من منفيات المقتضى ولا من مخالفة الشرع قوله وكذا القول في خيار الحيوان أقول هذا أيضا لا اشكال فيه إذ اشتراط السقوط راجع إلى الاسقاط الاختياري غاية الأمر ان سببه نفس الشرط فهو كاشتراط كون ماله الفلاني لزيد فهو لا ينافي سلطنة الناس على حقوقهم وأموالهم والحاصل ان الخيار لما كان من الحقوق القابلة للاسقاط فلا بأس باشتراط عدمه الذي هو في معنى اسقاطه ودعوى أنه من اسقاط ما لم يجب قد عرفت الجواب عنها سابقا من أنه اسقاط في محل الثبوت والوجوب وهذا لا مانع منه عقلا والاجماع على عدم صحة الاسقاط قبل الوجوب ولو باعتبار زمان الثبوت والوجوب انما هو فيما لم يتحقق المقتضى للثبوت أيضا كما إذا اشترط سقوط الخيار في العقد الذي يوجد غدا أو انشاء اسقاطه كذلك لا مثل المقام فتدبر قوله فان ذلك ينافي منع اشتراط (الخ) أقول لا تم بطلان اشتراط عدم البيع والوطئ كما عرفت ومجرد فتوى (المش) بالمنع لا يوجب الاشكال بعد تعليلهم بالمنافاة الذي نرى عدمه فتدبر قوله أقول وضوح المنافاة إلى قوله وان كان الغير العرف (الخ) أقول هذا يؤيد صحة ما ذكرنا من الاشكال على الوجه العقلي الذي ذكره سابقا حيث قلنا إنه لا يتم الا فيما كان مقوما أو كالمقوم ولا يحتاج إلى التقرير إلى ولا يحتاج إلى التقرير الذي ذكره من أنه لا بد اما ان يحكم بتساقطهما (خ) أقول أصالة ثبوت ذلك (الخ) أقول يعني أصالة عدم جعل الحكم على الوجه الاخر والا فمن المعلوم ان مقتضى الأصل ليس ثبوته على الوجه الثاني ومع ذلك قد عرفت عدم صحة هذا الأصل لأنه من الأصل المثبت فراجع تنبيه الأولى لمن جعل هذا العنوان مقابلا لعنوان الشرط السابق بجعله شرطا اخر كالمصنف ان يقتصر على ما يكون منافيا للمقتضى (العرفي الذي يستلزم التناقض ولا يذكر فيه ما يكون منافيا للمقتضى)

الشرعي الذي دليل بطلانه كونه مخالفا للكتاب والسنة إذ هو مندرج في الشرط السابق فان المخالف للكتاب والسنة أعم من أن يكون من مقتضيات العقد

أولا والمفروض ان دليل بطلانه أيضا ليس إلا كونه مخالفا إذ الدليل العقلي السابق لا يجرى فيه فلا وجه لتعميم هذا العنوان مع كون السابق أيضا

أعم لاستلزامه التكرار حسبما صدر من المصنف فلا تغفل قوله أن لا يكون الشرط مجهولا أقول التحقيق عدم بطلان الشرط المذكور وذلك لعدم

الدليل على اعتبار العلم فيه وان كان بمنزلة الجزء من أحد العوضين الا إذا كانت الجهالة بحيث لا تقول إلى العلم أصلا كما إذا قال بعثك بشرط ان

تعطيني شيئا أو تفعل إلى فعلا والا فالجهالة التي لها واقع معين ولو كانت مثل ما إذا قال بشرط ان تفعل ما يقوله زيد ليست مضرة والوجه

في بطلان القسم الأول ان البيع معه يعد غرريا فيشملة قوله نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر بخلاف الثاني إذ هذا الخبر لا يشمله واما الخبر الآخر المروي

عن العلامة من قوله (ع) نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر فليس معتبرا إذ هو مرسل غير منجبر واما الاجماع على بطلان المعاملة الغررية فغير شامل للمقام إذ القدر

المسلم منه ما يكون كالبيع (مبني) على المغابنة كالإجارة والصلح في مقام البيع ونحو ذلك فالاجماع على التعدي عن البيع انما هو في الجملة واما الدليل الدال

على اعتبار العلم في العوضين فهو أيضا غير صيد إذ هون اما الأخبار الخاصة ببعض الموارد واما الاجماع والقدر المتيقن منه غير المقام والحاصل

ان الشرط تابع غير مقصود بالأصالة فالغرر والجهالة فيه لا يسرى إلى أصل البيع حتى يشمله ما دل على (اعتبار المعلوماتية في العوضين ولا دليل على) اعتبارها في نفسه من حيث هو هو قوله بناء

على أن المنفي (الخ) أقول قد عرفت عدم تمامية المبني إذ لا دليل عليه الا مرسل العلامة والاجماع والأول غير منجبر والثاني القدر المتيقن منه غير

مثل الشرط قوله مقدارا من الغرر (الخ) أقول هذا ممنوع نعم يستلزم مقدارا من الغرر لكن لا يسرى إلى العوضين وعلى فرضه

نمنع البطلان بهذا القدر قوله ومن ذلك يظهر (الخ) أقول يعني مما ذكرنا من استلزامه مقدارا (الخ) يظهر عدم الفرق بين الشرط والجزء

قوله الا إذا عد المشروط (الخ) أقول هذا مناف لما ذكره من أنه يستلزم دائما مقدارا من الغرر مع أن الشرط في الغالب يعد تابعا غير

مقصود بل هو كذلك دائما وان كان بحسب قصدهما مقصودا بالأصالة إذ المدار على الانشاء لا على بحسب الانشاء يلحقه حكم

التابع وإن لم يكن كذلك بحسب الغرض النفسي فما ذكره الشهيد من أن جعل الحمل جزء كجعله شرطا في اغتفار الجهالة كما ترى والحق ما ذكره العلامة

من الفرق والاختلاف بحسب الاختلاف التغيير فتدبر قوله الا ان يكون مستلزما المحال أقول من هذا الباب ما لو فرضنا ماله المعين

لزيد على تقدير وجوب كنس المسجد عليه كما إذا نذر ذلك وقلنا بصحة هذا النذر أو شرطه على نفسه في ضمن عقد وفرض بيعه بعد ذلك لذلك المال من عمر و

وشرط عمرو عليه كنس المسجد فان صحة هذا الشرط تستلزم وجوب الكنس عليه ومعه
يخرج ذلك المال عن ملكه إلى ملك زيد ومعه يبطل البيع فلا يصح الشرط

(١١٦)

فهذا الشرط يستلزم عدم صحته فان قلت إن ملكية زيد فرع للوجوب الذي هو في عرض الدخول في ملك عمرو فهو متأخر عن ملكية عمرو ولا تأثير لهذا الشرط في الخروج إلى ملك زيد ان هو نظير ما إذا أخرجه عن ملكه قبل حصول المعلق عليه فيبقى الوجوب بلا تأثير إذ لا مورد للدخول في ملك زيد بعد خروجه عن ملكه قبل تحقق شرط ملكيته قلت نمنع تأخر ملكية زيد عن ملكية عمرو غاية الأمر تأخره عن الوجوب الذي هو في عرض ملكية عمرو وهذا لا يوجب تأخره عنها إذ ما في طول ما في عرض شيء لا يلزم ان يكون في طول ذلك الشيء أيضا مثلا معلول أحد معلولي علة ثالثة سابقة لا يكون الا متأخرا عن علته لا عن ما في عرض علته من المعلوم الاخر إذ التأخر انما هو من حيث الرتبة والمفروض عدم العلية بينه وبين ذلك المعلوم الاخر ففي المقام نقول ملكية زيد انما تكون متأخرا طبعا عن الوجوب وهو في عرض ملكية عمرو ويلزم من ذلك أن تكون ملكية زيد في طول ملكية عمرو حسبما عرفت حتى يجب تقدمها عليها فتدبر قوله الفرق ظاهر (الخ) أقول محصل مرامه ان بيع الشيء على مالكة من حيث هو غير معقول بخلاف بيعه على غير مالكة وان كان البيع غير مالك فإنه من حيث هو معقول فإذا فرضنا توقف الملكية للمشتري على العمل بالشرط فمع قطع النظر عن صحة البيع لا يعقل بيعه على المالك بخلاف بيعه على الأجنبي فيصح الشرط في الأول دون الثاني لعدم توقف العمل بالشرط من حيث هو على صحة البيع الأول فيه حتى يلزم الدور لكن لا يخفى ان تمامية هذا الفرق موقوفة على كون الشرط مجرد انشاء البيع الصحيح من جميع الجهات الا جهة عدم كون البايع الثاني مالكا بحيث لو فرض كونه مالكا كان البيع صحيحا إذ (ح) الفرق ظاهر حيث إن انشاء التملك على المالك الأول غير صحيح الا بعد صحة البيع الأول وهذا واما لو كان الشرط تملك البايع أو الغير على وجه يحصل الملكية الفعلية فلا يتم الفرق إذ صحة البيع الثاني بهذا الوجه تتوقف على صحة البيع الأول والا كان فضوليا وهو غير مقصود بالشرط هذا ولكن مع ذلك لا يتم ما ذكره العلامة إذ هو فرع كون العمل بالشرط معتبرا في صحة البيع مع أنه ليس كذلك بل هو شرط في لزومه فلا دور فكان نظره قدس سره إلى الشرط الأصولي وقد عرفت سابقا ان الشرط في ضمن العقود بمعنى الالتزام والالتزام كيف لازم كونه أصوليا بطلان البيع بتخلف الشرط مع أنه لا يقول به وأيضا هو مستلزم للتعليق نعم يمكن جعله شرطا أصوليا ولكن بجعله قيذا في اللزوم دون أصل البيع ومعه لا ينتج؟ مدعاه فما ذكره لا يتم على تقدير الشرط الأصولي أيضا لا بجعله قيذا في أصل البيع وهو باطل قوله الجواز ان يكون جاريا (الخ) أقول يعنى انه من حيث هو معقول ولذا يمكن فيه التوكيل والفضولية لا انه يصح اشتراط البيع للغير بهذا الوجه إذ هو غير مقصود قطعا قوله وقد تقدم تقرير (الخ) أقول يظهر من هذا ان تصنيف المصنف المسألة النقد والنسيئة كان قبل هذه المسألة والا فهي في وضع الكتاب متأخرة كما لا يخفى قوله بل عدم القصد إلى البيع أقول فيه ما لا يخفى فإنه لا مانع من تعلق

الغرض ببيعه ثم شرائه قوله النقص بما إذا اشترط (الخ) أقول وأيضاً يرد النقص بما إذا اشترط على المشتري فسخ العقد بعد مدة معينة فإن الفسخ لا يعقل إلا بعد صحة البيع الأول مع أن الظاهر أنه لا اشكال في صحته قوله مع جريان الدور فيه أقول سيأتي في مسألة النقد والنسيئة نقل المصنف عن العلامة الالتزام ببطلان الرهن على الثمن أيضاً وإن صرح في هذا الموضوع بصحته وسيأتي أيضاً توجيه من المصنف لعدم ورود هذا النقص وسنبين أيضاً ما عندنا هناك انشاء الله قوله الشرط الثامن (الخ) أقول تحقيق الحال ان يقال إن الكلام في مقامين أحدهما هل الشرط الابتدائي واجب العمل أولاً الثاني ان الشرط في ضمن العقد هل يعتبر ان يكون مذكوراً في متنه ولو بالاجمال أولاً اما المقام الأول فقد أشرنا سابقاً إلى أن مقتضى القاعدة وجوب الوفاء به وذلك لصدق الشرط عليه فإنه لغة بمعنى الالتزام والالتزام بل مطلق الجعل حسبما مر سابقاً من ظهور كلام بعض اللغويين فيه كالصراح ويقتضيه الاستعمالات كقوله (ع) شرط الله قبل شرطكم وقوله (ع) الشرط في الحيوان كذا إلى غير ذلك مما مر بل يدل عليه خبر عبد الله بن سنان الوارد في مسألة التسري والتزويج من أبي عبد الله عليه السلام في رجل قال لامرأته ان نكحت عليك أو تسريت فهي طالق قال (ع) ذلك ليس بشئ ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال إن من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه إذ ظاهره ان الالتزام البدوي وان شرط في صورة السؤال لولا كونه مخالفاً لكتاب الله يجب العمل به وذلك لأن المفروض في السؤال قول الرجل لامرأته التي كانت تحته سابقاً كذا الا في العقد عليها حتى يكون شرطاً في ضمن العقد واما ما عن (الق) من تخصيصه بما كان في عقد البيع ونحوه فلا يكون حجة بعد ما مر خصوصاً مع احتمال كونه إشارة إلى مقولة المعنى وكيف كان فالظاهر كون لفظ الشرط حقيقة في الأعم وإذا كان كذلك فيشملة قوله المؤمنون ونحو مما دل على وجوب الوفاء بالشرط وأيضاً يشمله عموم ما دل على وجوب الوفاء بالوعد إذ يصدق عليه الوعد حقيقة ولا يضر كونه انشاءاً للالتزام بخلاف الوعد فإنه اخبار وذلك لمنع اختصاصه بالاخبار ودعوى أن الوفاء بالوعد غير واجب عندهم ولا يمكن الاستدلال بالاخبار المشار إليها مدفوعة أولاً بمنع عدم الوجوب فان ظاهرها الوجوب وقد نقل عن جماعة الفتوى به وعلى فرض التسليم نقول خرج صورة الاخبار وبقي الشرط البدوي فان قلت إن الحكم بوجوب الوفاء في الشرط البدوي خلاف الاجماع قلت نعم ذلك فان صلى الله عليه وآله العوائد حكم بوجوب الوفاء به ونقل عن بعضهم اطلاق القول بوجوب الوفاء على وجه يشمل الشرط البدوي وعن الشيخ في النهاية وجوب الوفاء بالشرط بعد النكاح عملاً بما ورد من الاخبار في ذلك ويمكن ان يقال إن نظر (المش) الاعتبارين لكونه مذكوراً في متن العقد إلى أن الذكر السابق أو اللاحق لا يكفي في كونه

شرطا في ضمن العقد بحيث يلحقه حكمه لا إلى أنه ليس واجب العمل في حد نفسه ومما
ذكرنا ظهر انه لا وجه لدعوى القطع في كلام المصنف على عدم

(١١٧)

وجوب الوفاء به واما المقام الثاني فنقول اما ان يكون شرط سابق على العقد متعلق به ثم يوجد العقد مبني عليه ولكن لا يذكر

في متنه بل يكون مجبر قصدهما واما ان يكون مقاولة سابقة من دون انشاء الالتزام ويوجد العقد مبني عليه واما أن لا يكون هناك ذكر له سابقا

لا بنحو الانشاء ولا بالمقاولة ولكن يكون من قصدهما البناء عليه مع اطلاع كل منهما على ما في ضمير الاخر وعلى الأولين اما ان يكون البناء من قصدهما

فعلا والتفتاتهما أو يكون موجودا في حالهما مع الغفلة الفعلية بحيث لو التفتا كان نظرهما إليه والحق كفاية ما عدا صورة الغفلة الفعلية وبعبارة

أخرى في صورة تواطئهما وبنائهما على الشرط سواء كان مع الالتزام السابق أو مع المقاوله السابقة أو من جهة المعهودية الخارجية كما في اشتراط الصحة

في العوضين حيث إن المبيع المطلق ينصرف إلى التباني على الصحة وإن لم تذكر في العقد والوجه فيه صدق الشرط على هذا المقدار من التواطؤ

والتباني فيشملة عموم قوله صلى الله عليه وآله المؤمنون وأيضا هو قيد معنوي للعقد فيدل عليه عموم أوفوا بالعقود حيث إنه يكون جزء من العقد ويجب الوفاء به مع

خصوصيته كما أشار إليه المصنف وأيضا في خصوص صورة الشرط السابق والبناء عليه حين العقد يمكن دعوى عموم قوله (ع) المؤمنون لان الخارج منه بناء

على عدم وجوب العمل بالشراء الابتدائي ما إذا لم بين العقد عليه والا فيجب الوفاء به لعدم الدليل على الخروج وهذا هو الذي أشار إليه المصنف بقوله قدس

سره مع أن الخارج (الخ) والفرق بينه وبين ما ذكرنا أولا ان في الوجه الأول كان النظر إلى صدق الشرط على مجرد التباني مع قطع النظر عن الاشتراط

السابق فيشملة العموم وفي هذا الوجه يكون النظر إلى صدق الشرط على ما انشائه قبل العقد فيجب الوفاء به إذا لحقه التباني عليه ولكن هذا

مبنى على تسليم اطلاق الشرط على الشروط الابتدائية وانها خارجه عن العموم بسبب الاجماع والا فلو نوقش في أصل الصدق كما اختاره المصنف في السابق وان

رجع عنه في أول بحث الشروط فلا يتم كما لا يخفى هذا واما مع الغفلة الفعلية وانشاء العقد مطلقا فلا يصدق الشرط حتى يشمله العموم وكونه مركزا

في ذهن المتعاقدين بحيث لو التفتا إليه اعتبراه في العقد لا يكفي والانشاء السابق غير كاف وان قلنا بوجوب الوفاء به إذ مجرد ذلك لا يوجب ربط العقد

به بحيث يكون تخلفه موجبا للخيار أو فساده موجبا للافساد بناء على القول به وهذا واضح نعم بناء على الوجه الثالث المذكور يمكن ان يقال إن مقتضى

عموم المؤمنون وجوب الوفاء به إذا كان متعلقا بالعقد وإن لم يلتفتا إليه فعلا بدعوى أن الخارج منه صورة عدم التباني الركوزي أيضا فتدبر هذا

وغاية ما يمكن ان يقال وجها لعدم الصحة الا مع الذكر في العقد أمور أحدها الاجماع المحكى في كلام المصنف عن الرياض المعتضد بما أشار

إليه من التتبع في كلماتهم في باب النكاح والبيع الثاني ما أشار إليه المصنف أخيرا من أن الشرط من أركان العقد المشروط بل هو كالجزم من أحد

العوضين فيجب ذكره في العقد كاجزاء العوضين وان سلمنا اطلاق الشرط عليه وصدقه

بمجرد التبانى القلبي الثالث ما يظهر ما يظهر منه
في موضع اخر من أن الشرط بمعنى الالتزام والالتزام فيحتاج إلى انشاء هذا المعنى ولا
يكفى في تحقق الانشاء مجرد التبانى عليه فما لم يذكر لا يصدق عليه الشرط وليس
حاله كحال سائر متعلقات العقد في أنه يمكن ان يقدر وينوى إذ هي لما كانت متعلقة
بالعقد أمكن حذفها من اللفظ وكون اللفظ دالا عليها بضميمة
القرينة الحالية أو المقالية بخلافه فإنه يحتاج إلى انشاء مستقل في متن العقد وبالجملة
التقييد القصدى المعنوي لا يكفى في انشاء الالتزام
الرابع الأخبار الدالة على عدم الاعتبار بالشرط السابق على عقد النكاح وانه يهدم ما كان
من الشروط السابقة كخبر عبد الله بن بكير عن الصادق عليه السلام
ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز وخبره الاخر قال
أبو عبد الله (ع) إذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت
به وأوجب التزويج فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح فان اجازته فقد جاز وإن لم
تجزه فلا يجوز عليها من شرط قبل النكاح وخبره الاخر عن محمد بن
مسلم قال سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول في الرجل تزوج المرأة متعة انها متوارثان إذا
لم يشترطا وانما الشرط بعد النكاح وخبرا بان بن تغلب في حديث صيغة
المتعة أنه قال لأبي عبد الله عليه السلام فاني لأستحيي ان اذكر شرط الأيام قال (ع) هو
أضر عليك قلت وكيف قال لأنك إذ لم تشترط كان تزويج مقام ولزمتك
النفقة في العدة وكانت وارثا ولم تقدر على أن تطلقها الاطلاق السنة إلى غير ذلك ولا
يضر دلالتها على صحة الشرط بعد النكاح مع عدم القائل به إذا ولا
نقول إن الشيخ في النهاية قائل بها وثانيا انها محمولة على ما بعد الايجاب من النكاح كما
يمكن ان يستظهر من بعضها والجواب اما عن الاجماع فبعد عدم
حجية المحكى منه بان من المحتمل بل الظاهر أن مرادهم عدم الاعتبار بالشرط المتقدم
وعدم كفايته في تقييد العقد من حيث هو لا عدم كفاية التبانى الموجود
حال العقد كيف وقد عللوا خيار العيب بأنه من جهة التبانى على الصحة فكأنها مشروطة
ويؤيد ما ذكرنا انهم يذكرون ذلك في قبال الشرط المتأخر
عن العقد مع أنه لا ربط له بالتبانى كما هو واضح فالغرض ان الشرط لا بد وأن يكون في
ضمن العقد فلا يكفى السابق منه وهذا لا ينافي كفاية التبانى
المقارن له واما عن الثاني ويمنع كونه من الأركان وان كان بمنزلة الجزء له حد العوضين
إذ ما هو بمنزلة شئ غير نفس ذلك الشئ ولو سلمنا
نمنع وجوب ذكر الأركان أيضا بل يكفى قوله بعثك وقول الاخر اشترت مع معلومية سائر
المتعلقات فبعد صدق الشرط على التبانى يكفى الانشاء القلبي
ولا يحتاج إلى الذكر في اللفظ إذ لا دليل عليه مع انا نقول إن العقد ينصرف إليه بعد
الاطلاع على القرينة التي هي سبق الذكر والبناء عليه
واما عن الثالث فبان الانشاء كما يكون باللفظ كذا يكون بالاخطار القلبي ودعوى أن
التقييد بالشئ غير انشاء ذلك الشئ مدفوعة بأنه
عين انشائه كيف والا فاللفظ أيضا لا يكفى إذ المفروض انه يذكره على وجه القيدية فإنه
يقول بعثك هذا على أنه كذا فكما انه انشاء للالتزام باللفظ

فكذا إذا قصد ذلك ولم يذكره في اللفظ هذا مع أن الشرط لا يلزم ان يكون التزاما في جميع المقامات بل قد يكون بنحو التقييد كما في اشتراط الأوصاف للعين الشخصي فان الالتزام لا يعقل فيها فالشرط فيها راجع إلى الشرط الأصولي غاية الأمر

انه قيد في لزوم البيع لا في أصله حتى يستلزم التعليق والبطلان بالتخلف كما سيأتي بيانه واما عن الرابع فبان الراد من تلك الأخبار أيضا ما ذكرنا في كلام المجمعين من أن الشرط السابق من حيث هو غير كاف ولا ينافي ذلك كفاية التباين الحاصل حال العقد بحيث يعد عرفا شرطا أو التزاما في العقد نعم الرواية الأخيرة ظاهرة في عدم كفايته أيضا فان من المعلوم ان تباينهما انما كان على الاجل ومع ذلك حكم بعدم كفايته وضرورة العقد عند عدم ذكره دائما ولكن يمكن ان يقال ذلك كان من قصد الرجل فقط لا المرأة أيضا هذا مع أن هذه الرواية مخالفة للقاعدة فان علمنا بها تقتصر على موردها وذلك لان مقتضى القاعدة عند عدم ذكر الاجل بطلان العقد لأن المفروض ان قصدهما الانقطاع وانقلابه إلى الدائم ومع عدم قصده على خلاف القاعدة بقي شئ وهو انه بناء على عدم الاعتبار بالشروط البدوية فاللازم ذكر الشرط في العقد على وجه يرتبط به والا فلو التزم في عقد البيع بخياطة ثوب المشتري مع عدم الارتباط بالبيع على وجه يكون جزء من المبيع ويكون تخلفه موجبا للخيار لا يكون الا شرطا بدويا فالمراد من الشرط البدوي ما لم يرتبط بالعقد وان ذكر في ضمنه على وجه الاستقلال وهو واضح قوله لا يجب الوفاء به قطعا أقول قد عرفت أنه لا وجه لدعوى القطع به مع أن مقتضى العموم وجوبه ولا اجماع على خلافه قوله وان كان اثره مستمرا في نفس (الخ) أقول سواء كان حاضرا في باله أو موجودا في خزانة خياله مع الغفلة الفعلية عنه قوله نظير بقاء اثر الطلب (الخ) أقول ربما يظهر من هذه العبارة بل قد صرح به بعضهم أيضا ان الوجه في وجوب الواجب بعد الطلب الذي هو انشاء الإرادة المعدوم بعد تماميته انما هو بقاء اثره في النفس فهو الملاك لوجوب الامتثال والاتيان بالمأمور به وهو وان كان حقا في الجملة الا ان التحقيق ان الملاك هو الطلب الأولى وان فرض عدم بقاء الأثر في نفس الطالب كما إذا فرض غفلته عن الطلب للمرة بعد ما انشاء أولا وكما اذات؟؟ الأب الامر (بعد الامر) وقبل الاتيان بما امر به قوله وان وعد (الخ) أقول عطف على قوله ان انشاء (الخ) قوله لكنه تقييد لاطلاق كلماتهم أقول لا ينبغي التأمل في أن مرادهم صورة عدم الالتزام القلبي ولذا نرى ان أحد المتعاملين يعلم أنه لو أراد الاخر ترك المعاملة الثانية يكون ذلك له ولذا لا يحتاج الا من يطمئن به في ما وعد وقال قوله وأيضا فقد حكى عن (المش) أقول قد عرفت أن هذا الحكم منهم على خلاف القاعدة من جهة النص الخاص فلا يتعدى منه إلى غيره قوله نعم ربما ينسب إلى الخلاف

(الخ) أقول ظاهر كلام الشيخ انه يصح الشرط السابق بما هو مع قطع النظر عن التباني عليه حال العقد وكذا ظاهر كلام القاضي في جواهره نعم

ظاهر ما عن (لف) التخصيص بصورة التباني حال العقد مع عدم ذكره لفظا فتدبر وراجع ما هناك قوله لا الخياطة المطلقة أقول

فيه منع فان الظاهر أن مراد المتوهم كون التعليق راجعا إلى أصل الشرط بان يكون المراد من قوله بعثك على أن تخيط ان جاء زيدان التزامك بالخياطة

انما هو على تقدير المجيء لا ان يكون الالتزام مطلقا وكان المجيء قيذا في الخياطة و (ح) فيكون كقوله أنت وكيلى إذا جاء رأس الشهر وكقوله بعثك ان

جاء زيد ومقتضى القاعدة التي هي بطلان التعليق في العقود البطلان و (ح) ينحصر وجه دفعه في أنه لا دليل على بطلان التعليق في الشروط إذ الدليل

عليه انما هو الاجماع المفقود في غير المبيع ونحوه من العقود والحاصل ان التعليق ان كان راجعا إلى العمل بالشرط فليس تعليقا مصطلحا

ولا يكون مبطلا بلا اشكال وان كان راجعا إلى أصل الشرط فهو تعليق مصطلح ولكن نقول لا دليل على بطلانه حتى في الشروط والظاهر أن

مراد القائل الثاني لا الأول فايراد المصنف عليه في غير محله والوجه ما ذكرنا تنبيه وهنا شرط عاشر وهو أولى بالذكر من التاسع وهو أن لا يكون

مكرها في الشرط إذا فرض عدم اكراهه على أصل البيع بان يقول المكره له ان بعث فاشترط على نفسك كذا فان هذا الشرط غير صحيح بمعنى انه موقوف على

الإجازة بعد اندفاع الاكراه ويمكن ان يتوهم شرط حادي عشر وهو أن لا يستلزم الشرط مخالفة الشرع كما إذا اشترط شرطا في بيع أحد الربويين

بمثله فإنه ليس مخالفا للشرع من حيث هو كما إذا اشترط خياطة الثوب لكنه مستلزم للربوا الذي هو خلاف الشرع فان قلت إن البطلان (ح)

من جهة صيرورة البيع ربويا لا من حيث نفس الشرط قلت نعم ولكن هو نظير الغرر في الشرط الذي يوجب كون البيع غرريا إذا قلنا بعدم بطلان

الشرط الغرري مع عدم السراية إلى البيع فهذا الشرط نظير الشرط السادس والانصاف انه لا وجه لعهده شرطا في الصحة إذ الربا انما يجيء من جهة مجموع العوض

والشرط لا من قبل الشرط فقط حتى يصح عده شرطا الصحة الشرط فتدبر قوله أو غيرهما أقول يظهر منه جواز اشتراط فعل على غير المتعاقدين

وهو كذلك إذ لا مانع منه الا دعوى عدم كونه مقدورا ولا بأس به إذ المعبر قدرة المشروط عليه وهو الأجنبي وهو قادر نعم لا بد من قبوله

لأنه أيضا طرف لهذه المعاملة الخاصة فان قلت فعلى هذا لا ربط له بمن اشترط عليه من المتعاقدين قلت نمنع ذلك ولا بأس بتعدد المشروط عليه

مترتبا مثلا إذا اشترط البايع على المشتري خياطة ثالث ثوبه فالمشتري مشروط عليه فعل ذلك الثالث وهو أيضا مشروط عليه ومن هذا القبيل ما هو

المتداول من اشتراط أحد المتعاقدين على الاخر ان يضمن العوض أو دركه ثالث فقبل ذلك الثالث وذلك نظير ما إذا اشترط أحدهما على الاخر اعطاء

شئ لثالث فإنه مشروط له وذلك الثالث أيضا مشروط له فان قلت فما معنى الالتزام بفعل

الغير قلت هو نظير اشتراط الأوصاف

(١١٩)

وسياتي تصوير الالتزام فيها قوله وعموم المؤمنون مختص (الخ) أقول فعلى هذا لا دليل على صحة هذا الشرط إذ عموم أوفوا بالعقود أيضا لا يشمل لأنه ظاهر في الحكم التكليفي فان قلت لعله يقول إنه يستفاد من الرواية حكمان تكليفي ووضعي والتخصيص انما هو بالنسبة إلى الحكم الأول فقط قلت نمنع ذلك بل المستفاد حكم تكليفي يستتبع وضيعا وقد صرح بهذا في قوله (تع) أوفوا في أول بحث الخيارات وبالجملة فمقتضى ما ذكره بعد ما علم من مذهبه من عدم استفادة حكمين في عرض واحد ما ذكرنا من عدم الدليل (ح) على الصحة الا ان يقال إن الدليل عليها هو الاجماع لكن يبقى انه لا معنى لأصل الشرط في الأوصاف لأنه بمعنى الالتزام ولا يعقل فيها ذلك إذ هي اما حاصلة أولا وعلى التقديرين لا معنى لالتزامها وقد ذكر المصنف سابقا في مسألة اشتراط مقدورية الشرط ان شرط الأوصاف راجع إلى التوصيف وظاهره انه ليس على حقيقة الشرطية المصطلحة وعلى هذا فيشكل اشتراط فعل الأجنبي عن العقد إذ هو لا يرجع إلى التوصيف ولا يعقل فيه الالتزام لأنه غير مقدور للمشروط عليه الذي هو طرف المعاملة مع أن ظاهر كلامه حسبما أشرنا انفا صحته والتحقيق ان يقال إن عموم المؤمنون شامل لكلا المقامين اما بدعوى أن الالتزام بالوصف الحالي وبفعل الغير وان كان لا يعقل حقيقة عقلية الا ان الالتزام العرفي يمكن تعقله وتحققه فيهما فان يلزمهم يلتزمون بأمثال ذلك فيقولون على عهدي ان يفعل فلان كذا أو يكون المبيع متصفا بكذا فيما إذا كان واثقا بأنه متصف أو بان الغير يفعل فاشترط الوصف في قوة أن يقول اني ملتزم بان أعطيك المتصف بالوصف الفلاني باعطاء هذا المبيع وكذا في فعل الغير واما بدعوى أن الشرط في ضمن العقود ليس منحصرا في الالتزام و الالتزام بل قد يكون بمعنى التقييد لا بان يكون قيذا في أصل البيع حتى يستلزم التعليق المبطل وحتى يكون لازمه البطلان عند التخلف لا الخيار بل بان يكون قيذا في الالتزام بالمعاملة وبعبارة أخرى قيد في اللزوم و (ح) نقول إن الشرط لغة وعرفا بمعنى مطلق الجعل كما يدل عليه موارد الاستعمالات حسبما ذكرنا سابقا ومعنى قوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم انهم عندما قرروه وجعلوه يعنى انهم مأخوذون بمقتضى جعلهم وقرارهم فان التزموا بفعل شئ يجب عليهم ذلك الفعل وان قيذوا جعلهم بقيد فلا بد لهم من الالتزام بعدم التقييد عند عدم القيد إذا عرفت ذلك فنقول ان اشتراط الأوصاف راجع إلى تقييد البيع وكذا اشتراط فعل الغير والقيد في الحقيقة راجع إلى لزوم البيع لا إلى صحته واشترط فعل على نفسه راجع إلى الالتزام به وعموم المؤمنون يدل على وجوب العمل بمقتضى الشرط المختلف بحسب المقامين ومن هذا البيان يمكن دعوى شمول أوفوا أيضا كما لا يخفى هكذا ينبغي ان يحقق المقام قوله اشتراط تحصيلهما (الخ) أقول يعنى بحيث يرجع شرط الغاية إلى شرط السبب بحيث يكون هو المشروط

ومثله ما إذا كان المراد مجرد حصول الغاية من حيث هي في زمان كذا فإنه مقدور بالواسطة بايجاد أسبابها لا بحيث يرجع الشرط إلى شرطية ايجاد الأسباب بل نظير الامر بالمسببات على القول بعدم رجوعه إلى الامر بأسبابها كما هو التحقيق ويمكن حمل كلام المصنف على هذا الأول ويمكن حمله على الأعم أيضا و (ح) فقله فيرجع إلى الثاني معناه انه في حكمه لا انه هو قوله المخالفة للكتاب (الخ) أقول قد مر منه سابقا تبعا لصاحب الجواهر ان هذا الشرط من افراد غير المقدور فيمكن الحكم ببطلانه من هذه الجهة أيضا ولكن قد ذكرنا هناك ان ذلك انما يصح إذا كان المراد الزوجية الشرعية أو الطلاق الشرعي فإنهما (ح) غير مقدورين من حيث إن امر الشرع ليس بيده لكن المتداول في الخارج في هذه الشروط عدم اعتبار الاستناد إلى الشرع مثلا إذا اشترط كون امرأته مطلقة فمعناه كونها كذلك بحسب جعله والتزامه من غير نظر إلى امضاء الشارع وعدمه ومن المعلوم ان هذا المعنى امر مقدور وعدم امضاء الشارع أو امضائه لا دخل له في ذلك فهو نظير ما إذا باع خمرا فإنه لا يقال إنه بيع غير مقدور إذ لا يمكن شرحا تمليك الخمر فان البايح لا يقصد الا مجرد التمليك من غير نظر إلى حكم الشارع فكذا في المقام الشارط ينشأ بشرطه الالتزام بكون المرأة مطلقة أو العبد معتقا ونحو ذلك على ما هو المتداول بين العامة من الحلف بالطلاق والعتاق والحاصل انه لا ينبغي عد هذا من غير المقدور كما لا يخفى قوله كما أنه لو دل الدليل (الخ) أقول الدليل اما الاجماع على صحة الشرط في هذه الصور واما معلومية عدم اعتبار صيغة خاصة في حصولها فيكفي مثل الشرط في تحققها هذا ولا يخفى ان هذا القسم أيضا قسمان إذ قد يكون مثل الوكالة والوصاية مما يمكن فيه قصد العنوان الذي يتحقق بالعقد بمعنى انه يشترط نفس الوكالة أو الوصاية كما يمكن فيهما قصد ايجاد النيابة من غير نظر إلى عنوان الوكالة أو الوصاية وقد يكون مثل حمل الدابة حيث إنه يقصد بالشرط الملكية بلا عنوان من العناوين والا فلو قصد عنوان المبيعية يكون باطلا ولو قصد عنوان الهبة فهو محل اشكال وداخل في القسم الثالث وبالجملة ما يصح فيه الشرط بلا اشكال قد يكون داخلا تحت أحد عناوين العقود غاية الأمر ان يكون انشائه بالشرط من حيث عدم اعتبار صيغة خاصة فيه وقد لا يكون كذلك كحمل الدابة وثمره الشجر ونحوهما قوله كالوكالة أقول إذا شرط الوكالة أو الوصاية فهل يجرى عليهما ما يجرى على العقدي من جواز العزل والبطلان بالموت في خصوص الأولى أو لا الذي يقتضيه القاعدة ان يقال اما ان يكون المشروط نفس العنوانين أو يكون أثرهما من النيابة من غير نظر إلى العنوان فعلى الأول مقتضى القاعدة جواز العزل والبطلان بالموت وعلى الثاني لا بد من ملاحظة ان الحكمين من خصوصيات العقد أو من لوازم النيابة فعلى الأول لا يجرى شئ منهما وعلى الثاني يجرى كلاهما و (ح) فنقول ان النيابة لا تقتضي جواز العزل لامكان كونها لازمة فنشك في الانعزال بالعزل والأصل عدمه واما البطلان بالموت فهو من لوازم

النيابة إذا النايب انما يجوز تصرفه لأنه بمنزلة المنوب

(١٢٠)

عنه فإذا خرج عن قابلية التصرف فلا يبقى نائبه على ما كان من نفوذ التصرف واما الوصاية فهي ولاية لا نيابة صرفة ولذا تثبت بعد الموت بل ولا تبطل بجنون الموصى واغمائه ومن ذلك يظهر عدم البطلان بالموت إذا كان المقصود من الشرط ثبوت ولاية للنائب فان للمالك ان يسلط غيره على ماله بحيث يكون نافذ التصرف ولا ينحصر في الوكالة هذا ولكن التحقيق عدم جواز العزل في القسم الأول أيضا وهو ما إذا كان المشروط عنوان الوكالة وذلك لأنها جائزة إذا كانت عقدية من حيث إن عقد الوكالة من العقود الجائزة واما إذا كانت ثابتة بالشرط فمقتضى عموم المؤمنون وجوب ترتيب أثرها إلى اخر الامر وذلك لأن الظاهر أن مراد المتشارطين الوكالة المستمرة لا الحادثة في الجملة فلو عزله قبل تمامية الامر يكون مخالفا للشرط وغير عامل بمقتضاه نعم لو فرض كون المقصود مجرد حصول هذه الصفة من غير نظر إلى استمرارها أمكن دعوى جواز العزل لأنه لا ينافي مقتضى الشرط إذ بمجرد حصول الوكالة انا ما حصل المقصود منه لكن هذا الفرض نادر التحقق وإن شئت فقل ان اشتراط الوكالة في بيع داره مثلا يرجع إلى اشتراط البيع بعنوان الوكالة فما دام لم يتحقق البيع لا يتحقق الوفاء بالشرط ولذا ذكر الفقهاء في باب الرهن انه لو اشترط كون المرتهن وكيلًا في بيع العين المرهونة صح ولا يجوز عزله نعم تردد (المح) في (يع) في جوازه وعدمه وعن الشهيد انه حكم بجوازه لكنه مبنى على مذهبه من عدم وجوب الوفاء بالشرط وانما شأنه قبل العقد اللازم جازي أو سيأتي انه خلاف التحقيق واما تردد (المح) فيمكن ان يكون من جهة ان الشرط المذكور في ضمن عقد الرهن الذي هو جازي من طرف المرتهن ووجوب الوفاء بالشرط انما هو إذا كان في العقد اللازم من الطرفين لكن فيه لا يخفى ويمكن ان يكون وجهه ان الوكالة من شأنها جواز الغرل وهو غير مناف للشرط إذ الشرط انما كان مجرد حصول الوكالة وقد حصلت وفيه اما عرفت من أن المقصود الوكالة المستمرة لا في الجملة واما البطلان بالموت فلا خلاف فيه بينهم في ذلك الباب فتحصل ان التحقيق عدم الانعزال بالعزل مطلقا الا إذا كان المقصود الوكالة في الجملة والبطلان بالموت وشبهه مطلقا الا إذا كان الشرط ثبوت السلطنة على التصرف والولاية لا النيابة فتدبر قوله غير تابع لاحد العوضين أقول وكذا إذا شرط التابع الغير المتعاقدين من أجنبي وهو واضح قوله أو كون العبد الفلاني حرا أقول الفرق بنيه وبين اشتراط الانعتاق الذي حكم بعدم صحته بلا اشكال ان في هذا الفرض يقصد مجرد الحرية دون عنوان الانعتاق فإنه يحتاج إلى صيغة خاصة بخلاف مطلق التحرير فإنه يمكن ان يقال يكفي فيه كل ما دل عليه حتى مثل الشرط هذا ولكن يمكن ان يقال إن التحرير ليس امرا وراء الاعتاق بمعنى انه ليس أعم منه فلو قصد عنوان التحرير فكما لو قصد عنوان الاعتاق فلا يتم الفرق فتدبر قوله ومن أن الوفاء لا يختص (الخ) أقول هو كذلك بلا اشكال فان قلت فلم لا يقول به في شرط الوصف فإنه وإن لم يمكن الوفاء به من حيث هو لكنه قابل له باعتبار الأثر فيكون

معنى وجوب الوفاء به الحكم بعدم اللزوم عند عدمه وبتحققه مع ثبوته قلت المراد من الأثر اثر المشروط ومن المعلوم ان الملكية المشروطة أو الصدقة أو نحوهما مما له اثار يتعلق بها وجوب الوفاء بخلاف الوصف المشروط فإنه من حيث هو ليس له اثر والذي أشرت إليه من اللزوم وعدمه انما هو من اثار نفس الشرط لا المشروط فصح ما ذكر من عدم قابلية الوجوب الوفاء أصلا ولو باعتبار الآثار وهذا واضح فان قلت إذا فرضنا الشك في الاحتياج إلى سبب خاص فلا يصح التمسك بعموم المؤمنون لان من المعلوم خروج ما كان كذلك في الواقع فيرجع الشك إلى الشك في كون المورد من مصاديق المخصص وعدمه وقد بين في الأصول عدم جواز التمسك بالعموم في الشبهة المصدقية قلت نمنع كون الشبهة مصداقية إذ الخارج ليس عنوان ماله سبب خاص حتى يكون الشك في مصداق المخصص بل الخارج خصوصيات الموارد التي دل الدليل على احتياجها إلى سبب خاص وهذا العنوان انما ينتزعه العقل وإن شئت فقل ان قوله صلى الله عليه وآله المؤمنون مبين لعدم الحاجة إلى السبب الخاص إذ مفاده وجوب ترتيب الأثر بمجرد الشرط نعم يرجع الشك إلى الشك في كون الشرط مخالفا للكتاب والسنة أولا إذ قد عرفت أن وجه بطلان الشرط فيما يحتاج إلى سبب خاص كونه مخالفا لهما وقد مر من المصنف انه لو شك في هذه الجهة يتمسك بالعموم وان كانت الشبهة مصداقية لأصالة عدم المخالفة المعنى الذي ذكره على البيان المتقدم فراجع ولكنك عرفت عدم تمامية على مختارنا فيشكل علينا التمسك بالعموم في المقام من هذه الجهة لكن لنا ان نقول كما ذكرنا سابقا ان المراد بالمخالفة مخالفة ما كان في الكتاب والسنة من العموم والاطلاق والأصول الجارية مع قطع النظر عن دليل الشرط وفي المقام المفروض عدم وجود اطلاق وعموم في الكتاب والسنة دال على الحاجة إلى السبب الخاص والأصل عدم وجود مثل هذا الحكم لكن مجرد هذا لا يكفي في ترتيب الأثر إذ الأصل عدمه أيضا الا ان العموم ينفع في ذلك والحاصل ان مقتضى الأصل وان كان عدم ترتيب الأثر وعدم الصحة الا ان ذلك من جهة عدم الدليل وعموم المؤمنون دليل ولا يضر تقييده بعدم المخالفة إذ ليس المراد عدم المخالفة للاحكام الواقعية بل عدم المخالفة لما كان موجودا في الكتاب من جهة العموم أو الاطلاق والمفروض عدمهما في المقام قوله مع وجود افراد اتفق (الخ) أقول يعني إذا رأينا تحقق الملكية بمجرد الشرط في بعض الموارد نستكشف انها غير محتاجة إلى سبب خاص إذا كان كذلك فيصح الشرط في جميع مواردنا لكن هذا انما ينفع في الملكية واما اشتراط الحرية والصدقة أو نحوهما فلا يكفي فيه ذلك لعدم معلومية واحد من مواردنا مع أن أصل الاستكشاف بمجرد ذلك محل اشكال لا للفرق بين التوابع وغيرها بل من جهة ان الدليل خاص بذلك المورد وهو الاجماع وبعبارة أخرى يمكن ان يكون ذلك للدليل الخاص لا لكونه بمقتضى القاعدة هذا ويمكن ان يقال إن شرط الملكية انما يصح

في كل مورد يكون المتعلق مما يمكن ضمه إلى المبيع كحمل الدابة أو دابته الأخرى أو نحو ذلك إذا اشترط لخصوص أحد المتعاقدين لا إذا اشترط لثالث ولا فيما إذا اشترط كونه صدقة أو كون العبد حرا أو نحو ذلك إذ لا يمكن كون ما جعل ملكا لثالث أو صدقة أو نحو ذلك جزء للمبيع والوجه في الفرق ان الملكية (ح) كأنها حاصلة بالبيع لا بلا سبب بخلاف القسم الثاني فإنه لو حكم بصحته كان بلا سبب لعدم كونه جزء في المبيع في اللب حتى يكون بسبب البيع فان قلت الذي هو جزء للمبيع في اللب حتى يكون بسبب البيع نفس الشرط لا المشروط و (ح) لا يتفاوت الحال بين ان يكون ملكية شئ لاحد المتعاقدين أو لغيرهما أو غير الملكية كاشتراط كون المال الفلاني صدقة إذ على التقادير المنضم إلى المبيع الاشتراط المذكور قلت لا نعلم ذلك

بل الشرط الالتزام في البيع كنفس البيع فيكون جزء للعقد لا للمبيع ويكون المشروط بمنزلة المبيع فإذا ضم إليه ما يقبل تعلق البيع به بالنسبة إلى المشتري كان كالجزم من المبيع فيصدق انه صار ملكا بسبب البيع في عالم اللب بخلاف مالا يكون كذلك والحاصل انه إذا شرط ملكية المشتري فكأنه قال ملكتك هذا المال وهذا بكذا فيكون التزاما بيعيا والتزاما شرطيا يكون في قوة البيع فيكون كما لو ورد البيع على المجموع واما ما إذا كان الشرط مما لا يمكن تعلق البيع به فليس كذلك فإذا قلنا بصحته يلزم كونه متحققا بلا سبب إذ ليس في اللب جزء للمبيع ليصدق عليه انه ملكه بالبيع فتدبر هذا والتحقيق ما عرفت من أن عموم المؤمنون كاف في السببية ويدل على اعتبار سبب اخر خرج ما خرج وبقي الباقي قوله مدفوعة بعدم صلاحية (الخ) أقول هو كذلك في نظرنا لكن يمكن ان يقال إن التوابع خرجت بالاجماع بخلاف غيرها ثم قد عرفت أن الفرق بين الموارد بالوجه الذي ذكرناه أولى من ذلك وان كان خلاف التحقيق أيضا حسبما عرفت انفا قوله مع أنه يظهر من بعضهم (الخ) أقول مجرد وجود القائل بعدم الفرق لا يجدى في بطلان الفرق الا ان يكون الغرض مجرد التأييد من جهة وجود القائل بالتعميم ولكن لا طائل فيه كثيرا كما لا يخفى قوله وكل مجهول (الخ) أقول هذا عبارة القواعد ولم ينقل المصنف كلام (المح) الثاني يعنى انه ذكر في شرح هذه العبارة ما يظهر منه ما ذكر قوله وكيف كان فالأقوى (الخ) أقول هو كذلك كما عرفت لكن يبقى شئ وهو انه هل يجوز اشتراط ملكية شئ لاحد المتعاقدين أو غيرهما بعوض معين كان يقول بعثك هذا الكتاب بعشر دراهم بشرط ان يكون دابتك لي أو لزيد مثلا بعشرة دنانير أولا وجهان مبنيان على أن كل تمليك عين بعوض بيع أولا بل هو أعم منه فان قلنا بالأول بطل ذلك الشرط لان من المعلوم ان البيع يحتاج إلى صيغة (خاصة) وان قلنا بالثاني وان التمليك بعوض انما يكون بيعا إذا كان بعنوانه وقصده وإلا فلا بل هو معاملة مستقلة فمقتضى ما ذكرنا صحته ومن هذا يظهر حال ما إذا اشترط ملكية منفعة بعوض فان قلنا إنه إجارة وإن لم يقصد عنوانها إذ حقيقتها ليست الا ذلك بطل الشرط والا صح ومن هذا يظهر

حال ما أشرنا إليه سابقا من الفرق بين عنوان الاعتاق والحرية فإنه يمكن منعه وان الاعتاق ليس إلا الحرية المسبوقة بالرقية فلا يحتاج إلى قصد عنوانه وعلى هذا فيلزم التناقض في كلام المصنف حيث جعل الاعتاق مما لا اشكال في حاجته إلى السبب الخاص وجعل حرية العبد محل الاشكال والتحقيق ان تمليك العين بعوض ليس إلا البيع ويكفي في صيرورته بيعا قصد هذا المعنى إذ هو قصد إلى البيع وإن لم يكن ملتفتا إلى العنوان وكذا في الإجارة والاعتاق فتدبر قوله كما يصح نذر (الخ) أقول يمكن ان يكون مراده ان صحة هذا النذر أيضا مثل الشرط في أنه أقوى ويمكن ان يكون مراده ان صحة النذر مفروغ عنها وهذا هو الظاهر وعليه فيرد عليه ان من استشكل في صحة الشرط المذكور استشكل في هذا النذر أيضا فان صاحب الجواهر المستشكل في شرط النتيجة بدعوى أن الشرط ملزم لا مشرع استشكل في النذر بعين هذه الدعوى فراجع كلامه في مسألة نذر الا ضحية في كتاب الصيد والذبائح وفي كتاب العتق وفي كتاب الزكاة في مسألة انقطاع الحول بتعلق النذر في أثناءه بعين النصاب نعم حكى في هذه المسألة عن (ك) اسناد الصحة إلى قطع الأصحاب وكيف كان فلا يكون الصحة في النذر مفروغا عنها حتى يقاس عليه مسألة الشرط بل هما واد من واحد وعلى هذا فالأولى حمل عبارة المصنف على المعنى الأول وان كان خلاف الظاهر فلا يكون غرضه التأييد للمقام بل بيان حكم ذلك الباب وان الأقوى فيه أيضا الصحة فتدبر قوله وانما الخلاف والاشكال (الخ) أقول الذي يقتضى عدم الاشكال في شروط النتيجة من عموم أوفوا والمؤمنون ونحو ذلك جار بعينه في هذا القسم أيضا فلا ينبغي الاشكال فيه أيضا إذ لو استشكل في دلالة الأدلة المذكورة بدعوى أن عموم أوفوا لا يجرى الا في نفس العقد ولا يشمل الشرط والمؤمنون ونحوه لا يستفاد منه أزيد من الرجحان يجرى الاشكال في شروط النتيجة أيضا وذلك لان مجرد حصول تلك الغاية كالملكية ونحوها لا يستلزم البقاء لامكان كونها متزلزلة نعم مثل الحرية لا يقبل التزلزل والا فالبقية قابلة له هذا مع أن اشتراط الفعل أيضا إذا كان بمعنى التزامه وفرض صحته يكون موجبا لثبوت حق للشارط على المشروط عليه في ايجاد ذلك الفعل وإذا كان مستحقا عليه الفعل فيجب عليه الاتيان به ولو مع الاغماض عن دليل وجوب الوفاء بالشرط وبالجملة كما أن اشتراط الملكية إذا كان صحيحا فلازمه وجوب ترتيب اثارها ولو أغمضنا عن دلالة المؤمنون على الوجوب فكذا اشتراط التمليك أو الاعتاق أو الخياطة إذ لو فرض جواز الالتزام بهذه الأمور بمعنى نفوذه فلازمه استحقاق المشروط له وسلطنته على المشروط عليه في ايجادها الا ترى أنه لو التزم عملا بعقد الإجارة وقلنا بصحته يكفي ذلك في وجوب الاتيان به ومن المعلوم عدم الفرق بين الالتزام به بعنوان الإجارة أو بعنوان الشرط مع أن في بعض المقامات يحكم العرف بمجرد صحة الشرط ان المشروط له مالك في ذمة المشروط عليه ذلك الفعل كما لو اشترط الخياطة فإنها عمل قابل للملكية فيقال انها مالك لها في ذمته كما إذا كانت بعنوان الإجارة أو الصلح

واما الخلاف فهو أيضا موجود في القسم الأول أيضا على ما

(١٢٢)

سيأتي من النسبة إلى الشهيد في فتواه المطلقة وما يذكره المصنف من أن الكلام في اشتراط فعل سايع لا مثل اشتراط الوكالة وانه لا يحسن عد التفصيل المنسوب إلى الشهيد تفصيلا في محل الكلام مبنى على تخيل عدم امكان جريان الخلاف في القسم الأول لأنه إذا حصلت الغاية كالملكية مثلا لفرض صحة الشرط فلا معنى لعدم وجوب الوفاء بها وقد عرفت أنه يمكن ان يقال إنه يحصل الملك المتزلزل بدعوى أن عموم المؤمنون لا يقتضى أزيد من الاستحباب والحاصل ان تخصيص الخلاف والاشكال بالقسم الثاني كما ترى ولذا ترى ان الفقهاء يذكرون الأقوال في كلى المسألة ولا يخصصون بالقسم الثاني فراجع مع أن الظاهر من عبارة الدروس التي بعد ذلك في باب تأجيل القرض هو عدم لزوم الشرط في القسم الأول أيضا فان شرط التأجيل من شروط النتيجة فتدبر نعم لو جعل الشرط بالنسبة إلى الأفعال من باب الشرط الأصولي بمعنى العدم عند العدم الذي يرجع إلى التعليق كما هو ظاهر كلام الشهيد في بيان السر في التفصيل لا بحيث يرجع إلى تعليق أصل العقد حتى يكون باطلا بل بما أشرنا إليه سابقا من ارجاعه إلى لزوم العقد كان للفرق بين القسمين وجه حيث إن شرط النتيجة لا يعقل ان يكون بمعنى التقييد والتعليق إذ لو فرض كونه تعليقا لا يكون انشاء للملكية مثلا فإذا قال بعثك هذا الكتاب بشرط أن تكون دابتك لي وأراد أن البيع أو لزومه انما يكون على هذا الفرض فلا يكون هذا انشاء للملكية للدابة فلا بد ان يكون بمعنى الالتزام و (ح) يكون واجب الوفاء بمقتضى القاعدة بعد فرض الصحة بخلاف شرط الفعل إذا كان بمعنى التقييد فان شأنه ليس إلا قلب العقد اللازم جائزا ولو قلنا بدلالة المؤمنون على وجوب الوفاء لان الوفاء به (ح) ليس الالتزام عدم اللزوم عند عدم الفعل إذ هو راجع في الحقيقة بناء على ما قلنا من رجوع التعليق إلى اللزوم لا إلى أصل البيع إلى اشتراط الخيار ومما بينا ظهر أن عمدة المطلب اثبات كون الشرط بمعنى الالتزام لا بمعنى التقييد بدعوى أن ما بيد أهل العرف هو ذلك والا فدلالتة على لزوم الشرط ووجوب الوفاء به مما لا اشكال فيه إذ حملة على مطلق الرجحان بعيد ولو فرض يكفيننا عموم أوفوا بالعقود وغيره من اخبار الشرط الدلالة على وجوب الوفاء به ولزومه حسبما يشير إليه فتبين ان الذي يقتضيه التحقيق ان يفصل في المقام بين ما إذا كان قصد المتشارطين الالتزام أو التقييد لما عرفت سابقا من امكان الثاني أيضا بجعله راجعا إلى لزوم المعاملة وان عموم المؤمنون يدل على الأعم إذ الشرط فيه بمعنى مطلق الجعل سواء كان من باب الالتزام أو التقييد فيجب الوفاء بكل على حسبه ولازمه وجوب الاتيان بالفعل على تقدير الالتزام وعدم وجوبه على تقدير إرادة التقييد والتعليق ولا يبعد دعوى أن ما بيد العرف أيضا كلا الوجهين فقد يريدون الالتزام وقد يريدون التعليق فتدبر هكذا ينبغي تحقيق المقام قوله الظاهر النبوي صلى الله عليه وآله أقول اما باستعمال الجملة الخبرية في الانشاء فقوله صلى الله عليه وآله عند شروطهم يعنى ليكونوا كذلك واما بتقدير قوله ليكونوا فيكون من مجاز الحذف

واما باستعمالها في الاخبار وجعله كناية عن الوجوب لا من باب المجاز فيكون المستعمل فيه الاخبار لكن ينتقل منه إلى إرادة الانشاء وذلك كما في استعمال الامر وإرادة الاخبار كقوله الطبيب للمريض اشرب الدواء فإنه أريد منه الطلب لكن لا حقيقة بل لينتقل منه إلى أن شرب الدواء نافع ولا يصح استعمال الامر في الاخبار مجازا كما يصح عكسه لعدم العلاقة المصححة في الأول دون الثاني فما يتداول بينهم من أن الامر مستعمل في الاخبار ان أراد به من (ما) ذكرنا من الكناية والارشاد بان يكون اللفظ مستعملا في معناه الحقيقي وهو الطلب لكن للعبور إلى معنى اخر فهو حق وان أراد واما هو ظاهره من كونه من باب المجاز فهو غير صحيح بل يمكن ان يقال إن استعمال الجملة الخبرية في الطلب أيضا لا يكون الا على وجه الكناية ولا يصح على وجه المجاز لكن الظاهر أنه لا مانع من جملة من باب المجاز أيضا والفرق تحقق المؤانسة وعدمه ويمكن ان يقال إن قوله صلى الله عليه وآله المؤمنون مستعمل في الاخبار وليس من باب الكناية أيضا ومع ذلك يستفاد منه وجوب الوفاء فإنه يدل على أن من لا يكون عند شرطه لا يكون مؤمنا إذ هو في قوة ان يقال المؤمنون هم الذين يكونون عند شروطهم فمن لا يكون عاملا بشرط لا يكون مؤمنا ومن المعلوم وجوب الايمان فيجب العمل بالشرط فتدبر واما حملة على إرادة الطلب الندبي دون الوجوبي فمما يأباه سياقه مضافا إلى استشهاد الإمام (ع) في غير واحد من الاخبار لاثبات وجوب الوفاء فراجع قوله من المشروط عليه لا الشارط أقول (لا يخفى ان الاستثناء اما هو من المشروط عليه على الوجهين والفرق انه على أحدهما يكون المراد العصيان) في أصل الاشتراط بان يكون مخالفا للكتاب والسنة وعلى الاخر العصيان في الوفاء به والعمل عليه بمعنى ترك الوفاء والحاصل ان متعلق العصيان مقدر فان أريد منه الا من عصى الله في الاشتراط لا دخل له بما نحن فيه وان أريد الا من عصى الله في كونه عند شرطه بمعنى الوفاء به كان مؤيدا للمطلب ولعل مراد المصنف من كونه استثناء من الشارط كونه استثناء من المشروط عليه من حيث إنه شارط على نفسه لا من حيث إنه مشروط عليه لكنه تكلف والتحقيق ما ذكرنا ثم لا يخفى انه لو كان المراد العصيان في الوفاء الأنسب ان يراد من القضية الاخبار ليكون الاستثناء على حقيقته سواء جعل كناية عن الطلب أولا إذ لو أريد منه الانشاء من باب المجاز يكون حاصل المعنى انه يجب ان يكون المؤمن عند شرطه الا إذا كان عاصيا فإنه ليس يجب عليه (ح) وليس كذلك قطعا فلا بد من جعل الاستثناء على هذا التقدير مجازا بخلاف ما لو أريد منه الاخبار فإنه يمكن ابقائه على حقيقته فتدبر قوله هذا كله مضافا إلى عموم (الخ) أقول هذا انما يتم إذا كان المراد من الشرط الالتزام حسبما بينا والا فلو أريد منه الشرط الأصولي لا ينفذ كونه كالجزم كما لا يخفى فالعمدة هو اثبات ذلك كما عرفت والا فجميع اخبار الشرط دالة على لزوجه ووجوب الوفاء به على حسب ما شرط على اختلاف تعبيراتها فان في بعضها قوله عليه السلام فليتم للمرأة شرطها وفي جملة منها يقي لها بذلك وهو ظاهر في الوجوب وفي بعضها يجوز عليه ذلك أو يلزمه ذلك إلى غير ذلك فراجع قوله خلافا للظاهر الشهيد

(الخ) أقول وعن (س) ولو شرط تأجيله أي تأجيل القرض في عقد لازم قال الفاضل يلزم تبعاً لل لازم ويشكل بان الشرط في الل لازم يجعله جائزاً

(١٢٣)

فيكف ينعكس وعن الحواشي ان في ذلك اشكالا لأنه ان أريد بلزومه توقف العقد المشروط عليه فمسلم لكنه خلاف المتبادر من كونه لازما ولا يقتضيه أيضا كما هو ظاهر إذ العقود المشروط فيها شروط لا يقتضى لزومها بل فائدتها تسلط من يتعلق غرضه بها على الفسخ بالاحلال بها وان أريد لزوم ذلك الشرط في نفسه بمعنى انه لا سبيل إلى الاحلال به لم يطرد الا ان يفرق بين اشتراط ما سيقع وما هو واقع ويجعل التأجيل من قبيل الواقع فيتم بهذا أنت هي أقول العبارة الأولى ظاهرة في أن الشرط مطلقا ولو كان من شروط النتيجة من شأنه قلب اللازم جازيا والعبارة الثانية ظاهرة في التفصيل فتدبر قوله وجعل السر فيه أن اشتراط (الخ) أقول هذا الكلام كالصريح في ما احتملنا من كون شرائط النتيجة بمعنى الالتزام وشرائط الأفعال بمعنى التعليق و (ح) يكون الفرق في محله لكن التحقيق ما عرفت من أن شرط الفعل أيضا راجع إلى الالتزام في الغالب وان كان قد يكون بمعنى التعليق و (ح) فلا بد من التفصيل كما عرفت قوله فلا يقال إنه يجب فعله أولا يجب أقول نعم ولكن يمكن ان يكونه لازما لا يجوز فسخه ويجب ترتيب الآثار عليه في المستقبل أو جازيا فيجوز فسخه كما عرفت فلو قلنا بان الاستفادة من أدلة الشرط ليس الأرجح ان العمل به يكون لازمه ذلك كما بينا فتدبر قوله معلق على التزامك (الخ) أقول لو كان الشرط بمعنى التعليق يكون الالتزام بالمعاوضة معلقا على نفس العتق لا الالتزام به وان أريد من الالتزام به ايجاده كما هو ظاهر قوله فإذا لم يلتزم بالاعتاق (الخ) فلا بأس به الا ان ادراج لفظ الالتزام مما لا حاجة إليه ولا فائدة فيه قوله مع أن المعروف بينهم (الخ) أقول بناء على كونه بمعنى التعليق يكون نفس الاشتراط بمعنى التقييد بمنزلة الجزء من أحد العوضين فلا دلالة في قولهم هذا على كون الشرط بمعنى الالتزام لا التعليق ودعوى عدم صلاحية التقييد لكونه كالجاء كما ترى إذ البيع المقيد بقيد يختلف عوضه مع ما لا قيد فيه خصوصا إذا كان مقيدا بمثل خياطة الثوب مما لا قيمة في العرف قوله وان مقتضى القاعدة (الخ) أقول فيه منع فان وكذا إذا قال بشرط ان تعتق وهذا قوله بعتك هذا العبد على أن تعتق ليس أيبا عن إرادة التقييد بان يكون في قوة قوله بقيد ان تعتق وكذا إذا قال بشرط ان تعتق وهذا واضح جدا قوله وان رجوعه إلى التعليق (الخ) أقول هذا انما يتم إذا كان المراد تعليق أصل البيع واما إذا كان المراد تعليق لزومه كما هو كذلك في انظار العرف إذا قيدوا غالبا فلا يتم بل هو نظير اشتراط الخيار بل هو راجع إليه في الحقيقة فان قلت إن القيد في الكلام راجع إلى ما ذكر أولا وهو نفس انشاء البيع فلا وجه لارجاعه إلى اللزوم الذي لم يذكر أصلا قلت نعم ولكن قوله بعتك لما كان في قوة قوله ملكتك ملتزما بذلك ابدا صح ارجاع القيد إلى الالتزام المفهوم منه وهذا امر مركوز في أذهانهم في مقام الاشتراط فإنهم لا يرجعون القيد إلى أصل المعاملة بل إلى الالتزام بها المفهوم من العقد الا ترى أنه لو قال بعتك هذا العبد بشرط ان يكون كاتبا ليس المراد منه الا

التقييد إذ قد عرفت أنه لا معنى لإرادة الالتزام منه ومع ذلك لو تخلف لا يقولون إنه غير مبيع بل يجوز وان اخذه من جهة البيع المذكورة فيكشف هذا عن أن مرادهم من قولهم بشرط أو بقيد كذا ان الالتزام به وعدم الرجوع عنه مقيد بكذا فتدبر ومن ذلك ظهر عدم تمامية الايراد الأخير أيضا وهو ان لازم التعليق ارتفاع العقد من رأس لا انقلابه جازا لان ذلك انما يتم إذا جعل قيد الأصل العقد لا للالتزام به فالأولى في الايراد على ما ذكره الشهيد منع كون المراد من اشتراط الفعل التعليق وان الذي بيد العرف من ذلك هو إرادة الالتزام وان كان قد يكون بمعنى التعليق أيضا حسبما بينا ومعه فمقتضى القاعدة عدم وجوب الوفاء كما عرفت بقي شيء و هو ان مقتضى ما ذكر من الأدلة على وجوب الوفاء بالشروط وجوب ذلك وان كانت في العقود الجائزة نعم الاستدلال بعموم أوفوا بدعوى أن الشرط بمنزلة الجزء من أحد العوضين لا يجرى ها هنا لأن المفروض عدم وجوب الوفاء بالعقد والا فغيره من الأخبار المتقدمة كلها جارية في المقام نعم وجوب الوفاء بها ما دام العقد باقيا فإذا فسخ لا يجب الوفاء الشرط لما سيجى من أنه تابع للعقد وهذا لا ينافي وجوب الوفاء بها في حد أنفسها فلو اشترط في ضمن الوكالة خياطة ثوب أو عتق عبد وجب ذلك نعم يجوز له فسخ الوكالة ليرتفع موضوع الوجوب ولا فرق في ذلك بين شرط الغاية والسبب ولا بين ما يكون من متعلقات العقد ومقيداته كما إذا اشترط في الوكالة ان يبيع من زيد أو في مكان كذا وهكذا ولا يكون كذلك كاشتراط العتق والخياطة والصدقة ونحوها فيما بل القسم الأول مما لا اشكال فيه بالنسبة إلى مثل الوكالة والمضاربة ونحوهما من العقود الإذنية فإنه في الحقيقة راجع إلى تخصيص الاذن وتقييد المتعلق هذا ولكن يظهر من الفقهاء عدم وجوب الوفاء بالشرط في العقد الجائز فإنهم ذكروا انه لو اشترط الاجل في عقد الشركة لا يلزم وعلله بعضهم بأنه من جهة ان العقد جائز فلا يجب الشرط فيه وهو ظاهر كلام غير المعلل أيضا لأنه لا وجه لعدم اللزوم غير ذلك ودعوى أنه من جهة كونه منافيا لمقتضى العقد كما ترى مع أنه لو كان كذلك وجب بطلان الشرط المذكور إذا ما كان بفي عقد اخر لازم أيضا والظاهر عدم التزامهم به وكذا ذكروا في باب المضاربة انه لو اشترط الاجل لا يلزم الوفاء به وعلله بعضهم بما ذكر من كون العقد جائزا وهو ظاهر غيره أيضا لما ذكرنا وأيضا ذكر جماعة كالشيخ والعلامة و (المح) الثاني في الباب المذكور انه لو اشترط في العقد مضاربة مال اخر أو خدمة أو عملا اخر صح ولا يلزم الوفاء به وصرح به صلى الله عليه وآله

الجواهر أيضا وكذا ذكروا في باب القرض انه لا يلزم اشتراط الاجل فيه معللين بما ذكر مع أنهم صرحوا بلزومه إذا كان في عقد اخر لازم وهذا صريح في أن الوجه في عدم اللزوم جواز العقد لا المنافاة للعقد ولا المخالفة للكتاب والسنة وكذا ذكر بعضهم في وجه تردد (المح) في باب الرهن في جواز عزل الوكيل المشترط وكالته في عقد الرهن بأنه من جهة ان الرهن وان كان لازما من

طرف الراهن الا انه جاز من طرف المرتهن وبالجملة يظهر

(١٢٤)

من التتبع في كلماتهم ما ذكرنا من عدم وجوب الوفاء بالشروط في العقود الجائزة بل يظهر من بعضهم كونه من المسلمات حيث يرسلونه إرسالها و
ظاهرهم عدم الفرق في ذلك بين شرط السبب والغاية إذا لا مثلة المذكورة كلها من قبيل الأول الا المورد الأخير فإنه من شرط الفعل فان قلت
لعل نظرهم في عدم وجوب الوفاء إلى ما اعترفت به من جواز فسخ العقد ليرتفع موضوع الوجوب لا إلى عدمه وان كان العقد باقيا قلت هذا وان
كان محتملا في المورد الأخير الا انه لا يتم في غيره من الموارد المذكورة إذ مقتضى الشرط لزوم العقد فيها فمع كونه مما يجب الوفاء به في حد نفسه يلزم كون العقد لازما إلى اخر الاجل نعم في المورد الأخير يمكن ذلك حيث إن الشرط فيه غير مستلزم للزوم العقد مع أن صاحب الجواهر صرح في ذلك
المورد بان المراد من عدم وجوب الوفاء به عدمه في حد نفسه لا بلحاظ فسخ العقد المستلزم لفوات موضوعه قال وهذا هو الظاهر من كلام الشيخ والعلامة وكيف كان فلا وجه لما ذكروه الا ما ادعاه صاحب الجواهر في بحث المضاربة في المورد الأخير الذي حكيناه من أن عموم المؤمنون انما يقتضى صحة الشرط واما وجوب الوفاء به فهو من جهة تبعيته للعقد وكونه كالجزم له فإذا كان جائزا فيكون هو أيضا كذلك قال ولعل هذا مراد الشيخ والفاضل في (ير) لا ان المراد عدم لزوم الوفاء بالشرط باعتبار جواز العقد والا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد إذ هو كما ترى لا دليل عليه بل المعلوم خلافه ضرورة عدم كون الشرط أولى من مقتضى العقد الذي لا يجب الوفاء به وإن لم يفسخ العقد فان من استودع أو وكل أو استعار أو ضارب أي جاء بعقد من هذه العقود لا يجب عليه الوفاء بمقتضى ذلك فالشرط أولى انتهى وأنت خبير بما فيه إذ مقتضى عموم المؤمنون وسائر الأخبار وجوب الوفاء به بل وجوب الوفاء بالشروط البدوية أيضا إذا قلنا بصدق الشرط عليها هذا مضافا إلى الأخبار الواردة في وجوب الوفاء بالوعد هذا ولا يخفى ان لازم كلماتهم عدم وجوب الوفاء بالشروط في ضمن البيع ونحوه أيضا في مدة الخيار مع أن الظاهر كلماتهم عدم التزامهم به نعم الشروط المتعلقة بمتعلقات العقود الجائزة الاذنية يجب عندهم الوفاء بها ولا يلزم من دليلهم أيضا خلاف ذلك ولكن هذا أيضا ليس من جهة كونه راجعا إلى تخصيص الاذن وتقييد المتعلق ففي الحقيقة هذه خارجة عن محل الكلام والاشكال ثم لا يخفى ان لازم ما ذكرنا لزوم عقد الوكالة إذا اشترط فيها عدم العزل ولازم ما ذكرناه عدم لزومه من جهة ان العقد من حيث هو جائز فيكون الشرط أيضا جائزا فلا يفيد اللزوم ودعوى أنه إذا اشترط عدم العزل فلا يبقى مجال الجواز الفسخ حتى يكون العقد جائزا ويتبعه الشرط مدفوعة بأنه إذا فرض كون لزوم الشرط موقوفا على لزوم العقد فلا يلزم ذلك العقد بهذا الشرط والا لزم الدور هذا ومن الغريب ان صاحب الجواهر ذكر في باب اشتراط تأجيل القرض انه لا يلزم مع أنه جعل القرض من العقود اللازمة وتمسك في

ذلك باطلاق ما دل على جواز الرجوع في القرض ورجحان الانظار والامهال والترغيب في ذلك فإنها ظاهرة أو صريحة في الندب خصوصا مثل قوله صلى الله عليه وآله من اقرض أخاه المسلم كان له بكل درهم وزن جبل أحد من جبال رضوى وطور سيناء من حسنات وان ارفق به في طلبه تعدى به على الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب ولا عذاب وقوله صلى الله عليه وآله من اقرض مؤمنا قرضا حسنا ينظر ميسوره كان له في زكاة وكان هو في صلاة من الملائكة حتى يؤديه وغيرهما مما هو كالصريح في جواز رجوعه ومطالبته أي وقت شاء وانه محسن لا سبيل عليه فان مقتضى اطلاقها جوازه حتى مع اشتراط الاجل قال بل قيل إنه إذا لم يجب الوفاء بالأجل المدلول عليه بنفس العقد ضمنا مع أن الأصل لزوم الوفاء به فعدم الوجوب إذا كان مدلولاً عليه بالشرط أولى على أن التعارض بين ما دل على لزوم الشرط وما دل على استحباب القرض وان لكل منهما الرجوع متى شاء وإن لم يكن بمعنى فسخ ملك العين المقترضة من وجه ولا ريب ان الترجيح للثاني ولو للشهرة العظيمة بل الاجماع المحكى الذي يشهد له التبع ثم ناقش في دلالة الأخبار المذكورة بمنع تعلق الاستحباب الا بايجاد السبب وهو القرض وأجاب بمنع ذلك وانها ظاهرة في استحبابه استدامة أيضا هذا مع أنه معترف بصحة الشرط المذكور إذا كان في عقد لازم اخر كما هو المعروف بينهم قلت أولا ان الاطلاقات المذكورة لا نظر فيها الا إلى بيان أصل الاستحباب ولا تعرض لحال الاستدامة وعلى فرضه فلا اطلاق فيها بالنسبة إلى حال الشرط وثانيا ان أدلة الشروط حاكمة على أدلة الاحكام ولا يلحظ بينهما المعارضة كما هو واضح وثالث لو تم ما ذكره لزم عدم صحته إذا كان في عقد لازم اخر مع أنه اعترف وفاقا للمعروف بصحته وما ادعاه من أن الشهرة هنا ترجيح اخبار الشرط بعكس السابق كما ترى ورابعا ان مقتضى اطلاق قوله (تع) إذا تداينتم الظاهر في لزوم الاجل لزومه في القرض أيضا بل يدل عليه مضمير الحسين بن سعيد عن رجل اقرض رجلا دراهم إلى أجل مسمى ثم مات المستقرض أيحل مال التعارض بعد موت المستقرض منه أم لورثته من الاجل ما للمستقرض في حياته فقال (ع) إذا مات فقد حل مال التعارض فإنه ظاهر في عدم استحقاق المطالبة قبل الاجل بل يمكن الاستدلال أيضا بالمروى عن ثواب الأعمال من اقرض قرضا وضرب له اجلا ولم يؤت به عند ذلك الاجل كان له من الثواب في كل يوم تأخر عن ذلك الاجل مثل صدقة دينار وبالجملة مقتضى القاعدة لزوم الشرط المذكور ويؤيدها الأدلة المذكورة أيضا و كان الأولى لصاحب الجواهر الذي مذهبه عدم لزوم الشرط في ضمن العقد الجائز أن يقول في المقام ان عقد القرض وان كان لازما من حيث عدم جواز فسخه ومطالبة عين المال المقترض إذا كانت موجودة الا انه لما كان يجوز له المطالبة بالأداء كل وقت شاء كان كالعقود الجائزة فيلزمه حكمها من عدم لزوم الشرط فيها بناء على ما ذهب إليه فان ملاك عدم اللزوم في العقد الجائز موجود هنا أيضا بل هذا المعنى المذكور أيضا نوع من جواز العقد فتدبر قوله في أنه لو قلنا بوجوب (الخ) أقول يتصور القول بعدم الاجبار مع القول بوجوب

الوفاء على وجهين أحدهما ان يدعى الوجوب

(١٢٥)

المستفاد من الأدلة هو الوجوب التعبدي التكليفي الصرف ولا يستفاد منها الوجوب الوضعي بمعنى تعلق حق للشارط في ذمة المشروط عليه نظير الوجوب الحائثي من قبل النذر فإنه لو نذر ان يعطى زيدا درهما يجب عليه ذلك لكن لا يصير زيد مالكا عليه شيئا بحيث يكون له المطالبة به ففي المقام أيضا يقال وان وجب عليه بالشرط الا انه لا يصير مسلطا على المطالبة نعم يجوز له المطالبة بل الاجبار من باب الأمر بالمعروف لكن هو وغيره سواء في ذلك والحاصل ان النزاع في جواز الاجبار وعدمه بناء على تسليم الوجوب التكليفي يرجع إلى أن هذا الوجوب هل هو تكليفي صرف أولا بل هو ناش من الوجوب الوضعي الذي هو كون المشروط له مستحقا للشرط على المشروط عليه الثاني ان يقال سلمنا ان الوجوب ليس تكليفا صرفا وان المشروط له ذو حق الا ان هذا الحق ليس على حد سائر الحقوق بحيث يمكن مطالبته والاجبار عليه الا من باب الأمر بالمعروف ويمكن ان يقال إن النذر أيضا من هذا القبيل وان المنذور له يصير ذا حق الا انه ليس له المطالبة وبالجملة الحق قسما قسم يجوز مطالبته وقسم لا يجوز وان كان واجبا على من عليه أدائه وعلى الوجه فيرجع النزاع إلى كون حق الشرط من أي القسمين ثم إن الأقوال في المسألة ثلاثة على ما يظهر من المتن جواز الاجبار مطلقا وعدمه كذلك مطلقا والتفصيل بين ما كان حقا للبايع فلا يجوز الاجبار وحقا لغيره فيجوز كما يظهر من الصيمري؟ ولعل الوجه فيه أن البايع يمكنه الفسخ استدرأكا لحقه بخلاف غيره إذ لا طريق له الا الاجبار ويمكن ان يستظهر من بعض عبارات العلامة قولاً رابعا وهو الفرق بين ما يكون من متعلقات المعاملة كالرهن والكفيل وتعجيل الثمن فيجوز الاجبار وبين ما يكون أجنبيا عنها كاشتراط العتق واعطاء فقير كذا بل مثل خياطة الثوب ونحوها أيضا فلا يجوز والوجه فيه أن القسم الأول يكون بمنزلة نفس العوضين في جواز الاجبار على تسليمه بخلاف الثاني (فت) قوله فان ظهور النبوي صلى الله عليه وآله (الخ) أقول استفادة الفتوى والقول بمجرد هذا مشكل الا ترى ان الشهيد أيضا يستدل بهذا العموم قطعا ومع ذلك لا يقول بوجوب الوفاء مع أنه يمكن ان يكون ممن يجعل الشرط بمعنى التقييد لا الالتزام قوله بل الاستدلال به (الخ) أقول هذا وجه اخر الاستفادة القول المزبور من مثل الشيخ وحاصل تقريره انه إذا كان الشيخ ومن تبعه ممن يقول بعدم كون الشرط الفاسد مفسدا فلا بد ان يجعل الشرط بمعنى الالتزام لا التقييد و (ح) لا يصح له الاستدلال على صحة الشرط بالعموم المذكور الا مع إرادة الوجوب إذا لاستحباب على هذا لا يدل على الصحة لامكان كون الشرط الفاسد أيضا مستحب الوفاء وهذا بخلاف ما إذا كان ممن يقول يكون الشرط الفاسد مفسدا فإنه لا يلزمه ان يجعل الشرط بمعنى الالتزام بل يمكنه ان يجعله بمعنى التعليق والتقييد (ح) فلا يحتاج في الاستدلال بالعموم إلى إرادة الوجوب منه بل يمكنه أن يقول المراد ان المؤمنين مأخوذون بشروطهم والحاصل ان القائل بكون الشرط الفاسد

غير مفسد لا يمكنه الاستدلال لصحة الشروط الصحيحة
بعموم المؤمنون الا مع إرادة الوجوب منه إذ لو أريد منه الاستحباب لا يدل على الصحة
لان الشرط الفاسد أيضا مستحب الوفاء أو يمكن ان يكون كذلك
واما القائل بكون الشرط الفاسد مفسدا فلا يحتاج في الاستدلال بالعموم المذكور على
صحة الشروط إلى إرادة الوجوب منه إذ لعله ممن يقول إن الشرط
بمعنى التعليق ومعه يمكن الاستدلال به ولو مع عدم إرادة الوجوب منه ولما كان الشيخ من
القائلين بعدم الافساد وقد استدل بالعموم المذكور على
صحة الشروط أو المفروض أنه قال الأقوى عدم الاجبار فيكون ممن يقول ممن يقول
بوجوب الوفاء وعدم الاجبار فان قلت القائل بالافساد لا يلزم
ان يجعل الشرط بمعنى التعليق لامكان ان يجعله بمعنى الالتزام ويقول بافساد الفاسد منه
من حيث إن الرضا الباطني مقيد بمالكية الشرط
فمع عدم الصحة وعدم تملكه له لا يكون راضيا بالعقد فلا وجه لتخصيص الاستفادة بالبناء
على كون الشرط الفاسد غير مفسدا قلت نعم
ولكن كما يحتمل هذا يحتمل ان يجعله بمعنى التقييد والتعليق أيضا وإذا جاء الاحتمال فلا
يمكن الاستظهار المذكور وهذا بخلاف ما لو يقل بكونه
مفسدا فإنه يتعين ان يجعله بمعنى الالتزام ومعه يتم الاستظهار هذا ولكن استفادة المذهب
من هذا الوجه أيضا مشكل وذلك لاحتمال ان يجعل
الشرط بمعنى التعليق ولا يقول بكون الفاسد منه مفسدا من جهة ارجاع التعليق إلى الالتزام
بالمعاملة لا إلى أصلها حتى يستلزم انتفائها عند
انتفاء القيد المعلق عليه و (ح) فلا يتوقف الاستدلال على إرادة الوجوب وأيضا يمكن ان
يجعل الشرط بمعنى الالتزام ويستفيد الصحة مع إرادة الاستحباب
أيضا لان استحباب الوفاء بالشرط بما هو شرط دليل على صحته واما استحباب الوفاء
بالفاسد فليس من حيث إنه (شرط بل من حيث إنه) وعد فلا تم عدم المنافاة بين
الاستحباب
والفساد فتدبر هذا ويمكن ان يقال في توجيه كلام المصنف بوجه آخر وهو ان يقال إن
قلنا (ان الشرط الفاسد غير مفسد فلا بد في الاستدلال بالعموم على الصحة من إرادة
الوجوب إذ مع) إرادة الاستحباب لا يدل على الصحة من إرادة الوجوب إلى
إذ مع إرادة الاستحباب لا يدل على الصحة إلى إذ الاستحباب لا ينافي الفساد فان الشرط
الفاسد في ضمن العقد المفروض بقائه على الصحة لا يخرج عن كونه
وعدا فيستحب الوفاء به من هذه الجهة وهذا بخلاف ما لو قلنا إن الشرط الفاسد مفسد
فإنه (ح) يوجب خروج الشرط عن موضوعه إذ هو مشروط بكونه
في ضمن العقد ومع فساد العقد شرط حتى يقال إنه مستحب الوفاء من باب انه وعد فمع
إرادة الاستحباب أيضا يمكن الاستدلال به على الصحة إذا لمفروض انه
على هذا ينافي الاستحباب للفساد والحاصل ان الشرط وان كان بمعنى الالتزام على
التقديرين الا ان تحقق موضوعه في الخارج موقوف على
بقاء العقد وبعبارة أخرى التزام على تقدير حصول اثر العقد لا (مط) فمع فرض صحة العقد
موضوعه متحقق فيمكن ان فاسدا مستحب الوفاء فعلى

هذا ان أريد الاستدلال على الصحة لا بد من إرادة الوجوب واما مع فرض عدم صحة العقد
فلا يبقى موضوعه حتى يكون مستحب الوفاء إذ المفروض

(١٢٦)

انه التزام مشروط بالبيع ومع بطلانه لا يبقى الالتزام الشرطي أيضا فشمول العموم المذكور له ولو بإرادة الاستحباب لا يمكن الا إذا كان صحيحا فيمكن مع فرض إرادة الاستحباب أيضا فصح على هذا ان استظهار المذهب المذكور من الشيخ ومن تبعه انما هو من جهة قولهم بعدم كون الفاسد مفسدا هذا ولكن يرد على هذا الوجه أيضا ما مر من استحباب العمل بالشرط بما هو شرط لا يمكن الا إذا كان صحيحا والاستحباب من جهة كونه وعدا لا ربط له بذلك وأيضا نمنع عدم تحقق موضع الشرط مع فرض فساد العقد إذ هو وان كان مشروطا بتحقيق عقد اما من جهة ان البدوي ليس بشرط حقيقة واما لأن المفروض ان التزامه انما هو على تقدير البيع مثلا الا ان حكم الشارع على العقد بالفساد ولا يخرج موضوع العقد عن العقدية ولا الشرط في ضمنه عن الشرطية فيمكن ان يكون مستحب الوفاء وان كان فاسدا ومفسدا للعقد أيضا من باب انه وعد نعم لو قيل إن كونه وعدا مشروط بترتب اثر العقد عليه شرعا تم ما ذكر من أن مع فرض الفساد يرتفع الموضوع ولكن ليس كذلك إذ هو وعد مطلقا وإن لم يترتب عليه اثر من حيث كونه شرطا ثم إن استحباب الوفاء بالشرط الفاسد من باب انه وعد أيضا يمكن منعه وعلى فرضه لعل الشيخ غير قائل به بل يقول إذا كان الشرط فاسدا شرعا كان لغوا بالمرّة ثم إنه لو يتم على فرضه في كل شرط فاسد فان بعضها لا يمكن ان يكون مستحب الوفاء كالشرائط المخالفة للكتاب والسنة بل هو فرض نادر إذ هو مورده منحصر فيما كان متعلقا بفعل مباح وكان مما لا يصح اشتراطه وهذا لا مورد له الا مثل اشتراط ترك التزويج والتسري بناء على فساد الشرط فيهما وبالجملة استظهار المذهب بهذا الوجه كالوجه السابق في غاية البعد هذا غاية ما يتيسر لي في فهم هذا المقام وبعد فان العبارة مجملة المراد كما لا يخفى ولعل المتأمل في العبارة يلتفت إلى وجه اخر غير ما ذكرنا وان كان بعض الإيرادات المذكورة واردا على كل حال والعمدة فهم غرضه في وجه كون الاستظهار المذكور منوطا بعدم كون الشرط الفاسد مفسدا وأي دخل لهذا بالاستظهار فتدبر قوله وهل يكون حقا لله (الخ) أقول التحقيق ان كونه حقا للبايع على كل حال إذ على فرض ثبوت حقا لله أو للعبد أيضا لا يخرج عن كونه حقا للبايع كيف وهو قد استحقه بالشرط ويتفرع عليه جواز اسقاطه على كل حال كما سيأتي وسيأتي نقل الخلاف في كلام المصنف ثم الظاهر أن مع الامتناع يثبت له الخيار على كل حال فما يظهر من كلام الصيمري من تخصيصه بما إذا قلنا بكونه حقا للبايع كما ترى قوله لكن قد عرفت قوله أخيرا (الخ) أقول يعنى أنه قال والأولى عندي الاجبار في شرط الرهن والكفيل (الخ) مع كون المذكورات حقا للبايع ولازم هذا أن يقول بالاجبار في العتق أيضا وان قلنا إنه حق للبايع هذا ولكن يمكن ان يكون نظر العلامة إلى ما احتملنا سابقا في كلامه من الفرق بين ما كان من متعلقات العقد أو العوضين كالمذكورات وبين غيرها كالعتق كما يمكن ان يستظهر هذا من عبارة

التحرير المنقولة في أول المسألة فتدبر قوله وما ذكره في جامع المقاصد (الخ) أقول يظهر من العبارة ان جامع المقاصد ذكر أنه لو قلنا (الخ) مع أنه ليس فيه الا العبارة التي نقلها من قوله واعلم (الخ) وهذه العبارة لا يظهر منها وحدة الخلاف كما لا يخفى فان الاستدلال على الاجبار بعموم أوفوا والمؤمنون لا يدل الا على أن المختار عنده ان الاستفادة منهما الوجوب التكليفي الناشئ عن الوضع الذي لازمه جواز الاجبار واما ان كل من حكم بالوجوب يحكم بذلك فلا الا ترى ان المصنف أيضا يقول بعد ذلك وكيف كان فالأقوى ما اختاره جماعة من أن للمشروط له اجبار المشروط عليه لعموم وجوب (الخ) وكذا الكلام بالنسبة إلى كلام المسالك فتدبر قوله وكيف كان فالأقوى (الخ) أقول بل لا ينبغي التأمل فيه فان الاستفادة من الأدلة ثبوت حق للشارط على المشروط عليه بل لا يبعد دعوى الاجماع على هذا المعنى ولذا يصح له الاسقاط ولو كان حكما تكليفيا صرفا لم يقبل ذلك الا ترى أنه لا يسقط وجوب الوفاء بالنذر عن ذمة الناذر إذا اسقط الفقير الذي نذر له حقه نعم لو اخذ ورد جاز وإذا ثبت ان له حقا ماليا فمقتضى القاعدة جواز مطالبته ولو بالاجبار بل لا فرق في ذلك بين الحق والملك بل لا يبعد ان يقال في بعض الموارد انه يملك في ذمته عملا كما في الإجارة إذ لا فرق بين الالتزام الإجاري بالعمل وبين الالتزام الشرطي فإذا اشترط عليه خياطة ثوب نقول إنه يملك في ذمته الخياطة فيجوز الاجبار على أدائها ولا فرق فيما ذكرنا بين أقسام الشروط وان كانت كالعقود مما يعود نفعه إلى الغير فإنه لا يخرج عن كونه حقا للبايع الشرط نعم يبقى شئ وهو انه هل يجوز للعبد أو الحاكم الشرعي المطالبة به كما للبايع وكذا إذا اشترط ان يعطى زيد الأجنبي عن المعاملة درهما فهل يجوز لزيد المطالبة والاجبار التحقيق انه لا يجوز لعدم كون بالنسبة إليه حقا ماليا وذلك لأنه ليس طرفا ومجرد عود النفع إليه لا يقتضى ذلك ولذا لو أسقطه البايع يسقط كما سيأتي بيانه (انشاء الله) نعم يجوز الاجبار من باب الأمر بالمعروف ومما ذكرنا ظهر ما في كلام جماعة منهم الصيمري في عبارته المذكورة ومنهم العلامة وسيأتي من المصنف التعرض له أنشأ الله قوله فان الخيار انما شرع (الخ) أقول وأيضا الوجه المذكور على فرض تماميته انما ينتج عدم تعين الاجبار لا عدم جوازه تنبيه الظاهر أن من يقول بعدم جواز الاجبار انما يقول به في شروط الأفعال لا في شروط النتيجة فان وجوب الوفاء بها بمعنى ترتيب الآثار عليها نظير وجوب الوفاء بالعقود الموجبة للتملك أو نحوه وظاهر الكلمات المتقدمة أيضا الاختصاص لكن لا يخفى انه يتصور فيها أيضا عدم جواز الاجبار بدعوى أن الشروط وان اقتضى ملكية الشئ الفلاني الا انه إذا لم يقبضه المشروط عليه لا يجبر عليه وان كان يجب عليه ذلك بل يتدارك ذلك يفسخ العقد بل يمكن القول بذلك في تسليم العوضين أيضا وكونه مخالفا للمقتضى القاعدة مشترك بين الجميع كما هو واضح قوله ولا نعرف

مستندا (الخ) أقول حاصل مرامه ان هذا الخيار على خلاف القاعدة يقتصر فيه على مورد
الدليل وهو قاعدة الضرر وهي غير جارية الا
في صورة متعدد الاجبار وكذا إذا قلنا إن مدركه الاجماع إذ القدر المتيقن منه الصورة هذا
ولكن يمكن ان يقال إنه بمقتضى القاعدة مع
قطع النظر عن الاجماع والضرر وذلك اما بدعوى أن الشرط بمعنى التعليق وهو راجع إلى
اللزوم المستفاد من البيع مثلا لا إلى أصله و (ح) فيكون مفاد قوله
بشرط كذا وهذا في الحقيقة راجع إلى شرط الخيار لكن هذا الوجه خلاف التحقيق إذ
الشرائط في العقود غالبا أو دائما بمعنى الالتزام في الالتزام واما
بدعوى أن الشرط وان كان بمعنى الالتزام الا انه ليس التزاما مستقلا بحيث لا يرتبط بالبيع
بل البيع مقيد به لا بمعنى كونه مقيدا بنفس الالتزام بحيث
متى حصل كفى في حصول المقيد وإن لم يأت بما التزم به بل بمعنى التقييد بالملتزم
والتقييد المذكور أيضا ليس راجعا إلى أصل البيع بل إلى لزومه فيكون
حاصل قوله بعتك كذا بكذا بشرط كذا بعتك وألزمك بكذا وإن لم تفعل فلا التزم بالبيع
ولازمه ثبوت الخيار فتبين انه قد يكون الشرط تعليقا
صرفا اما راجعا إلى أصل البيع أو إلى الالتزام به وقد يكون التزاما صرفا في ضمن التزام
بحيث يكون الالتزام الثاني مقيدا بنفس الالتزام الأول
وقد يكون التزاما في التزام الثاني مقيدا بالأول بحيث يكون الملتزم أيضا قيما فنقول
ان الظاهر هو القسم الثالث ولازمه ما ذكرنا فان
قلت التقييد بالالتزام مسلم واما بالملتزم فلا دليل عليه قلت الظاهر من الشرط ذلك فان
المقصود من الالتزام وقوع الملتزم فهو
القيد في الحقيقة ولذا يقولون إن الشرط بمنزلة الجزء لاحد العوضين وليس غرضهم ان
نفس الاشتراط كذلك وذلك لان الاشتراط بمنزلة نفس
البيع والملتزم بمنزلة أحد العوضين والسر فيه أن قوله بعتك وألزمك بكذا في قوة الزمتك
بهذا المجموع أعني العوض والشرط فنفس الالتزام
جزء للمعاملة والمعاهدة والملتزم للمعوض والعوض ويؤيد ما ذكرنا من كون البيع مقيدا
على الوجه الذي ذكرنا
انا نرى ان العرف مع
قطع النظر عن الشرع يعملون بهذا الوجه بمعنى انهم يحكمون في صورة تخلف الشرط
بجواز الاخذ بالمعاملة والاعماض عن الشرط وبجواز فسخه وفي صورة
امتناع المشروط عليه مع امكانه في حقه يخبرون الشارط بين الاجبار والخيار وهذا منهم
ليس إلا لان المعاهدة المشروطة منحلة إلى ما ذكرنا ومما
ذكرنا يظهر حال تخلف الوصف وتبعض الصفقة بل الظاهر أن حكم تعذر التسليم لاحد
العوضين أيضا كذلك بمعنى ان التسليم عندهم من تتمات
المعاوضة فكأنه شرط فيها فيكون خيار تعذر التسليم أيضا بمقتضى القاعدة لا من باب
الضرر ومقتضى هذا انه لو امتنع من التسليم جاز للاخر الاجبار
والفسخ مخيرا بينهما لا تعيين الاجبار ومع عدمه الرجوع إلى الخيار والالتزام به لا مانع منه
الا ان يكون اجماع كما يظهر من كلام المصنف حيث يظهر منه إرسال

كون الخيار بعد الاجبار مرسل المسلمات نعم لو متعنا من كون التسليم من قبيل الشرط
تعيين ما ذكره حيث إنه (ح) لا مدرك للخيار الا الاجماع وقاعدة
الضرر مع امكان الخدشة في قاعدة الضرر بان عدم التسليم (ح) لا ربط له بالمعاملة فيكون
كما لو كان عنده مال اخر للمشتري وامتنع من تسليمه فلا يكون
الضرر من جهة لزوم المعاملة حتى يحكم برفعه فتدبر والانصاف ما ذكرنا من كونه من
تتمات المعاوضة فيكون بمنزلة الشرط ويكون الخيار فيه بمقتضى
القاعدة هذا ويمكن ان يوجه كون الخيار على القاعدة بوجه آخر وهو ان يقال انا وان
سلمنا ان المعاهدة غير منحلة إلى ما ذكر الا ان العرف
من حيث هم عقلاء بنائهم على عدم اللزوم مع تخلف الشرط بمعنى ان من احكامهم في
طريقتهم مع قطع النظر عن الشرع ان المشروط له مخير عند تخلف شرطه
بين البقاء على العقد والاجبار إن أمكن والفسخ والسر في هذا الحكم منهم ملاحظة كون
اللزوم بدون الشرط ضررا والشارع قرر المعاملات على ما بيدهم
الا في بعض الموارد التي ليس المقام منها وبعبارة أخرى ان البيع عندهم مبنى على اللزوم
وهو الأصل فيه الا في صورة تخلف الشرط فليس لازما عندهم
فان قلت على طريقتهم انما يكون إذا لم يصل منع كما اعترفت به وقد وصل في المقام إذ
يكفى فيه ما دل على لزوم العقد من قوله (تع) أوفوا بالعقود
وغيره قلت أولا قد مر محله ان العمدة في دليل اللزوم كون المعاملة مبنية عليه عند أهل
العرف كما في البيع مع امضاء الشارع لها كذلك والمفروض
ان ذلك عندهم مشروط بعدم تخلف مثل الشرط ونحوه وثانيا ان مقتضى أوفوا نحوه
وجوب الوفاء بالعقد على ما هو عليه من الخصوصيات والمفروض
فقد خصوصية الشرط فلا يشمل العموم المذكور وإن شئت فقل انه منصرف عن هذه
الصورة ومن هذا الوجه يمكن اثبات خيار تبعض الصفقة
وتخلف الوصف وتعذر التسليم أيضا والحاصل انا لو أغمضنا عن ما ذكرنا في الوجه الأول
من كون اخذ الشرط في المعاملة راجعا في التحليل إلى
اشترط الخيار يمكننا اثباته بهذا الوجه وحاصله كونه من الأحكام التعبدية العرفية وان كان
السر في هذا التعبد منهم ملاحظة لزوم
الضرر لولاه فلا يقال إن التعبد في طريقة العقلاء غير معقول فان هذا المقدار من السر
كاف في تعبدهم بذلك وفي كون الحكم عندهم كذلك
فتدبر ويمكن ان يوجه الخيار بوجه آخر غير الوجهين المذكورين وهو ان يقال إن المعاملة
المشتملة على الشرط ليست الا معاملة واحدة خاصة
والا فليست معاملتين مستقلتين نظير ما إذا أوجب بيعا وهبته بانشاء واحد بل من المعلوم
ان الشرط في ضمن العقد مرتبط به وقيده فيه فان
غاية ما يمكن منعه كون الملتزم قيذا وما نفس الالتزام فلا اشكال في كونه قيذا فلو قال
بعتك العبد بشرط كونه كاتباً فكأنه قال بعتك الكاتب
و كذا قوله بعتك بشرط لي ثوبا في قوة قوله بعتك الكتاب المقرون بالتمزام الخياطة وهكذا
وبالجملة الشرط وان كان التزاما في التزام
متعلق كل منهما بشئ الا ان حاصل الالتزامين التزام واحد بملتزم واحد والثاني وإن لم يكن

قيدا في الأول بحيث يوجب انتفائه الا ان انتفائه

(١٢٨)

الا ان انتفائه يوجب انتفاء هذا الخاص كما لو قال بعتك الدار فإنه تمليك وحداني بسيط المملوك وحداني مركب فهذا البيع الوحداني بيع لجميع اجزاء الدار وفي قوة بيوع متعددة لكن ليس شئ منهما مقيدا بالآخر بل غاية الأمر ان المورد شئ واحد خاص و (ح) فإذا تخلف أحد الاجزاء يصدق على الباقي انه مبيع بهذا البيع كما أنه يصدق انتفاء هذا البيع الخاص بسبب انتفاء بعض اجزائه وكذا في مقامنا إذا تخلف الشرط يصدق على ذات المقيد انه متعلق للبيع كما يصدق انتفاء هذا الخاص بما هو خاص ولازم هذا امكان الاخذ بذلك البعض أو بذلك المقيد ولا يقال إنه غير متعلق للمعاملة لأن المفروض تعلقها به في ضمن الكل وامكان عدم الاخذ به الصدق عدم تحقق مانعا هذا عليه وبعبارة أخرى امضاء المعاهدة بالنسبة إلى ما بقي لا يحتاج إلى انشاء جديد لأن المفروض عدم كون كل جزء قيدا في بيع الآخر وفسخه أيضا ليس منافيا للالتزام والمعاهدة المتحققة بينهما لأن المفروض انتفاء ذلك الخاص بما هو فان انتفائه يصدق بانتفاء بعض اجزائه وبالجملة إذا رضى بالعقد لا يقال إنه اكل المال لا بالتجارة بل بالباطل وإذا فسخ لا يقال إنه لم (يف) بما عهد فان عموم أوفوا انما يدل على لزوم الوفاء بالمعاهدة على ما وقعت من الخصوصيات فان قلت الفرق ظاهر فان الانشاء فعلى هذا إذا باع شيئا ووهب اخر فبطل أحدهما لا يجب الوفاء بالآخر لعين ما ذكرت قلت الفرق ظاهر فان الانشاء فيهما وان كان واحدا الا تمليكان بايجاب واحد بخلاف ما نحن فيه فإنه تمليك واحد فان قلت لازم هذا البيان كون المشروط عليه أيضا مخيرا الصدق عدم تحقق ما عاهد عليه وكذا في تبعض الصفقة على المشتري يلزم كون البايع أيضا مخيرا قلت أولا لا مانع من الالتزام به وثانيا الفرق ظاهر كما لا يخفى فان قلت لازم ما ذكرت جواز الاخذ بالشرط فقط إذا فرض كونه في ضمن معاملة باطلة كما إذا باع خمرا بشرط ان يخيط ثوبه فإنه على ما ذكرت نظير بيع مصراعي الباب الذي تبين كون أحدهما مالا للغير ونظير بيع الخل والخمر قلت البيع ليس تابعا للشرط لكنه تابع له وهذا بخلاف مثال النظير فان شيئا من الجزئين ليس تابعا للآخر وإن شئت فقل ان بطلان البيع يوجب عدم انتقال شئ من الثمن إلى البايع والشرط وإن لم يكن مقابلا بعوض الا انه ليس مجانا أيضا ويلزم من صحته مع بطلان البيع كونه مجانا وهو خلاف ما تعاهدا عليه فتحصل انه يمكن توجيه الخيار في المقام المسمى عندهم بخيار الاشتراط وخيار تخلف الشرط بأحد الوجوه الثلاثة ومعها يكون في عرض الاجبار إن أمكن ويمكن ان ينزل على كل واحد منها ما هو المعمول به عند أهل العرف كما لا يخفى والفرق بين كل من الأول والثالث مع الثاني واضح واما حاصل الفرق بينهما فهو ان في الأول نلتزم بان الالتزام الشرطي قيد في لزوم البيع بمعنى ان لزومه مقيد بتحقيق الملتزم وفي الثالث نقول وإن لم يكن قيدا الا ان الانشاء واحد والمنشأ امر واحد خاص لا على وجه القيدية بل على وجه الموردية ولازمه جواز رفع اليد عن العقد عند التخلف

لصدق عدم تحقق المعاهدة وجواز الاخذ به بالنسبة إلى أصل المبيع لصدق ورود البيع عليه ولو في ضمن الخصوصية فلا يحتاج إلى انشاء جديد وعلى أحد هذين الوجهين ينزل ما يقال إن الرضا الباطني مقيد وبانتفائه ينتفى المعاملة يعنى بما هي معاملة خاصة فلا يرد عليه ما أورده صلى الله عليه وآله العوائد من أنه إذا لم يكن مدلولاً باللفظ لا اعتبار به إذ (ح) يرجع إلى الغرض النفس وتخلفه لا يوجب الخيار وجه عدم الورد انا ندعى التقييد كما في الوجه الأول أو كون المورد والمحل امراً خاصاً كما في الوجه الثالث فليس راجعاً إلى الغرض الغير المدلول عليه في الكلام فتدبر هذا ويؤيد ما ذكرنا من كون الخيار في عرض الاجبار خبر أبي الجارود الذي يمكن ان يعد دليلاً على أصل المطلب وضعفه منجبر بالشهرة بل الاجماع في الجملة عن أبي جعفر (ع) ان تعب رجلاً على شرط فان أتاك بمالك والا فالبيع لك لأن الظاهر من قوله (ع) مالك مالك من الشرط ومن قوله (ع) والا فالبيع لك كون امره بيدك فتدبر هذا وإذا ثبت كون هذا الخيار على القاعدة فنقول به في جميع موارد التخلف وفي جميع العقود نعم في باب النكاح لا يعمل بهذه الكلية ولهذا اقتصر الفقهاء في الحكم بالخيار فيه على تخلف بعض الشروط كما إذا اشترط كون الزوج حراً فبان عبداً أو كون الزوجة حرة فبان أمة أو كونها بنت مهيبة فبان بنت أمة ونحو ذلك مما ذكره ولم يتعدوا إلى سائر الشروط كما إذا اشترط عليه أو عليها فعلاً سائماً فتخلف ونحو ذلك والسرف فيه أن النكاح لا يجرى فيه خيار الشرط وهذا بمنزلة خصوصاً على البيان الذي ذكرنا فان قلت فعلى هذا مقتضى القاعدة بطلان الشرط على الوجه الأول لأنه في الحقيقة راجع إلى اشتراط الخيار والمفروض عدم صحته من هذه الجهة مع أنهم لا يحكمون ببطلان الشرط بل يقولون بوجوب الوفاء به غاية الأمر عدم كون تخلفه موجبا للخيار قلت هذا انما يلزم إذا كان الخيار مفاداً أولياً للشرط وليس كذلك بل مفاده الأولى الالتزام بالفعل المشروط به وعدم صحته من حيث ما ينحل إليه من الخيار لا يقتضى عدم صحته أصلاً كما لا يخفى فتدبر قوله (فت) أقول يمكن ان يكون إشارة إلى بطلان أصل التوجيه فان كونه بمنزلة التقابل ممنوع إذ المفروض ان كلا منهما بان على ابقاء العقد ولو فرض كون الفاسخ غير بان عليه فالمشروط عليه كذلك كيف والا ليس بمنزلة التقابل بل هو مع أن كونه بمنزلة التقابل لا يثمر بل المثمر نفسه والمفروض عدمه ويمكن ان يكون إشارة إلى بطلان الفرق بين المقامين فان الانصاف انه لا فرق بين كونه مالكا لما عند الاخر وكونه ذا حق عليه وكما أن ماله لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم إلى الحاكم ليوقع المعاملة إذ المفروض انه مخير بين الفسخ والاجبار فله اختيار الثاني وإذا تعذر فله الرجوع إلى الحاكم والحاصل ان حقه من الشرط لا يسقط بالامتناع ولا بجواز الفسخ له فله اختيار المطالبة بحقه دون الفسخ فتدبر قوله الرابعة لو تعذر الشرط الخ أقول تحقيق الحال في هذه المسألة ان يقال إن الشرط المتعذر اما ان يكون وصفاً من الأوصاف كالكتابة في العبد أو فعلاً من الأفعال والثاني اما ان

يكون من قبيل بيع المبيع أو غيره على البائع بثمن المثل أو على غيره كذلك أو من قبيل الوقف عليه أو الهبة له أو من قبيل خياطة الثوب ونحو ذلك وعلى التقديرين اما ان يكون متخلفا ومتعدرا حين البيع كاشتراط الكتابة المفقودة حين البيع أو اشتراط بيع شئ معين عليه فبان كونه تالفا حين البيع أو اشتراط خياطة ثوب معين بان تلفه حينه أو عدم قدرته على الخياطة حينه واما ان يصير كذلك بعد البيع (كما إذا باع حنطة كلية بشرط كونها حمراء فانعدم؟ الحنطة الحراء بعد البيع) وقبل الاعطاء أو اشتراط فعلا ممكنا فصار متعذر الفقد الموضوع أو لعدم القدرة ففي القسم الأول لا يجرى احتمال اخذ العوض انا؟ أمضى البيع وان كان مما له قيمة في حد نفسه كخياطة الثوب أو كتابة العبد وذلك لأنه فرع تملكه لذلك الوصف أو لذلك الفعل بالاشتراط المذكور والمفروض عدمه لعدم وجوده أو عدم وجود موضوعه أو عدم القدرة عليه فلا معنى لتملكه حتى ينتقل إلى البدل وفي الحقيقة الشرط الكذائي باطل و (ح) فاما ان يقال بناء على عدم كون الشرط الفاسد مفسدا بالأرث أو بالامضاء مجانا إذا لم يرد الفسخ و (المش) على الثاني والتحقيق الأول وفاقا للعلامة والصيمري على ما نقل عنهما المصنف (قده) وذلك لان الوصف والشرط وإن لم يكونا مقابلين بالعوض في مقام الانشاء الا انهما مقابلان به في عالم اللب لأن المفروض ان للوصف والشرط قسطا من الثمن بمعنى انهما موجبان لزيادة قيمة العين ونقصانها ومقتضى هذه المقابلة جواز الفسخ وجواز الأرث بمعنى استرداد المقدار الذي زيد لأجلهما في العوض لا بمعنى بطلان المعاملة بذلك القدر كما في تخلف الجزء لأنه فرع المقابلة في عالم الانشاء والمفروض عدمه بل بمعنى جواز استرداد ما يساوى ذلك المقدار على ما بينوه في خيار العيب من نسبة التفاوت بين القيمتين إلى الثمن والاخذ بمقدار النسبة وبالجملة الشرط وإن لم يكن مقابلا بالمال الا انه ليس مجانا أيضا و (ح) فاما ان نقول إنه مقابل به في عالم اللب بمعنى ان مقدارا من الثمن في مقابله ولا يضر كون تمامه في مقابل العين في عالم الانشاء إذ لا منافاة بين ان يكون مال واحد مقابلا لشيئين في عالمين طويلين وانما المحال كونه مقابلا لشيئين في عرض واحد فنقول مقتضى كون التمام في مقابل العين جوازا امضاء المعاملة على ما هي عليه واسقاط حق الشرط كيف ولو كان بعضه في الانشاء مقابلا للشرط المفقود لم يمكن امضائه بتمام الثمن كما في تخلف الجزء فإنه يحتاج إلى هبة جديدة ومقتضى كون البعض في مقابل الشرط في عالم اللب جواز استرداده لعدم وصول عوضه وهو الشرط إليه وهذا معنى تخييره بين الفسخ والأرث واما ان نقول إن تمام العوض في مقابل العين الا ان اعطاء بعض ذلك في مقابل العين انما هو في مقابل الشرط فنفس العوض بتمامه في مقابل لكن اعطاء بعضه في مقابلها ليس بما هي هي بل من جهة المقابلة بالشرط وإذا بان عدمه فله ان يرجع في ذلك الاعطاء الزائد بمعنى ان يسترد ما أعطاه زائدا على ما يقابل نفس العين من حيث هي لعدم وصول عوض الاعطاء إليه فهو

نظير ما إذا قال ملكتك كذا في مقابل تمليك كذا إياي فملكه الآخر أيضا ثم بان عدم وجود ما ملكه الموجب فان للاخر ان يرجع في تمليكه بان يفسخه كما في الهبة المعوضة حيث إن الهبة في مقابل الهبة فلو بان فساد إحداهما كان للاخر الفسخ في الأخرى فان قلت فعلى هذا لا بد من رجوع ذلك المقدار من عين الثمن إذا أراد الاسترجاع مع أن الأرش لا يلزم ان يكون من نفس الثمن بل يلزم بطلان المعاملة بذلك المقدار كما في تخلف الجزء قلت لا تم ذلك إذ المفروض ان في الانشاء جعل التمام في مقابل العين فله ان يمضى المعاملة على حسب الانشاء وله ان يفسخها وله ان يسترد المقدار الزائد حسبما قلنا في التقرير الأول ومما ذكرنا ظهر أن الأرش في العيب على القاعدة لا للتعبد نعم مقتضى البيان الذي ذكرنا جواز مطالبة الأرش لا جواز الاجبار عليه فلآخر أيضا أن يقول انى لا أعطي الأرش بل افسخ المعاملة إذا كنت تريد الأرش وذلك لأنه إذا رضى بالمبادلة على أن يكون التمام في مقابل نفس العين من دون غرامة الشئ فمسألة الأرش في العيب على خلاف القاعدة من هذه الجهة حيث إن ظاهر الاخبار والفقهاء انه يجوز له اجبار الآخر على الأرش فتدبر ويؤيد ما ذكرنا من ملاحظة العرف في معاملاتهم مع قطع النظر عن الشرع فإنهم عند تخلف الوصف والشرط يخبرون المشروط له بين الفسخ والأرش وسره ما ذكرنا والشارع انما قرر المعاملات على ما بيد العرف خرج ما خرج ولا دليل على عدم الأرش في مقامنا سوى ذهاب (المش) فتدبر نعم يبقى الاشكال فيما لو علمنا أن المتعاملين لم يلاحظا الشرط في مقام المعاملة بمعنى انهما لم يجعلاه دخيلا في زيادة الثمن ونقصانه كما إذا كان بنائهما على تمليك الشرط مجانا لكن يمكن ان يقال إن المدار على قيمة الشرط في حد نفسه وإن لم يجعلاه له شيئا في مقام المعاملة ولو في عالم اللب أيضا فتدبر واما القسم الثاني وهو ما إذا عرض التخلف التعذر بعد العقد فإن كان مما لا يكون مقوما في حد كاشتراط بيع ماله بثمان المثل على البايع أو غيره وكاشتراط عتق عبده ونحو ذلك فمقتضى القاعدة أيضا الأرش بالبيان المذكور وان كان مقوما في حد نفسه فمقتضى القاعدة مطالبة عوضه كائنا ما كان وذلك لأن المفروض ان المشروط له صار مالكا لذلك الفعل في ذمة المشروط عليه فيجوز له مطالبته بأخذ عوضه ومع هذا لا وقع للأرش بمعنى ان اخذ العوض مقدم عليه فله الخيار بين الفسخ والامضاء بالعوض الا إذا قلنا إن تعذر تسليم الشرط في حكم تلف المبيع قبل القبض بمعنى انه موجب لانفساخ ملكيته فمقتضى القاعدة اخذ الأرش كما بينا نعم يبقى الاشكال في تشخيص صغريات القسمين فان مثل اشتراط كون الحنطة حمراء أو بغداديا هل هو مقوم أم لا محل اشكال وكذا اشتراط هبة شئ للبايع فإنه يمكن ان يقال إذا ملك عليه هبة مال معين فله ان يأخذ عوض ذلك المال إذا تلف قبل الهبة إذ قيمة الهبة المملوكة عليه قيمة العين التي اشترط هبتها فتدبر ثم أقول يمكن ان يقال إن مقتضى قاعدة الضرر أيضا ليس خصوص الفسخ بل التخيير بينه وبين الأرش

وذلك لان مقتضى القاعدة رفع الحكم الذي يلزم منه الضرر وفي المقام ان اعطاء الزيادة في مقابل عالم يسلم له ضرر عليه فلا بد من رفعه وهو كما يكون

(١٣٠)

بالفسخ كذلك يكون بالأرث وبعبارة أخرى الضرر انما حصل بمجرد صحة العقد الكذائي ولا بد من تداركه وهو يمكن بأحد الوجهين وان ضايقته عن ذلك وقلت إن مجرد الصحة ليس ضررا بل اللزوم ضرري قلت يمكن دعوى أن الموجب للضرر لزوم هذه المعاملة الخاصة بخصوصيتها وهي كونها مشتملة على اعطاء الزائد بلحاظ الشرط الذي لم يسلم له فلا بد من رفع اللزوم ومع هذه الكيفية وهو يمكن بوجهين اثبات الخيار (في أصل العقد واثبات الخيار) في استرداد القدر الزائد وحيث لا معين لأحدهما فيتخير وبعبارة أخرى قوله صلى الله عليه وآله لا ضرر ساكت عن التعيين بل انما مقتضاه ارتفاع اللزوم على النحو الموجود فان قلت فعلى هذا لا بد في خيار الغبن أيضا من التخيير بين الامرين ولا يقولون به قلت أولا نلتزم به وقد قال به بعض وثانيا الفرق معلوم لان في مقامنا أعطى الزائد بلحاظ الشرط وإن لم يجعله في قبالة فالموجب للضرر لزوم هذا الاعطاء ورفع هذا اللزوم يمكن بوجهين بخلاف مسألة الغبن فإنه لم يعط شيئا بإزاء ما لم يسلم له بل أعطى المجموع في مقابل المجموع بتخيل تساوى القيمتين فبان التفاوت الفاحش فتداركه لا يكون الا برفع اللزوم عن المعاملة وهو معنى الخيار وبعبارة أخرى لا يكون هناك التزام زائد على أصل المعاملة وخصوصية زائدة ملحوظة فيها بخلاف مقامنا (فت) بقي شئ وهو ان تعذر الشرط انما يوجب الخيار إذا لم يكن مستندا إلى المشروط والا فهو في معنى اسقاط حقه كما لو اشترط خياطة ثوبه المعين فأتلف ذلك الثوب متعمدا ومع الالتفات إلى الشرط فتدبر قوله عرفا وشرعا أقول الظاهر أن المراد من كونه كذلك شرعا ان الشارع أمضى ما بيد العرف والا فليس لنا دليل يدل على كون المقابلة بين المالكين بالخصوص قوله والتقييد امر (الخ) أقول هذا لا يفيد شيئا إذ لقائل أن يقول القيد مال ومقابل بالمال وإن لم يكن التقييد كذلك فان الشرط الذي يتوهم كونه مقابلا بالمال (والمشروط لا نفس الالتزام فإذا قال بعثك كذا بكذا على أن يكون لي ما دل المقابل بالمال) الدار وهي مال قطعاً فالأولى الاقتصار على ما ذكره من أن المقابلة (الخ) ولا حاجة إلى هذا الزيادة فتدبر قوله وان كانت (الخ) أقول قد عرفت مما ذكرنا كفاية هذا المقدار ولذا اشتهر ان للشرط قسطا من الثمن أي في عالم اللب حسبما عرفت بيانه قوله واضعف منه ثبوت (الخ) أقول إذا قلنا بعدم جواز الاجبار على العمل بالشرط كما ذهب إليه الصميري فلازمه ثبوت الأرث بمجرد الامتناع كجواز الفسخ وبعبارة أخرى الأرث بناء على القول به في عرض جواز الفسخ والمفروض انه قائل به بمجرد الامتناع فلا بد أن يقول بالأرث أيضا فالإيراد عليه انما هو في ذلك المطلب لا في هذا المقام فلا أضعفية بناء على مذهبه فتدبر قوله ولو كان الشرط عملا (الخ) أقول لا بد من تقييد ذلك بما إذا عرض التعذر والا فلو كان متعذرا حين العقد فلا وجه لاختذ العوض لعدم تملكه حتى يصح له اخذ البديل فلا بد اما من الأرث كما على المختار حسبما عرفت من بياننا المتقدم أو الامضاء مجانا إن لم يفسخ قوله وان كان

مقتضى المعاوضة (الخ) أقول يظهر من هذا الكلام ان وجه جواز اخذ العوض كونه مقابلا
بالمال في العقد وليس كذلك إذ الوجه فيه كون المشروط
له مالكا لذلك العمل فله مطالبته بأخذ عوضه مع فرض كونه مقوما في نفسه وإن لم يكن
مقابلا بالمال في الانشاء ومن ذلك يظهر ما في البيان
المذكور إذ عدم كونه مقابلا بالمال في الانشاء انما ينافي اخذ الأرش مع الاغماض عما
ذكرنا وإلا فلا منافاة بينه وبين اخذ العوض إذ هو فرع تملكه
لذلك العمل والمفروض انه كذلك ولا يتفاوت الحال بين كونه مجانا أو بمقابلة المال في
الانشاء أو في اللب قوله ولذا لا يشترط قبض (الخ) أقول
يعنى لو باع العبد واشترط ان يكون معه ماله لا يكون الثمن بإزاء ذلك المال بل بإزاء العبد
فقط والالزام فيما إذا كان ماله من النقدين والثمن أيضا كذلك
وجوب التقابض في المجلس بالنسبة إلى ماله لكونه يبيع صرف (ح) مع أنهم لا يلتزمون
بذلك فيكشف هذا عن عدم كونه مقابلا بالمال أي بالثمن قوله
لو تعذر الشرط وقد خرج (الخ) أقول الأولى ان يقال إذا تعذر الشرط فاما ان يكون العين
تالفة حقيقة أو بحكمه كما إذا غصبها غاصب واما أن تكون
موجودة لكن تصرف من انتقلت إليه فيها بأحد التصرفات المخرجة عن الملك أو الموجبة
لتعلق حق بها كالرهن والتصرف المخرج اما ان يكون لازما
أو جازيا والكلام تارة في حكم الخيار وانه متوجه مع التلف أو التصرف الكذائي أولا وتارة
في حكم التصرف بعد الفسخ من حيث الانفساخ وعدمه اما
الأول فنقول اما في التلف فمقتضى القاعدة ابتناء المطلب على الوجوه في مدرك الخيار فان
جعلنا مدركه الاجماع فلا يجرى هنا لان القدر
المتيقن منه صورة بقاء العين المشتري بل لا بد من الصلح وان جعلنا مدركه ما ذكرنا من
القاعدة فمقتضى القاعدة ثبوته مع التلف أيضا فينتقل إلى
البدل وان جعلنا مدركه قاعدة الضرر فيمكن ان يقال بجريانه في صورة التلف أيضا لان
الضرر موجود ولا بد من رفعه والأولى ان يقال إن
قلنا بالأرش أو العوض فلا يجرى الخيار لان الفسخ مع التلف ضرر على الطرف الآخر فإنه
ا قدم على ضمان العين بالثمن المذكور في المعاملة فالزامه
بالبدل الذي قد يكون اضعاف ذلك الثمن ضرر عليه والمفروض امكان جبر ضرر المشروط
له بالأرش أو العوض لكن هذا إذا لم يكن التعذر مستندا إلى
تقصير المشروط عليه والا فهو مقدم على ضرر نفسه واما لو لم نقل بالأرش أو العوض
فيتعارض الضرر ان ولا مرجح ويمكن إناطة المطلب بالأقوى منهما
فتدبر واما التصرف فحاله من حيث المنع عن الخيار حال التلف نعم يمكن ان يقال بعدم
منعه عنه وان قلنا بكون التلف مانعا بناء على
القول بالانفساخ إذا فسخ العقد الأول فان الخيار (ح) لا يوجب ضررا على المفسوخ عليه
لأن المفروض
عدم الانتقال إلى البدل على فرض الفسخ هذا
إذا قلنا بعدم الخيار في صورة التلف من جهة الضرر واما ان قلنا بعدمه من جهة كون
المدرك الاجماع الغير الشامل لها فلا فرق والحاصل

انا لو قلنا بجواز الفسخ في صورة التلف فههنا أولى ولو قلنا بعدمه فيها أمكن القول بجوازه
هنا على الوجه المذكور وأما حاله من حيث الانفساخ

(١٣١)

وعدمه ففيه وجوه أحدها الصحة والانتقال إلى البديل سواء كان التصرف لازماً أو جائزاً فان جوازه انما هو بالنسبة إلى الطرف الآخر وهو المتصرف والوجه فيه أن لازم الفسخ انتقال العوضين إلى المالك الأول مع بقائهما في ملك الآخر وعدم المانع ومع عدم هذا فينتقل إلى البديل نعم لو فسخ الآخر بخيار أو تقايل قبل اخذ البديل يتعين اعطاء العين لعدم المانع (ح) وكذا لو كان لعوده إلى ملكه امد قريب كما لو علم أنه سينفسخ وكذا لو كان زوال المانع كذلك كان علم أنه بعد ساعة أو يوم يزول عنه حق الرهانة فإنه (ح) يعد موجوداً أو بلا مانع عرفاً وكذا إذا كان الأمد بعيداً وصبر الفاسخ إلى زوال المانع فتدبر الثاني الحكم بصحة ذلك التصرف لكن للفسخ فسخه لتعلق حقه بالعين المنتقلة الثالث الفرق بين اللازم والجائز ففي الثاني يجوز إلزام المتصرف بالفسخ لان الفسخ يقتضى عود نفس العوضين وان كانا تالفين والانتقال إلى البديل لمكان عدم امكان دفع العين المفروض امكانه الرابع الحكم بالانفساخ من الأصل بمعنى الكشف عن عدم الانعقاد وان كان في ظاهر الشرع محكوماً بالصحة إلى زمان الفسخ والوجه فيه تعلق حق الخيار بتلك العين وهو مانع عن صحة التصرف الخامس الحكم بالانفساخ من حينه لعدم الوجه في عدم الانعقاد من الأول بعد كونها ملكاً للمتصرف والمانع هو الفسخ وهو متحقق الآن السادس الفرق بين العتق فينتقل إلى البديل لمكان كونه مبنيًا على التغليب وغيره فينفسخ من الأصل أو من الحين أو بفسخه الفاسخ السابع الفرق بين ما إذا كان التصرف قبل زمان الخيار أي قبل التعذر فيلزم وينتقل إلى البديل لعدم المانع حين التصرف وبين كونه في زمان التعذر فيجرى أحد الوجوه الآخر والأقوى من هذه الوجوه هو الوجه الأول وسيأتي تمام الكلام في احكام الخيار إذ لا اختصاص لهذه المسألة بالمقام هذا كله في التصرف الناقل أو المحدث لحق كالرهانة ونحوها واما التصرفات الأخر فهي غير مانعة عن الخيار الا إذا كانت من ذي الخيار وكانت دالة على امضاء البيع واسقاط حق الخيار قوله بفسخ العقد الواقع أقول المراد به الانفساخ كما لا يخفى قوله تقدمت في الاحكام الخيار أقول يعني في التصنيف والا فهي سيحى في وضع الكتاب قوله هذا كله مع صحة ((الخ) أقول يعني مع صحة العقد) العقد من حيث هو ومع قطع النظر عن الفسخ والا فمع ملاحظته كان أحد الوجوه انفساخه من الأصل فالمقصود ان الوجوه التي ذكرنا انما هي

حيث يكون العقد الثاني صحيحاً مع قطع النظر عن الفسخ بان لم يكن تصرفاً في متعلق حق الشرط والا فكذا وكذا ثم لا يخفى ما في هذا البيان من عدم حسن التأدية والأولى بل المتعين عنوان هذه المسألة مستقلة إذ لا دخل لها بمسألة تعذر الشرط ولا بفسخ العقد الأول وعدمه ولا بما إذا كان التصرف في أحد عوضي العقد الأول إذ يمكن ان يكون متعلق الشرط شيئاً اخر كما إذا باع كتاباً بثمن معين واشترط عليه بيع عبده عليه أو اعتاقه

أو نحو ذلك فباعه من غيره فنقول اجمالاً إذا تصرف المشروط عليه في متعلق الشرط بما ينافي الوفاء به فإن

كان بالاتلاف ونحوه من تفويت و

الموضوع فهو حرام بناء على وجوب الوفاء بالشرط تبعداً كما مروا أن كان بمثل البيع والعتق والرهن ونحو ذلك فالكلام في حرمة ما عرفت وأما

من حيث الصحة وعدمها ففيه وجوه البطلان مطلقاً ولو مع الإجازة والبطلان إلا معها والصحة مطلقاً هذا كله مع عدم الإذن السابق وإلا فلا ينبغي

الاشكال في الصحة وذلك لأن غاية الأمر تعلق حق المشروط له بذلك الشيء لكن كما يجوز له رفع اليد عن حقه باسقاطه فكذلك يجوز له الإذن في تفويت

الموضوع فبمجرد الإذن لا يسقط الحق لكن بعد تفويت الموضوع يسقط ويظهر الثمر فيما لو رجع عن أذنه أو انكشف بطلان التصرف من وجه

آخر فإن الحق معه باق بخلافه على الإسقاط والأقوى من هذه الوجوه هو البطلان لا للنهي المتعلق به من حيث كونه منافياً للعمل بالشرط

لأنه غير متعلق بالمعاملة بما هي مع أنه لا يجري فيما لو تصرف غافلاً عن الشرط بل لتعلق حق الشرط به وكون التصرف في متعلق حق الغير نظير بيع العين المرهونة

فإن حق الرهانة مانعة عن صحته ووجهه خروج الملك عن الطلقة فلا يقال المفروض كونه ملكاً للمتصرف فلا وجه لعدم نفوذ تصرفه لأنه إذا تعلق

حق الغير به فله في هذا المال شيء وعليه سلطنته إلا أن سلطنته أضعف من سلطنة المالك فإن قلت أنا نمنع تعلق الحق به بل ليس إلا وجوب

الوفاء تبعداً نظير العين المنذورة غاية الأمر أن له سلطنة على المشروط عليه بالاجبار على وفاء حقه وأما تعلق حق له بالعين فممنوع قلت أولاً نختار أن

في النذر أيضاً لا يجوز التصرف المنافي لتعلق حق المنذور له إذا كان بعد حصول المعلق عليه فيما كان معلقاً وثانياً فرق بين المقامين فإن النذر

تكليف شرعي تعبدي وليس للفقير أو المنذور له المطالبة به إلا من باب الأمر بالمعروف بخلاف المقام فإنه حق مالي ولذا يجوز إسقاطه بخلاف النذر

فإنه ليس للفقير الإسقاط ودعوى أن القدر المسلم أن نفس الشرط حق مالي وهذا لا يثبت المدعى إذ في الحكم بالبطلان لا بد من كون الحق

متعلقاً بالعين الخارجي وهو ممنوع فإن صحة الإسقاط لا يتوقف إلا على كون الشرط حقاً على المشروط عليه وأما تعلقه بالعين بحيث تخرج عن كونه

طلقاً فلا مدفوعه بان الاستفادة من قوله بشرط أن تبيني عبدك تعلق حق له بالعبد أيضاً فمقتضى القاعدة بطلان التصرف المنافي هذا مع عدم

الإجازة وأما معها فيمكن الحكم بالصحة لارتفاع المانع أو لكونه كالفضولي ويمكن الحكم بعدم الصحة أيضاً لأن العقد الثاني ليس له حتى يجيزه

ولا واقعاً على ماله بل كان المالك هو المتصرف وحقه كان مانعاً عن نفوذ التصرف فلم يؤثر شيئاً وإنما معنى إجازته إسقاط حقه من حينها فكما لو لم

يجز بل إسقط حقه لا يثمر شيئاً فكذا مع الإجازة فالفرق بينه وبين الفضولي في كمال الوضوح إلا أن يقال إن العقد يبقى موقوفاً إلى حين الإجازة

وارتفاع المانع كما في الشرائط المتأخرة كقبض المجلس في الصرف والسلم لكنه مشكل
لان مقتضى القاعدة تأثير العقد من حينه ومع عدمه

(١٣٢)

من جهة المانع لا دليل على تأثيره بعد ذلك الفرق بينه وبين الشرائط المتأخرة انها بمنزلة الجزء للعقد بخلاف ارتفاع المانع في المقام فتدبر

ومما ذكرنا ظهر وجه القول بالصحة مطلقا أو مع الإجازة وجوابه ثم إذا قلنا بالصحة مطلقا فإذا كان متعلق التصرف أحد العوضين وقد

فسخ العقد الأول فهل يتفسخ الثاني من حينه أو من أصله أولا أو التفصيل الوجوه السبعة المتقدمة ومما ذكرنا ظهر أن زيادة الوجه

الرابع في المقام من التفصيل بين العتق وغيره دون السابق في كلام المصنف لا وجه له إذ مع عدم مانعية حق الشرط من حيث هو عن نفوذ التصرف يرجع الأمر إلى السابق فيما كان التصرف في متعلق العقد الأول وليس مسألة أخرى وهذا واضح قوله أو مع اذن المشروط له أو اجازته

أقول قد عرفت أن صورة الإذن السابق لا اشكال في صحتها ويمكن ان يريد من قوله أو اجازته العطف التفسيري بان يكون المراد

من الاذن الاذن اللاحق قوله كان للمشروط له فسخه والزامه (الخ) أقول يمكن ان يريد فسخ العقد الثاني ويكون اطلاق الفسخ من

باب المسامحة لأن المفروض بطلانه مع عدم الإذن على مختاره فيكون المراد إلزامه بالوفاء بالشرط ولا يكون معه خيار في العقد الأول لعدم

تعذر الشرط ويمكن ان يريد فسخ العقد الأول و (ح) فيكون قوله والزامه بالوفاء بالشرط بمعنى أو إلزامه يعنى يكون مخيرا بين الفسخ والامضاء

والالزام بالوفاء لكن يشكل (ح) انه لا وجه الفسخ العقد الأول لعدم تعذر الشرط الا ان يكون بخيار اخر والا وجه الأول قوله نعم لو لم نقل

باجبار (الخ) أقول يعنى ان ما ذكرنا من البطلان مع عدم الإذن انما يكون إذا قلنا بثبوت حق للمشروط له بحيث يجوز له الاجبار والا فلو لم نقل

بثبوت حق له فلا مقتضى لبطلان العقد الثاني إذ النهى قد عرفت أنه غير مقتضى للفساد لعدم تعلقه بالمعاملة بما هي هذا ولا يخفى ان جواز

الاجبار أعم من المدعى كما عرفت من بياننا المتقدم إذ يكفي في جوازه ثبوت حق على المشروط عليه ولو لم يكن متعلقا بالعين والموجب للبطلان انما

هو الحق المتعلق بالعين كما لا يخفى قوله لان العتق مبنى (الخ) أقول هذا علة للفرق ثم لا يخفى ان التفصيل المذكور لا وجه له لعدم الدليل

على كون العتق مبنيا على التغليب بالمعنى المقصود في المقام وأمثاله نعم مورد هذه القاعدة مسألة السراية كما إذا كان العبد مشتركا بين

أثنين فأعتق أحدهما حصته فإنه يعتق عليه حصة الاخر أيضا لتغليب جانب الحرية ولا ينفع في المقام كما لا يخفى قوله وظاهره ما اخترناه ويحتمل

(الخ) أقول يعنى ان ظاهر الدروس بطلان التصرفات الواقعة في متعلق حق الشرط المنافية للوفاء به كما اخترناه ويحتمل ضعيفا ان يكون

مراده جواز فسخ العقد الأول فيفسخ هذه العقود أيضا ومعه يكون خلاف المختار لدلالته على صحة هذه التصرفات مع قطع النظر عن فسخ العقد

الأول قوله لا يسقط بالتصرف فيها أقول يعنى لا يسقط بتصرف المشروط له بعد تعذر

الشرط فيما انتقل إليه قوله نظير خيار المجلس والحيوان (الخ) أقول لا يخفى ان ظاهره في المقام ان التصرف من حيث هو ليس مسقطا للخيار بل انما يسقط إذا كان دالا على الاسقاط فعلا لكن الذي استقرب سابقا واستفادة من تعليل خيار الحيوان كون التصرف الكاشف نوعا مسقطا تعديا فتدبر قوله لا مثل اشتراط مال العبد (الخ) أقول وذلك لأنه من شروط النتيجة وبمجرد تمامية العقد يحصل الملكية فلا يقبل الاسقاط قوله واما كونه حقا للعبد (الخ) أقول يعني نمنع كونه حقا للعبد ومجرد حصول نفع له لا يستلزم كونه حقا له ولذا لا يجوز له اجباره على الوفاء ولا يسقط باسقاطه إذا لم يسقط البايع قلت وعلى فرض كونه حقا للعبد ولله أيضا بحيث يصح له وللحاكم اجباره نقول إنه تابع لحق البايع فيسقط باسقاطه كما هو واضح ثم قد عرفت مما تقدم منا ان من قبيل الاسقاط الاذن في تفويت الموضوع نظير ما إذا اذن المرتهن في اتلاف العين المرهونة ان نقلها قوله إذا لم يبلغ حد الوجوب (الخ) أقول بل لو بلغ حد الوجوب أيضا لا يكون حقا لله بل يكون حكما شرعيا تعديا لا يجوز الاجبار من الحاكم عليه الا من باب الأمر بالمعروف الا ترى ان في النذر بالغ حد الوجوب ومع ذلك ليس مما يجوز الاجبار عليه الا من باب الأمر بالمعروف وهو جار في جميع الواجبات حتى غير الماليات فتدبر قوله فهل يلاحظ (ح) جانب (الخ) أقول تحقيق الحال ان يقال إن كان المراد تشخيص ما بيد العرف إذا قالوا بعثك هذا لصبرة على أن تكون كذا وكذا منا ونحو ذلك وانه له غرضهم جعل العوض في الانشاء في مقابل هذا الموجود أو في مقابل المقدار المشروط فالظاهر أن مرادهم جعل العوض في مقابل المقدار المذكور وارجاعه إلى الجزء إذ لا فرق عندهم بين التعبير المذكور وقولهم بعثك هذا المن من الحنطة فان هذا أيضا في قوة هذه الحنطة على أن تكون منا فالمبيع وان كان شخصا خاصا الا انه لما وصف بكونه مقدارا معيناً فيلحقه حكم المقدار بمضي انه جعل العوض في مقابل ذلك المقدار فلو بان نقصانه يتبعض الثمن أيضا والحاصل ان في كلتا الصورتين المبيع جزئي شخصي خارجي الا انه بلحاظ كونه مقدارا معيناً فكان المبيع ذلك المقدار بل لا يبعد ان يقال إن قوله بعثك هذه الدابة بشرط أن تكون معها حملها أيضا يكون كذلك بمعنى ان في قصدهم جعل الثمن بإزاء المجموع فلو بان عدم الحمل يتبعض وان كان المراد حكم ما إذا علمنا أن قصدهم بيع هذا الموجود كائنا ما كان الا انهم يشترطون كونه كذا مقدارا وبعبارة أخرى صورة العلم يكون اخذ الشرط على حقيقته بمعنى عدم مقابلته في عالم الانشاء بالمال فالحق لحق حكم الشرط له كسائر المقامات ومجرد كونه على فرض وجوده جزء لا يقتضى كونه مقابلا بالثمن على فرض عدمه فلا يقال لو كان يلحقه حكم الشرط فينبغي أن لا يقابل بالمال على فرض الوجود أيضا لأننا نقول إذا جعل الثمن بإزاء هذا الموجود فلزامه كونه في مقابل تمامه كائنا ما كان واما لو لم يكن بالمقدار المشروط فالقدر

الفئات لم يكن موجودا حتى يكون مقابلا بالمال ومن ذلك يظهر ما في كلام المصنف من أن المستند في عدم التوزيع عدم المقابلة عرفا والعرف حاكم في هذا الشرط بالمقابلة (فت) وذلك لان العرف انما يحكم بالمقابلة عند عدم اخذ الشرط على حقيقته والا فلو فرض الالتزام على وجه الشرطية وجعل المبيع هذا الموجود كائنا ما كان فكيف يحكم بالمقابلة ولعله إلى هذا أشار بقوله (فت) وبالجملة إذا قال بعتك كذا بكذا بشرط ان يكون وزنه كذا لا يجعلون المقدار الفئات مقابلا بالثمن وإلا فلا فرق بين هذا المثال وما لو قال بعتك هذه الدابة بكذا بشرط كون حملها معها فان الحمل أيضا قابل لان يكون مقابلا بالمال ومعدود عندهم من الأموال ويكون بعض الثمن من جهة تخيل وجوده والحاصل انه لو فرض جعل المقابلة في عالم الانشاء بين هذا الموجود والثمن فلا وجه للتوزيع ولا فرق بين مختلف الاجزاء ومتساويها ولا بين الاجزاء وغيرها خصوصا مثل ثمر الشجر وحمل الدابة مما يعد جزء عرفا في حد نفسه ومما ذكرنا من التشقيق وان للمسألة صورتين يمكن جعل النزاع بين العلماء لفظيا فمن قال بالتوزيع غرضه ان الشرط المذكور ليس على حقيقته وان المراد من التعبير المذكور بيان المقدار كما لو أخبر بوزنه ومن قال بعدمه أراد صورة إرادة الشرطية حقيقة فتدبر واما رواية ابن حنظلة فيمكن ان يقال إنها منزلة على الصورة الأولى بان يكون المراد من قوله باع أرضا على أنها عشرة اجرتة ان البائع أخبر بكونه عشرة اجرتة فيكون من قبيل ما لو قال بعتك هذه العشرة ويمكن ان يقال إن استرجاع فضل المال ليس من جهة التوزيع والتبعيض بل من باب الأرش ويكون دليلا على ما قلنا من كون تخلف الشرط موجبا للتخيير بين الفسخ والأرش ويؤيد هذا أنه قال بعد هو اخذ الأرش ثم مما ذكرنا تبين حكم صورة تبين الزيادة وانه على احدى الصورتين يصير البائع شريكا وعلى الأخرى يكون له خيار تخلف الشرط قوله وان كان بصورة القيد (الخ) أقول هذا البيان من المصنف يؤيد ما ذكرنا من أن ما بيد العرف الصورة الأولى وان التعبير بالشرط صوري ومن باب المسامحة قوله لان البيع هو الموجود الخارجي (الخ) أقول هذا ناظر إلى صورة اخذ الشرط على وجه الحقيقة ومعه فالحق عدم التوزيع كما عرفت فتدبر قوله وزاد بعض هؤلاء (الخ) أقول قوله ما فرق مفعول لقوله زاد وحاصل الوجه ان في صورة اختلاف الاجزاء لا يمكن ان يعلم مقدار ما بإزاء الفئات لأنه غير معلوم انه من قبيل أي جزء من الاجزاء الموجودة مثلا إذا باع أرضا على أنها عشرة اجرتة وفرض نقصانها عنها بجريب والمفروض ان بعض تلك الأرض من السهل وبعضها من الحزن أو بعضها تلال وبعضها غيرها فلا يعلم أن الجريب الفئات من أي القسمين فلا يمكن التقسيط والأولى في بيان الايراد عليه ان يقال أولا ان لازم هذا بطلان البيع لجهالة الثمن لا لحوق حكم الشرط فلو كان مقتضى القاعدة لحوق حكم الجزء كما هو المفروض في صورة معلومية القسط كما في متفق الاجزاء فهذا لا يصير وجها لا لحاق حكم الشرط له بل مقتضاه بطلان أصل المعاملة وثانيا نمنع الجهالة في جميع الصور إذ قد يكون جميع القطاع متساوي القيمة وان

كانت مختلفة في حد نفسها فالقسط معلوم وكذا قد يكون بنائهما على كون الطرف الفلاني تمامه من السهل كما إذا كان الجزء المشتمل على الحزن أول قطعة الأرض وكانت البقية كلها من السهل وتخيل ان ما للبايع يكون مقدار العشرة فبان نقصانه وكذا إذا فرض كون كتاب معين مختلف الخط وكان بنائهما على أن الطرف الآخر منه كله من خط كذا فبان ناقصا فإنه لا بد من جعله من ذلك الخط وهكذا فعدم المعلوماتية مطلقا ممنوع وثالثا نقول في جميع الصور القسط معلوم لأنه إذا رأى المبيع على النحو الموجود من الاختلاف وفرض نقصانه فالمقدار الناقص أيضا يؤخذ بوصف الموجود مثلا إذا كان نصفه ناقصا يؤخذ ذلك مثل النصف الموجود بحسب القيمة والكيفية إذ المفروض انه رأى هذا الموجود بهذه الكيفية وتخيله تاما فلو فرض كون ثلث الموجود بوصف وثلثاه بوصف اخر يجعل الفئات أيضا كذلك وهكذا والى هذا الوجه الثالث أشار المصنف بقوله ومع اختلافها فظاهر التزام كونها عشرة (الخ) وهذا هو التحقيق في الجواب الذي في المتن واما سائر ما ذكره فلا طائل تحته كما لا يخفى قوله وفيه مضافا (الخ) أقول حاصله ان جهالة القسط لا يقتضى ذهاب حق المشتري بل لا بد من الصلح الا ان يقال الجهالة راجعة إلى جهالة الثمن فالمعاملة باطلة فلا حق للمشتري قوله وفيه منع عدم المعلوماتية (الخ) أقول الظاهر أن لفظة وفيه زيادة من قلم الناسخ وقوله منع مبتداء لقوله وفيه مضافا (الخ) أقول لان الفئات صفة (الخ) أقول الأنسب أن يقول الفئات جزء مماثل للموجود في الكيفية والقيمة لأن المفروض ان الفئات يلحقه حكم الجزء على مذاق الشيخ قوله وان كان الفرض مستحيل الوقوع أقول هذا لا دخل له بالمطلب لما عرفت من انا لا نحتاج إلى الفرض الذي فرضه بل يجعل الفئات مماثلا للموجود لان الموجود عنوان للجميع حيث تخيله تاما فتخيل ان جميعه على هذه الكيفية الموجودة قوله الا انه لا يقدر (الخ) أقول مورد الاشكال صورة الاختلاف والا فصورة الاتفاق في القيمة لا اشكال فيها فالعمدة في الجواب ما ذكره بقوله ومع اختلافها فظاهر (الخ) حسبما عرفت ولو اقتصر عليه كان أحسن حسبما ذكرنا في الايراد الثالث فتدبر قوله ان اشتراط عدم الزيادة (الخ) أقول هذا خبر لقوله من أن مقتضى ما تقدم (الخ) قوله ولعل هذا الظهر أقول الا ظهريه ممنوعة بل التحقيق ما عرفت من أن الشرط قد يكون سوريا في المقامين ولازمه لحقوق حكم الجزء وقد يكون حقيقيا فيلحقه حكمه ثم إنه بقي هنا أمور الأول هل خيار تخلف الشرط فوري أو متراخ ان قلنا إن مدركه الاجماع فهو فوري وان قلنا إن مدركه الضرر فحاله حال خيار الغبن فراجع وان قلنا إنه مقتضى القاعدة فالظاهر أنه متراخ الثاني قد أشرنا سابقا إلى أن تعذر الشرط انما يوجب الخيار إذا لم يكن بتقصير من المشروط عليه فلو اشترط عليه خياطة ثوب خاص فأثلفه المشروط له عمدا ولا

خيار له واما لو كان بقصور منه كما لو فرض اتلافه الثوب غافلا عن الشرط أو اشتراط عليه خياطة ثوب كلى ولا يقدر على شراء ثوب حتى يخييط له المشروط عليه (أو اشترط عليه) بيع داره منه بثمن المثل ولا يقدر على الشراء ونحو ذلك ففي ثبوت الخيار وجهان وكذا لو خرج الشرط عن المالية كما إذا اشترط عليه قربة من الماء في حال غرة وجوده فصار كثيرا لا قيمة له أو خرج عن كونه متعلقا لغرض العقلاء بعد ما كان كذلك ونحو ذلك فان في الخيار وجهين الثالث

لو كان الشرط على ثالث وقد قبل فالظاهر اجباره أيضا ومع التعذر له الخيار من غير فرق الرابع لو عمل بالشرط الصحيح ثم فسخ أحدهما العقد بخيار آخر أو تقايلا؟ فالظاهر تبعية الشرط للعقد في الانفساخ و (ح) فإن كان من شروط النتيجة كما إذا اشترط كونه وكيلا أو كون ماله لزيد أو للطرف الآخر فبالفسخ يبطل الوكالة والملكية وكذا لو اشترط الرهانة و (ح) فإن كان عين المال المشترط ملكيته موجودة رجع إليها والا انتقل إلى البديل سواء تلفت في يد أحد المتعاقدين أو ثالث فان ضمانها انما يكون على المشروط عليه ولا يرجع على الثالث لا يقال لم يكن في مقابل الشرط مال فلا وجه للانتقال إلى البديل لأننا نقول لم يكن المال المشروط مجانا أيضا ويكفى في ضمانه كونه مقابلا به في عالم اللب واما لو كان المشروط فعل من الأفعال وقد أوجده فله أجره المثل على المشروط له ان كان مما له أجره كخياطة الثوب ويشمل فيما ليس له أجره كما لو اشترط بيع دار بثمن المثل فباعها واما لو اشترط عتق عبده فأعتقه فالظاهر الرجوع عليه بعوض العبد هذا ولو كان الشرط وصفا كالكتابة ونحوها وزال عند المشروط ففسخ العقد فالظاهر رد المبيع

وعوض الوصف الفاتت بل الظاهر أن الحكم كذلك في زوال كل وصف موجود حين العقد وزواله عند أحدهما كما إذا غاب المبيع عند المشتري أو الثمن عند البائع وسيأتي الكلام في ذلك انشاء الله في احكام الخيار كما أنه قد تقدم الإشارة إلى حكم زوال الوصف سابقا والغرض الإشارة الاجمالية

ولم أجد من تعرض لهذه المسائل سوى حكم الوصف الفاتت فإنه تقدم شطر من الكلام فيه في المتن وكان مختار المصنف عدم الضمان فراجع وتأمل وعليك بالتأمل في جميع هذه المسائل الخماس لو اختلفا في الاشتراط وعدمه كان الأصل عدمه وكذا لو اختلفا في العمل به ولو اختلفا في تعيينه

تخالفا وبطل الشرط ويثبت الخيار للعلم به اجمالا وعدم العمل عليه ولو اختلفا في كونه صحيحا أو فاسدا كان الأصل مع مدعى الصحة لكن لا يثبت به انه كان كذا ويحتمل الثبوت فتدبر قوله على القول بعدم افساد (الخ) أقول هذا يؤيد الاحتمال الثاني من الاحتمالين اللذين ذكرناهما

سابقا في شرح قوله في مقام استظهار مذهب الشيخ في وجوب الوفاء بالشرط وعدم الاجبار وذلك لأن الظاهر منه الفرق في استحباب الوفاء من باب الوعد بين ما لو قلنا إن الشرط الفاسد مفسدا ولا وان ذلك إذا قلنا بالثاني إذ على الأول لا يبقى عقد فلا يبقى شرط حتى يستحب الوفاء به لكنك

عرفت أنه لا فرق إذ بطلان العقد لا يوجب خروج الشرط عن موضوع كونه وعدا ثم لا

(نم) الاستحباب على فرض صحة العقد أيضا إذ بعد حكم الشارع بلغوية الشرط وانه كالعدم لا يشمل دليل الوعد أيضا وما في بعض الأخبار السابقة من قوله (ع) ان شاء وفي بشرطه وان شاء لا المراد منه بيان اللغوية لا انه يجوز له الوفاء بعنوان انه شرط أو وعد كما لا يخفى وما نحن فيه نظير ما إذا وهب ماله بعقد فاسد فإنه لا يبقى الاذن في التصرف ولا التمليك المطلق فتدبر قوله ولا تأمل أيضا في أن الشرط (الخ) أقول الشرط الفاسد من جهة كونه منافيا للمقتضى العقد عرفا بحيث يرجع إلى التناقض خارج عن محل الكلام فإنه لا اشكال في كونه مفسدا من جهة عدم تحقق العقد معه وكذا الشرط الفاسد من جهة عدم كونه مذكورا في متن العقد بان يكون سابقا ولم يكن العقد مبنيا عليه وكذا المبني عليه العقد إذا قلنا باعتبار ذكره في الانشاء فإنه أيضا لا اشكال في عدم كونه مفسدا لان المدار على انشاء المعاملة وهو مطلق لا شرط فيه وان كان التراضي منوطا به إذ لا مناط بالرضا الغير المدلول عليه في الانشاء وكذا اشتراط البيع على البائع ان قلنا بتمامية ما ذكره العلامة من الدور أو ما ذكره الشهيد من عدم العقد إلى البيع إذ معهما أيضا لا يتحقق العقد فيكون مفسدا بلا اشكال واما بقية الأقسام فكلها داخلية في محل النزاع على ما يقتضيه اطلاق كل واحد من القسمين نعم هذا من حيث القاعدة والا فبعضها خارج من جهة النص الخاص كمسألة اشتراط جعل العنب خمرا أو الخشب صنما ومسألة اشتراط البيع على البائع على ما سيحى من النص على بطلانه والا فمقتضى القاعدة في الجميع سواء من غير فرق بين الشرط المجهول وغير المقدور ومثل اشتراط الانتفاع بالمبيع على الوجه المحرم كجعل الخشب صنما والشرط الذي لا يتعلق به غرض العقلاء وغيرها وذلك لان الشرط تابع في مقام المعاملة غير مقصود بالأصالة وان كان متأصلا في أصل الغرض بان يكون هو المقصود من المعاملة فان المدار على الانشاء في الأصالة والتبعية لا على أصل الغرض و (ح) نقول إن الجهالة فيه لا تسرى إلى أصل البيع حتى يكون غرريا لان ذلك فرع كونه جزءا لاحد العوضين حيث يسرى غرره إليهما والمفروض انه غير مقابل في الانشاء بالعوض وكونه مقابلا به في عالم اللب لا يقتضى الغرر في المعاملة بما هي معاملة ولو سلمنا مراية الغرر إلى أصل المعاملة فإنما نسلم ذلك في بعض المقامات لا كلية فلا وجه لاطلاق القول بعدم التأمل في كونه مفسدا ومن ذلك يظهر حال الشرط الغير المقدور فإنه أيضا لا يوجب كون العوضين غير مقدوري التسليم مع أنه على فرضه انما يوجب البطلان بالنسبة إلى ما كان غير مقدور وهو الشرط وما يقابله لا مطلقا نظير ما إذا كان بعض أحد العوضين غير مقدور التسليم واما اشتراط الانتفاع على الوجه المحرم فلا يوجب خروج المال عن كونه مالا له منفعة محللة مقصودة للعقلاء فلا وجه لبطلان البيع بعد كون الشرط فاسدا وكالعدم ودعوى أنه يصدق انه اخذ ثمن المحرم وان الله إذا حرم ثمنه ومقتضاه البطلان مدفوعة بمنع ذلك فان الثمن في

مقابل عين الخشب أو العنب أو الجارية لا في مقابل

(١٣٥)

جعله صنما أو خمرا أو في مقابل غنائها والا لزم في صورة اشتراط اعطاء مقدار من الخمر في بيع الحنطة بدرهم مثلا ان يكون بعض العوض في مقابل الخمر وأن يكون ثمننا للحرام وهكذا في سائر الشرايط المحرمة والحاصل ان صدق كونه ثمن الحرام موقوف على كونه مقابلا بالمال والمفروض عدمه فان قلت إن الوجه في بطلانه انه حصر المنفعة في المحرم بمقتضى شرطه ولازم هذا بطلان المعاملة بخلاف ما إذا اشترط فعل حرام لا دخل له بالمبيع أو الثمن قلت غاية هذا بطلان الشرط لا أصل المعاملة فإنه لا يشترط فيها الا كون العوضين مما له منفعة محللة مقصودة وحصر الانتفاع في المحرم انما يصير إذا كان صحيحا وإلا فلا فرق بين ذلك وبين ما لو قال بعثك الكتاب بشرط أن لا تتصرف فيه الا بعد أن تشرب الخمر فان الانتفاع به موقوف على المحرم بمقتضى الشرط مع أنه لا يوجب البطلان على قولك فالتحقيق ان البطلان وعدمه بمقتضى القاعدة مبنى على القولين نعم يدل بعض الأخبار في خصوص بعض بالمقامات على بطلان أصل البيع فنقول به من جهته لا من جهة القاعدة ولا يلزم ان ينطبق كل نص على القاعدة وظني ان العلامة أراد انطباق النص الوارد في بطلان البيع المشترط فيه بيعه على البايع على القاعدة فقال إنه (مستلزم للدور وكذا الشهيد فقال) يرجع إلى عدم قصد البيع وكذا المصنف في مسألة بيع العنب بشرط ان

يعمله خمرا فقال إنه يرجع إلى اخذ العوض على المحرم مع أن الحكم تعدي ومن جهة النص الخاص فتدبر ثم إن صاحب الجواهر في اخر المسألة بعد ما حكم بعدم كون الشرط الفاسد مفسدا الا إذا استلزم انتفاء شرط من شروط العقد كما لشرط المجهول الموجب لجهالة العوضين والا ما كان منافيا للعقد بحيث يعود عليه بالنقض قال ينبغي ان يكون النزاع في الشرط المطلق اما إذا علم إرادة محرم والالزام به من غير تعليق فلا اشكال في عدم اقتضائه فساد العقد كما أنه لا اشكال في اقتضائه ذلك إذا علم إرادة تعليق الصحة على ملكه فمحل النزاع الشرط المطلق الذي لم يعلم فيه إرادة أحد الامرين قلت اما حديث انتفاء شرط من شروط العقد فقد عرفت ما فيه إذ هو فرع كون الشرط مقابلا بالعوض في عالم الانشاء مع أنه تابع غير مقصود ولا مقابل به وان كان بالعكس في عالم اللب أو كان مقابلا به واما الشرط الذي أريد منه مجرد الالزام بدون ارتباط له بالعقد فهو شرط بدوي وان كان مذكورا في ضمن العقد فليس داخلا في موضوع البحث فالاستثناء منقطع واما ما أريد به التعليق فهو مفسد في الشرط الصحيح أيضا فتدبر قوله حكى أولهما عن الشيخ (الخ) أقول الظاهر أن هذا سهو من القلم إذا النسبة بعكس ما ذكره فان الشيخ ومن بعده قائلون بعدم الافساد والعلامة ومن بعده قائلون بالافساد كما لا يخفى على من راجع كتبهم مع أن المصنف أيضا أسند سابقا إلى الشيخ ومن تبعه عدم الافساد فتدبر قوله والحق ان الشرط الغير المقذور (الخ) أقول الانصاف انه لا فرق بينه وبين المجهول في ذلك كما عرفت فكما أن عدم القدرة على الشرط

لا يؤثر في العوضين فكذا جهالته والسر ما عرفت من كونه تابعا غير مقصود بالأصالة وغير مقابل بالعوض في الانشاء قوله ويؤيد الاتفاق على عدم (الخ) أقول ما اشتهر من أن للشرط قسطا من الثمن معناه انه كذلك بحسب جعل المتعاقدين حيث جعله شرطا لا من حيث هو وهذا لا ينافي كونه مما لا مالية له ولا يتعلق به غرض العقلاء الا ترى أنه لو باع ما لا مالية له جعل له عوضا وإن لم يكن كذلك في انظار العقلاء فنفس الشرط بما هو هو له قسط من العوض في عالم اللب من المعاملة وإن لم يكن له مالية في حد نفسه و (ح) فيجرى فيه كلا الدليلين ولا وجه لاجراجه عن محل النزاع فتدبر قوله لعموم الأدلة (الخ) أقول مثل قوله (تع) أحل الله البيع ونحوه لا مثل قوله (تع) أوفوا بالعقود لان المراد منه وجوب الوفاء بها على ما هي عليه من الخصوصيات المفروض عدم صحة الشرط وعدم وجوب الوفاء بالعقد بما هو مشتمل على الشرط وإن شئت فقل التحقيق ان العقد الكذائي جائز لما سيأتي من ثبوت الخيار بالشرط الفاسد ومعه لا يشمل العموم المذكور بناء على ما هو مذاق المصنف من دلالة على الوجوب التكليفي نعم لو لم يكن مفاده الا الارشاد إلى نصحتها على ما هي عليه يصير نظير قوله (تع) أحل الله البيع فان عدم صحة الشرط لا يخرج العقد الواقع على العوضين عن كونه عقدا فيكون صحيحا فتدبر قوله فيجب على هذا سقوط (الخ) أقول وانما لم يقل يجب على هذا بطلان النكاح لان الشرط الفاسد فيه لا يكون مفسدا بلا خلاف ولا اشكال عندهم الا إذا كان مناقضا لأصل العقد والوجه دلالة بعض الأخبار عليه في خصوص بعض الشروط مثل صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) في الرجل تزوج المرأة إلى أجل مسمى فان جاء بصداقها إلى أجل مسمى فهي امرأته وإن لم يأت بصداقها فليس له عليها سبيل وذلك شرطهم بينهم حين انكحوا فقضى للرجل ان بيده بضع امرأته وحبط شرطهم وخبره عنه (ع) في رجل تزوج امرأة وشرط لها ان هو تزويج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق فقضى في ذلك أن شرط الله قبل شرطكم فإن شاء وفي لها ما يشترط وان شاء أمسكها واتخذ عليها ونكح عليها إلى غير ذلك كصحيح الوشاء عن الرضا (ع) في ما لو جعل للمرأة عشرين ألفا ولأبيها عشرة آلاف حيث قال عليه السلام المهر جائز والذي جعله لأبيها فاسد بل هو دال على عدم بطلان المهر أيضا وذكر الفقهاء وجهها اخر لعدم الافساد في النكاح وهو انه ليس معاوضة حتى يلزم بطلانه من فوات بعض العوض فيه وهو الشرط ولذا يصح النكاح بلا ذكر المهر أيضا فالشرط الفاسد على القول بافساده انما يفسد المعاوضات دون غيرها وفيه أولا ان صحة النكاح بلا ذكر المهر لا يقتضى صحته مع ذكره على وجه فاسد وبعبارة أخرى قد يكون بلا عوض وقد يكون معه ولا يلزم من صحته الأول صحة الثاني ولو مع بطلان العوض الا ترى ان التملك أيضا بلا يصح عوض ومع ذلك إذا كان بعنوان المعاوضة لا بد فيه من صحة العوض وسلامته ودعوى أن التملك أنواع بخلاف النكاح فإنه نوع واحد مدفوعة بان لنا ان نبدل التملك بالصلح فإنه نوع واحد وقد يكون بلا عوض وقد يكون معه هذا مع أن النكاح لا

يكون الا بعوض غاية الأمر عدم وجوب ذكر العوض

(١٣٦)

فيه فيرجع (ح) إلى مهر المثل أو المتعة وثانيا لا نعلم اختصاص مفسدية الشرط الفاسد بعقود المعاوضات فان الصلح بلا عوض والهبة الغير المعوضة لو ذكر فيهما شرط فاسد كان موجبا لبطلانهما على القول بكون الشرط الفاسد مفسدا فالأولى ان يتمسك بعدم بطلان العقد بالاخبار المذكورة مضافا إلى الاجماع مع أن في بعض الموارد يكون الحكم خلافا كما في مسألة اشتراط الخيار في النكاح فإنه شرط فاسد بلا اشكال لعدم جريان خيار الشرط فيه ومع ذلك ففي فساد النكاح به خلاف بل (المش) على فساده وانما حكى القول باختصاص البطلان بالشرط عن ابن إدريس نعم تردد (المح) فيه في (يع) وما ذكره في الجواهر من أن هذا الشرط مناف المقتضى العقد ويوجب عدم تحقق حقيقة النكاح ولهذا يكون مفسدا كما ترى إذ من المعلوم عدم منافاته للعقد بهذا الوجه وكذا عن المعروف فساد العقد أيضا إذا اشترط عدم المهر أصلا بل الحكم بصحته مع فساد الشرط في هذه المسألة محكى عن الشيخ فقط قال في (يع) فلو تزوجها ولم يذكر مهرا أو شرط أن لا مهر صح العقد وفي الجواهر في شرحه قطعاً مع إرادة ففي المهر المسمى في العقد (اما لو أرادت ففيه حال العقد) وما بعده

ولو بعد الدخول فلا خلاف ولا اشكال في فساد الشرط بل المعروف فساد العقد أيضا ولعله لصحيح الحلبي سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة تهب نفسها للرجل ينكحها بغير مهر فقال (ع) انما كان هذا للنبي صلى الله عليه وآله فاما لغيره فلا يصلح إلى اخره ثم ذكر صحيح زرارة ومرسلتي عبد الله بن سنان وابن المغيرة قلت لا دلالة في هذه الأخبار على فساد العقد للشرط المذكور وانما مضمونها عدم جواز هبة المرأة نفسها للرجل وان ذلك مختص بالنبي صلى الله عليه وآله فلعل الوجه في حكم المعروف بفساد العقد كونه بمقتضى القاعدة عندهم وبالجملة الظاهر عدم الفرق بين النكاح وغيره في كون الشرط الفاسد مفسدا له وعدمه وان كان جملة من الاخبار تدل على عدم فساده لكن يمكن جعلها دليلا على كلى المسألة ثم إن الظاهر بناء على خروج النكاح من القاعدة اختصاصه بالدائم واما المنقطع فهي داخلة تحت القاعدة فحكم الشرط الفاسد فيه حكمه في سائر العقود ويظهر من بعض الأخبار عدم فساده باشتراط التوارث مع فساده كصحيح سعيد بن يسار عن أبي عبد الله (ع) قال سئلته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث قال عليه السلام ليس بينهما ميراث اشترطا أو لم يشترطا وهذا الخبر أيضا ينبغي ان يذكر في عداد الأخبار الخاصة المستدل بها على عدم الافساد في مطلق الشرط الفاسد والغرض بمن هذا التطويل ان ما يظهر منهم من كون النكاح الدائم خارجا عن محل النزاع في المسألة وان عدم الافساد فيه معلوم اما من جهة القاعدة أو من جهة الاخبار أو من جهة الاجماع لا وجه له إذ الاجماع دليل لي وليس الا في خصوص بعض المسائل كمسألة اشتراط ترك التزويج والتسري والاخبار أيضا كذلك والقاعدة قد عرفت ما فيها إذ عدم كونه معاوضة على حد سائر المعاوضات لا يقتضى ذلك حسبما عرفت وتام الكلام موكول

إلى محل آخر وهذا ما اقتضاه بادئ النظر على سبيل الاستعجال مع عدم القدرة على التتبع من جهة اختلال الحال عافانا الله وعفى عنا بالنبي صلى الله عليه وآله والأول قوله والامضاء مجاناً كما عرفت أقول لا يلزم من البيان المذكور كون الامضاء مجاناً ولا حاجة إليه أيضاً إذ لو قلنا بالأرث أيضاً كما قلنا يتم الوجه المذكور إذ البطلان فرع المقابلة بالعرض في عالم الانشاء ومع عدمه لا يلزم البطلان وإن كان مقابلاً به في عالم اللب الذي لازمه أخذ الأرث قوله وثانياً منع جهالة (الخ) أقول الأولى أن يقال وثانياً يمنع الجهالة كلية بل قد يكون ما يقابله من العرض معلوماً حين العقد للمتعاقدين و (ح) لا يتوجه الحكم بالبطلان من الجهة المذكورة فهذا الوجه أخص من المدعى وأما ذكره المصنف من أن التفاوت بين الواجد للشرط والفاقد مضبوطاً كوصف الصحة فلا وجه له إذ المدار في العلم المعتبر في العوضين حال العقد على علم المتعاملين سواء كان في العرف مضبوطاً أولاً كما لا يخفى ثم إن أخذ الأرث في وصف الصحة ليس لأجل مضبوطيته التفاوت عند العرف فلا وجه للتفريع الذي ذكره بقوله ولذا حكم العلامة فيما تقدم (الخ) إذ حكمه بالأرث ليس منوطاً بالمضبوطية ولا لازماً لها كما لا يخفى قوله وثالثاً منع كون (الخ) أقول ولذا حكموا بصحة البيع بالنسبة إلى ما لا يملك إذا باع ما يملك وما لا يملك بعقد أحد كما إذا باع شاة وخنزيراً أو خمر أو خلا مع أنه قد لا يكون ما يقابله من العرض معلوماً حين العقد للمتعاقدين فيعلم من ذلك أن المدار على العلم بما وقع عليه (العقد) لا على ما يبقى بعد التقييد لكن الانصاف أن هذا الحكم منهم مشكل وإن كان الظاهر إجماعهم عليه لأن ما دل على مانعية الجهل بالعوضين تعبدًا وإن كان قاصر الشمول من جهة كون العمدة فيه الإجماع المفقود بل الموجود بل العكس في المقام أعني مسألة تبعض الصفقة إلا أن ما دل على بطلان البيع الغرري مقتضاه البطلان في الصورة المفروضة خصوصاً مع علمهما أو علم أحدها ببطلان البيع بالنسبة إلى بعض البيع وللكلام في هذه المسألة مقام آخر ويكفي في الجواب المذكور أن غاية ما في الباب أن حال الشرط في المقام حال الجزء وكما لا يلزم البطلان فيه من جهة الجهالة وإن المدار على ما وقع عليه العقد لا ما يبقى بعد التقييد فكذا في الشرط مع الاغماض عن عدم كونه مقابلاً بالعرض إلا فالتحقيق هو الوجه الأول من عدم كونه مقابلاً بالعرض في الانشاء الذي هو المدار فتدبر قوله إن التراضي إنما وقع (الخ) أقول وبوجه آخر المعاملة مقيدة بحسب الانشاء لأن الشرط قيد وبانتفائه ينتفى المقيد فمع قطع النظر عن اعتبار الرضى أيضاً يتم الوجه قوله أو انكشف فقد تبعض الصفات (الخ) أقول وكذا مطلق تخلف الشرط الصحيح سواء كان من جهة التعذر أو امتناع المشروط عليه عن الوفاء فإنه لو كان الارتباط المذكور موجباً لعدم العقد كان اللازم (ح) البطلان لا الخيار مع أنه لا خلاف ولا إشكال في أنه لا يوجب بل غاية

ثبوت الخيار للمشروط له هذا وربما يدفع هذا النقض باننا لا نقول إن العقد مقيد بالشرط
بمعنى الملتزم حتى يكون فقده موجبا لفقده

(١٣٧)

بل مقيد بنفس الشرط بمعنى الالتزام وهو حاصل في الشروط الصحيحة المختلفة فان
المشروط له صار مالكا للشرط على المشروط عليه بخلاف الشروط الفاسدة
فان نفس الالتزام يصير كالعدم فالقيد غير حاصل من الأول ولازمه البطلان قلت لو سلمنا
التقييد فالظاهر كونه على الوجه الأول بمعنى ان
القيد هو الشرط بمعنى المشروط والملتزم إذ هو المنساق من قولهم بشرط كذا فان الظاهر
أن القيد مثل الخياطة ونحوهما لا الالتزام بهما
و (ح) فلا فرق بين الشروط الصحيحة والفاسدة المتخلفة نعم لو قلنا به على الوجه الثاني
يتم ما ذكره من الدفع و (ح) لا بد من الاقتصار على ما في المتن ولعل المصنف
أيضا ناظر إلى هذا حيث لم يذكر هذا النقص فتدبر قوله فإنه لا خلاف نصا وفتوى (الخ)
أقول قد عرفت أن النص والاجماع انما هو بالنسبة
إلى بعض الشروط لا الجميع لكن ذلك البعض كاف في النقص كما هو واضح ثم قد
عرفت ادعاء كون عدم الافساد في الشروط الفاسدة في النكاح
على القاعدة وبعبارة أخرى إبداء الفرق بينه وبين سائر العقود من جهة عدم كونه معاوضة
على حد سائر المعاوضات وقد عرفت عدم تماميته فلا تغفل
قوله وقد تقدم ان ظاهرهم (الخ) أقول بناء على تسليم عدم الافساد في الشرط الغير
المقصود للعقلاء يمكن دعوى الفرق بينه وبين غيره
بأنه في الحقيقة ليس قيذا فكأنه خارج عن حقيقة الشرط فلا يتم النقص به كما هو واضح
وكذا لا يصح النقص بالشرط الغير المذكور في العقد لأننا إذا اعتبرنا
في صحة الشرط وتحقق موضوعه كونه مذكورا في متن العقد فغير المذكور ليس قيذا في
العقد في مقام الانشاء ومجرد تقييد رضاه القلبي به لا يثمر بعد
كون المدار على ما ذكر في الانشاء فالرضي الباطني الغير المدلول عليه في العقد حكمه
حكم سائرا الأغراض في عدم الاعتبار به قوله وحل ذلك (الخ) أقول
يظهر من بيانه ان القيود في حد أنفسها قسما أحدهما ما يكون ركنا والثاني غيره
والاختلاف انما هو بالنظر إلى العرف وتشخيصهم وليس كذلك بل
التحقيق ان ذلك منوط بنظر الجاعل للقيد فقد يجعل الوصف العارضي الذي لا يكون ركنا
في الانظار قيذا ركنيا وقد يعكس فالأولى
ان يقال إن القيود المأخوذة في المطلوبات أو غيرها قد يكون اخذها على وجه الركنية بان
يكون تقييدا في جميع المراتب بحيث يوجب انتفائه انتفاء المقيد
وقد يكون لا على هذا الوجه ومقام الشرط في ضمن العقود من قبيل الثاني عن أهل
المعاملة وان كان الشرط غرضا أصليا من المعاملة بحيث كان
أصل العقد تبعاله في الغرض فإنه ليس مناطا بل المناط هو كيفية الانشاء فكل ما التزم
بعنوان الشرط فهو تابع في هذا الجعل وغير مقصود
بالأصالة ويكون قيذا غير ركني بمعنى ان انتفائه لا يكون موجبا للانتفاء ولازم هذا انه لو
فرض انشاء الشرط على وجه التقييد الركني في خصوص
مقام بالنسبة إلى شخص خاص ان يحكم بالبطلان عند عدمه سواء كان صحيحا متخلفا أو
فاسدا والحاصل انا ندعى ان ما بيد العرف من أهل
المعاملات بالنسبة إلى الشرط هو اعتبار التقييد لا على وجه الركنية هذا ويمكن ان يكون

مراد المصنف أيضا ما ذكرنا فلا ايراد عليه (ح) فتدبر
ويمكن ان يقرر الوجه المذكور بان التقييد قسما تقييد في جميع المراتب وتقييد في الرتبة
الأولى الذي يكون تعددا مطلوبيا في الرتبة
الثانية والشروط من القسم الثاني فتدبر هذا ويمكن بيان أصل الحل بوجه آخر يستفاد مما
بيننا في كيفية تطبيق خيار تخلف الشرط على القاعدة
وهو ان يقال انا نمنع كون الشرط قيذا لا بالنسبة إلى الملتزم ولا بالنسبة إلى نفس الالتزام
بل الالتزام الشرطي منضم إلى أصل الالتزام البيعي كما أن الملتزم
منضم إلى أحد العوضين حسبما بينا هناك فحاله حال الجزء في أنه ليس قيذا في الكل ولا
في جزء اخر وبعد ضم الشرط إلى البيع والمشروط إلى المبيع يصير
راجعا إلى الانشاء وحداني بسيط وارد على محل مركب ولازمه البطلان بالنسبة إلى
(خصوص الشرط إذا كان فاسدا لا بالنسبة إلى) أصل البيع كما في بيع الخمر والخل نعم
له الخيار من جهة صدق
عدم تحقق ما عاهد عليه في ضمن الكل كما يصدق تحققه بالنسبة إلى الأصل في ضمن
الكل وعلى هذا البيان يكون الخيار في الشرط الفاسد أيضا
بمقتضى القاعدة كما في تخلف الشرط والجزء وبوجه اخر أيضا يستفاد مما بينا هناك وهو
انا سلمنا التقييد اما بالنسبة إلى خصوص الالتزام أو بالنسبة
إلى خصوص الملتزم أيضا الا انه ليس راجعا إلى أصل المعاملة بل إلى لزومها والالتزام بها
لان هذا هو المستفاد من الشروط في المعاملات التي
بأيدي أهل العرف وعلى هذا أيضا يكون الخيار في صورة فساد الشرط بمقتضى القاعدة
كما في تخلف الشرط الصحيح فتدبر قوله وإن لم يظهر منه
اثر (الخ) أقول في الجواهر بعد بيان عدم كون الشرط الفاسد مفسدا قال بل أقصاه ثبوت
الخيار للتضرر ولا بأس بالتزامه هنا مع الجهل
بالفساد بل لعل القائلين ببطلان الشرط خاصة يلتزمون بذلك وإن لم يصرحوا به ولعله
لمعلوماته انتهى قوله على أن ليس منه على وضيعة
أقول يعنى بشرط كون الضرر المترتب على ذلك الشراء إذا باع بوضيعة على البائع الأول
وهذا الشرط الظاهر فساده على ما صرح به في الشرايع
وغيره لكونه مخالفا للكتاب والسنة إذ لا معنى لكونه نقصان مال شخص على اخر الا ان
يريد من ذلك اعطاء البائع المعادل ذلك النقصان مجانا و (ح) لا
بأس به إذا قلنا باغتفار مثل هذه الجهالة في الشرط حيث إن أصل النقصان عن رأس المال
مشكوك ومقداره أيضا مجهول قوله مع أن صحة
العقد لا وجه (الخ) أقول الظاهر أن مراده انه لو حمل لا ينبغي على الحرمة كان راجعا إلى
أصل البيع المشتمل على الشرط المذكور و (ح) يدل على فساده
واما ان حمل على الكراهة فهو راجع إلى الوفاء بالشرط بمعنى اعطاء مقدار النقصان ومعه
لا معنى للكراهة إذ (ح) العقد يكون صحيحا والعمل بالشرط
وان كان فاسدا لا يكون مكروها بل هو مستحب من باب الوفاء بالشرط وحاصل الجواب
الذي يذكره المصنف بعد ذلك أنه لا مانع من
حملة على الكراهة وارجاعه إلى أصل البيع يعنى ان البيع الكذائي مكروه وان كان الوفاء

بالشرط المذكور واجبا بعد الایجاد بناء على عدم بطلانه

(۱۳۸)

أو مستحبا من باب انه وفاء بالوعد بناء على بطلانه فلا داعى إلى ارجاعه إلى الوفاء بالشرط (ليق) انه لا وجه لكرهته قلت مع أنه ليس في الخبر إشارة إلى الوفاء بالشرط حتى يكون لا ينبغي راجعا إليه هذا مع أنه لو أمكن ارجاعه إليه فحمله على الحرمة أيضا لا يثبت المدعى إذ غايته الدلالة على حرمة الوفاء بالشرط بمعنى فساده واما فساد العقد فلا دلالة فيه على هذا التقدير أصلا وأيضا الشرط المذكور في الرواية من شروط النتيجة لا الفعل فلا معنى للحكم بكرهته فتدبر ثم لا نسلم ان الوفاء بالشرط الفاسد مستحب من باب انه وعد بل يمكن ان يكون مكروها لكونه عملا بالشرط الفاسد صورة وان كان بعنوان الوفاء حقيقة وفي قصده ولعمري ان الاستدلال المذكور في غاية الضعف والسقوط قوله فيقع لا عن رضى فيفسد أقول يمكن منع الفساد بمجرد ذلك فان طيب النفس المعاملي حاصل إذ غاية الأمر ان ذلك الالتزام العرفي الخارجي من قبيل الداعي فهو نظير ما إذا كان مديونا فباع داره لأجل الوفاء مع عدم طيب نفسه بالبيع من حيث هو فإنه لا يضر بالمعاملة إذ بعد وجود مثل هذا الباعث يكون طيب النفس في البيع وكذا في المقام فإنه بعد ملاحظة التزامه بالبيع وإرادته عدم السقوط عن انظار العقلاء في ترك العمل بما قال يكون طيب النفس كيف ولو كان مثل هذا الالتزام مانعا عن تحقق الرضا لا يتفاوت الحال بين كونه في ضمن العقد وعدمه مع امضاء الشرع وعدمه إذ مع الامضاء لا يحصل له الطيب فلازم ما ذكره كون البيع وفاء عن الشرط اللازم العمل شرعا باطلا إذا لم يكن راضيا وكان ذلك منه من جهة الوجوب الشرعي كما هو الغالب في الالتزامات الشرعية أو دعوى أنه لا يعتبر الرضا لمكان وجوبه وهو مما لا يمكن الالتزام به والحاصل ان البيع الصادر من جهة الالتزام الخارجي العرفي أو الداخلي الشرعي لا يخرج عن كونه مع الرضا وطيب النفس (المعاملي ولا يعتبر ان يكون طيب النفس) من حيث هو وفي حد نفسه كما هو واضح ثم إن ظاهر الروايتين كون الالتزام من جهة الشرط في ضمن العقد كما لا يخفى ثم إذا فرضنا فساد هذا الشرط فلا حاجة إلى ما ذكره المصنف من كون الالتزام في خارج العقد إذ مع كونه في ضمن العقد وفرض فساده يكون كالعدم شرعا فلو عمل به باعتقاد انه ملزم به شرعا كان غير طيب النفس فيكون فاسدا ان قلنا بكفاية هذا المقدار في الفساد كما هو مبنى ما ذكره فيكون حاصل جواب الإمام (ع) انه إذا كان البيع الثاني من جهة انه وفاء لما التزم به في البيع الأول كان فاسدا لان هذا الالتزام فاسد فالبيع بهذا العنوان فاسد حيث (انه غير راض به من حيث) هو وانما يأتي به بتخيل انه يجب عليه فتدبر قوله وهو مما لا خلاف فيه أقول كما عن الرياض بل أسند الفساد إلى الأصحاب وعن الكفاية لا أعلم خلافا بينهم في البطلان عند الشرط وعن المفاتيح الظاهر اتفاقهم على بطلانه لكن في الجواهر قد يظهر الخلاف من المقنعة والنهاية والسرائر وسيأتي تنمة الكلام انشاء الله قوله لأجل نفس هذا

الاشتراط فيه أقول يعنى ان محل الكلام ما إذا كان الشرط فاسدا في حد نفسه وهذا الشرط صحيح من حيث هو ولكن يعتبر في صحة البيع عدم مثل الشرط فيه ولو تعبدا ففساد البيع ليس من جهة فساد الشرط بل من جهة كونه مشروطا بعدم مثل هذا الشرط فيه وان كان صحيحا في حد نفسه نعم بعد فساد العقد يفسد الشرط أيضا لمكان تبعيته للعقد ولولا ذلك أمكن الحكم بفساد العقد وصحة هذا الشرط وبالجملة لا دخل لهذه المسألة بمقامنا وهذا واضح قوله إشارة أقول وذلك لأنه المنساق من قوله عليه السلام وكان موالها الذين باعوها اشترطوا (الخ) قوله بكونه مخالفا للكتاب والسنة أقول هذا بناء على عدم صحة الشروط البدوية فإنه على هذا لو كان الشرط في خارج العقد كان المناسب ان يعلل الفساد بعدم كونه في ضمن العقد لعدم كونه شرطا موضوعا أو لعدم وجوب الوفاء به فان التعليل بالمانع مع عدم وجود المقتضى غير مناسب ومن المعلوم ان تحقق الموضوع أو شمول الدليل من حيث هو من المقتضى والمخالفة للكتاب من المانع واما بناء على صحة الشروط البدوية فلا وجه للفساد الا المخالفة للكتاب فلا يتم تقريب الجواب وكذا لو شككنا في صحتها وعدمها بل يمكن ان يجعل هذا الخبر دليلا على الصحة بناء على الحمل المذكور ثم لا يخفى ان لقائل أن يقول لعل الشرط المذكور كان في خارج عقد البيع لكن في ضمن عقد لازم اخر فإنه على هذا يصح التعليل للفساد بالمخالفة ومع ذلك لا يدل على صحة العقد المشروط فيه إذ غاية ما يستفاد من الخبر صحة مع الجارية ولعلها من جهة عدم اشتماله على الشرط الفاسد والحاصل ان هذا الخبر قضيته في واقعة ولا عموم فيه وإذا احتمل ان يكون صحته من جهة عدم اشتماله على الشرط الفاسد كفى في هدم الاستدلال فالأولى ان يقال إن ظاهر الخبر كون الشرط في ضمن بيع الجارية لا في الخارج ولا في عقد اخر

فتدبر قوله ويؤيده ما ورد

(الخ) أقول فإنها كالصريحة في عدم فساد العقد بفسادها كخبر محمد بن قيس وصحيحة ابن مسلم وخبر اخر لمحمد بن قيس وخبري منصور بن يونس التي تقدم جملة منها في أول الباب وكذا صحيح الوشاء عن الرضا عليه السلام في اشتراط شئ من المهر لأبي المرأة حيث قال (ع) كان المهر جائزا والذي جعله لأبيها فاسدا فإنه صريح في صحة النكاح مع ذلك إلى غير ذلك وانما جعل هذه الأخبار مؤيدة لا أدلة لان باب النكاح مورد الاجماع في عدم فساده بفساد الشرط نعم هذا مختص بناء على تسليمه بالنكاح الدائم واما المنقطع فحاله حال سائر العقود و (ح) يمكن الاستدلال بما ورد فيه مما يدل على صحة العقد مع فساد الشرط كصحيح سعيد بن يسار الوارد في اشتراط الميراث حيث قال ليس بينهما ميراث اشترطا أو لم يشترطا فإنه ظاهر في صحة العقد مع اشتراط الميراث مع كونه فاسدا لا يقال إن الأخبار الدالة على عدم الافساد مختصة بموارد معينة من البيع أو النكاح الدائم أو المنقطع فلا وجه للتعدي إلى سائر الموارد و

سائر العقود لأننا نقول الظاهر عدم القائل بالفرق بين الموارد والعقود فتدبر قوله وفيه ما لا يخفى أقول وذلك لأن صحة العقد

(١٣٩)

ليست موقوفة على صحة الشرط بل على عدم اشتماله على الشرط الفاسد نعم العقد المشتمل على الشرط يتوقف صحته على صحة الشرط على القول بالافساد ولا يلزم الدور إذ صحة الشرط ليست موقوفة على صحة العقد بل على كونه مخالفا للكتاب ونحو ذلك فصحة العقد المشتمل على الشرط موقوفة على صحته في حد نفسه بمعنى عدم مخالفته للكتاب مثلا وصحته بهذا المعنى ليست موقوفة على صحة العقد نعم صحته الفعلية بعد هنا الصحة الثانية موقوفة على صحة العقد لكن صحة العقد ليست موقوفة هذه الصحة بل هي مستلزمة لها فاختلف طرفا الدور إذ أحد الطرفين الصحة الفعلية والاخر الصحة بمعنى عدم المخالفة ومما بينا ظهر ما في كلام فخر المحققين وجامع المقاصد والمهذب البارع في الجواب عن الدور المذكور حيث التزم الأول والثالث بان الشروط ليست شروطا حقيقية بل هي من صفات البيع والثاني بأنها شروط التأثير العقد لا لنفسه حيث يظهر منهم انها لو كانت شروطا لصحة البيع أو للعقد يبقى الدور بحاله وقد عرفت أنه ليس كذلك فتدبر وراجع كلماتهم المحكية في الجواهر قوله والانصاف (الخ) أقول الانصاف عدم الاشكال في عدم المفسدية لا من حيث القاعدة ولا من حيث الاخبار والعجب أن المصنف بعد ما بين بأوضح وجه ذلك حكم بالاشكال في الغاية فتدبر قوله ولكن يشكل بان (الخ) أقول قد عرفت أن خيار تخلف الشرط على طبق القاعدة وهي جارئة في الشرط الفاسد أيضا نعم لازم ما ذكرنا عدم الفرق بين العالم والجاهل فيجری في العالم أيضا وأيضاً لازمه عدم الخيار لو فرض اتيان المشروط عليه بما اشترط عليه إذا كان من الأفعال كان يشترط عليه شرب الخمر فشرب أو ان يعمل العنب خمرا ففعل ولا بأس بالتزامه فثبوت الخيار انما يكون في شروط النتيجة الفاسدة ونحوها وفي شروط الأفعال إذا لم يأت بها فتدبر قوله وبالجملة فهل يثمر (الخ) أقول هذا بيان لما ذكره من وجهي الاشكال فان المراد من الصحة التي ذكرها أولا هو الصحة المراعاة بالاسقاط وهي عين الايقاف ومن البطلان البطلان من الأول فقول المصنف ولا يعرف وجه لما ذكره من احتمال الايقاف لا بد وأن يكون المراد منه انه لا يعرف وجه صحيح له والا فقد ذكر هو في أول العنوان وجهه بقوله ويحتمل الصحة بناء على أن التراضي (الخ) ويحتمل بعيدا ان المصنف تخيل ان الايقاف غير الصحة التي احتملها أولا ولذا قال ولا يعرف (الخ) ولكن قد عرفت أنه ليس إلا هي فتدبر قوله مبنيان (الخ) أقول إذا كان التبانى حال العقد على ذلك الشرط ومع ذلك قلنا بعدم كفايته وانه لا بد من الذكر في اللفظ تعبدا فمقتضى القاعدة كونه مؤثرا في الافساد و إن لم يترتب عليه اثر إذا لم يكن فاسدا وذلك لان المدار في المفسدية على تقييد الرضى وهو حاصل ودعوى أن غير المذكور لا يكون مقيدا كما ترى إذ المفروض التبانى عليه فهو بمنزلة المذكور وإن لم نكتف به من جهة ما دل على اعتبار اللفظ فليس حاله حال الدواعي والأغراض الخارجية التي لا دخل لها بالانشاء نعم مع عدم التبانى مقتضى القاعدة عدم تأثيره في الافساد لعدم كونه مقيدا

للمرضي وان كان ذلك في لب قلبه إذ لا اعتبار به فإنه من قبيل الدواعي والأغراض ومما ذكرنا ظهر حال الشرط الصحيح في حد نفسه الذي فساده انما هو من جهة عدمه ذكره في متن العقد بناء على فساده بذلك فإنه أيضا إذا كان مع التباين يكون مفسدا بناء على القول بالافساد فتدبر قوله ويظهر من لك (الخ) أقول لازم بيان صلى الله عليه وآله (لك) ان يفصل في أصل المسألة أيضا بان يقول إن الشرط الفاسد انما يكون مفسدا مع جهلها بفساده لا مع علمها واقدامها مع ذلك عليه فتدبر قوله قيل عليه ان مخالفة (الخ) أقول حاصله ان مجرد القصد إلى البيع ثانيا يكفي في البطلان لأن العقود تابعة للقصد وبتقرير اخر أظهر انه إذا كان ذلك من قصده ولم يذكره في اللفظ لزم بطلانه لأن العقد تابع للقصد بمعنى ان مخالفة اللفظ للقصد يوجب البطلان قوله وأجيب (الخ) أقول لا يخفى ما في هذه العبارة من الاجمال وعدم الوفاء بالمراد ولعل فيها سقطا وحاصل المراد على ما يظهر لي ان معنى قولهم العقود تابعة للقصد ان العقد الغير المقصود باطل كعقد النائم والساهي والهاذل وكذا ذا قصد غير ما يجب قصده من العناوين والأركان كان يقصد غير عنوان البيع في مقام البيع وهكذا وليس معناه ان كل ما قصد من العقد يكون كذا ذكره حتى إذا قصد البيع الثاني كان كاشراطه في العقد حتى يكون مبطلا وبعبارة أخرى إذا كان المبطل للمعاملة اشترط البيع ثانيا فليس قصده كافيا في البطلان بل لا بد فيه من القصد واللفظ كما أن الشرط الصحيح أيضا لا بد من قصده والتلفظ به والمفروض ان اللفظ في المقام مفقود فلا يكون مجرد القصد مبطلا وبالجملة معنى ذلك الكلام ان القصد معتبر في صحة العقود وعدمه موجب لبطلانها لكن بالنسبة إلى العنوان والأركان لا ان كل ما يكون مبطلا للعقد أيضا يكفي قصده فإنه قد يكون المبطل مما يعتبر فيه القصد واللفظ ومعنى قوله وكذلك الصحة ان في صحة الشرط أيضا يعتبر القصد واللفظ ولا يكفي القصد فالشرط الصحيح فلا بد فيه من القصد واللفظ والشرط الفاسد أيضا لا بد في كونه مفسدا من القصد واللفظ وليس مراده ان صحة العقود أيضا يتوقف على القصد واللفظ ومن ذلك يظهر اندفاع ما أورده عليه في لك كما لا يخفى هذا وفي الجواهر ولعل في عبارة المجيب سقطا قبل قوله لتوقف البطلان وهو قوله بخلاف المقام قلت الظاهر أن الساقط أزيد من ذلك إذ مجرد قوله بخلاف المقام لا يخرج عن الاجمال كما لا يخفى قوله وفيه منع ظاهر فان (الخ) أقول قد أشرنا إلى أن قوله وكذلك الصحة معناه وكذلك في الشرط الصحيح أيضا يعتبر اللفظ والقصد لا ان الصحة في العقود يعتبر فيها القصد واللفظ فلا يرد عليه هذا المنع فتدبر قوله والذي ينبغي فهمه (الخ) أقول يمكن ان يكون نظره في ذلك إلى تصحيح أصل المسألة من دون ان يكون ناظرا إلى جواب الاعتراض وحاصل كلامه ان

البيع انما يبطل إذا كان المشتري ملتزما في نقله ثانيا

(١٤٠)

إلى البايع ومجرد القصد إلى ذلك مع وثوق بأنه البايع بأنه يردده إليه ليس التزاما ومخرجا له عن اختياره فلا يكون مبطلا وهذا بخلاف ما إذا اشترط ذلك في البيع فإنه (ح) يخرج عن الاختيار من جهة وجوب ذلك عليه ويمكن ان يكون نظره إلى دفع الاعتراض بحمله على ما بينا به كلام المجيب وحاصله ان المبطل إذا كان عنوان الالتزام فلا يكفي القصد المجرد إذ لا بد في صدق الالتزام من القصد واللفظ ويحتمل بعيدا ان يكون تخيل ان الاشكال في المقام انما هو عدم القصد إلى البيع الأول إذا فرض اشتراط البيع الثاني فيه حسبما حكى عن الشهيد فيكون حاصل الاعتراض ان مجرد القصد إلى البيع الثاني أيضا يستلزم عدم القصد إلى البيع الأول ويكون حاصل الدفع على بيانه انه إذا كان بعنوان الالتزام يوجب عدم القصد لأنه معه يخرج في البيع الثاني عن الاختيار (ح) بخلاف القصد المجرد مع وثوق البايع بذلك منه فإنه لما لا يخرج عن الاختيار فيه لا يكون (مضرا) مقراض؟ بقصد البيع الأول فتدبر قوله إذا أوقع العقد (الخ) أقول حاصل ان الموجب البطلان العقد إذا كان تقيد الرضا فلا فرق بين صورة العلم بالفساد وصورة اعتقاد الصحة إذا لتقيد حاصل على التقدير الأول أيضا قلت مع أن لازمه كما أشرنا إليه انما ان يفصل في أصل مسألة الشرط الفاسد بين العالم والجاهل والظاهر عدم التزامه (فت) قوله نعم لو اتفق ايقاع (الخ) أقول الظاهر أن مراد صلى الله عليه وآله (لك) هذه الصورة فلا يراد عليه فتدبر بقي أمور لا بأس بجعلها تنمة المسألة الشرط نشير إليها اجمالا أحدها ان المقبوض بالشرط الفاسد حكمه حكم المقبوض بالعقد الفاسد في الضمان وعدمه مثلا لو اشترط كون ماله الفلاني مبيعا له فقبضه فكالمقبوض بالبيع الفاسد ولو اشترط كونه موهوبا فقبضه فكذلك ولا يلحقه حكم الهبة الغير المعوضة الفاسدة لان المدار في كونه معوضا وعدمه على العقد الواقع فيه فلو كان الشرط في ضمن البيع فحكمه حكم البيع وان اشترط كونه هبة نعم لو كان الشرط في الهبة الغير المعوضة الفاسدة وكان الشرط على الواهب لحقه حكم الهبة المفروضة ولو اشترط كونه مبيعا بكذا في ضمن الهبة الغير المعوضة فحكمه حكم البيع الفاسد وبالجملة فالمدار في كونه بعوض أو غيره على أحد الامرين من جعله مقابلا بالمال بحسب الشرط أو كونه في اللب جزء لاحد العوضين في المعاوضات أو عوضا بنفسه لبا كما لو اشترط كون ماله هبة على المتهمب في الهبة الغير المعوضة ولو اشترط عملا مجهولا فخاط له ثوبا وقلنا بفساده كان كالإجارة الفاسدة إذا كان الشرط في عقد المعاوضة أو كان على المتهمب في ما إذا كان الشرط في عقد المعاوضة أو كان على المتهمب إلى في الهبة الغير المعوضة ولو كان الشرط ان يبيعه شيئا وقلنا بفساده من جهة الجهالة فباعه ثوبا فلا شيء لعدم الأجرة لمثل هذا العمل فتدبر الثاني لو اختلفا في اشتراط الشرط الفلاني الفاسد وعدمه فالقول قول المنكر للأصل ولحمل فعل المسلم على الصحة بالنسبة إلى الشرط بمعنى حمله على عدم اتيان الفاسد وبالنسبة إلى العقد بناء على كون الفاسد مفسدا ولو اختلفا في تعيين الشرط بعد

اتفاقهما على أصله فقال أحدهما اشترطنا كون المال
الفلاني ملكا لي فالشرط صحيح وقال الآخر بل اشترطنا كونه هبة أو مبيعا لك فالشرط
فاسد فبالنسبة إلى أصل المعاملة يحكم بالصحة حملا لفعل المسلم عليها بناء
على كون الفاسد مفسدا وكذا بالنسبة إلى الشرط فيقدم قول مدعى الصحة ولو قال
أحدهما اشترطنا شرب الخمر وقال (الآخر اشترطنا شرب الخل أو قال) أحدهما اشترطنا
ملكية مقدار

معين من الخمر وقال الآخر اشترطنا ذلك المقدار من الخل أو قال أحدهما اشترطنا طلاق
المرأة وقال الآخر اشترطنا ان تطلقها وهكذا فبالنسبة إلى (أصل العقد نقدم مدعى الصحة
اما بالنسبة إلى) تعيين

الشرط فالظاهر أيضا ذلك فيلزم بشرب الخل أو باعطائه أو بالطلاق ولو قال أحدهما
اشترطنا كون المال الفلاني مبيعا بكذا وقال الآخر اشترطنا ان
تهبه لي مجانا ففي تقديم قول مدعى الصحة بالنسبة إلى الشرط بمعنى إلزامه بالهبة مجانا
اشكال والأقوى ذلك فتدبر وعليك بالتأمل في

صور المسألة وغرض ليس إلا العنوان أو حكم كلى المسألة انه ان قلنا إن الشرط الفاسد
غير مفسد فلا اشكال في أصل العقد وان قلنا بكونه مفسدا

فبالنسبة إليه لا اشكال في تقديم مدعى الصحة واما بالنسبة إلى الشرط فان اتفقا على عنوان
واختلفا في صحته وفساده كما إذا اتفقا على اشتراط الاجل

واختلفا في تعيين مدته وعدمه أو اتفقا على اشتراط ملكية مال معين واختلفا كونه بعنوان
الهبة المجانية أو بلا عنوان بناء على فساد الأول أو

اتفقا على عنوان الملكية بعوض واختلفا في كونه بعنوان المبيعية أو بلا عنوان ونحو ذلك
فالظاهر أيضا تقديم مدعى الصحة وان اختلفا بين

متباينين كما إذا قال أحدهما اشترطنا الملكية بلا عوض وقال الآخر اشترطنا المبيعية
بالعوض الفلاني أو قال أحدهما اشترطنا الهبة بعنوان

شرط النتيجة وقال الآخر اشترطنا الهبة بمعنى شرط السبب ونحو ذلك ففي تقديم مدعى
الصحة والزام الآخر بمقتضاها اشكال فتدبر الثالث

قد مرت الإشارة إلى أنه قد يكون الشرط في حد نفسه صحيحا ولكن يعتبر في صحة
المعاملة عدمه كاشتراط بيع المبيع ثانيا إذا قلنا بكونه مفسدا تبعا حسبا

بينه المصنف ومن هذا القبيل اشتراط فعل أو مال أو وصف في المعاملات الربوية كالبيع
والقرض ونحوهما فان نفس الشرط بما هو ليس مخالفا للكتاب و

السنة ولا فاسدا من جهة أخرى الا ان نفس الاشتراط في المعاملة مبطل من حيث استلزامه
للربوا فان الربا يحى

؟ من قبل الشروط وهذا العنوان باب و

عليك تتبع سائر موارد الرابع قد تبين ان الشرط وان كان جزء لاحد العوضين في اللب الا
انه ليس كذلك في الانشاء فعلى هذا لا يجرى

فيه احكام تلك المعاملة فلو اشترط في البيع ان يكون درهم معين أو كلى من مال أحدهما
للاخر في مقابل درهم لا يجب فيهما القبض في المجلس وكذلك

لو اشترط في السلف على المشتري شيئا لا يجب فيه ذلك ولو اشترط على البائع لا يلزم

ان يكون مؤجلا وان كان يجب ان يكون المثلث فيه مؤجلا وكذا إذا اشترط ملكية حيوان خاص أو كلى لا يجرى فيه خيار الحيوان وهكذا نعم لو اشترط بعنوان شرط النتيجة عنوانا من العناوين التي يصح ذلك فيها يجرى عليه

(١٤١)

حكمه كما إذا اشترط الوكالة أو الرهانة أو الانعتاق أو كون عبده الفلاني حرا بعد وفاته أو ماله الفلاني لزيد بعد وفاته يجرى عليها حكم هذه العناوين
 إلا الجواز فإن ما جاء من قبل الشرط لازم فلا يصح عزل الوكيل ولا الرجوع في التدبير
 والوصية حسبما عرفت سابقا فلا تغفل الخامس ربما يتوهم
 أن الشروط الفاسدة في العقود الإذنية كالوكالة المضاربة والعارية ونحوها توجب الفساد
 وإن لم نقل بذلك في غيرها وذلك لأن الإذن لا يتقيد
 بذلك فلا يجوز التصرف لعدم الإذن مع عدم الشرط وفيه أن ذلك كذلك أن رجوع الشرط
 إلى تقييد العنوان كما إذا قال وكتلك في إجارة داري بشرط
 أن تؤجرها ممن يبيع فيها الخمر وفي بيع داري بشرط أن تبيعها بالخمر أو نحو ذلك واما
 إذا لم يرجع إلى ذلك كما إذا قال وكتلك في بيع داري بشرط أن تشرب
 الخمر أو نحو ذلك فحكمه حكم سائر الموارد والحاصل أن كل شرط يكون على فرض
 صحته تقييدا يكون فاسده أيضا كذلك وكل شرط يكون التزاما في التزام يكون
 فاسده أيضا كذلك وفي الحقيقة القسم الأول خارج عن الشرط المبحوث عنه في المقام
 فتدبر قوله بلا خلاف بين الأصحاب أقول يعنى في الجملة والا
 ففيما لو كان الخيار لأجنبي سيأتي الخلاف والاشكال في انتقاله إلى وارثه وكذا يمكن
 الاشكال فيما لو كان خيار المجلس للوكيل بل هو مندرج أيضا
 فيما سيأتي فإن كون الخيار لأجنبي أعم من أن يكون بنحو الشرط أو بنحو الوكالة في
 العقد وأيضا عن العلامة في عد احتمال سقوط خيار المجلس بالموت لأولية
 مفارقة الدنيا من مفارقة المجلس وان كان فيه ما فيه وعن (لك) أيضا احتمال سقوطه فيما
 لو كان الوارث غائبا عن المجلس حيث ذكر فيه وجوها ثلاثة
 السقوط والثبوت حين بلوغ الخبر فوريا والثبوت ممتدا بامتداد مجلس الخبر لكنه اختار
 الثبوت ما دام بقاء مجلس الميت والاخر ثم لا يخفى انه يعتبر
 في خيار الوارث بقاء زمان الخيار فلا خيار له بعد انقضاء مجلس العقد ولا بعد انقضاء
 الثلاثة في خيار الحيوان ولا بعد انقضاء المدة في خيار الشرط وان
 كان الموت في زمان الخيار فلو كان جاهلا بموت المورث إلى أن انقضت المدة لا يكون
 ذلك عذرا له على الأقوى نعم جهله عذر فهما لو كان الميت
 جاهلا كان معذورا كما في خيار الغبن قبل الاطلاع عليه أو بعده وتخيل عدم فوريته بناء
 على كونه عذرا فإن الظاهر وان الوارث أيضا لو كان جاهلا
 بانتقال الخيار إليه يكون معذورا الوجود المناط فيه أيضا وهو قاعدة الضرر فتدبر ومما
 ذكرنا ظهر انه لا وجه للاحتمال الذي نقلنا عن (لك)
 من امتداد خيار الوارث بامتداد مجلس الخبر وكذا احتمال بقائه إلى حين وصول الخبر
 وسبقه إلى هذين الاحتمالين العلامة في (عد) حيث قال إن كان الوارث
 حاضرا في المجلس امتد الخيار ما دام الميت والاخر في المجلس وان كان غائبا امتد إلى
 أن يصل إليه الخبر ان أسقطنا اعتبار الميت وهل تميد بامتداد المجلس
 الذي وصلت فيه الخبر نظر انتهى بل ظاهره اختيار الاحتمال الأول في كلامه وقد عرفت
 فساده وأفسدية الاخر مع أنه إذا أسقطنا اعتبار الميت
 فمقتضى القاعدة سقوط الخيار لا ثبوته للوارث على أحد الاحتمالين فتدبر وما أبعد ما بين

احتمال السقوط من الأصل وما في الجواهر
من اختيار بقاءه للوارث ابدا من جهة ان المسقط هو التفرق الاختياري ولا يمكن ذلك إذا
مات أحد المتعاقدين في المجلس والتحقيق ما ذكر
من ثبوته للوارث ما دام بقاء مجلس الميت والاخر وسقوطه بالافتراق وان كان جاهلا
بالانتقال إليه فتدبر قوله كالشفقة والقصاص
أقول المشهور على كون حق الشفقة موروثا وانه يرثه جميع الوارث حتى الزوجة وظاهرهم
انها ترث حتى في العقار الذي هي محرومة عنه
ويمكن حمل كلامهم على غيره وكيف كان خالف في أصل الحكم جماعة على ما حكى
عنهم كالشيخ في (ف) والنهاية والمهذب والوسيلة والطبرسي
حيث قالوا إنه لا يورث بل عن الأردبيلي أيضا الميل إليه وعن (ط) نسبته إلى الأكثر لرواية
محمد بن يحيى عن طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه على عليهم السلام أنه قال
لا شفقة الا لشريك غير مقاسم وقال إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لا يشفع في
الحدود وقال لا تورث الشفقة لكن الرواية مع ضعفها معرض عنها والاسناد
إلى الأكثر في غير محله والأقوى (المش) واما حق القصاص فلا اشكال ولا خلاف في أنه
يورث لكن لا يرثه الزوج والزوجة بالاجماع والنصوص
وان كان لو صولح بالدية يرثانها وفي ارث المتقرب بالأُم منه خلاف وكذا في ارث النساء
المتقربات بالأب فراجع قوله الظاهر القران أقول
كقوله (تع) وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض بل مطلق آيات الإرث قوله متعللا بأنه رضى
أقول فان ظاهر الإنابة بالرضى كونه
حقا والا فالحكم لا يدور مداره مع أنه ظاهر في كون الرضى مسقطا والحكم لا يسقط به
ودعوى احتمال كونه غاية للحكم لا مسقطا فلا دلالة فيه على
كونه حقا كما ترى قوله مستغنى عنه (الخ) أقول الانصاف انه ليس كذلك إذ تعدد الدليل
من حيث هو مطلوب لأنه مؤيد للمطلب مضافا
إلى أن هذا الوجه أتم فائدة من التمسك بالاجماع على أصل الحكم إذ هو دليل لبي لا ينفع
في موارد الشك واما لو أثبتنا بهذا الاجماع كونه من الحقوق
وتمسكنا بعده بالعمومات فهي نافعة للموارد المشكوكه أيضا وهذا واضح قوله بغير
الاجماع مشكل أقول الا ان الاجماع على كونه قابلا
للانتقال موجود مع أن الظاهر أن الميت مورد للحق لا مقوم له بمعنى ان الاستفادة من
ظواهر أدلة الخيارات ذلك فيمكن التمسك بها أيضا فتدبر نعم
هذا لا يتم في خيار الشرط إذا فرض اشتراط الخيار لأحدهما أو لثالث على وجه التقويم
بان علم كون ذلك من قصدهما بان يقول بشرط ان يكون
لك الخيار بما أنت أنت فيكون كما لو قال بشرط ان يكون لك الخيار على أن يكون
الفسخ بلسانك فإنه لا اشكال في أنه لا يقبل الإرث والظاهر أن
الاجماع أيضا غير متحقق في الصورة التي فرضنا فالأقوى فيها عدم الإرث فتدبر قوله لان
الحق لا يتقوم (الخ) أقول يمكن ان يقال
الأصل بقاء الخيار حق للميت بعد موته فينوب عنه وارثه في الاستيفاء فالموضوع باق وهو
الميت (فت) فان المفروض انه يزول حقه بالموت كملكه

لا ملاكه فتدبر ثم لا يخفى ان الأولى أن يقول لان المستحق قد يكون مقوما للحق فمع الشك الموضوع غير محرز فلا يمن الاستصحاب وجه الأولوية

ان لازم بيان المصنف العلم بالتقويم في جميع الحقوق ومعه كيف يمكن ان يورث إذ لازمه اليقين بسقوطه بالموت وليس كذلك إذ في الحقوق القابلة للانتقال نقول إن المستحق مورد لا مقوم فيبقى الحق مع موته ثم إنه يشترط في الإرث مضافا إلى الامرين عدم كون مالكية المستحق لذلك الحق من حيث اتصافه

بعنوان مفقود في الوارث كما إذا كان المستحق عنوان اعلم البلد أو نحو ذلك فان مثل هذا الحق ينتقل بعد موته إلى فرد اخر من ذلك العنوان لا الوارث الغير المتصف به ويمكن ان يقال إن هذا أيضا راجع إلى التقويم لكنه ليس كذلك إذ مقتضى التقويم ان يسقط الحق بموت المستحق وفي المفروض لا يسقط بل ينتقل إلى فرد اخر فتدبر واعلم أنه قد يكون الحق متعلقا بالمال على وجه يكون منتقلا إلى الوارث بانتقاله من غير حاجة إلى اجراء أدلة الإرث فيه

نفسه بحيث لو أغمضنا عن شمولها للحق كفى شمولها للمال الذي تعلق به ذلك الحق وذلك كما في حق تملك الصيد في الشبكة المنصوبة فإنه لو مات المالك قبل وقوع الصيد وانتقلت الشبكة إلى الوارث يمكن ان يقال إنه يملك الصيد وإن لم ينتقل إليه حق النصب وكما في الرهان فإنه يمكن ان يقال إنه متعلق بالدين على الوجه المذكور فلو انتقل الدين إلى الوارث يكون له حق الرهانة لان الموروث (ح) الدين الموثوق بالرهن فلو أغمضنا عن ارث الحق

كفى ذلك في استحقاق الوارث لذلك الدين للرهانة وكما في حق الحریم فإنه أيضا تابع للدار ينتقل بانتقالها أو كما في حق الإجارة بناء على جعلها من باب الحق فان للوارث إجازة العقد الواقع على ذلك المال وإن لم نقل بإرثه للحق وهذه الموارد وان كان كلها محل المناقشة في كونها مثلا للمطلب

الا ان أصل المطلب حق ولعل المتتبع يعثر على مثال لا يكون محل المناقشة والظاهر أن حق عزاء الميت المتعلق بأعيان التركة من هذا القبيل فتدبر

ثم اعلم أن مقتضى العمومات المتقدمة موروثية كل ما ثبت كونه حقا وقابلا للانتقال وغير دائر مدار عنوان خاص كما في حق الرهانة وحق القذف

وحق القصاص وحق التحجير وحق الالتقاط وحق الشفعة وحق الخيار في المفلس إذا كان المبيع قائما بعينه وحق التملك في نصف الشبكة وحق السبق في وجه

وحق الشرط كما إذا اشترط الخياطة على المشتري فمات المشروط له قبل أن يعمل بالشرط ولا ينافي ذلك ما ذكره في باب الرهن من أنه لو اشترط وكالة المرتهن في بيع الرهن لا ينتقل إلى الوارث بمعنى انه لا يكون وكيلا وذلك لان الشرط وكالة المرتهن أو ان يوكله لا الوارث ومعنى الانتقال حق الشرط إلى الوارث

انه يملك على الراهن وكالة مورثه أو توكيله فيكون الموت موجبا لتعذر العمل بالشرط فيلحقه حكمه وليس معنى حق الشرط ان يكون الوارث وكيلا أو مستحقا

لان يوكله وكذا لو اشترط في البيع ان يبيع المشتري داره من البايع مثلا فمات البايع لا يلزم ان يبيعها من الوارث بل يلحقه حكم تعذر الشرط مع احتمال

ذلك أيضا وعليك بالتتبع والتأمل وغرضي ليس إلا الإشارة هذا واما ما ثبت كونه حكما أو

حقا غير قابل للانتقال أو شك فيهما ولا يورث ومن المشكوك كونه حقا أو حكما حق النذر فيما لو نذر ان يعطى زيدا درهما فمات المذور له والظاهر كونه حكما فلا يجب ان يعطيه لوارثه والظاهر أن الإجازة في الفضولي أيضا من قبيل الحكم فلا تورث وانما يجوز للوارث ان يجيز لما ذكرنا من تبعيتها للمال المنتقل إليه وكذا القبول في العقود الظاهر أنه ليس حقا فلو مات المشتري بعد ايجاب البايع وقبل قبوله لا يرثه وارثه ومقتضى هذا أن لا يورث حق القبول في الوصية الا ان (المش) على أنه إذا مات الموصى له قبل القبول ينوب عنه وارثه لكنه من جهة النصوص الخاصة الناصة وان علله في الجواهر مضافا إليها بان حق القبول يورث كحق الخيار والشفعة لكنه كما ترى فتدبر وراجع قوله لم يمنع انتقال الخيار أقول إذا قلنا بعدم انتقال التركة إلى الوارث مع الدين (مط) أو في صورة الاستغراق فيجوز فيه الاشكال الآتي في الزوجة بالنسبة إلى العقار فلا وجه لارسال المصنف له إرسال المسلم ودعوى الفرق بين المقامين حيث إن الزوجة محرومة مطلقا بخلاف الوارث مع الدين فان له علقه بالتركة وإن لم يكن مالكا لها إذ يجوز له بالاجماع ان يؤدي الدين من موضع اخر ويتصرف في التركة وكذا يجوز له ان يضمه باذن الديان ويتصرف فيها بخلاف الزوجة فإنها ممنوعة فعلا وشانا مدفوعة بان هذا الفرق غير فارق بعد عدم كونه مالكا فعلا وقبل ان يؤدي أو يضمن نعم الظاهر عدم الاشكال في الإرث بعد ارتفاع المانع وهو الدين اما بالبراء أو بأداء المتبرع أو الوارث هذا مع أنه يمكن ان يدعى عدم الإرث في المقام وان قلنا به في الزوجة من حيث إن ما دل على ممنوعيته من الإرث لأصل التركة وهو قوله (تع) من بعد وصيه يوصى بها أو دين وغيره من الاخبار يدل باطلاقه أو فحواه على عدم الإرث للحق المتعلق بها أيضا فإنها مزاحم للدين خصوصا مثل قوله (ع) في حسنة محمد بن قيس ان الدين قبل الوصية ثم الوصية على اثر الدين ثم الميراث بعد الوصية فان الأول القضاء كتاب الله تعالى ومن هذا يمكن ان يقال بعدم ارث الخيار أو عدم امكان العمل على طبقه ولو قلنا بانتقال التركة إليه إذ على هذا القول أيضا لا اشكال في كونه ممنوعا من التصرف والعمل بمقتضى الخيار من الفسخ تصرف قد يكون مزاحما للحق الغرماء فتدبر ومما ذكرنا يظهر حال ارث حق الرهانة إذا مات المرتهن وكان عليه دين مستغرق أو (مط) فان الدين لا ينتقل إلى الوارث فلا يرث حق الرهانة المتعلقة به فلا يجوز له اسقاط ذلك الحق لأنه مستلزم لتفويت حق الغرماء بل على القول بالانتقال أيضا يمكن المنع لهذا الوجه كما عرفت لكن الأولى فيه وفي حق الخيار القول بالمنع من العمل على مقتضاها بناء على القول بالانتقال إذ المانع (ح) انما يمنع عن ذلك لا عن أصل الإرث فحال الحق حال نفس المال فتدبر هذا واما في حق الشفعة فالظاهر عدم الاشكال في عدم الإرث لأنه يعتبر في الاخذ بها كون الاخذ شريكا في المفروض عدم ذلك مع وجود الدين بناء على القول بعدم

الانتقال ولذا لا يجوز على الظاهر وإن لم أجد من صرح به ان ينقل

(١٤٣)

حق الشفعة إلى غيره بصلح ونحوه إذا لم يكن ذلك الغير شريكا في متعلقها واما إذا نقله إلى أحد الشركاء فلا مانع منه فيجوز له ان يصلح أحدهم بمقدار حقه فيما إذا كانوا أزيد من واحد وقلنا بحريان الشفعة في أزيد من شريكين أو كانوا وراثا والحاصل ان الظاهر أنه يعتبر في الاخذ بالشفعة كون الاخذ شريكا والوارث مع الدين ليس كذلك بناء على القول المذكور والمفروض انه يأخذ لنفسه لا للميت حتى يقال إنه كان شريكا نعم على القول بالانتقال يجرى الاشكال كما أنه لو فرض كونه شريكا سابقا من غير جهة الإرث بناء على جريانه في أزيد من الشريكين يمكن ان يقال بجواز ارثه للحق وإن لم ينتقل إليه التركة لكن مع هذا الفرض لا حاجة إلى ارث الحق لأنه بنفسه شريك الا ان يقال له (ح) ان يأخذ التمام لا مقدار صحته فقط وفيه أنه قد تبين في محله انه يجوز لكل واحد من الشركاء ان يأخذ بالتمام غاية الأمر ان الشريك الاخر له ان يحاصه؟ على قدر حصته إذا لم يكن له مانع وفي المقام حيث إن الشريك هو الميت وهو لا يقدر على الاخذ والديان ليس لهم ذلك لأنهم ليسوا مالكين للمال ولا بوارث عن الميت فللوارث الشريك سابقا ان يأخذ بالتمام وإن لم يرث حق الميت نعم يحتمل ان يقال يجوز للديان ان يأخذوا بها للميت لكنه كما ترى وكيف كان فقد ظهر انه ليس حال الوارث مع الدين في مسألة الشفعة كحاله مع الدين في مسألة ارث الخيار والفارق ما عرفت من كون الوارث اخذا لنفسه لا للميت ولذا يعطى الثمن من كيسه لا من مال الميت وانه يشترط كون الاخذ شريكا ولا شركة مع عدم انتقال التركة ولعله لما ذكرنا قال في الجواهر في باب الشفعة ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة بناء على المختار من انتقال التركة للوارث وان استغرقها الدين اما على القول ببقائها على حكم مال الميت ففي ثبوت الشفعة اشكال وعلى تقديره ففي الاخذ بها له اشكال انتهى لكن كان الأولى ان يجزم بالعدم لا ان يستشكل ثم لا يخفى انه لو ارتفع المال بان حصل الأبرأ أو أدى الدين متبرع أو الوارث فحاله في ذلك حال الخيار فيجوز له الاخذ بها (ح) ولا يضر عدم انتقال الحق إليه حين الموت ولا يعد تملكه للمال تملكا جديدا لأنه يتملك عن الميت الذي كان شريكا حين البيع الا ان يقال إذا كان هناك مانع من الإرث يبطل الحق ويسقط ولا يبقى حتى يرثه الوارث بعد زوال المانع لكنه كما ترى نعم لو بيع شقص الميت في الدين في صورة عدم الاستغراق وبقي منه مقدار للوارث ليس له الاخذ بالشفعة بناء على منع مطلق الدين من انتقال التركة إذ الشركة (ح) تحدث بعد البيع والوفاء واما على القول بعدم المنع الا في مقدار الدين فله الاخذ بالشفعة لأنه (ح) شريك حال البيع كما أنه لو كان شريكا من غير جهة الإرث فإنه له ذلك كما هو واضح قوله بل أقوال ثالثها (الخ) أقول عد عدم الإرث (مط) من الأقوال انما هو بحسب ظاهر كلمات بعضهم فلا ينافي قوله بعد ذلك ولم أجد من جزم بعدم الإرث (مط) ويمكن ان ضمير قوله ثالثها

راجع إلى الوجوه فيكون الوجوه أربعة وان كانت الأقوال ثلاثة فتدبر هذا وقال في المستند بعد عنوان المسألة وإذا عرفت أن الخيار انما هو للجميع دون كل واحد تعلم دخولها يعنى الزوجة في أهل الخيار إذا لم يثبت من أدلة الانتقال الا الانتقال إلى الجميع الذين منهم الزوجة فلم يعلم الانتقال إلى من سواها خاصة نعم لو انحصر الوارث فيها فالحق على ما ذكرنا من انحصار الدليل بالاجماع عدم انتقال الخيار إليها واما على الاستدلال بالظواهر يجب الحكم بالثبوت لعدم مخرج لإرث الزوجة من الخيار انتهى ويظهر منه تفصيل اخر وهو الفرق بين انحصار الوارث فيها فلا ترث وبين صورة عدم الانحصار فترث بمعنى ان الفسخ منوط برضاها أيضا هذا ولكن كيف يمكن انحصار الوارث فيها إذ مع فرض عدم وجود أحد يكون الإمام (ع) وارثا معها الا ان يقال (ح) لا يمكن فسخها لعدم امكان استعمال رضى الإمام (ع) والمفروض ان مختاره كون الخيار للجميع بمعنى وجوب اتفاهم على الفسخ والامضاء فيكون تفصيله في محله لكن فيه أنه على هذا لا يتفاوت الحال بين كون مدرك الخيار الاجماع كما هو مختاره أو سائر الأدلة اللفظية من العمومات المتقدمة إذ المانع (ح) أيضا موجود وهو عدم امكان استعمال رضى الإمام (ع) بالفسخ أو الامضاء فلا بد من القول بعدم على هذا التقدير أيضا مع أنه قال واما على الاستدلال بالظواهر (الخ) ثم لا يخفى ما في هذا التفصيل من الفساد وعدم الوجه مع قطع النظر عما ذكرنا من الاشكال في تصويره فتدبر ثم إن تحقيق الحال في المقام يقتضى ان يتكلم في جهات إحداهما هل حقيقة الخيار الذي هو السلطنة عليه من حيث التسلط على استرداد ما انتقل عنه فيتبعه رد ما انتقل عليه أو التسلط على رد ما انتقل إليه فيتبعه الاسترداد التسلط على الامرين في عرض واحد أولا يعتبر فيه شيء من ذلك بل هو التسلط على نفس الحل ولازمه الرد والاسترداد الظاهر الأخير وان ضايققت وقلت ليس الحل امرا وراء الرد والاسترداد حتى يكون من لوازمه بل هو نفس هذين الامرين فيتعين الوجه الثالث ومن هذا تعرف انه لا وجه للفرق بين كون ما يحرم عنه الزوجة منتقلا عن الميت أو إليه نعم على الوجهين الأولين يمكن الفرق مع الاغماض عما سيأتي بمعنى ان لازم الأول اثبات الخيار في الثاني ولازم الثاني العكس الثانية هل يعتبر في حقيقة الخيار كون صاحبه مسلطا على التصرف في أحد العوضين أو كليهما زائدا على ما هو راجع إلى حقيقته من التسلط على الرد والاسترداد من حيث إنه حل وفسخ للعقد أولا التحقيق عدم اعتباره كيف والأجنبي الذي يجعل له الخيار ليس مسلطا على العوضين بل انما هو مسلط على مجرد الرد والاسترداد إلى المالكين وهذا المقدار من لوازم الحل والفسخ وكذا الوكيلان في مجرد اجراء الصيغة لهما خيار المجلس أو يمكن تعقل ذلك فيهما مع عدم تسلطهما على العوضين من غير هذا الجهة والعمرى ان هذا ممن الواضح بمكان والحاصل ان حقيقة الخيار ليس إلا

السلطنة على حل العقد وجعله كان لم يكن حتى يرجع كل من العوضين إلى مالكة الأول ولازم هذا البيان عدم المانع من ارث الخيار بالنسبة إلى من لا يكون وارثا المتعلق العقد كما في الدين المستغرق بناء على عدم الانتقال وكما في الزوجة بالنسبة إلى العقار فإنه انما يرث نفس الخيار الذي هو عبارة عما ذكرنا سواء كان العوض راجعا إليه أو إلى غيره نعم دعوى الانصراف في أدلة الخيار مطلب اخر الثالثة هل معنى ارث الخيار الذي كان للميت تملك الوارث كان يسترد أحد العوضين ويرد الاخر إلى الميت لأنه انما ورث ما كان للميت والذي كان له هو ذلك فيحكم بعد فسخ الوارث بانتقال المال إلى الميت وعنه ثم يرثه الوارث أو معناه تملك الرد الاسترداد إلى نفسه من حيث إنه يكون خليفة عن الميت في كون العقد الواقع على المال واقعا على ماله وكونه مثله في الاسترداد إلى نفسه فكما أن الميت كان يسترد إلى نفسه ويرد عن نفسه كذلك الوارث وذلك كما في ارث حق الشفعة فان الوارث كالميت له ان يملك المبيع لنفسه ويعطى الثمن من كيسه لا انه يملك الميت بثمن من مال الميت ثم يرثه وهذه الجهة هي التي تعرض لها المصنف في الفرع الآتي في اخر المسألة الآتية ولازم الوجه الأول امكان ارث الزوجة للخيار وان كانت محرومة من المال لأنها انما تملك الميت وتزيل ملكه بالفسخ وهذا لا مانع منه واما على الوجه الثاني فلا يعقل ارثها لأنه لا يمكنها الرد والاسترداد لنفسها كما كان للميت ومن هذا تعرف ان هذه المسألة أيضا مبنية على ما يذكره المصنف في الفرع الآتي والتحقيق انه لا يعتبر في الإرث شئ من ذلك بل معناه تملك الوارث لما كان للميت وما كان له لم يكن الا نفس الرد والاسترداد إلى المالكين وكون المال خارجا عن كيسه أو داخلا فيه لم يكن داخلا في حقيقة حقه بل انما كان موردا لذلك فعلى هذا لا مانع من أن يرث الخيار من لم يكن مالكا للمال فيكون مسلطا على حل العقد والعوضان يرجعان إلى مالكهما الفعلي لا السابق لان الفسخ انما يؤثر من حينه وهذا الذي اخترناه وان كان موافقا للوجه الثاني في كون المال خارجا من كيس الوارث وداخلا فيه الا انه يخالفه فيما عرفت من جواز ارث الزوجة عليه بخلافه على الوجه الثاني وسيأتي تنمة فيما سيأتي انشاء الله تعالى وحاصل المختار في الجهات الثلاث ان حقيقة الخيار السلطنة على حل العقد ولازمه رد العوضين إلى مالكهما الفعلي حين الفسخ ولا يعتبر فيه التسلط على التصرف فيها أزيد من هذا المقدار الذي هو داخل في حقيقة ومعنى ارثه أيضا ليس إلا ارث هذا المقدار واما كون المال منتقلا إلى الفلان أو عنه فلما لم يكن داخلا في حقيقته فلا يعتبر في الإرث أيضا فظهر من ذلك أن الحق ارثها من الخيار (مط) وان كان العوضان كلاهما من العقار لما عرفت من عدم المانع من شمول الأدلة ودعوى الانصراف كما ترى وظهر أيضا ما في بيانات المصنف (قده) وظهر أيضا انها لا ترث حق الشفعة الا إذا كانت شريكة في العين مع قطع النظر عن الإرث لما عرفت من أن معنى حق الشفعة سلطنة الشريك على اخذ الشقص لنفسه وإذا لم تكن شريكه لا يمكن لها ذلك كما عرفت

في الدين المستغرق فتدبر هكذا ينبغي تحقيق المقام كما لا يخفى على أولى الافهام قوله عبارة والده (الخ) أقول وهي ما ينقله المصنف بعد ذلك بقوله قال في القواعد (الخ) قوله عدم الجواز في تلك الصورة

(الخ) أقول يعنى عدم الجواز فيما انتقل إلى الميت الاشكال فيما انتقل عنه وذلك لأنه ينقل عنه بعد ذلك أنه قال والأقرب من هذا الاشكال

عدم ارثها إلى أن قال واما إذا باع أرضا بخيار فالاشكال (ح) بحاله هذا وان كان شرحا لعبارة العلامة الا ان ظاهره اختياره مع أنه قال أيضا

في اخر كلامه والحق ان ارثها من الخيار في الأرض المشتراة مستبعد جدا ولم يحكم في الصورة الأخرى بشئ فهي باقية عنده على الاشكال قوله

وبعبارة أخرى الخيار علاقة (الخ) أقول إن أراد السلطنة أزيد مما هو داخل في حقيقة الخيار فاعتباره ممنوع وان أراد هذا المقدار فدعوى

عدم تحققه مصادرة لا يخفى قوله أو من هو منصوب من قبله أقول لا فرق بين نصب المتعاقدين أو الشارع فنقول ان مقتضى العمومات

كون الزوجة منصوبة أيضا فلا تغفل قوله فهي أيضا مالكة لتملك (الخ) أقول لا يخفى ما فيه فان مجرد التزلزل لا يوجب ذلك نعم

لازمه التملك إذا فسخ من له الفسخ وكونها ممن له ذلك أول الدعوى الا ترى أنه لو صالح الميت ماله لغيره وجعل الخيار لذلك الغير يكون ذلك المال

متزلزلا في معرض الانتقال إلى الوارث إذا فسخ المصالح له لكنه ليس للوارث ذلك وليس له مالكية التملك الا بعد فسخ المصالح له وهذا واضح جدا

قوله ثبوت حق للزوجة (الخ) أقول قد عرفت ما فيه انفا فلا تغفل قوله والفرق بين ما نحن فيه (الخ) أقول حاصله

ان التزلزل في مسألة الوكيل منوط بكونه ذا خيار وهو أول الكلام بخلاف التزلزل في المقام فإنه ثابت مع قطع النظر عن خيار الزوجة لمكان خيار

باقي الورثة هذا ولكن عرفت أن التزلزل بمجرد لا يثمر شيئا ثم أقول يمكن منع مشاركة الزوجة للورثة في الثمن إذ هي مبنية على

كون الفسخ موجبا لانتقال المال إلى الميت أولا ثم إلى الوارث وهذا خلاف مختار المصنف فيما سيأتي بل هو خلاف التحقيق الذي عرفت فان مقتضى

الفسخ رجوع كل من العوضين إلى الاخر المالك للاخر فعلا والمفروض ان الأرض المشتراة ملك لسائر الورثة فيرجع الثمن إليهم ابتداء بعد كونهم

خليفة عن الميت في كون الأرض لهم وكون العقد الواقع عليها كأنه واقع على مالهم وتوضيح الحال في هذه المسألة ان يقال اما بناء على كون

الفسخ موجبا للدخول والخروج في ملك الميت وعنه ففي صورة كون الأرض منتقلة إلى الميت مقتضى القاعدة ان ترث المرأة بعد الفسخ لحصتها

من الثمن سواء قلنا بفسخ كل واحد من الورثة في الكل أو في مقدار حصته إذ المفروض ان تمام الأرض حصة لباقي الورثة فإذا فسخوا يصير الثمن ملكا

للميت فينتقل إلى الجميع حتى الزوجة وكذا إذا كان الفاسخ هي الزوجة بناء على القول بجواز فسخها وقلنا إن لكل واحد الفسخ في الكل إذا فسخت في

الكل وان قلنا بتخصيص ذلك بمقدار حصة كل واحد فلها الفسخ بمقدار حصتها فيرجع إلى الميت وينتقل إليها واما في صورة كون الأرض منتقلة عن الميت فلازم الفسخ في الكل بان اتفقوا عليه أو قلنا بجواز ذلك لكل واحد محرومية الزوجة وان كانت هي الفاسخة وان قلنا بكون الفسخ في مقدار حصة كل واحد مع عدم اتفقهم عليه فان كانت هي الفاسخة يرجع مقدار حصته إلى الميت فتصير لباقي الوارث وان كان الفاسخ سائر الورثة فيبقى مقدار حصتها من الثمن في ملكها واما بناء على المختار ففي الصورة الأولى يكون الثمن بعد الفسخ لسائر الورثة لان المثلث لهم كائنا من كان الفاسخ وفي الصورة الثانية إذا قلنا بكون الفسخ في مقدار حصة كل منهم فلا يؤثر فسخهم في مقدار حصة الزوجة وعلى القول بجواز الفسخ في الكل أو جواز فسخ الزوجة إذا اختارت الفسخ يشكل الحال لان مقتضى عدم ارثها من الأرض ان تصير محرومة ومقتضى كونها مالكة لبعض العوض ان يرجع ما يقابله من المعوض إليها إذ لا معنى لانتقال العوض عنها ودخول المعوض في ملك سائر الورثة ويمكن ان يقال بانتقال مقدار حصتها من الأرض إليها لان تملكها ليس بالإرث بل بسبب الفسخ والا فهي انما ورثت الثمن فلا مانع من انتقال الأرض إليها بمقدار ما يقابل حصتها من الثمن ولم أر تعرضا للمسألة أصلا الا مقدار ما في الكتاب فعليك بالتأمل والتتبع لعلك نظفر على ما يعينك على الاستنباط قوله

ثم إن ما ذكر وارد (الخ) أقول لعل مراده (قده) انه يمكن ان يقال فيما لو كانت الأرض منتقلة عن الميت أيضا ان ملكية المزوجة المثلث في معرض الزوال فهي منزلة إذ لسائر الورثة الفسخ فيزول ملكيتها عن الثمن فيكون لها أيضا حق الإزالة بالفسخ وان كان لا يرجع إليها شئ من العوض الآخر الا ان يقال لا نعلم ذلك لان الورثة ليس لهم الا الفسخ في مقدار حصتهم فيبقى ملكيتها لمقدار حصتها من الثمن فليست منزلة يستلزم ثبوت حق لها فتدبر قلت ويمكن ان يقال أيضا في الجواب ان مثل هذا التزلزل لا يحدث حقا لها لأنه ضرر عليها لا منفعة لها فتدبر قوله

فما اختاره في الايضاح (الخ) قول حاصل ما ذكره من الوجه لهذا التفصيل ان في صورة كون الأرض منتقلة عن الميت حيث لا سلطنة لها على الأرض فليس لها حق الاسترداد بخلاف الصورة الأخرى فان الثمن حيث يرجع إليها بعد الفسخ وتملكها له متزلزل فلها فيه حق الاسترداد قلت هذا على فرض التمامية كما عرفت مبنى على كون حقيقة الخيار مالكية الاسترداد فقط فيتبعه الرد اما إذا قلت بالعكس انعكس الامر وإذا قلنا بكونه عبارة عن الامرين معا فلا بد من القول بعدم الإرث مطلقا وإذا قلنا إنه ليس إلا مالكية حل العقد مع قطع النظر عن الامرين فمقتضى القاعدة القول بالثبوت مطلقا ولا يخفى انه لو قلنا بالوجه الأول يثبت التفصيل المذكور من غير حاجة إلى اثبات حقا في الثمن المدفوع بالتزلزل الذي ذكره لأنه إذا كان معنى الخيار مجرد السلطنة على الاسترداد فحيث يعقل

الاسترداد لها كما في الصورة المفروضة يشملها الأدلة بخلاف صورة العكس فتدبر قوله فلو علل بإرثها دار أقول وذلك لان ارث الثمن موقوف على الفسخ وهو موقوف على كون الثمن موروثا حتى يكون لها فيه حق قلت لا يخفى ما فيه فان ارث الثمن فعلا موقوف على الفسخ الفعلي وهو لا يتوقف على كون الثمن موروثا فعلا بل على كونه قابلا لان يورث قوله لأن الشراء يستلزم (الخ) أقول يعنى ان الثمن من حيث هو مع قطع النظر عن الشراء كان جزء من التركة موروثا للزوجة والشراء منع من ذلك فلو قلنا بثبوت الخيار لها لا يلزم تعلق الخيار بغير الموروث ولعل حاصل غرضه ان ارث الثمن وان كان موقوفا على الخيار الا ان الخيار لا يتوقف لا على كون الثمن موروثا شانا وهو كذلك إذ هو جزء من التركة من حيث هو فلا يلزم الدور حسبما بينا انفا فتدبر قوله الذي سيقى لأجله (الخ) أقول ومن المعلوم أنه عدم الإرث حيث إنه استثنى من الحكم الزوجة يعنى انها لا ترث على اشكال لاحتمال ارثها فإذا قال أقربه ذلك يكون معناه أقربه ما قلنا من عدم الإرث قوله زيادة تقديرا أقول إذ التقدير على هذا حسبما ظهر من أول كلامه فأرادت الفسخ لترث من الثمن قلت يمكن منع ذلك بان يجعل اللام غاية للمنفى يعنى ان الأقرب عدم ارث الخيار الذي غايته ارث الثمن كما أنه على ما حمل الشارحان يكون المعنى الأقرب ارثها من الخيار الذي غايته ارث الثمن والحاصل انه يمكن ان يقال بالتقدير على المعنيين ويجعل اللام غاية لإرادة الفسخ ويمكن ان يقال بعدمه عليهما يجعله غاية لإرث الخيار فتدبر قوله في كيفية استحقاق (الخ) أقول لا بأس هنا بالإشارة إلى أمور أحدها ان المالك للحق قد يكون متعددا من أول الأمر وقد يطرأ التعدد والثاني كالوارثين عن واحد والأول كما إذا كان المشتري المبيع واحدا متعددا مع وحدة العقد إذا فرض ثبوت خيار للمشتري بأحد الأسباب وكما في تعدد ولى الدم في القصاص وتعدد الشركاء في الشفعة بناء على جريانها في أزيد من شريكين وكما إذا قذف أبا أو اما لاثنين إذا كانا ميتين حين القذف وكما في الرهن على دين مشترك بين اثنين وهكذا الثاني يجوز اشتراك جماعة في حق واحد على نحو الاستقلال بان يكون لكل منهم استيفائه مستقلا كما في حق القذف في الفرض الذي ذكرنا وفيما إذا مات المقذوف عن وارثين وكما في حق القصاص إذا قتل واحد جماعة دفعة أو متعاقبين فان لولي كل واحد حق القصاص مستقلا على (المش) بل على القول بالقرعة أو تقديم السابق أيضا كذلك إذ القرعة انما هي لتشخيص من يقدم في مقام الاستيفاء فلا تنافى كونه لكل واحد مستقلا وكذا تقديم السابق انما هو في مقام الاستيفاء لا ان غيره لا يكون له حق وكما في الخيار المجعول لاثنين مستقلا وكذا الوكيل والموكل في خيار المجلس إذا قلنا بكونه لكل منهما وكذا الوليين والوصيين والمتولين المستقلين وكما في الرهن على الدين المشترك بين اثنين إذا كان بحيث لا ينفك

الا بأداء تمام الدين ونحو ذلك ثم إن الاشتراك على الوجه المذكور قد يكون بحيث يجوز لكل واحد اعمال الحق اسقاطا واستيفاء بمعنى انه لو اسقط يسقط عن الجميع ولو استوفى لا يبقى حق للبقية كما في حق الخيار المجعول لاثنين والموكل والوكيل والولين للصبى أو المجنون بالنسبة إلى خياره و نحو ذلك وقد يكون بحيث يجوز لكل واحد الاستيفاء لكن لا يسقط باسقاطه الا بالنسبة إلى نفسه كما في حق القصاص والقذف والرهن ونحوها و هذا المعنى الذي ذكرنا يمكن تعقله في المال أيضا بان يكون مال واحد لشخصين بحيث يكون لكل واحد منهما التصرف في كله بأي نحو أراد من غير حاجة إلى اذن الاخر أو اجازته إذ لا مانع منه عقلا ولا نقلا ولذا قلنا بجواز اجتماع يدين لشخصين على مال واحد على وجه الاستقلال بحيث يعد كل منهما صاحب يد على تمام العين فيكون نظير تعارض الامارتين في الدلالة على الملكية ويجوز تضمين كل منهما لتمام المال إذا كانتا على وجه الغصب و الحاصل ان هذا المعنى معقول في المال أيضا الا انه لا مورد له في الفقه نعم يمكن ان يجعل منه مسألة الزكاة والخمس بناء على بالتعلق بالغير على وجه الشركة بين المالك والفقير فان كل واحد من الفقراء والسادة مالك لذلك المقدار من العين لكونه مصداقا لكلي السيد أو الفقير ويجوز له اخذه واتلافه وكل من سبق إلى ذلك يفوت الموضوع بالنسبة إلى الباقي فتدبر الثالث إذا كان الحق متحدا من الأول بان يكون المالك واحد فقد يكون على وجه التقويم بان يكون نفس ذلك الحق متحدا مع قطع النظر عن كون المورد واحد أو قد يكون لا على هذا الوجه بل على وجه الموردية بان يكون ذلك من جهة كون صاحبه ومورده متحدا بحيث لو كان متعددا كان الحق كذلك الا انه اتفق وحدته فصار الحق أيضا واحد أو لازم هذا القسم ان يتعدد إذا انتقل إلى متعدد بالإرث أو نحوه كما في حق القذف وحق القصاص وحق الشفقة إذا انتقلت عن الميت إلى متعدد فان لكل منهم حق في نفسه وان كان من الأول حقا واحدا لا حقوقا فان المانع من تعدده انما هو اتحاد المستحق فمع فرض تعدده لا مانع من تعدده أيضا ولا يضر ذلك ولا مورد لان يقال كيف يعقل ان يتعدد الامر الواحد الشخصي بالانتقال إلى الغير فإنه لا مانع من أن يكون هناك علقة لو كانت لواحد كانت واحدة ولو كانت أو صارت لتعدد تعددت الا ترى ان حق الخيار واحد إذا كان لواحد وإذا صار مجنونا يكون ذلك لكل من الوليين فيتعدد الرابع مقتضى القاعدة على ما سيأتي بيانه (انشاء الله) في اشتراك الحق بين متعددين ان يكون بالحصص كما في المال سواء كان ذلك من الأول أو كان طارئا بإرث أو نحو الا ان يكون هناك دليل على استقلال كل من أربابه فيه كما في حق القذف من جهة ن النص الخاص وكما في حق القصاص فيما إذا قتل واحد جماعة ونحو ذلك أو كان المقتضى لاستيفاء الكل مجرد الشركة ولو كانت بنحو التخصيص كما في حق الشفعة وحق القصاص مع تعدد الولي أولا أو بالإرث فان

الموجب لجواز اخذ الميت بتمام المقدار المبيع هو كونه شريكا وهذا المعنى يتحقق في كل واحد من الوارث لأنه إذا ورث المال عن الميت يكون شريكا وهو موجب لان يكون له ان يأخذ بالشفعة ولا ينظر إلى كون حصته قليلة أو كثيرة فإذا قلنا بكون حق الشفعة موروثا فلكل واحد اخذ مقدار حصته الا انه لو عفى بعضهم يكون للباقي اخذ التمام فليس هذا من باب كون الحق لكل واحد منهم مستقلا حسبما يظهر من المصنف (قده) كما سيأتي وكذا في حق القصاص المجوز له مجرد كونه شريكا في الولاية على الدم ولهذا يجوز لكل واحد من الوارثين قتل الجاني وان عفى الاخر مع أن ارثه للحق ليس على وجه الاستقلال ولذا يجب عليه بذل الدية بمقدار حصته من عفى من الورثة ولو كان لكل واحد مستقلا لزم جواز القتل بدون رد شيء كما فيما فرضنا من قتل واحد جماعة فان لكل واحد من أولياء الجماعة قتله بدون بذل مقدار حصة الباقيين والحاصل ان ارث حق الشفعة وحق القصاص انما هو بمقدار الحصة على قاعدة الميراث الا انه مع ذلك يجوز له استيفاء التمام إذا عفى الباقيون من جهة ان المقتضى لجوازه مجرد الشركة وان كانت الحصة قليلة ولتكن هذه الأمور على ذكر منك لتنفك فيما سيأتي قوله ما اختاره بعضهم من استحقاق (الخ) أقول لا يخفى انه بناء على ما ذكره المصنف (قده) في المسألة السابقة من أن الإرث موقوف على سلطنة الفاسخ على ما انتقل عن الميت إليه ينبغي القطع بفساد هذا الوجه إذ من المعلوم ان كل واحد من الورثة ليس مسلطا على تمام العوض المنتقل إلى الميت ولا على تمام المعوض بعد الفسخ بل الإرث بالنسبة إلى المال بالحصص قطعا فهذا الوجه مبني على الاغماض عن ذلك أو على عدم تماميته كما اخترناه فكان اللازم على المصنف (قده) ان يشير إلى ذلك فتدبر قوله وان أجاز الباقيون أقول يعني بعد الفسخ فعلى هذا يكون المقدم من الامرين نافذا كما هو مقتضى الوجه المذكور ويحتمل ان يكون المراد وان أجاز الباقيون ولو سابقا على فسخ هذا فإنه أيضا ينفذ فسخه ولا يثمر اجازتهم الا بالنسبة إلى أنفسهم كما في عفو بعض المستحقين في حد القذف وحق الشفعة وظاهر كلام المصنف فيما يأتي في مقام الايراد على هذا الوجه حملة على الوجه الثاني فتدبر قوله وكذلك حق الشفعة على (المش) أقول قد عرفت سابقا ان ظاهر المشهور كون ارث حق الشفعة بالحصص الا انه إذا عفى بعض المستحقين يجوز للاخر اخذ الكل من جهة كونه شريكا ولا يتفاوت في جواز الاخذ كون حصته قليلة أو كثيرة وان الا يجوز له اخذ الكل مع عدم العفو نعم ذكروا فيما لو تعدد الشركاء من الأول وقلنا بجريان الشفعة في أزيد من شريكين انه يجوز فيما لو كان بعضهم غائبا ان يأخذ الحاضر بالتمام فإذا خصر الغائب شاركه ان شاء وهذا ظاهر في أن لكل واحد استحقاق التمام (فت) قوله بخلاف المال (الخ) أقول قد عرفت أن في المال أيضا يعقل تعدد الملاك والوجه في التنزيل على الاشتراك ليس عدم معقولية التعدد على وجه الاستقلال بل ظهور الأدلة فيه بمساعدة حكم العرف وفهمهم وهذا الوجه

موجود في الحق أيضا كما سيأتي بيانه قوله تعين

(١٤٧)

تبعضه بحسب متعلقه (الخ) أقول هذا هو الصحيح عندي وسيأتي توضيحه قوله وهنا معنى
اخر لقيام (الخ) أقول لا يخفى ان الأولى
عد هذا الوجه معنى اخر لقيام الخيار بكل واحد مستقلا فإنه لو كان ما تركه الميت لطبيعة
الوارث فهي صادقة على كل واحد من المجموع فيكون المصداق
في صورة التعدد كل فرد لا المجموع كيف ولو كان كذلك لزم ان يكون اثره عدم جواز
استقلال كل واحد والمفروض جوازه بناء على هذا الوجه والحاصل
ان قيام الحق بكل واحد مستقلا يتصور على وجهين أحدهما ان يكون ظاهر أدلة الإرث
قيام كل واحد مقام الميت كما هو مفاد الوجه الأول
الثاني ان يكون ظاهرها قيام الطبيعة مقامه ولازمه ان يكون مختصا بواحد إذا كانت
منحصرة في فرد ومشتركا بين المتعددين على وجه
الاستقلال إذا كانت في ضمن الأزيد لان كل واحد منهم في حد نفسه مصداقا فالمجموع
مصاديق لا مصداق واحد ولو سلمنا ان المجموع أيضا مصداق
اخر فلا ينافي كون كل واحد أيضا مصداقا ولازمه ما ذكرنا من كونه قائما بكل واحد لا
المجموع ومن ذلك يظهر جواب ما يمكن ان يقال إن لازم كون
الحكم معلقا على الطبيعة عدم الاستقلال في صورة التعدد لان المجموع مصداق واحد
وذلك لأننا نقول إن سلمنا ذلك نقول كما يصدق ذلك يصدق
كون واحد منهم أيضا مصداقا فلا بد من استقلاله إذ الجهة الأولى لا توجب عدم
الاستقلال بل غايته عدم ايجابه الاستقلال وبعبارة أخرى
مصداقية كل واحد يقتضى الاستقلال ومصداقية المجموع أيضا غايتها عدم ايجاب
الاستقلال وعدم اقتضائه لا اقتضاء العدم حتى يلزم التعارض
بين الجهتين فتدبر قوله وقيام الخيار بالجنس (الخ) أقول لا يخفى ان الجنس ليس إلا
الطبيعة و (ح) فيتعين الوجه الرابع وهو في النتيجة
موافق مع الوجه الأول على التحقيق وان كان مقتضى كلام القائل به وجود فرق ما بينهما
على أحد الوجهين في معنى قوله وان أجاز الباقيون
حسبما عرفت لا ان يكون مراد المصنف (قده) ان القضية مهمة لا مطلقة فيكون مفاد
الخبر ان ما تركه للوارث في الجملة لا انه لطبيعة الوارث أينما وجدت
فتدبر قوله والا ظهر هو الثاني أقول إن كانت القضية مهمة فهو كذلك واما ان كانت
مطلقة وفي مقام البيان كما هو الظاهر
فالظاهر الاستغراق بنحو التشريك كما لا يخفى نظير قولك هذا المال لزيد وعمر فتدبر
قوله أوضح استحالة وأظهر (الخ) أقول قد
عرفت ما فيه فان وحدته انما كان من جهة وحدة مورده فلا ينافي التعدد ان تعدد نعم لو
كانت الوحدة بنحو التقويم تم ما ذكره لكنه ليس كذلك
كيف وان كان غير معقول لم يمكن القول به في شيء من المقامات مع أنه قائل به في حق
القصاص والشفعة ونحوهما قوله فلان مفاد تلك الأدلة
(الخ) أقول يمكن ان يقال إن المستعمل فيه هو القدر المشترك وهو كونهما للوارث واما
كيفية من حيث الاستقلال أو الاشتراك فمستفاد
من الخارج فتدبر قوله على ما ذكره أقول حيث قال وان أجاز الباقيون بحمله على إرادة

الأعم من الإجازة سابقا على الفسخ أولا حقا
لكنك عرفت أن الأظهر حمله على خصوص الإجازة بعد الفسخ فلا ينافي كون النافذ هو
السابق منهما كما هو لازم الوجه المذكور قوله
واما ثبوت الخيار لكل منهم مستقلا (الخ) أقول الانصاف ان المستفاد من الأدلة ذلك لان
قسمة كل شئ بحسبه فقسمة المال انما هي باعتبار
نفسه وقسمة الحق باعتبار متعلقه وهذا واضح بملاحظة الرجوع إلى العرف فإذا قال ما
تركه الميت من حق التحجير لوارثه يفهم منه انه يقسم بينهم على حسب
قسمة الأرض يعنى ان لكل حق في مقدار من الأرض لو كان وارثا لها كان له ذلك وكذا
في حق القصاص وحق الرهن وحق الخيار فالحق غير قابل للتجزئ
عقلا الا انه يعد من القابل له عرفا لان نظرهم في ذلك إلى متعلقه فيعد تجزيه باعتبار متعلقه
تجزئ نفسه والحاصل ان المفروض شمول الأدلة
للحق وكون مفادها واحدا بالنسبة إليهما ولازم ذلك ما ذكرنا ولازم ما ذكره المصنف اما
دعوى عدم الشمول وهو خلاف الفرض وخلاف الواقع
أيضا واما دعوى اختلاف المفاد بالنسبة إليهما بإرادة ارث كل واحد حصة بالنسبة إلى
المال وارث المجموع من حيث المجموع بالنسبة إلى الحق وهو مستلزم
للاستعمال في معنيين حسبما اعترف به انفا في رد الوجه الأول واما ما ذكره من أن
المستفاد منها بعد عدم انقسام نفس المتروك ثبوت القسمة فيما
يحصل باعمال الحق واسقاطه من العين المستردة أو ثمنها الباقي في ملكهم فلا وجه له إذ
ليس هذا معنى قسمة الحق على مذهبه نعم هو لازم
الفسخ والإجازة فليس مفادا لأدلة القسمة بل لازم عدم انقسام نفس المتروك على مذهبه أن
لا تشمل أدلة القسمة للحق أصلا ولعل مراده (قده) أيضا
ذلك وان قسمة العين المستردة أو الثمن انما هي من حيث كونها قسمة للمال بعد اثبات
ارث الحق من غير هذه الأدلة وعلى هذا فلا بد ان يكون المشار
إليه في قوله فلا يستفاد من تلك الأدلة والمرجع للضمير في قوله فالمتيقن من مفادها هو
ثبوت (الخ) غير أدلة القسمة بل مثل النبوي صلى الله عليه وآله مما ليس متعرضا للقسمة
ذلك لعدم امكان شمول أدلة القسمة للحق على ما هو المفروض والتحقيق ما عرفت من
شمول كلا قسمي الأدلة وكون قسمة الحق باعتبار
متعلقه فيراد من أدلة القسمة قسمة المتروك الا ان مصداق ذلك بالنسبة إلى الحق قسمة
باعتبار متعلقه لا ان يكون المراد قسمة المتروك نفسه و
قسمته باعتبار متعلقه بمعنى لحاظ هذين الامرين في المعنى مستقلا حتى يلزم الاستعمال
في معنيين فتدبر ثم لا يخفى ان لازم ما اختاره المصنف لزوم
الضرر على من أراد من الورثة الفسخ وابطال حقه مع عدم إرادة الباقيين وما يذكره بعد
ذلك في الجواب من أن ذلك لازم اشتراك الحق كما لو
جعل الخيار لأجنبيين على سبيل التوافق غير صواب إذ الفرق بين المقامين واضح فتدبر قوله
ويمكن ان يفرق بالضرر أقول
هذا على فرض تماميته انما يقتضى عدم سقوط حقه بمقدار نصيبه ولا يقتضى الاخذ بكل
المبيع وانما المقتضى له ما ذكرنا سابقا من أن مقتضى الشركة

جواز الاخذ بكل المبيع وان كانت الحصة قليلة غاية الأمر ان مع إرادة الاخذ من كل واحد من الورثة يلزم التقسيط للجمع بين الحقوق واما مع عدم إرادة البعض فيبقى الاخر بلا مزاحم وكذا الكلام في حق القصاص بالنسبة إلى القتل وان وجب رد مقدار حصة العافي من الدية فان قلت لعل الوجه في الاخذ بالكل مع عفو البعض ان الاقتصار على مقدار الحصة ضرر على المشتري من جهة تبعض صفقته قلت إن ضرره يمكن ان يجبر بخياره في أصل البيع فتدبر قوله فتأمل أقول الوجه فيه أن ما نحن فيه أيضا كذلك فان عدم جواز الفسخ الا برضى الكل ضرر على مريده ودعوى أن نحو حقه ذلك بمعنى ان هذا لازم الاشتراك (مشترك) الورود فان في الشفعة أيضا يمكن ان يقال بذلك ويمكن ان يكون الوجه فيه عدم كون الضرر دليلا لما أشرنا إليه من امكان ان يقال إن ذلك من لوازم الاشتراك ويؤيد كون مراده هذا ما سيأتي منه من التعويل عليه فيما نحن فيه من ارث الخيار ومن المعلوم حسبما عرفت عدم الفرق بينه وبين الشفعة قوله ثم إن ما اخترناه (الخ) أقول اعلم أن ههنا مطلبين أحدهما

ما كان عقد المسألة لأجله وهو ان الخيار الذي كان للميت هل ينتقل إلى كل واحد من الورثة أو إلى المجموع بالحصص أو إلى المجموع من حيث المجموع ولازم الأول جواز الفسخ لكل واحد من الورثة بالنسبة إلى الكل و (ح) فان قلنا في الفرع الآتي ان المال ينتقل إلى الميت أولا ثم إلى الوارث فاللازم بعد الفسخ ان يكون مشتركا بينهم بالحصص وان قلنا بانتقاله إلى الفاسخ فيكون تمامه له ويعطى العوض من كيسه ولازم الثاني رجوع مقدار حصته إليه فقط على القولين ولازم الثالث عدم جواز فسخ البعض لا في الكل ولا في البعض بل يجب عليهم ان ياكلوا واحدا في ذلك ثم المال يكون بينهم بالحصص على القولين الثاني انه بناء على أحد القولين الأولين هل يجوز التفريق في الفسخ والإجازة بان يفسخ واحد منهم بالنسبة إلى حصته من المال مع كون خياره في الكل كما على القول الأول أو كون خياره في ذلك المقدار فقط كما على القول الثاني أولا يجوز ذلك بل على الأول لا بد لكل فاسخ ان يفسخ في الكل لان حقه واحد وهو الخيار في الكل فلا يجوز له الفسخ في البعض كما أنه لم يجز ذلك للميت أيضا وعلى الثاني أيضا وان كان له الخيار في البعض الا ان فسخته في مقدار حقه مشروط بفسخ الاخر أيضا في مقدار حقه لئلا يلزم التشقيص بالنسبة إلى المشتري والفرق بين هذا الوجه والوجه الثالث وهو كون الخيار للمجموع من حيث المجموع مع اشتراكهما في عدم جواز التفريق انه على الوجه الثالث لا يجوز ذلك وان رضى المشتري لأن المفروض ان الحق للمجموع من حيث المجموع من حيث

المجموع فلا بد من اجتماعهم على الفسخ وعلى هذا الوجه يجوز لكل واحد الفسخ في حصته ان رضى المشتري لان الحق متعدد والمانع هو التشقيص عليه ولا بأس به مع رضا وأيضا بناء على الثالث لا ينفع فسخ كل واحد في البعض وان فسخ الكل

بل يلزم الفسخ دفعة وبعنوان واحد واما على هذا الوجه فيصح ذلك المدار عدم التشقيص وهو غير لازم إذا فرض صدور الفسخ من الجميع كل في مقدار حصته وكذا على الوجه الأول وهو كون الخيار الكل واحد في الجميع لا يجوز التفريق وان رضى المشتري لان المانع فيه وحدة الحق كما في الوجه الثالث إذا عرفت ذلك علمت أن

عبارة القواعد بل غيرها أيضا

كالدروس و (لك) وغيرها محتملة لوجوه ثلاثة أحدها وهو الظاهر كون الخيار للمجموع من حيث المجموع الثاني كونه لكل واحد الا انه

لا يجوز التفريق كما كان لا يجوز للميت وذلك لان الحق واحد بالنسبة إلى كل واحد كما كان كذلك للميت الثالث كون الخيار لكل واحد بمقدار

حصته الا ان فسخه مشروط بفسخ الباقي أيضا فيصح الفسخ في البعض الخاص به إذا فسخ الآخرون أيضا فيما يختص بهم و المصنف جعل الوجه الأول ظاهر

أو الثاني محتملا ولم يتعرض للثالث قوله بعد أن احتتمل الوجه الثاني أقول وذلك لقوله فيه نظر أقرب (الخ) فان صريح في كون

التفريق محتملا وان الأقرب هو المنع قوله دون الأرش أقول يمكن ان يجعل هذا قرينة على إرادة الوجه الثالث لأنه إذا كان الخيار

للمجموع من حيث المجموع فلا يجوز التفريق في اخذ الأرش أيضا لأنه من تنمة الحق الذي هو للمجموع من حيث المجموع واما لو كان لكل واحد في مقدار حصته

وكان المانع من التفريق تبعض الصفقة على المشتري فيختص ذلك بالرد ولا يجرى في الأرش هذا ولكن جعل هذا ايرادا على العلامة أحسن من جعله قرينة للمراد

فتدبر قوله عما ذكره في خيار المجلس أقول حيث حكم فيه بجواز التفريق قوله بل يملك الفسخ في البعض (الخ) أقول سريان الفسخ

في البعض إلى الكل لا يمكن الا إذا كان مالكا لفسخ الكل كما في المورث وإلا فلا وجه لسراية فسخه إلى حق الباقي الذي لا ربط له به قوله ولا دلالة

فيها على عدم (الخ) أقول يعني انه محتمل لكون الخيار للمجموع كما هو المختار ولكونه لكل واحد مستقلا قوله بل المراد عدم نفوذ (الخ) أقول

سريان الفسخ في البعض إلى الكل بلا يمكن الا إذا كان مالكا لفسخ الكل كما في المورث وإلا فلا وجه لسراية فسخه إلى حق الباقي الذي يعني ان ظاهر التوافق

وعدم التخالف ان يكون فسخ كل بإمضاء صاحبه فقوله من دون اجازته يعني إجازة فسخ صاحبه قوله ثم التذكرة أقول العبارتان المتقدمتان

عن التذكرة لم يكن لهما ظهور فيما ذكره فضلا عن الصراحة بل الأولى منهما كانت ظاهره في الوجه الأول كما اعترف به سابقا فلم افهم المراد من قوله ثم

التذكرة ولعل النسخة غلط قوله قد يدل على أن فسخ (الخ) أقول لم افهم وجه الدلالة وتقريبها بما ذكره من قوله إذا استرداد مقدار (الخ)

ليس تقريب إذ ليس هذا من دلالة هذه العبارة بل مقتضى هذا أن تكون مجملة بينها ما ذكره في موضع اخر من عدم جواز التفريق قوله ويندفع

بان الحق (الخ) أقول نمنع كون لازم الشركة ذلك بل هي أعم منه ومن اختصاص كل

بمقدار حصته والفرق بين ما نحن فيه ومسألة جعل الخيار
لأجنبيين واضح إذ في ما نحن فيه لكل منهما حق بمقتضى أدلة الإرث فتدبر قوله إذا
اجتمع الورثة (الخ) أقول يظهر من المصنف في طي؟ بيان هذا

(١٤٩)

الفرع وجهان في أن الوارث هل هو نايب عن الميت في الفسخ والإجازة بمعنى انه يفسخ عنه لكونه قائما مقامه فينتقل المال إلى الميت ثم إلى الوارث أولا بل هو مستقل في ذلك بمعنى انه يفسخ عن نفسه من حيث انتقال الحق الذي كان للميت وهو جواز الفسخ لنفسه إليه ومختاره هو الوجه الثاني والتحقيق كما ذكرنا سابقا وجه اخر وهو انه يرث حق الخيار الذي هو التسلط على حل العقد من غير نظر إلى كونه عنه أو عن الميت ولازمه انتقال كل من العوضين إلى المالك الفعلي للاخر كما في فسخ الأجنبي وسيظهر الفرق بين هذا ومختار المصنف إذا عرفت ذلك فنقول إذا حصل الفسخ فاما ان يكون الغرض موجودا في ملك الميت أو تالفا في زمان حياته أو بعد موته في يد الورثة وعلى فرض كونه تالفا في حياته فاما ان يكون له مال يعادله أولا فمع بقاء العين إلى حال الفسخ لا فرق بين الوجوه في أنه إذا فسخ العقد سواء كان بفسخ بعض الوارث أو باجتماعهم عليه يرجع العوض إلى المفسوخ عليه ويسترد مال الميت أو بدله وتقسم بين الورثة بالحصص ولا يضر انتقال ذلك العوض إلى الورثة وتملكهم له قبل الفسخ بمعنى انه لا يعد تالفا بمجرد ذلك ولو على الوجه الأول وهو كون الفسخ نيابة عن الميت وموجبا للرجوع إليه والخروج عنه واما إذا لم يكن موجودا فعلى الوجه الأول يحكم باشتغال ذمة الميت بالبدل فيخرج من سائر أمواله إذا كان له مال اخر والا فيبقى ذمته مشغولة يجب تفرغها بالمعوض المنتقل إليه إذا كان وافيا والزائد يبقى في ذمته ولا يؤخذ البديل من الورثة الفاسخين إذ حالهم (ح) حال الأجنبي الفاسخ ولا فرق بين كون الفسخ صادرا من المجموع أو البعض بناء على القول به بل وكذا إذا فسخ البعض في مقدار حصته على القول به ومن لوازم هذا الوجه شركة الغرماء مع المفسوخ عليه في العوض المنتقل إلى الميت بالفسخ لأن المفروض ان الثمن صار دينا عليه واما على الوجه الثاني وهو مختار المصنف فاللازم اشتغال ذمة الفاسخ بالبدل ورجوع المعوض إليه فإن كان الفاسخ هو البعض في الكل فيشتغل ذمته بتمام البديل وان كان في مقدار حصته فبقدر حصته وان كان الكل في الكل فيشتركون في المعوض وفي شغل ذمتهم ببدل العوض ولا فرق في ذلك بين كون التلف في زمان حياة المورث أو بعد موته ولا في وجود مال اخر للميت وعدمه إذ مع وجوده أيضا لا يجب اعطاء البديل منه لأن المفروض عدم شغل ذمة الميت بالبدل حتى يخرج من تركته فلا وجه لما يظهر من المصنف من وجوب ذلك حيث خص الاشكال في اشتغال ذمة الورثة وعدمه بصورة عدم وجود مال للميت ومن لوازم هذا الوجه عدم الاشكال أصلا في جواز فسخ الورثة مع وجود الدين المستغرق إذا كان الثمن تالفا غير موجود في جملة أمواله ولو قلنا ببقاء المال (ح) على حكم ملك الميت وعدم انتقاله إلى الورثة إذ على هذا لا يلزم من فسخهم تصرف في التركة أصلا بخلافه على الوجه الأول فإنه موجب لرجوع المعوض إلى الميت واشتغال ذمته بالبدل الواجب تفرغها من التركة فيلزم التصرف في التركة فيكون حالهم حال الزوجة مع عدم

الإرث للعقار واما على الوجه الثالث الذي هو المختار فمقتضى القاعدة شغل ذمة جميع الورثة مع الفسخ في الكل سواء صدر من البعض أو الكل وخصوص ذمة الفاسخ إذا فسخ في مقدار حصته ورجوع المعوض إلى الكل في الأول وإلى خصوص الفاسخ في الثاني وذلك لأنه مقتضى انحلال العقد الواقع على المال الذي لو لم ينتقل عن الميت أو انتقل وفسخه في حياته كان مشتركا بين الكل وعلى العوض الذي لو لم يتلف كان كذلك كما في صورة فسخ الأجنبي والظاهر عدم وجوب اعطاء البديل من التركة مع فرض وجودها لأنها لم يتعين للبديلة وان كان لو فسخ الميت كان البديل متعلقا بها لان ذلك من جهة كونها ملكا له فكان اللازم إذا دينه منها واما بالنسبة إلى الورثة فهي وسائر أموالهم سواء وعلى هذا الوجه أيضا لا اشكال في جواز فسخ الورثة مع وجود الدين المستغرق نعم لو قلنا بتقديم الأداء من التركة على ذمهم يجرى نظير الاشكال السابق في الزوجة فظهر ان على المختار لا يجوز لواحد من الورثة اخذ كل المعوض وأداء بدل العوض من كيسه ولو قلنا بجواز فسخه في الكل بخلافه على مختار المصنف فيكون المختار مشتركا مع الوجه الأول في هذه الثمرة ويبقى الفرق بينهما فيما ذكرنا من الاشكال في فسخ الوارث مع الدين المستغرق على الأول دون المختار وكذا في الزوجة بالنسبة إلى العقار إذ يمكن ان يقال على هذا الوجه بل وكذا على مختار المصنف بجواز فسخها وتملكها له بقدر حصتها لان هذا ليس إرثا للعقار بل هي وارثة للمال الذي هو الثمن وتملك العقار بملكية جديدة بدلا عما ورثت من الثمن بخلافه على الوجه الأول فان لازمه رجوعه إلى الميت أو لا ثم إلى الوارث والمفروض عدم ارثها منه فتدبر قوله اذفعوه إلى المشتري أقول يعنى على كلا الوجهين الآتين وهو كذلك كما عرفت إذ مع بقائه يجب دفعه بعد الفسخ سواء قلنا إنه ملك للميت وان الفسخ عنه أو للوارث وانه يفسخ عن نفسه ودعوى صدق التلف عليه على الأول من جهة خروجه عن ملك الميت بسبب الإرث كما ترى قوله اخرج من مال الميت أقول يعنى على كلا الوجهين أيضا وقد عرفت الاشكال فيه بناء على الوجه الثاني وهو مختاره (قده) فلا تغفل قوله ولا يمنعون (الخ) أقول بناء على الوجه الأول يجرى فيه الاشكال السابق في الزوجة لعدم تسلطهم على العوض ولا على المعوض حسبما ذكرنا مرارا بل على الوجه الثاني أيضا يجرى الاشكال بناء على ما ظهر منه من تعلق البديل بالتركة وان كان خلاف التحقيق كما عرفت قوله وفي اشتراط ذلك (الخ) أقول بناء على الثاني كما هو الحق يمكن ان يقال لا يجوز لهم الفسخ إذا كان مضرا بالديان خصوصا إذا لم يكن لهم فيه غرض الا مجرد الاضرار قوله المستلزم لدخول المبيع (الخ) أقول نمنع كون مقتضى الانحلال ذلك بل مقتضاه الدخول في ملك المالك الفعلي وهو الوارث فالدخول في ملك المالك الميت يقتضى اعتبار زائدا على أصل الانحلال وهو دعوى

(۱۵۰)

ان الوارث نايب عن الميت في الفسخ له حسبما يظهر منه بعد ذلك فتدبر قوله من مقتضى النيابة والقيام (الخ) أقول قوله والقيام تفسير للنيابة فليس المراد منها معناها الظاهر كيف والوجه الأول نيابة دون هذا الوجه كما يظهر من قوله بعد ذلك لا كولاية الوالي أو الوكيل و قوله فهو كنفس الميت لا نايب عن فجعل الوجه الأول نيابة والأولى اسقاط لفظ النيابة في العبارة لا خلاله بالمقصود ثم انك قد عرفت من بياناتنا السابقة انه لا اشكال في أن الفسخ ليس أزيد من حل العقد وليس فيه اعتبار زائد هو كونه عن نفسه أو عن الميت وانما الكلام في أن الحق الذي كان للميت انما كان مجرد التسلط على حل العقد أو التسلط على حله لنفسه والانصاف ان هذا أيضا لا اشكال فيه فان حقه مجرد ملك الحل من غير نظر إلى نفسه وغيره كما في خيار الأجنبي فان حقه ليس إلا الحل فعلى هذا لا مفر من القول برجوع العوضين إلى المالك الفعلي لا الميت ويظهر من المصنف (قده) مفروغية كون فسخ الأجنبي موجبا للرجوع إلى الميت مع أنه لا اشكال في أنه موجب للعكس ولا يضر عدم كون الوارث عاقدا بعد كون العقد له بمقتضى قيامه مقام مورثه فكأنه هو العاقد فلا موقع لان يقال إذا كان مقتضى الانحلال ما ذكرت من الرجوع إلى المالك الفعلي لزم القول به في صورة الانتقال إلى غير الوارث أيضا كما لو باعه الميت أو وهبه وذلك لان غير الوارث ليس ممن له العقد ولا ممن وقع العقد على ماله وهذا واضح هذا ولكن يشكل على ما ذكرنا أن لازمه اشتغال ذمة الوارث بالبدل مع فسخ الأجنبي حتى في صورة عدم وجود تركة للميت أصلا وعدم وفاء ما انتقل إليه ببدل العوض التالف في زمان حياة المورث ولا يمكن الالتزام به فيكشف هذا عن عدم تمامية ما ذكرنا وان مقتضى الانحلال ما ذكره المصنف (قده) من الانتقال إلى الميت (مط) واشتغال ذمته كذلك إذ لا يمكن التفكيك بين صورة وجود العين أو وجود التركة أو وفاء ما استرد بالفسخ بقيمة التالف وبين صورة عدم الوجود وعدم الوفاء بان يقال بالانتقال إلى الميت في خصوص الصورة الأخيرة ولا يمكن التزام اشتغال ذمة الوارث بلا بدل أصلا فالانصاف ان يقال إذا قلنا إن المنتقل إلى الوارث ليس إلا التسلط على الحل ان مقتضاه رجوع العوض أو بدله إلى الميت بمعنى انه يقدر موجودا ومالكا حال الفسخ فيؤثر الفسخ في الخروج عنه والدخول في ملكه وفي صورة عدم وجود العين وعدم التركة يشتغل ذمته فيجب تفرغها بما انتقل إليه بعد الفسخ من المعوض أو بدله فان وفي فهو وإن لم (يف) يبقى ذمته مشغولة وان زاد يعطى للوارث وكذا في فسخ الأجنبي فلا فرق بين المختار وبين الوجه الأول الذي ذكرناه سابقا من كون المنتقل إلى الوارث حق الفسخ عن الميت بمعنى انه على المختار أيضا لا يرجع إلى المالك الفعلي وهو الوارث فالحق ما ذكره المصنف من

أن مقتضى الانحلال الرجوع إلى الميت كما في فسخ الأجنبي نعم يرد عليه ان ما اختاره من كون الوارث فاسخا عن نفسه لا وجه له كيف والا لزم القول به مع وجود التركة ولازمه عدم وجوب اعطاء البدل منها وهو خلاف مختاره ولا يمكن دعوى تخصيص كونه فاسخا عن نفسه بصورة تلف العين وعدم وجود التركة وعن الميت في صورة بقاء العين أو وجود التركة فالتحقيق ان المنتقل إليه ليس إلا التسلط على الحل ولازمه الرجوع إلى الميت بمعنى جعله في حكم ماله والحكم باشتغال ذمته مع عدم وجود العين يجب تفرغها مع وفاء التركة بضميمة ما انتقل إليه ومع عدم يبقى مشغولة فتدبر قوله من دون ان يلزموا (الخ) أقول هذا لا يثبت مدعاه إذ يمكن ان يكون لأجل ما ذكرنا نعم ينقى الوجه الأول وهو الانتقال إلى الميت فتدبر قوله تنقيح زائد أقول الانصاف انه (قده) لم ينقح المسألة أصلا قوله وهذا لا (يخ) عن قوة أقول هو كذلك الا إذا علم إرادة الموردية و (ح) فمقتضى القاعدة ان يرثه وارثه واما رجوعه إلى من اشترط له فلا وجه له أصلا هذا في خيار الشرط واما مسألة الوكيل في اجراء الصيغة فلا يبعد دعوى انتقال خياره إلى وارثه الا ان يدعى انصراف دليل خيار المجلس عن مثله ولازمه عدم ثبوت أصل الخيار والا فمع فرض شمول الدليل له ينبغي الانتقال إلى الوارث ولا يمكن ان يقال إن ثبوت الخيار له بنحو التقويم دون الموردية إذ الدليل واحد بالنسبة إليه وإلى المالكين فلا يمكن ان يفيد الموردية بالنسبة إليهما و التقويم بالنسبة إلى الوكيلين ثم لو اشترط عدم ارث الخيار بطل الشرط في مسألة الوكيل بناء على ثبوت الإرث لأنه مخالف للشرع وكذا سائر الخيارات غير خيار الشرط واما فيه سواء اشترط ذلك بالنسبة إلى الأجنبي أو أحد المتعاقدين فلا بأس به ان أريد من ذلك كونه مختصا به على وجه التقويم وان أريد منه ظاهره بطل أيضا لمخالفته للشرع قوله لو جعل الخيار لعبد (الخ) أقول إن الكلام في هذا الفرع في مقامات أحدها هل يصح جعل الخيار للمملوك أولا الثاني على فرض الصحة هل يرجع إلى مولاه أولا الثالث على فرض عدم رجوعه إليه هل يرثه مولاه إذا مات أولا اما المقام الأول فنقول لا ينبغي الاشكال في صحته مع إجازة المولى واذنه واما مع عدمها فإن كان ذلك منافيا لحق المولى وما نعا عن الاشتغال بخدماته فلا اشكال في عدم صحته وإن لم يكن كذلك فينبى على أن العبد ممنوع من التصرفات (مط) وانه لا يقدر على شئ أصلا أو ان ذلك مختص بما ينافي حق المولى والأقوى الثاني لانصراف الأدلة عن التصرفات الغير المنافية والسر معلومية كون ذلك لرعاية حقوق المولى واما المقام الثاني فالأقوى عدم رجوعه إلى المولى إذ الوجه في رجوعه إليه اما ما ذكره المصنف من عدم نفوذ فسخه واجازته بدون رضى مولاه وفيه أن لازمه القول بمثله فيما لو وكله في بيع داره مثلا وأجاز المولى فإنه لا يرجع إلى توكيل مولاه مع أنه إذا كان ذلك بإجازته من

الأول فنمنع عدم النفوذ الا برضى المولى فان الاذن في الشئ اذن في لوازمه واما دعوى
عموم ما دل على أن ما كان للعبد لمولاه بان يدعى

(١٥١)

شموله للحقوق أيضا وفيه أولا منع الشمول بل هو مختص بالمال وثانيا ان العبد ملحوظ على وجه التقويم فلا يمكن كون الحق لمولاه واما المقام الثالث فالأقوى فيه عدم ارثه لما ذكره من كونه ملحوظا على وجه التقويم دون الموردية فحاله كحال جعل الخيار للأجنبي بل هو نعم لو علم كونه على وجه الموردية ورثه المولى بناء على عدم تمامية الاجماع والنصوص الدالة على أنه لا توارث بين الحر والعبد اما بدعوى كون المراد عدم ارث العبد من الحر لا العكس واما بدعوى عدم شمولها للحقوق واختصاصها بالأموال وإلا فلا يرثه المولى بل يسقط الخيار بموته فتدبر ثم إنه لا ينبغي التأمل في عدم الفرق في المقامات المذكورة بين كون العبد لأحدهما أو لأجنبي هكذا ينبغي بيان المطلب و المصنف (قده) لم يتعرض للمقام الثالث مع أنه المناسب للمقام كما لا يخفى بقي هنا أمور لا بأس بالإشارة إليها اجمالا أحدها لو قلنا بكون الفسخ مقتضيا للرجوع إلى الميت ثم الإرث منه فالمدار على الوارث حين الموت لا حين الفسخ فلو مات عن ابنين فمات أحدهما قبل الفسخ عن ابن فورث الابن ابنه ثم فسخ هو وعمه فالمال ينقسم بينهما ولا ينحصر بالعم لكونه مقدما في الإرث وذلك لان الفسخ يقتضى رجوع المال إلى الميت الأول فيرثه الابن الميت ويرثه ابنه وهذا واضح الثاني بناء على كون الحق لكل واحد استقلا الا لو أجاز أحدهم سقط حق الباقيين واما لو اسقط حقه فيحتمل بقاء الحق الباقيين والفرق ان الإجازة تنفيذ بخلاف الاسقاط فهو انما يؤثر بالنسبة إلى نفسه واما بناء على التخصيص فلا فرق بين اسقاط بعض لحصته أو اجازته إذ على التقديرين انما يثمر في حق نفسه فقط غاية الأمر انه لو فسخ الباقيون يتخير المفسوخ عليه لتبعض الصفقة فلو مات الباقيون وورثهم المجيز أو المسقط لحقه فله الخيار في مقدار حصتهم للإرث وكذا في الفرض الأول إذا اسقط حقه فإنه يرث خيار الباقيين وله الفسخ في الكل والوجه واضح الثالث إذا مات أحد الوارثين قبل الفسخ والإجازة وورثه الاخر فهل يجوز له الفسخ في البعض والإجازة في البعض أولا ان قلنا بكون الخيار لكل واحد مستقلا فالظاهر عدمه كما لم يكن جائزا قبل ذلك لان لكل واحد منهما حق واحد ولا يجوز التبعيض فيه كما عرفت سابقا وبالإرث لا يتعدد الحق وعلى فرضه فكل منهما واحد لا يجوز تبعيضه واما ان قلنا بالحصص فالظاهر جواز الفسخ بالنسبة إلى احدى الحصتين من الأصلي والموروث كما كان كذلك قبل موت أحدهما وبعبارة أخرى له خيار ان أحدهما بالأصالة والاخر بالإرث كل في حصته فله الفسخ بالنسبة إلى أحدهما والامضاء بالنسبة إلى الاخر ونظيره إذا كان المشتري المبيع واحد متعدد ولو قلنا إن لكل منهما خيارا في مقدار حصته فإنه إذا ماتا وانتقل الخيار ان إلى واحد يجوز له التبعيض الرابع إذا أوصى الميت باسقاط الخيار أو بعدم الفسخ وجب العمل به ان كان خارجا من الثلث بان يكون الضرر الناشئ من قبله خارجا منه وان أوصى بالثمن المنتقل إليه بان قال أعطوه فلانا بعد موتى فهو في حكم تلفه ان كان خارجا من الثلث والا ففي

مقداره ويبقى الخيار للوارث فان فسخوا ينتقل إلى البدل هذا إذا لم نجعل هذا التصرف منه مسقطا الخيار وإلا فلا خيار حتى يرثه الوارث كما أنه لو كان الخيار مشروطا ببقاء العينين بان لا يكون في أصل العقد بل في الرد والاسترداد الذي لازمه سقوطه مع عدم بقائهما يكون في الفرض المذكور خيار الميت باقيا بعد الوصية إذا لم نجعله تصرفا مسقطا لكن لا يمكن ان يرثه الوارث لصدق البقاء قبل الموت وصدق تلفه بعده الخامس إذا اختلف الوارث والطرف الآخر في اسقاط الميت لخياره فالقول قول الوارث لأصالة البقاء ولا يضر عدم اثباتها لكونه تركة للميت كما في المال الذي شك في خروجه عن ملكه فإنه الاشكال في أنه يجرى أصالة العدم ويرثه الوارث الا ان يقال بالفرق بين المال والحق في ذلك فان المال يصدق عليه التركة من حيث هو بخلاف الحق فان كونه تركة فرع عدم اسقاطه والأصل لا يثبت ذلك السادس إذا مات من عليه الخيار لم يسقط خيار صاحبه فيفسخ هو أو وارثه ويسترد العين أو بدلها من التركة ومع تلفها وعدم التركة يبقى ذمه الميت مشغولة إن لم (يف) ما انتقل إليه بالفسخ بتفريغها كما هو واضح قوله والمقصود هنا بيان (الخ) أقول مجمل القول في هذه المسألة انه لا بد من التكلم في مقامات أحدها هل الفسخ يحصل (بالفعل كما يحصل) بالقول أولا الثاني بناء على الأول هل المدار على قصد انشاء الفسخ بالتصرف أو هو فاسخ تعبدي فيما يكون كاشفا عن كراهة البيع وان علم أنه لم يقصد انشاء الفسخ الثالث إذا صدر منه تصرف وشك في كونه بقصد الفسخ أولا هل يحمل على إرادة الفسخ ويحكم بالانفساخ أولا اما المقام الأول فالظاهر عدم الاشكال في كفاية الفعل وانه لا ينحصر في القول وذلك للاجماع على الظاهر ولصدق الفسخ على الفسخ الفعلي فيشملة الأدلة ولا دليل على اعتبار اللفظ فيه ودعوى أنه مقتضى قوله عليه السلام انما يحلل الكلام ويحرم الكلام مدفوعة بعدم كونه في هذا المقام كما يظهر من ملاحظة مورده حسبما بينه المصنف سابقا ولذا لم تستدل به على اعتبار اللفظ في العقود واما المقام الثاني فالتحقيق عدم تعبدية كون التصرف فاسخا لعدم الدليل وان قلنا به في الإجازة من جهة دلالة خبر خيار الحيوان مع أنك عرفت اننا لم نقل به هناك أيضا وعلى فرضه يجب الاقتصار على خصوص خيار الحيوان أو الاجماع على اتحاد البابين أعني بابي الفسخ والإجازة ممنوع واما المقام الثالث فالحق فيه الحمل على كونه بعنوان الفسخ إذا كان ظاهرا فيه لان ظواهر الأفعال كظواهر الأقوال في الحجية لبناء العقلاء ولما أشار إليه المصنف من حمل فعل المسلم على الصحيح فيما كان مجرما إذا لم يكن بعنوان الفسخ وظهور إرادة التصرف عن نفسه فيما لم يكن محرما هذا والمصنف خلط بين المقام الثاني والثالث فيظهر من أول كلامه إلى قوله لكن الامر هنا أسهل (الخ) ان كلامه في المقام الثاني ومن هذه العبارة إلى اخر المسألة خصوصا حكمه في اخرها بعدم حصول الفسخ بالتصرف الصادر عن نسيان للبيع أو عن مسامحة ان كلامه في المقام الثالث وقد صدر منه نظير هذا

(۱۵۲)

الخلط في مسألة مسقطية التصرف للخيار على ما أشرنا إليه سابقا في خيار الحيوان فتدبر قوله وهذا الاتفاق وان كان (الخ) أقول

الانصاف عدم تحققه لان معنى ذلك أن يكونوا متفقين على كون حكم الفسخ حكم الإجازة فكل ما يثبت في أحدهما ولو من باب التعبد لا بد وأن يكون ثابتا في الآخر وهذا مما لا يمكن اثباته إذ الظاهر بل المقطوع به ان جملة من العلماء انما حكموا بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا أو الكراهة في المقامين من باب كونه بمقتضى القاعدة لا من جهة ثبوت وحده البابين بحيث لو كان ذلك على خلاف القاعدة وثبت في مسألة الإجازة يكون باب الفسخ أيضا ملحقا به ومن ذلك يظهر ان ما أجاب به المصنف (قده) عن هذا الاجماع من أن أكثر هؤلاء اعتبروا في ذلك الباب التصرف الدال على الرضا ولا بد لهم بمقتضى المقابلة ان يقولوا في هذا الباب أيضا كذلك ليس في محله إذ مع فرض تحقق الاجماع فاللازم على غير هؤلاء ممن حكم في ذلك الباب بكفاية مطلق التصرف تعبدا أن يقول به في المقام أيضا فإذا فرضنا انا فهمنا من خبر خيار الحيوان كون التصرف مسقطا تعبديا لزمنا القول بمثله في المقام فالمتعين في جواب الاجماع ما ذكرنا من منع التحقق وما أجاب به المصنف انما يناسب إذا كان المراد من الاجماع المذكور الاجماع على كفاية مطلق التصرف في المقام وبعبارة أخرى الاجماع البسيط إذ (ح) له أن يقول إن أكثر هؤلاء اعتبروا كذا فاللازم حكمهم بمثله في المقام والمفروض كون المدعى الاجماع المركب وعدم الفصل فتدبر قوله وهنا كلام مذكور في الأصول أقول الظاهر أن مراده الإشارة إلى الاشكال في دلالة اخبار القاعدة على المدعى من الحمل على الصحيح الواقعي وان غايتها عدم تفسيقه وعدم سواء الظن به فتدبر قوله مع أنه لو أريد به أصالة الخ أقول يعنى لو جعلنا الأصل المذكور من الأصل التعبدي أيضا يتم المطلوب إذ لا مانع لاجرائه الا معارضته بأصالة عدم إرادة الفسخ وليست مانعة لأنها محكومة بالنسبة إلى الأصل المذكور نعم هو مثبت فعدم الاعتبار به انما هو من هذه الجهة لا للمعارضة قلت مع قطع النظر عن الاثبات أيضا لا يتم لان الحكومة ممنوعة لأن الشك فيهما مسبب عن ثالث وهو ان الحادث المعلوم ماذا قوله هل الفسخ يحصل (الخ) أقول تحقيق القول في هذه المسألة على سبيل الاجمال ان الحق انه يحصل بالتصرف لا بمجرد الكراهة الباطنية المستكشفة وذلك لأنه لا اشكال في كونه من الايقاعات وهي كالعقود محتاجة إلى الانشاء ولا يكفى فيها الرضا والكراهة النفسانيان لعدم كونهما من الانشاء وعلى فرض انشاء الكراهة في نفسه أيضا لا يكفى لان المعبر الانشاء الخارجي الحاصل بالقول أو الفعل والقلبي لا يكفى في شئ من المقامات الا في النذر بناء على مذهب الشيخ من حيث إنه عهد بينه وبين الله فلا يحتاج إلى الانشاء الخارجي والحاصل انه لا بد من كون الانشاء بأمر خارجي كاشف عن الإرادة النفسية ولذا يعتبر

في القول والفعل كونهما صريحين أو ظاهرين وإلا فلا يكفي كل قول ولا كل فعل وان قصد لهما الانشاء وهذا واضح نعم لو دل دليل على كفاية شئ في مقام وإن لم يقصد الانشاء بالقول أو الفعل قلنا به لذلك والا فمقتضى القاعدة ما ذكرنا ولا دليل في المقام بل ولا في الإجازة ولو سلمنا كفاية الرضا هناك لا يمكن ان يستظهر به ذلك من جملة من الاخبار وكلمات العلماء لا نقول به في المقام لعدم الدليل على الاتحاد مع أن الفرق بينهما في الجملة موجود فيمكن منع كون الموجب للزوم المعاملة الخيارية الإجازة حتى يقال إنها من الايقاعات بل العقد موجب له إذا حصل منه الرضا بعد ذلك مع الكاشف أو مع عدمه أيضا وكذا الإجازة في الفضولي بخلاف الفسخ فإنه حل للعقد ولازمه التملك والتملك فهو في الحقيقة معاملة جديدة فتدبر ومما يؤيد ما ذكرنا بل يدل عليه اتفاقهم على الظاهر على اعتبار الانشاء القولي أو الفعلي ولا يكفي الاخبار حتى عند من قال بكفاية الكراهة القلبية وانها المؤثر في الفسخ لأنها يعتبر كشفها بالانشاء الصريح أو الظاهر ولو كان الموجب للانفساخ مجرد الكراهة المستكشفة كفى كون الكاشف اخبارا عنها هذا مع أنه لا يعقل انشاء الفسخ بالقول أو الفعل للعالم بحصوله بمجرد الكراهة القلبية الحاصلة قبل الانشاء ومما يؤيده أيضا اتفاقهم على الظاهر على أنه لو كان بالقول لا يحصل الا بتمامه كما في سائر المقامات ولازم القول المذكور كونه حاصلًا قبله أيضا بمجرد الكراهة القلبية والتفكيك بين القول والفعل كما ترى ثم إذا فرض كون كون الكراهة حاصلة قبل الانشاء بمدة لزم على هذا القول الحكم بحصول الفسخ من أول حصولها لا قبل الانشاء بأن ما والظاهر عدم التزامهم به ثم إن الذي دعاهم إلى هذا الاحتمال أو القول به هو صحة التصرفات التي يحصل بها الفسخ وان كانت موقوفة على الملك وكذا حلية التصرفات المحرمة بدون الملك ويمكن توجيه ذلك يوجه اخر من التعبد أو غيره كما سيأتي هذا ولصاحب الجواهر كلام في باب رجوع الطلاق على فرض تماميته يمكن اجرائه في المقام أيضا وهو ان الرجوع في الطلاق ليس من باب الايقاع حتى يعتبر فيه الانشاء بالقول أو الفعل بل هو من حقوق المطلق قال إن الرجعة من أقسام الايقاع فيعتبر فيها قصد الانشاء واللفظ الصريح عند من اعتبره في نظائرها من العقود والايقاعات أو ليست كذلك بل هي من حقوق المطلق كما عساه يومئ إليه اتفاقهم ظاهرا على عدم اعتبار لفظ مخصوص بل سنسمع حصولها بالفعل المقتضى للزوجية بل تسمعها أيضا في أن انكار الطلاق رجعة ونحو ذلك مما لم يعهد منهم نظيره في غيرها من الايقاعات بل ستسمع تردد المصنف في قبولها للتعليق وقال في مسألة ان انكار الطلاق رجعة واما احتمال الاكتفاء في الرجعة بما يقتضيه الانكار من الرغبة في الزوجية وإرادة البقاء على النكاح الأول؟ فهو كما ترى إلى أن قال فلا محيص عن القول بان الرجعة ليست من قسم الايقاع ولا يعتبر فيها قصد معنى الرجوع بل يكفي فيها كل ما دل من قول أو فعل على التمسك بالزوجية فعلا وان ذهل عن معنى الطلاق انتهى ملخصا فيمكن ان يقال في ما

نحن فيه أيضا ان الفسخ ليس من قسم الايقاع حتى يعتبر

(١٥٣)

فيه الانشاء ولا يحصل بمجرد الكراهة الباطنية أيضا بل هو من حقوق ذي الخيار ويكفي فيه كل فعل أو قول دال على التمسك بماله السابق وإن لم يكن بقصد الانشاء وحاصله انه يجوز له ترتيب اثار ملكيته على ذلك المال لكن الانصاف اني لم افهم معنى محصلا لكلامه إذ مجرد كونه من حقوق المطلق لا يقتضى عدم اعتبار الانشاء فيه وكذا في المقام وان أراد أن مقتضى الأدلة كفاية كل فعل أو قول دال فهو أيضا لا ينافي كونه من الايقاع غاية الأمر انه يكفي في حصوله بعض الأفعال أو الأقوال تعبدا وبعبارة أخرى كما أنه يحصل بالانشاء يحصل بغيره أيضا تعبدا نظير اما قيل في المقام وفي مسألة الإجازة من كفاية كل فعل دال نوعا على الفسخ أو الإجازة وهذا لا يستلزم كون كل من الرجعة والإجازة والفسخ أمرين أحدهما يعتبر فيه الانشاء وقصد معنى الرجوع أو الإجازة والفسخ والثاني لا يعتبر فيه ذلك كما لا يخفى فلا وجه لما أورده على هذا بان مقتضى النص والفتوى ان الرجعة شئ واحد لا انها امر ان فتدبر وراجع لعلك تطلع على مراده (قده) وغرضي ليس إلا الإشارة وإراءة الطريق وكيف كان فمقتضى القاعدة اعتبار الانشاء وعلى هذا فيشكل حلية التصرفات المحرمة في غير الملك ولو كانت بعنوان انشاء الفسخ كالوطني والنظر واللمس ونحو ذلك الا بعد تحقق مقدار من المقدمات أو من أصل الفعل يكون كافيا في انشاء الفسخ به بان يكون دالا عليه وكذا يشكل صحة التصرفات الموقوفة على الملك كالبيع والعتق ونحوهما لكن التحقيق صحة ما ذكره المصنف (قده) في توجيه الثاني بأحد الوجهين من أنه لا دلالة في أدلة اعتبار الملكية في البيع نحوه على أزيد من كونه مملوكا قبل كونه مبيعا فلا تعم البيع الواقع بعبه في ملك الغير ومن أن المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد لا نفسه و (ح) فالفسخ يحصل بأول جزء من العقد والنقل يحصل بتمامه فيقع في الملك واما الاشكال في الحلية فيبقى بحاله ولا بد من الالتزام بحرمة المقدار الذي يحصل به الفسخ الا ان يقال لا (نم) حرمة الوطئ الذي يحصل به الملك مثلا وهكذا بمعنى ان أدلة الحرمة لا تشمل مثل هذا التصرف فتدبر أو يقال إن

المستفاد من أدلة الخيار وجواز الفسخ الذي قد يكون بالفعل ان الذي الخيار سلطنة على هذه الأفعال وبعبارة أخرى له حق في المبيع ان يتصرف فيه كما يتصرف في ملكه إذا كان بعنوان الفسخ وهذا لا يرجع إلى ما ذكره صلى الله عليه وآله الجواهر كما لا يخفى فتدبر بقي شئ وهو ان ما ذكر من عدم صحة البيع لا بقصد انشاء الفسخ والاشكال فيه معه وكذا حرمة التصرف لا بقصده والاشكال فيها معه انما هو بناء على مذهب (المش) من انتقال المبيع إلى المشتري في زمان الخيار واما بناء على مذهبه فيصح التصرف ولا اشكال الوجود الملكية وهذا واضح ومن هذا يظهر حال سائر المقامات التي يجوز الفسخ مع عدم خروج المال عن ملك صاحبه كما في الهبة قبل القبض وبيع الصرف والسلم قبله فإنه يجوز التصرف فيما انتقل عنه ويكون نافذا ويحصل الفسخ من جهة فوات الموضوع لا من جهة انشائه لفرض عدمه وكذا إذا أوصى بشئ ثم باعه ولولا بقصد

الرجوع في الوصية أو وكل زيदा في بيع داره ثم باعه لا بقصد العزل وهكذا في سائر الموارد ولعل من هذا الباب مسألة الرجوع في الطلاق حيث يظهر منهم جواز الوطئ ولولا بقصد الرجوع بل قيل ولو مع قصد عدمه فان ذلك من جهة ان المطلقة رجعية زوجة أو في حكمها في جميع الأحكام نعم حصول الرجوع بذلك مع عدم قصده يحتاج إلى دليل إذ غاية ما ذكر جواز الفعل لا حصول الرجوع والظاهر تحققه بذلك تعبدا بملاحظة الأدلة فراجع فيكون محصل الأدلة ان الطلاق مقتض للخروج عن الزوجية بانقضاء العدة بشرط عدم تحقق انشاء الرجوع أو أحد هذه الأفعال قبل الانقضاء فتدبر قوله فمقتضى المقابلة (الخ) أقول قد عرفت عدم الملازمة وامكان الفرق بين المقامين قوله لان الفعل لا انشاء فيه

(الخ) أقول لم افهم الفرق بين القول والفعل في امكان الانشاء بهما وعدم الدلالة ممنوع بل المفروض الدلالة والا فيكف يكون كاشفا ولا يجب ان يكون دالا على الانشاء والا فالقول أيضا كذلك إذ كونه انشاء أو اخبارا انما يستفاد من الخارج لا من نفس اللفظ كما لا يخفى ثم إن لازم ما ذكره كون الملكية أو الإباحة في المعاطاة حاصلة بالإرادة المتصلة ولا قائل به قوله بالنسبة إلى شيئين أقول يعني ان الممنوع انما هو

كون الشيء الواحد فسخا وتمليكا بالنسبة إلى امر واحد فالفعل الواحد لا يعقل ان يكون تمليكا وفسخا لذلك التمليك واما كونه فسخا لملكية ومحدثا لأخرى فلا مانع منه قلت لكن يشكل في المقام أيضا من حيث إن كونه فسخا موجب للتملك وكونه عقدا للتمليك ولا يمكن التملك والتمليك للغير في أن واحد الا ان يقال بما سيأتي من أن التملك يحصل بالجزء الأول والتمليك بتمام الفعل ومثل هذا معقول بالنسبة إلى عقد واحد أيضا بان

يكون الجزء الأول منه تمليكا وتمامه فسخا له (فت) ثم إن الحكم في المقيس عليه وهو التكبير الثانية أيضا يمكن منعه لو لم يكن اجماع فإنه يمكن بحسب القاعدة ان يدعى صحة الثانية وكونها مبطله للأولى اما إذا قلنا ببطلان الصلاة بمجرد الاعراض حيث إنه ينافي الاستدامة الحكمية فواضح وان كان في الحقيقة ليس المبطل التكبير الثانية واما إذا لم نقل بذلك فلانه لا منافاة بين كون الثانية مبطله للأولى من جهة كونها زيادة في الصلاة مع كونها جزء للصلاة

الأخرى فان قلت لا يعقل كون شيء واحد جزء لشيئين فعلا ويلزم مما ذكرت ذلك فان التكبير الثانية جزء للصلاة الأولى حيث إن المفروض عدم بطلانها بمجرد الاعراض ولهذا تكون زيادة فيها وللصلوة الأخرى حيث إنها افتتاحها قلت لا ثم كونها جزء للأولى بل هي واقعة فيها

وهذا معنى زيادتها فيها والا فكيف تكون افتتاحا للأخرى ولو قلنا بان الزيادة لا تحقق الا إذا أتى بها بقصد الجزئية فاللازم عدم الحكم بكونها مبطله بل الصلاة الأولى باقية على الصحة وانما تبطل لعدم اتيان بقية اجزائها ولا منافاة بين ذلك وبين صحة الثانية كما لا يخفى فان للمكلف ان يرفع اليد عن فرد والاتيان باخر ولو لم يبطل الفرد الأول قبل الشروع في الثاني فيكون بطلانه من

جهة لحقوق البقية أو لامر اخر من الفصل الطويل أو محو الصورة

(١٥٤)

أو الفعل الكثير هذا كله مع قطع النظر عن كون الثانية منهيّة عنها من حيث استلزامها لابطال العمل والا فتكون باطلة من هذه الجهة ان قلنا إن مثل هذا النهي كاف في الافساد قوله وان الدور معي أقول لعله لان الملك وان كان موقوفا على البيع الا انه غير موقوف على الملك بل يكفي كونه في حاله والمفروض ان البيع بمعنى النقل العرفي في حال الملك فالمقام نظير توقف اللون على الجسم وكون الجسم غير منفك عن اللون لا بمعنى التوقف عليه بل بمعنى انه لا يكون الا في حال اتصافه بلون ويحتمل ان يكون كونه معيناً من جهة ان البيع والملك مسببان عن ثالث وهو الإرادة نظير اللبنتين المتساندتين لكن هذا يرجع إلى دعوى كون الفسخ حاصلًا قبل التصرف بالإرادة المستكشفة به والانصاف ان الدور توقفي بناء على عدم كون السبب في الملك الإرادة المذكورة كما هو المفروض إذ لا ينبغي الاشكال (ح) في توقف الملك على البيع حيث إنه فسخ فعلى ولا يحصل الملك الا به والبيع أيضا شروط بالملك لقوله عليه السلام لا بيع الا في ملك فهو موقوف عليه فالأولى في الجواب عن الدور ان يقال بما يظهر من المحكى عن الايضاح من اختلاف الطرفين فان الموقوف عليه الملك هو الجزء الأول من العقد والموقوف على الملك تمامه هذا ان جعلنا البيع بمعنى الايجاب والقبول وان جعلناه بمعنى النقل العرفي فالامر أوضح إذ النقل العرفي موقوف على الملك وهو موقوف على الجزء الأول من العقد لا على النقل العرفي نعم يشكل الحال فيما لو لم يكن الدال على الفسخ الا تمام العقد فإنه (ح) تصحيحا للمطلب وتطبيقا على القواعد إلى لا يحصل الملك الا بتمامه وكذا لو لم يكن له جزء بان كان بالإشارة كما في بيع الاخر (س) فان الملك والنقل يحصلان في أن واحد فلا يتم الوجه الأول لعدم حصول الملك قبل تمام البيع بل ولا الوجه الثاني إذ البيع (ح) سبب للملك والتملك معا وبعبارة أخرى النقل العرفي والملك؟ يكونان في عرض واحد مع أنه لا بد من تقدم الثاني وهذا وإن لم يكن دورا حيث إن النقل العرفي موقوف على الملك وهو على سبب النقل وهو العقد لا على نفسه الا انه مشترك معه في الاستحالة إذ يلزم عليه ان يكون ما في عرض الشيء في طوله مثلا إذا توقف أعلى (ب) و (ب) على علة وجود أو هو (ح) فيلزم ان يكون ا في طول (ب) حيث إنه موقوف عليه وفي عرضه حيث إنهما معلولان (الج) فوجود (ج) يوجدان معا مع أن مقتضى التوقف ان يوجد (ب) قبل ا فلا بد في الفرض المذكور اما من الالتزام بعدم الصحة واما من دعوى عدم توقف البيع على الملك بل يكفي ملك ان يملك كما لو قلنا بجواز المبيع فيما لو قال (يع) مالي لك فالموقوف عليه البيع أحد أمرين من الملك أو ملك ان يملك فان قلت لا معنى لدخول العوض في ملك غير من خرج عنه المعوض ولازم الصحة في الفرض المذكور ذلك قلت يمكن تقدير الملك (ح) تصحيحا للمطلب وتطبيقا على القواعد كما يقدر في أعتق عبدك عنى لكن هذا انما يثمر إذا كان هناك دليل على الصحة وأريد تطبيقه على القواعد

وإلا فلا يمكن الحكم به بمجرد امكان تصحيحه بذلك فتدبر قوله والجزء الذي لا يتجزى (الخ) أقول لا يخفى ان كل جزء لا يكفى في السببية بل لا بد من أن يكون بمقدار يدل على إرادة الفسخ وقد أشرنا سابقا إلى أنه قد لا يكون الكاشف الا تمام العقد فوجود الجزء الذي لا يتجزى لا دخل له بالمطلب إذ لا يكون كاشفا قطعاً وعلى فرضه فلا فرق بينه وبين غيره في كونه مقدماً على الملكية فما ذكره (قده) بقوله ان غاية الأمر (ح) المقارنة بينه وبين التملك كما ترى قوله ولعل هذا معنى ما في الايضاح أقول يعنى به أصل التوجيه لا خصوص الوجه الثاني منع الذي ذكره بقوله (قده) هذا مع أنه يقرب ان يقال إن المراد (الخ) إذا كلام الايضاح قابل للحمل على كل من الوجهين فتدبر قوله وتوهم ان الفسخ إذا جاز (الخ) أقول محصل غرض المتوهم ان الاستفادة من أدلة الخيار سلطنة صاحبه على الفسخ ومقتضى هذا جوازه بمعنى عدم حرمة أيضاً فان ظاهر قوله لك الخيار أي لك الفسخ انه لا مانع منه حتى من حيث التكليف أيضاً لا مجرد انه إذا حصل يكون مؤثراً بل هو أظهر في الاذن التكليفي من الوضعي فيمكن ان يكون الوضع مستفاداً من الاذن التكليفي نظير استفادة الحكم الوضعي من وجوب الوفاء في قوله (تع) أوفوا بالعقود وإذا كان كذلك فمقتضى اطلاق الجواز وشموله لكل قوله كاشف أو فعل كذلك جواز مثل الوطئ أيضاً فيكون حاصل قوله (لك) الفسخ لك الوطئ واللمس والبيع ونحو ذلك غاية الأمر انه (ح) مخصص بعموم قوله (تع) الا ما ملكت ايمانهم أو مبين لمراده على أن يكون المراد الا ما ملكت ايمانهم ولو بهذا الفعل والحق في الجواب ان يقال انا نمنع الاطلاق من حيث افراد الفسخ ولا يشمل الفعل الذي يكون محرماً من حيث هو أو يقال سلمنا الاطلاق وإفادته للجواز التكليفي أيضاً الا انه من حيث إنه فسخ لا من جميع الحثيات فالوطئ مرخص فيه من حيث إنه فسخ لكنه حرام من جهة عدم الملكية فيكون قد اجتمع فيه جهتان ويكفى في حرمة الجهة الثانية والحاصل ان الاطلاق مفيد للرخصة لكن لا من جميع الحثيات بمعنى انه ليس ناظر إليها فتدبر واما ما ذكره المصنف (قده) من كون معنى الجواز هو الوضعي دون التكليفي فيظهر ما فيه مما ذكرنا فتدبر قوله تعيين حمل ذلك على حصول (الخ) أقول قد عرفت امكان جعله مخصصاً لذلك العموم أو قرينة على أن المراد منه ما لا ينافي ذلك فلا يتعين ما ذكره (قده) قوله وبالجملة فما اختاره (الخ) أقول ليس هذا اجمالاً لما ذكره بل مقتضى بياناته غير ذلك كما لا يخفى ولعله مراده من قوله وبالجملة وكيف كان يعنى هذه التوجيهات انما هي في محلها الا ان الأقوى ما اختاره الثانيان فلا حاجة إلى هذه البيانات فيكون راجعاً إلى أول المطلب قوله لو اشترى عبداً (الخ) أقول تحقيق حال هذا الفرع يقتضى ان يقال اما ان يكون المفروض صورة انشاء الفسخ والإجازة معا أو صورة انشاء الإجازة فقط أو صورة انشاء الفسخ فقط أو صورة العتق مع الغفلة عن العنوانين أو عدم قصدهما أو صورة صدور هذا الامر من المشتري والجهل بكيفيته فهل يحمل على أيهما اما الأولى

فلا يتصور إذ لا يمكن قصد الفسخ والإجازة بالنسبة إلى عقد واحد في

(١٥٥)

زمان واحد واما في الثانية فمقتضى القاعدة صحة عتق العبد فقط وسقوط خياره إذ عتق الجارية موقوف على قصد الفسخ والمفروض عدمه
واما في الثالثة فالأقوى صحة كليهما وحصول الفسخ فينتقل إلى بدل العبد وذلك لان المقتضى للصحة موجود في كليهما ولا منافاة اما في الجارية فلان
الفرض انه له الفسخ وأعتقها بهذا العنوان واما في العبد فلان صحة عتقه لا يتوقف على قصد الإجازة إذ هو مملوك له فعلا وهذا كاف في صحته فان
قلت مقتضى حصول الفسخ خروج العبد عن ملكه فلا يمكن معه صحة عتقه قلت هذا إذا تقدم الفسخ على العتق والمفروض مقارنتها فيؤثر كل
منهما اثره بمعنى ان الفسخ لا مانع منه وعتق العبد أيضا لا مانع منه غاية الأمر انه يلزم كون الفسخ مقارنا لتلف ما انتقل إليه ولا بأس به بعد امكان الانتقال
إلى المبدل واما في الرابعة فالأقوى بطلان عتق الجارية وصحة عتق العبد الا إذا قلنا إن مجرد التصرف الكاشف عن الفسخ أو الإجازة كاف في
حصولهما وإن لم يكن بقصد الانشاء (فح) اللازم بطلانها معا وعدم حصول شئ من الإجازة والفسخ والظاهر أن محل كلام العلماء هذه الصورة على هذا
التقدير حسبما يظهر من تعليلاتهم واما في الخامسة فالأقوى عدم الحمل على شئ منهما لأن المفروض

ان له كل منهما فالعتق بالنسبة إلى أحدهما ظاهر في الفسخ والى الاخر في الإجازة ولا مرجح لأحدهما فحكمهما حكم الصورة الرابعة ويمكن ان يكون مورد كلامهم هذه الصورة والحاصل ان في هاتين الصورتين
يجئ ما ذكره الفقهاء من الشقوق والوجوه والأقوى في الشق الأول وهو كون الخيار لخصوص المشتري الحكم ببطلانها وفي الثاني الحكم بصحة عتق العبد و
في الثالث أيضا الحكم ببطلانها لان الحق جواز التصرف في زمان خيار الاخر فتدبر قوله ومعها يكون إجازة منه (الخ) أقول يعني ان مع عدم
الإجازة يكون عتق العبد باطلا بناء على المنع من التصرف في زمان الخيار فيختص الصحة بعتق الجارية ومع الإجازة أيضا كذلك لأن هذه الإجازة من البائع
اسقاط لخياره وإجازة للبيع فيكون من تعارض الإجازة من جانب البائع والفسخ من جانب المشتري والثاني مقدم فان قلت لا يلزم من العتق
فضوليا من حيث إنه باطل بلا إجازة وصحيح معها ذلك بطلان عتق العبد بل هو أيضا صحيح ويرجع إلى البطلان ودعوى أنه مستلزم لكون العتق فضوليا
من حيث إنه باطل إلى إجازة وصحيح معها مدفوعة بان الملكية حاصلة وانما المانع منافاته لحق خيار البائع وبالإجازة يسقط حقه فيرتفع المانع فليس
فضوليا إذ هو انما يكون إذا لم يكن المعتق مالكا قلت نمنع ذلك إذا لإجازة من البائع لا تكون كاشفة عن الصحة من الأول بل انما تؤثر من حينها لان المانع
انما يرتفع من ذلك الحين فيكون الفسخ مؤثرا قبل أن يصح العتق ومع تأثيره يعود العبد إلى ملك البائع فلا يمكن تأثير الإجازة في صحته و (ح) فيكون الإجازة
للعتق مؤثرة في اللزوم بالنسبة إلى البائع وإن لم تكن مؤثرة في صحة العتق وبعبارة أخرى الإجازة الفاسدة مؤثرة في سقوط الخيار كما أن التصرف الفاسد

يمكن ان يكون فسخا نعم لو قلنا بكونها كاشفة عن صحة العتق من الأول فان قلنا بكونه إجازة من المشتري أيضا بان يكون مطلق التصرف إجازة يلحقه حكم الصورة الأولى وهي كون الخيار للمشتري فقط كما أنه إذا كان العتق بالاذن السابق من البائع يكون كذلك أيضا هذا كله بناء على عدم جواز التصرف في زمان خيار البائع وإلا فلا اشكال في لحوق حكم الصورة الأولى كما ذكره المصنف (قده) هذا ولقائل أن يقول يلحقه حكم الصورة الأولى (مط) سواء قلنا بصحة التصرف في زمان الخيار أولا وسواء أجاز البائع أولا وذلك لان عتق العبد من المشتري إجازة وان كان فاسدا إذ كونه كذلك انما هو من جهة دلالة على الرضى بالبيع وهذه لا تتوقف على صحته فمع فساده أيضا يكون دالا وكاشفا وهو كاف وإذا كان كذلك فيتعارض الفسخ والإجازة فتبطلان معا كما في الصورة الأولى بقي أمور الأولى إذا ادعى ذو الخيار انه فسخ فهل يسمع منه أولا الا ان يقيم بينه ان كان ذلك بعد انقضاء زمان الخيار فلا يسمع بلا بينة وان كان قبله سمع منه لان من ملك شيئا ملك الاقرار به لكن الظاهر أنه يترتب عليه الأثر من حين الدعوى لا من السابق الثاني انكار البيع ليس فسخا إذا لم يقصد به انشائه ولا يحمل عليه إذا شك فيه لعدم دلالة عليه نعم ذكر الفقهاء ان انكار الطلاق رجعة لكنه من جهة النص الخاص فلا يتعدى منه الثالث إذا صدر منه الفسخ والإجازة وشك في المتأخر منهما حتى يحكم بلغويته فالأصل عدم تقدم كل منهما ويتعارض ويبقى البيع بحاله لأصالة بقائه لكن لا يبقى الخيار للعلم بسقوطه اما بالفسخ أو بالإجازة الرابع إذا وكل غيره في العمل على مقتضى خياره لا يسقط بذلك سلطنته أيضا و (ح) فان أجاز أحدهما وفسخ الاخر قدم المقدم مع العلم بالتاريخ ومع الجهل يلحق بالصورة المتقدمة بمعنى انهما يتساقطان ويبقى العقد بحاله بلا خيار ولو علم تقارنهما فكذلك ويحتمل تقديم عمل الموكل لأنه لا مانع من تأثير فعله الا عمل الوكيل وهو ينعزل بفعل الموكل فلا يمكن ان يكون معارضا له وليس كذلك الحال في الوليين والوكيلين إذا تقارنا ولا في الوكيل في اجراء الصيغة إذا قلنا بثبوت الخيار له ولموكله فان كلا منهما في عرض الاخر بخلاف ما نحن فيه والمسألة سيالة؟ في غير المقام أيضا فتجرى فيما إذا وكل في بيع داره فباعها الوكيل من زيد و باعها الموكل من عمرو مقارنة له فإنه يمكن ان يقال بنفوذ عمل الموكل وعدم معارضة عمل الوكيل له (فت) الخامس إذا باع فضولي ما انتقل إلى ذي الخيار فأجازته قبل انقضاء زمان الخيار فالظاهر أنه مسقط لخياره ويكون كما لو كان مباشرا للبيع لكن سقوطه انما هو من حين الإجازة لا من حين البيع وان كان البيع صحيحا من حين الصدور لان المسقط انما هو الإجازة لا البيع ويظهر الثمر فيما لو قلنا يكون تصرف ذي الخيار باطلا في زمان الخيار وكان الطرف الآخر متصرفا فيما انتقل إليه ببيع ونحوه فإنه لا ينفذ لكونه في زمان الخيار وان كان ذلك بعد بيع الفضولي وان قلنا إن الخيار ساقط من حين البيع فمقتضى القاعدة نفوذه وان باع الفضولي ما انتقل عن ذي

الخيار فان اجازة الطرف الآخر يكون البيع له ويرجع ذو -

(١٥٦)

الخيار إلى البدل إذا فسخ بناء على جواز التصرف في زمان الخيار لغير ذي الخيار والا فيلغو اجازته وان اجازته ذو الخيار يكون البيع له ويكون فسخا للبيع الأول من حين الإجازة وان قلنا بكونها كاشفة عن صحة البيع الثاني من حين صدوره لكن الأقوى عدم كونها كاشفة عن ذلك لعدم كون المجيز مالكا للمبيع حين العقد فهو نظير ما إذا باع شيئاً ثم ملك وأجاز فإنه لا يمكن ان يكون الإجازة كاشفة عن الصحة حين الصدور لعدم كونه مالكا واما إذا أجازا معا وفي زمان واحد فمقتضى القاعدة كون البيع للطرف الآخر ولكن يفسخ البيع الأول فينتقل إلى البدل وذلك لان الإجازة منه كاشفة عن صحة البيع من حين صدوره بخلاف إجازة ذي الخيار فإنها مؤثرة في الصحة من حينها فتبقى بلا محل بالنسبة إلى صحة البيع واما بالنسبة إلى فسخ البيع الأول فلا مانع لها إذا الإجازة الفاسدة أيضا كافية في ذلك نعم لو قلنا بكون الإجازة من ذي الخيار أيضا كاشفة عن كون البيع له حال صدوره يكون من تعارض الإجازتين فمتساقطان لكن التحقيق خلافه كما عرفت وعلى أي حال يفسخ البيع الأول بهذه الإجازة من ذي الخيار ويرجع المبيع إليه هذا ولقائل أن يقول إن المقام من التعارض وان كانت احدى الإجازتين كاشفة دون الأخرى وذلك التعارض مقتضاهما إذ هي من الطرف الآخر تقتضي انتقال العوض في البيع الثاني إليه من حين صدوره ومن طرف ذي الخيار تقتضي انتقاله إليه من حينها ولا مرجح التقديم الأول بعد اتحاد زمان الإجازتين فتدبر وعليك بالتأمل في هذا الفرع بل في جملة من المطالب المتقدمة فاني لم أر من تعرض لها ولم يكن لي حالة التأمل وانما صدر مني ما صدر ليكون عنوانا لمن أراد أن يتأمل ويتبصر قوله من احكام الخيار عدم جواز (الخ) أقول لا بأس بالإشارة الاجمالية إلى ما هو الحق عندي في المسألة بشؤونها فأقول الكلام فيها في مقامات الأول هل يجوز تكليفا لغير ذي الخيار أعني الطرف الآخر وان كان له أيضا الخيار التصرف المانع من استرداد العين أولا الثاني إذا تصرف بالنقل فهل هو نافذ أولا الثالث على فرض النفوذ هل يجبر على فسخه ان كان له ذلك أولا الرابع على فرض عدم النفوذ هل الذي الخيار الفسخ أو يفسخ بفسخه للبيع الأول من حينه أو من أصله الخامس بناء على عدم جواز التصرف المفوت هل يمنع من التصرف الذي يكون في معرض التفويت كالوطئ الذي هو في معرض الاستيلاء أولا السادس بناء على المنع هل هو ممنوع عن نقل المنافع أيضا أولا اما المقام الأول ففيه وجوه وأقوال الجواز مطلقا وعدمه كذلك والفرق بين العتق و غيره والفرق بين الخيار الأصلي والذي يجعل المتعاقدين والفرق بين ما يكون ثابتا بالفعل وما يكون ثابتا فيما بعد والأقوى الأولى بناء على ما هو الحق من مذهب (المش) من حصول الملكية قبل انقضاء زمان الخيار لعموم قاعدة السلطنة وعدم المانع الا ما يتخيل من تعلق حق ذي الخيار بالعين نظير حق الرهانة اما بدعوى أن الخيار حق في العقد وفي العين أيضا فله

حقان في عرض واحد
فلا ينافي بقاءه بتلف العين أو بدعوى أنه
حق في العقد ليسترد العين لكن على وجه تعدد المطلوب بمعنى انه حق فسخ العقد
واسترداد العين ان كانت موجودة وبدلها ان كانت تالفة
لا على وجه التقييد ليلزم سقوطه بتلف العين وهذا التخييل وإن لم يكن بعيدا على الوجه
الثاني أعني تعدد المطلوب لكنه غير ثابت بل المقدر المسلم تعلق
الحق بالعقد فليس نظير حق الرهن والفرق ان المقصود منه الوثيقة وهي لا تحصل الا
بالتعلق بالعين والحاصل ان الخيار ليس أزيد من
السلطنة على العقد والزائد يحتاج إلى دليل ولا فرق بين الخيار الأصلي والجعلي الا ان يعلم
من المتعاقدين إرادة أزيد من ذلك بان اعتبرا في شرطهما
للخيار ابقاء العين أيضا وهذا في الحقيقة راجع إلى شرطين والا فلو لم يشترطا الا الخيار
فمقتضاه ما ذكرنا والزائد يحتاج إلى جعل زائد واعتبار اخر
فان قلت يمكن ان يستدل على المنع بما يستدل به على مذهب الشيخ من عدم انتقال
العوضين قبل انقضاء زمان الخيار خصوصا صحيحة ابن سنان
عن الرجل يشتري العبد بشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو يحدث فيه حدث على من
ضمان ذلك فقال على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع
للمشتري بدعوى أن مقتضاها وان كان عدم الملكية الا انا إذا لم نقل بذلك فاقرب
المجازات الحمل على إرادة عدم جواز التصرف في زمان الخيار قلت
أولا انها مختصة ببعض الخيارات كما سيحى انشاء الله وثانيا ان لازم ذلك عدم جواز
التصرف الغير المنافى أيضا وثالثا ان لازمه عدم جواز
التصرف الذي الخيار أيضا فيما انتقل إليه فلا يمكن العمل بهذه الاخبار على هذا الوجه
فيكون المراد من قوله ويصير المبيع للمشتري ان يلزم البيع بحيث
لم يمكن اخذه منه والحكم بالضمان تعدي فتدبر ثم إن الفرق بين العتق وغيره مما لا وجه
له أصلا كما هو واضح والمدار في زمان الخيار بناء على المنع
على الفعلي لان المناط ثبوت الحق وهو لا يكون الا مع فعليته دون كون العقد في عرضة
الزوال كما لا يخفى ففي مثل خيار التأخير والرؤية والغبن
قبل ظهوره بناء على كونه شرطا لا ينبغي الاشكال في الجواز نعم بعد تحقق الخيار يجرى
الحكم وكذا إذا اشترط الخيار في زمان منفصل عن العقد
فإنه لا ينبغي الاشكال في الجواز قبل حضوره الا إذا كان الحق ثابتا فعلا وكان المتأخر
زمان العمل على طبقه وبالجملة فالمدار على ثبوت الحق
الفعلي وان كان بنحو الواجب المعلق مما يكون زمان العمل متأخرا فكل مورد ثبت ذلك
يجرى الحكم وكل مورد لم يثبت لا يجرى وان كان المقتضى له
موجودا فالمناط فعلية الحق دون فعلية الخيار ودون شأنية الحق والتحقق ما عرفت من
الجواز (مط) فتدبر واما المقام الثاني فنقول اما
بناء على عدم جواز التصرف فمقتضى القاعدة بطلان التصرف الناقل لان الوجه فيه انما
كان تعلق الحق بالعين وهو مانع عن النفوذ أيضا كما في بيع
الراهن للعين المرهونة فإنه باطل بمعنى انه غير ممضى وهل يكون باطلا صرفا أو حاله حال

الفضولي فيصح بعد انقضاء زمان الخيار مع الإجازة أو يصح

(١٥٧)

من ذلك الحين بلا إجازة فيكون معنى بطلانه كونه مراعى بانقضاء الخيار بلا فسخ وجوه ذكروها في باب الرهن (إذا باع الراهن) ثم انفك الرهن والأقوى الأول لان البيع حين صدوره كان مع المانع ولازمه بطلانه إذ مقتضاه التأثير من حينه ولا يمكن ذلك بالفرض وكونه مراعى مستلزم لتخلف المعلول عن العلة و الفرق بينه وبين الفضولي واضح وتام الكلام في مقام اخر فان قلت تعلق حق ذي الخيار بالعين بمجردة لا يقتضى البطلان بل انما السرفيه هو التفويت عليه إذا أراد الاسترداد ولازم هذا البطلان إذا فسخ لا البطلان على كل تقدير فإنه إذا اسقط خياره بعد البيع أو انقضى الزمان ولم يعمل به فلا يلزم من صحة البيع تفويت عليه فمقتضى القاعدة ان يقال إذا فسخ يكشف عن بطلان البيع وإذا لم يفسخ يكشف عن الصحة من الأول لعدم المانع الذي هو التفويت في علم الله قلت أولاً ان ما مقتضى ما ذكرت ان يكون باب الرهن والاستيلاء أيضاً كذلك بان يحكم بصحة البيع إذا فرض فك الرهن فيما سيأتي أو موت الولد أو عدم ارثه من أبيه مع أن الظاهر عدم التزامهم به الا ان يقال إن

ذلك من جهة كون الحكم في المقامين ليس من جهة تعلق الحق فقط بل التعبد أيضاً موجود بخلاف المقام فان المفروض انه لا دليل سوى تعلق الحق ومقتضاه ما ذكروا فيه أن الظاهر من الفقهاء ان مقتضى تعلق الحق ذلك بحيث لو لم يكن دليل تعبدى كان الحكم كذلك أيضاً ثانياً نقول إن نفس الخيار المفروض تعلقه بالعين مانع عن نفوذ المعاملة مع قطع النظر عن التفويت ولزوم الضرر فإنه إذا فرض تعلق الحق بالعين فيكون لصاحبه سلطنة عليها بالاسترداد إذا أرادها نفوذ المعاملة من حين صدورها موجب لفوات هذه السلطنة وإن لم يترتب عليه ضرر على ذي الحق فان تفويت هذا المقدار من السلطنة كاف في المانعية لأنه إذا فرض تأثير المعاملة من حينها مع فرض عدم الفسخ فيما سيأتي فيرتفع السلطنة المفروضة من ذلك الحين وهذا غير جائز الا ترى أنه لا يجوز التصرف في مال الغير ولا ينفذ وإن لم يستلزم ضرراً عليه بان يكون بحيث لا تصل يده إليه بل ولو فرض اعراضه عنه بعد ذلك وقلنا بكون الاعراض مخرجاً عن ملكه فان كون التصرف مزاحماً لهذه السلطنة كاف في عدم الجواز وعدم النفوذ والحاصل ان الناس مسلطون على أموالهم وحقوقهم ولا يجوز التصرف فيها بما ينافي سلطنتهم وإن لم يترتب عليه ضرر أصلاً هذا كله بناء على كون المنع من جهة تعلق الحق بالعين واما إذا قلنا به من باب التعبد مع فرض عدم التعلق بها فمقتضى القاعدة صحة التصرف إذ النهى عنه لا يوجب الفساد لأنه متعلق بعنوان اخر غير المعاملة متحد معها إذ النهى هو التصرف المانع من الاسترداد حين الفسخ لا البيع بما هو بيع بل يمكن ان يقال بعدم امكان ايجابه الفساد لأنه يستلزم عدمه لأن المفروض ان المحرم عنوان المانع وإذا كان فاسداً لا يكون مانعاً فيلزم من الحرمة عدمها نظير ما قد يقال في مسألة حرمة السفر بعد الزوال يوم الجمعة لاستلزامه

تفويت صلاتها حيث يقال لا يمكن ان يقال بالحرمة من هذه الجهة لان الحرام (ح) عنوان التفويت ويلزم من الحرمة عدمه لأنه إذا صار السفر حراما لا يسقط الجمعة فإنها انما تسقط في غير سفر المعصية وإذا لم يلزم التفويت فلا يحرم فيلزم من الحرمة عدمه الحرمة الا ان يقال في المقامين ان المحرم هو الذي يكون مفوتا من حيث هو وإن لم يكن كذلك من جهة تعلق الحرمة به لكن على هذا يخرج عن الفرض لأن المفروض

كون المحرم عنوان التفويت وبعبارة أخرى المفوت الفعلي لاما من شأنه ان يفوت مع قطع النظر عن النهي فهذا التوجيه انما يتم إذا كان هناك دليل مطلق في الحرمة فيوجه بذلك واما إذا أريد اثبات ذلك بحسب القاعدة فهو مشكل ففيما نحن فيه نقول إن الدليل انما دل على عدم جواز تفويت العين والبيع بناء على كونه فاسدا على فرض الحرمة لا يمكن ان يدخل في هذا العنوان فلا يشمل الدليل نعم بعد فرض شموله له وتسليم حرمة لا بد من توجيه المذكور والتحقيق ما

عرفت من عدم كون النهي المتعلق لا بعنوان المعاملة مستلزما للفساد ثم إن هذا كله على القول بعدم جواز التصرف واما على المختار من

الجواز فمقتضى القاعدة نفوذ التصرف ولزومه ان كان لازما وعدم انفساخه بفسخ البيع الأول لشمول أدلته وعدم المانع ودعوى أن البيع الثاني مثلا متفرع على البيع الأول بفسخه ينفسخ الثاني أيضا مدفوعة بأنه متفرع على صحة البيع الأول وعدم انفساخه حين البيع الثاني

لا على بقاءه إلى الأبد فان ملكية المبيع انما ما يكفي في جواز تمليكه وان زالت بعد التمليك إذ هو بمنزلة تلفه وهذا واضح جدا واما المقام الثالث فالأقوى فيه الاجبار على فسخ العقد إذا كان جائزا وذلك لان مقتضى الفسخ رجوع العوضين إلى مالكما فان كانا موجودين فيجب دفع

نفسهما والا فبدلهما وفي المقام وإن لم تكن العين موجودة لأنها خرجت عن ملك المفسوخ عليه الا ان مقتضى رجوع نفسها إلى الفاسخ وجوب دفعها مع الامكان وغرضي من رجوع نفسها ان ما على المفسوخ عليه انما هو نفس ما وقع عليه العقد وان كان تالفا ففي حال التلف أيضا يقال إنه يضمن

نفس العين بمعنى انها في عهده لا بد لها وانما يعطى البدل في مقام تفريغ الذمة وهذا كما في سائر الضمانات فان التحقيق على ما بين في محله

ان ما في عهدة الضامن من نفس العين في جميع المقامات حتى في القيميات وانما الانتقال إلى البدل وهو المثل أو القيمة من باب انه القدر الميسور

من ردها لا ان الذمة تشتغل حين التلف بالمثل أو القيمة أولا وبالذات ويتفرع على ما ذكرنا وجوب قيمة يوم الدفع كما لا يخفى والحاصل

ان العقد إذا انحل يرجع نفس العوض فإن كان موجودا فهو والا فيقدر موجودا في ذمة المفسوخ عليه فهو المأمور بدفعه وإذا فرض امكان تحصيله

مع تلفه وجب مقدما على اعطاء بدله ومن ذلك يظهر انه إذا كان العقد لازما وأمكنه الإقالة أو الشراء ثانيا من دون ضرر عليه وجب ذلك ولا

يختص الاجبار بصورة جواز العقد وبالجملة فالمقام نظير ضمان الحيلولة والفرق الذي ذكره المصنف من أن العين في ذلك المقام مملوك للمضمون

(١٥٨)

له بخلاف المقام انما يتم بناء على كون الذمة مشغولة بالبدل أولا فيما لو كانت تالفة واما على ما ذكرنا من اشتغالها بنفس العين مطلقا فلا والتحقيق ما ذكرنا كيف ولو كان كما ذكره (قده) يلزم رجوع غير ما وقع عليه العقد بالفسخ لان البدل لم يقع عليه العقد فكيف ينتقل إلى الفاسخ أولا فعلم أنه لا مناص عما ذكرنا من كون ما في الذمة نفس العين ولازمه ما ذكرنا فتدبر واما المقام الرابع فالأقوى بناء على عدم النفوذ هو الانفساخ من حين فسخ العقد الأول وذلك لان الوجه فيه بناء عليه هو تفرع العقد الثاني على الأول ولازم ذلك انحلاله من حين انحلاله لا من الأول ولا كون امره بيده إذ لا دليل على خياره في العقد الثاني الذي ليس له غاية الأمر كون امره بيده من جهة تفرعه على ما امره بيده وليس لازمه كونه مختارا فيه مستقلا بحيث كان له ان يفسخه بعد فسخ الأول وكان له أن لا يفسخ وبعبارة أخرى خياره في الثاني انما هو عين خياره في الأول بناء على التفرع لا ان يكون له من جهة ذلك الخيار خيار اخر في الثاني وهذا واضح جدا ولذا الحال إذا جعلنا الوجه في عدم النفوذ كون لازم الفسخ رجوع نفس العوض إلى مالكة بدعوى أن مقتضاه الانفساخ بفسخ الأول لأن العقد الواقع عليه إذا انحل فيرجع إلى مالكة الأول ولازمه بطلان الثاني وانحلاله إذ بناء على كون الوجه في عدم النفوذ ذلك نقول على فرض تماميته لازمه الانفساخ من حين فسخ الأول لا من الأصل واما ما نقله المصنف (قده) عن بعض معاصريه من الاحتجاج على الانفساخ من الأصل فجوابه انا سلمنا ان لازم الفسخ تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين الا انه إذا لم يمكن ذلك كما في المقام لا بد من تقديره فنقول ان فسخ الأول يقتضى انفساخ الثاني بمعنى رجوع العوض إلى البايع الثاني أولا ثم البايع الأول فيقدر ملكيته له أولا ثم ملكية البايع الأول أو نقول بذلك حقيقة انا ما جمعا بين القواعد كما يقال مثله في (بيع) مالي لك واعتق عبدك عنى والحاصل ان التقضى عن هذا الاشكال ليس منحصر في التزام بطلان العقد الثاني من حين صدوره بل يمكن بما ذكرنا من الملك التقديري أو انا ما فان قلت إذا كان كذلك فما المعين لما ذكرت إذ الامر يدور بين بطلانه من الأصل أو من حين الفسخ على الذي الوجه ذكرت و كلاهما مخالفا للقاعدة ولا مرجح فرجع إلى الأصل ومقتضاه عدم صحة العقد الثاني وعدم ترتب الأثر عليه قلت المفروض ان العقد الثاني لا مانع منه حين صدوره لان البايع مالك ومسلط على ماله ويشمله عموم أوفوا وأحل الله البيع ونحوهما نعم إذا فسخ العقد الأول لا بد من انفساخه على الفرض وإذا لم يمكن الحكم به على حسب مقتضاه من رجوع العوض إلى البايع الثاني لأن المفروض رجوعه إلى الأول بمقتضى فسخه للأول فنلتزم بالتقدير أو الرجوع إليه آنا ما والحاصل ان الذي أوجبنا إلى ارتكاب خلاف القاعدة هو ذلك والا فالصحة من الأول لا مانع منها ولا داعى إلى عدم الالتزام بها فرفع الاشكال وان كان يمكن بأحد أمرين مما ذكرنا

وما ذكره الا ان مقتضى القاعدة ما ذكرنا لان الموجب للاشكال هو كون الفسخ مقتضيا لما ذكر فلا بد من ارتكاب خلاف القاعدة فيه لا في أصل البيع الذي لم يكن له مانع حين صدوره ودعوى أن صحة البيع من الأول لما كانت مستلزمة لهذا المحذور حين الفسخ فلا يمكن الحكم بها فنقول ان الفسخ المتأخر مانع عن البيع من حين صدوره فما ذكرت من عدم المانع له حينه ممنوع فصح ان الامر دائر بين الامرين ولا مرجح في البين وفي مثل أعتق عبدك عنى أو بع

مالي لك أيضا وان كان الامر دائرا بين الامرين من رفع اليد عما دل على اشتراط العتق أو البيع بالملك أو الالتزام بالملك التقديري الا ان الترجيح للثاني لان دليل اشتراط الملكية لا تقبل التخصيص والا فحاله حال المقام وهذا بخلاف المقام لعدم المرجح مدفوعة بان المرجح في المقام أيضا ما ذكرنا من عدم وجود المانع حين الصدور فيعمل البيع عمله ثم إذا فسخ وجد المحذور لا بد من رفعه في مقامه بارتكاب خلاف القاعدة فيه من الملك التقديري وكون الفسخ المتأخر مانعا عن الصحة الأولية ممنوع إذ لا دليل عليه وما ذكرنا نظير ما نقول به في مسألة العجز عن القيام في الصلاة إذا فرضنا انه عاجز عن القيام في تمام الصلاة لكنه قادر عليه في ركعتين منها ليس له ان يجلس في الأوليين ويقوم في الأخيرتين بل عليه ان يقوم إلى أن يحصل العجز فيتعين القيام في الأوليين ولا يقال إنه مكلف بالقيام في مجموع الأربع ركعات ولا يقدر على ذلك فله ان يجعل القدر المقذور في أول الصلاة أو اخرها هذا والانصاف ان المسألة

بعد في قالب الاشكال والأولى في الجواب عن الاحتجاج وجه اخر توضيحه يتم بأمرين أحدهما ان مقتضى الفسخ ليس أزيد من رجوع العوضين إلى مالكهما الأول ولا يلزم ان يخرج كل منهما ممن دخل في ملكه الاخر فهذا ليس معتبرا في حقيقة الفسخ وذلك لأنه عبارة عن حل العقد وارجاع كل عوض إلى مالكة وإن لم يكن خارجا عن ملك الاخر فإذا فرضنا ان أحد المتعاقدين القى ما انتقل إليه في موضع واعرض منه وقلنا إن الاعراض مخرج عن الملك ثم فسخ الاخر قبل أن يأخذه اخذ يرجع إليه ذلك الملقى ويرجع العوض الآخر إلى الاخر مع أن الأول لم يخرج عن ملك الثاني لفرض خروجه عن ملكه بالاعراض فيعلم من ذلك أن ذلك ليس داخلا في ماهية الفسخ الثاني ان البطلان غير الانفساخ بل هو امر اخر وحقيقته مجرد عدم

استمرار المعاملة فلا يلزم فيه دخول العوض في ملك مالكة الأول أيضا ويمكن ان يجعل من هذا الباب التلف قبل القبض بدعوى أنه موجب للبطلان لا الانفساخ فلو تلف المبيع قبل قبضه يرجع الثمن إلى المشتري ولا يدخل المبيع في ملك البائع ولا حاجة إلى تقدير ذلك قبل التلف كما هو المشهور في ألسنتهم وبالجملة البطلان ليس حلا للعقد بل هو عبارة عن عدم ترتب الأثر عليه إذا عرفت ذلك فاعلم أن المحذور المذكور وارد بالنسبة إلى كلا البيعين إذ مع فسخ الأول وانفساخ الثاني وعود المبيع إلى

البايع الأول يلزم دخوله في ملك الأول مع أن عوضه

(١٥٩)

في البيع الثاني يرجع إلى المشتري الثاني وعوضه في البيع الأول يرجع إلى المشتري الأول وهو البايع الثاني فيلزم الاشكال في كل من الفسخ و الانفساخ ولنا ان نقول إذا فسخ البيع الأول الذي يلزم منه انفساخ الثاني انه بالنسبة إلى الثاني بطلان لا انفساخ فلا محذور في كون المعوض فيه داخلا في ملك غير من يخرج عنه العوض حيث إن العوض الذي هو الثمن يخرج عن البايع الثاني ولا يرجع إليه المعوض لما عرفت من عدم كون ذلك معتبرا في حقيقة البطلان واما رجوع العوض إلى المشتري الثاني فهو من جهة انه ماله وإذا بطل بيعه وخرج المعوض عن يده يرجع إلى عوضه الذي اخذه البايع الثاني فإن كان موجودا اخذه والا اخذ بدله واما البايع الثاني فليس له الرجوع على المشتري بأخذ عوض ما أعطاه لأنه أعطى ما لم يسلم له فكأنه لم يكن مالكا له وباع مال غيره ان كان موجودا وبدله ان كان تالفا واما بالنسبة إلى البيع الأول فهو فسخ والاشكال مرتفع إذ رجع كل من العوضين إلى مالكهما السابق لان المعوض كان هو المبيع الذي صار عند المشتري الثاني وقد رجع إلى مالكة وهو البايع الأول والعوض الذي هو الثمن رجع إلى المشتري الأول ولا يضر عدم جواز خروج المعوض عن ملكه بل عن ملك المشتري الثاني لما عرفت من عدم كون ذلك داخلا في حقيقة الفسخ كذا ينبغي تحقيق المقام هذا وقد يختلج ببالي امكان الاستكشاف في كون مقتضى المعاوضة أيضا دخول كل من العوضين ملك في مالك الاخر حتى يكون مثل قوله بع مالي لك على خلاف القاعدة ومحتاجا إلى تقدير الملك و (ح) فيرتفع الاشكال في الفسخ الذي هو حل المبادلة بالأولى وذلك بان يقال إن معنى المبادلة في بادئ المنظر وان كان جعل كل في موضع الاخر ولا موضع لهما الا ملك مالكهما الا انه يمكن ان يقال بامكان تصوير جعل البدلية في عالم الاعتبار بلا ملاحظة محل وموضع فيدعى ان حقيقة المبادلة المقابلة ولازم اطلاقها رجوع كل إلى مالك الاخر (لكن إذا قيد بكون الغير مالك الاخر) جاز ولا مانع منه

ويؤيده عدم ابراء العرف عن صدق البيع والمبادلة في بيع مال الغير لنفسه باذنه من دون ان يقدروا الملكية له أو يلتزموا بكونه له أنا ما (فت) ثم إن ما ذكرنا من أن مقتضى القاعدة بناء على عدم النفوذ هو الانفساخ من حين الفسخ لا من الأصل انما يتم فيما يقبل ذلك واما مثل العتق الذي لا يمكن فيه ذلك لعدم امكان عود الحرر قا فيشكل الحال فيه ويدور الامر فيه بين الحكم ببطلانه من الأول أو الحاقه بالتلف والحكم بنفوذه ونحن في سعة هذا من الاشكال حيث قلنا بالنفوذ مطلقا وفي جميع التصرفات واما المقام الخامس فنقول إذا قلنا إن حق الخيار مقدم على حق الاستيلاء فلا اشكال في جواز الوطئ لعدم مزاحمته حق صاحبه وان قلنا بتقديم الثاني ففي جوازه بناء على عدم جواز التصرف المانع من الرد قولان كما نقلهما المصنف (قده) يمكن ان يوجه الأول بان الممنوع من التصرف ما يكون مانعا من الاسترداد في الواقع اما لان مقتضى تعلق الحق ليس أزيد من ذلك واما لكون المنع

تعبديا وموضوعه ما ذكر وعلى أي حال إذا شك في كون الوطئ موجبا للاستيلاء أولا فيشك في كونه مانعا فمقتضى الأصل جوازه لعموم دليل السلطنة والشك في المانع هذا بناء على جواز التمسك في العموم في الشبهة المصدقية مطلقا أو إذا كان عنوان المخصص من قبيل المانع والا فيرجع إلى أصل البراءة وربما يتخيل جواز اجراء الاستصحاب أيضا فان الأصل عدم حصول الاستيلاء بهذا الوطئ لكنه مشكل من جهة انه لا يثبت ان هذا الوطئ غير مانع و ان أريد أصالة عدم احداثه للاستيلاء فليس له حالة سابقة كما لا يخفى إذ الشك انما هو في أنه متصف بكونه موجبا أولا وليس للاتصاف حالة سابقة عدمية الا حين عدم وجود الموصوف فهو نظير ما إذا أريد اثبات عدم كرية الماء الموجود دفعة بأصالة عدمها وهذا مما لا مجرى له فتدبر ويمكن ان يوجه الثاني بان الممنوع هو ما يكون مزاحما لحق الخيار فعلا وفي نظر العرف والوطئ الذي هو معرض للاستيلاء بمعنى انه موجب له ظنا يعد في العرف مزاحما للحق المتعلق بالعين وان كان المنع من الاسترداد مشكوكا فالمدار ليس على (عدم امكان الاسترداد واقعا على) صدق المزاحمة للحق الموجود فعلا وهو الخيار فتدبر ويمكن ان يوجه بوجه آخر وهو ان يقال لما كان المنع من التصرف من جهة تعلق الحق بالعين نقول مقتضى ذلك أن لا يجوز التصرف فيها بوجه من الوجوه ولو لم يكن مزاحما للاسترداد وذلك لأنها تصير متعلقه لحقه والتصرف فيها تصرف في ذلك المتعلق فلا بد ان يكون باذنه إذ الحق مرتبة ضعيفه من الملك فكأنه مالك للعين بهذا المقدار وكما لا يجوز التصرف في متعلق ملك الغير وإن لم يكن مزاحما لسلطنته من سائر الجهات بل يعد نفس هذا التصرف مزاحما فكذا في الحق ولذا يجوز للمرتهن ان يمنع غير الراهن أيضا عن التصرف في العين المرهونة وإن لم يكن منافيا للاستيثاق بالعين لا من باب الأمر بالمعروف بل من جهة انه تصرف في متعلق حقه فلو لا الدليل الخارجي قلنا بعدم جواز التصرفات الغير المنافية أيضا في زمان الخيار الا انه خرج ما خرج وبقي الباقي هذا ولكن الانصاف عدم تمامية شئ من الوجهين اما الأول فلان القدر المسلم منه ما إذا كان حصوله الاستيلاء مظلونا بالظن القريب من العلم بحيث يعد علماء في العادة والكلام في أعم من ذلك وما الثاني فلان تعلق الحق بالعين وكونه مرتبة ضعيفة من الملك وان كان مسلما الا ان القدر المسلم من عدم جواز التصرف في متعلق الحق انما هو التصرف المزاحم للجهة التي له تعلق بها من تلك الجهة لا مطلقا وقياسه على الملك في غير محله إذ العلقة التي تسمى ملكا عبارة عن الاستيلاء على العين جميع شؤون السلطات ومنها المنع عن مثل وضع اليد على ثوبه وإن لم يزاحمه ح من جهة من الجهات واما في الحق فهو مسلط عليها بما يناسب ذلك الحق لا مطلقا بل في الملك أيضا إذا فرضنا الشك في سعة دائرته بالنسبة إلى بعض الجهات لا نقول به إذ يمكن كون بعض الشؤون خارجا عن تلك العلقة والمملوكات متفاوتة في ذلك ففي مثل الصحارى الواسعة يمكن ان يقال ليس مسلطا على المنع عن استطراقها أو الجلوس عليها ومثل جدار الدار يمكن ان يقال لا يجوز له منع

الغير عن مسه بيده أو ثوبه من ورائه كما إذا كان ما شيئاً في الشارع

(١٦٠)

ويمس الجدار بيده أو ثوبه أو يضعها عليه والحاصل ان الملكية عبارة عن السلطنة على العين فقد تكون عامة الجميع الانحاء وقد تكون قاصرة عن شمول بعضها وهذا مختلف في المقامات فتحصل ان العلقين كليهما متعلقتان بالعين ولصاحبهما اختصاص بها يجوز ذلك الاختصاص منع الغير عن التصرف فيها لكن من الجهة التي له علاقة بها ولا يكفي الاختصاص باعتبار جهة في المنع عن التصرف الغير المزاحم لها الا ان في الحق ليس الاختصاص عاما بخلاف الملك فان الاختصاص فيه عام ولو فرض عدم عمومه كما في الفرض الذي ذكرنا فليس له المنع إذ ليس له تلك السلطنة ولو فرض العموم في الحق أيضا كان كالملك كما في حق التحجير المتعلق بأرض فإنه لا فرق بينه وبين كونه مالكا لتلك الأرض فكما له المنع عنه على فرض الملكية له المنع على فرض ثبوت الحق ففيمما نحن فيه ليس له الا حق الاسترداد عند الفسخ بناء على تعلقه بالعين فليس له المنع عن غير المنافى والمفروض ان الوطئ غير معلوم كونه داخلا في موضوع المنافى فلا مانع منه فالأقوى هو القول الأول هذا واما الوطئ المعلوم كونه موجبا للاستيلاء فلا اشكال في كونه ممنوعا بناء على القول بعدم جواز التصرف المانع ولا يجدى احتمال موت الولد أو نحو ذلك من مجوزات البيع في جوازه إذا لاستيلاء مانع فعلى عن الاسترداد فهو نظير الرهن الذي يمكن فكه بعد ذلك فإنه أيضا لا اشكال في كونه مانعا فهو ممنوع واحتمال الفك قبل الاسترداد لا ينفذ كما هو واضح واما العارية والوديعة فالظاهر عدم المنع عنهما لعدم كونهما مانعين واما المقام السادس فلا يخفى ان الكلام في نقل المنافع من جهتين إحداهما ما هو المناسب للمقام من أنه هل يجوز ذلك في زمن الخيار أولا وعلى التقديرين هل ينفذ أولا حسبما عرفت في سائر التصرفات المانعة والأقوى ان حاله حالها في جميع ما تقدم لأنه لا فرق بين كون المانع من الاسترداد من جهة نقل عينه أو من جهة نقل منافعه بعد كون مالكا مسلطا على العين لاستيفائها سواء كانت المدة طويلة أو قصيرة الثانية انه لو قلنا بجواز نقلها أو كان باذن ذي الخيار فهل يبطل ذلك بفسخ العقد الأول لان ملك المنافع تابع لملك العين (أولا بل العين) ترجع إلى الفاسخ مسلوبة المنفعة بالبطلان على هذا ليس لأجل ما سبق من كون العقد الثاني متفرعا على الأول وبفسخه يفسخ الثاني أيضا من حينه أو من أصله بل من جهة تبعية المنفعة للعين ولذا يجرى ولو في صورة الاذن من ذي الخيار ويعلم من ذلك أن بين نفوذ الإجازة وعدم انفساخها بفسخ العقد ونفوذ سائر التصرفات وعدم انفساخها به عموما من وجه إذ يمكن القول بالانفساخ في المقامين ويمكن القول به هناك وعدم القول به هنا من جهة عدم الإجازة من التصرفات الممنوعة كما هو أحد الوجهين في كلام المصنف (قده) فلا تبطل الإجازة؟؟ تعود العين مسلوبة المنفعة ويمكن العكس بدعوى أن البطلان في المقام من جهة التبعية هذا والكلام من الجهة الثانية سيأتي ومن الجهة الأولى فالأقوى ما عرفت من أنه كسائر التصرفات المانعة نعم لو قلنا في الجهة الثانية ببطلان النقل

ولو كان بالاذن من جهة التبعية فاللازم ان نقول بعدم المنع وان قلنا به في سائر التصرفات لأنه على هذا لا يكون مانعا من الاسترداد كما هو واضح بقي شيء وهو انك قد عرفت في المقام الأول ان القول بالمنع مبنى على كون الحق متعلقا بالعين وعدمه وانه على الأول فاللازم المنع ومقتضى هذا المنع من تصرف الوارث في التركة مع الدين المستغرق لمعلومية تعلق حق الدين بها وكذا في حق الشفعة فإنه متعلق بالعين مع أن الظاهر اتفقهم على جواز التصرف الورثة فيها بناء على القول بانتقالها إليهم غاية الأمر انهم لو لم يؤدوا والدين من موضع اخر للدين ان يبطلوا تصرفاتهم فهي نافذة على فرض إذ الدين وكذا ذكروا في الشفعة انه يجوز للمشتري ان ينقل الشقص إلى الغير بغير إذن الشفيع نعم له ابطاله والاخذ بها ولازم هذا ان يقال في المقام أيضا بجواز التصرف ونفوذه على فرض عدم الفسخ نعم لو فسخ يجوز له ابطاله وعليك بالتأمل والتتبع هذا ما اقتضته العجالة

ولولا خوف الإطالة لأوسعت المقالة قوله وعن جماعة في مسألة وجوب (الخ) أقول حكى عن فوائد الشرائع أنه قال ولقائل أن يقول أين تمامية الملك والمشتري ممنوع من كثير من التصرفات وفي ذلك أن المتجه قول الشيخ وذكر في وجهه عدم جواز التصرف في زمان الخيار لا ما ذكره الشيخ من عدم الملكية وكذا عن (ك) وشرح المفاتيح للبههاني هذا ولكن ظاهر الأكثر ما ينقله المصنف (قده) عن الشرائع فراجع قوله بل ظاهر المحكى عن الجامع (الخ) أقول مجرد اقتصار الجامع على نقل القولين ليس ظاهرا في عدم قول ثالث حتى يكون ظاهرا في عدم الخلاف بناء على القول بالانتقال بمجرد العقد فتدبر قوله بل ظاهره عدم الخلاف (الخ) أقول وذلك لأنه بنى المسألة على القولين من الانتقال وعدمه وعلل مختاره بحصول الملكية قوله على وجه يظهر منه ان المصنف (الخ) أقول لم افهم وجه الظهور فإنه لا إشارة في كلامه إلى أن المصنف معترف بمنشأ الاشكال فإنه في باب الرهن في شرح قول المصنف ويصح الرهن في زمان الخيار سواء كان للبايع أو للمشتري أولهما الانتقال المبيع بنفس العقد على الأشبه قال مقتضى التعليل ان الراهن هو المشتري بناء على انتقال الملك إليه وان كان ثم خيار خلافا للشيخ حيث حكم بعدم انتقال الملك إليه لو كان الخيار للبايع أولهما ويشكل (ح) جواز رهن المشتري في صورتين وان قلنا بملكه لما فيه من التعرض لابطال حق البايع ومثله بيعه وما أشبهه من الأمور الناقلة للملك وتحرير المسألة يحتاج إلى التطويل نعم لو كان الخيار له خاصة فلا اشكال ويكون الرهن مبطلا للخيار وكذا يجوز للبايع رهنه لو كان الخيار له أولهما ويكون فسخا للبيع انتهى وفي باب الزكاة أيضا لم يزد على الاشكال شيئا حيث إنه في ضمن شرح قول المصنف ولو اشترى نصابا جرى في الحول من حين العقد لا بعد الثلاثة ولو شرط البايع أو هما خيارا زائدا على الثلاثة مبنى على القول بانتقال الملك والوجه انه

من حين العقد قال ويشكل بان الخيار متى كان للبايع أولهما منع المشتري

(١٦١)

من التصرفات المنافية للخيار كالبيع والهبة والرهن والإجازة ونحوها وذلك ينافي تمامية الملك فيصير كالوقف ونحوه مما يبيح التصرف بالانتفاع دون النقل عن الملك ويتجه هنا قول الشيخ انتهى قوله بما لا (يخ) عن تكلف أقول قال في اللمعة ويصح الرهن في زمن الخيار وان كان للبايع لانتقال المبيع بالعقد على الأقوى وظاهره انه يجوز للمشتري ان يرهن المبيع ولو كان في زمان خيار البايع وحمله في الروضة على اخذ الرهن من المشتري على الثمن الذي في ذمته فيكون المراد انه يجوز ذلك لاشتغال ذمته به بناء على انتقال المبيع بمجرد العقد بخلافه على مذهب الشيخ فان الدين (ح) ليس بثابت فلا يجوز اخذ الرهن عليه ولا يخفى ان هذا المعنى بعيد عن العبارة مع أن المناسب بناء عليه أن يقول وان كان للمشتري إذ هو الفرد الحفي؟ و (أيضا) كان المناسب أن يقول موضع قوله لانتقال (الخ) لثبوت الثمن في ذمة المشتري بالعقد كما ذكره السلطان (قده) قوله والا لم يكن وجه لتعليل المنع (الخ) أقول وأيضا على هذا لا يختص الممنوع بالتصرفات المانعة من الاسترداد بل لا بد وان لا يجوز شئ من التصرفات وإن لم يكن منافيا له قوله وان غاية الملك التصرف (الخ) أقول فيه أن الممنوع ليس كل تصرف والمنع من خصوص ما يمنع الاسترداد لا ينافي حصول الملكية قوله وهذا الاحتمال وان بعد (الخ) أقول بل لا تقبله العبارة لعدم ذكر لفظ النفوذ فيها بل هي صريحة في أن التصرف ممتنعة في مدة الخيار وذكره الوجهين بعد أسطر لعله عدول عن هذا المطلب والا فهو موضع ايراد لا ان يكون قرينة على المراد فتدبر نعم عبارة الجامع قابلة له الا انه في غاية البعد منها كما لا يخفى قوله الفرق بالمنع من الاتلاف وتجوز غيره أقول هذا القائل في الحقيقة ليس مفصلا في المسألة بل مانع مطلقا وتجوز سائر التصرفات من جهة عدم كونها منافية للاسترداد عنده من جهة حكمه بانفساخها بالفسخ (فت) قوله (ومنه يظهر ان جواز الفسخ (الخ) أقول) كان متوهما يتوهم ان جوازه مع التلف يستلزم جواز الاتلاف لبقاء محل الفسخ معه أيضا بالرجوع إلى البديل لعدم المنافاة (ح) بينه وبين ثبوت الخيار فأجاب (قده) عنه بان الحق متعلق بالعين بالآخرة فلهذا لا يجوز الاتلاف وان كان لو تلف كان المحل باقيا والخيار ثابتا أيضا هذا والأولى ان يقرر الاشكال بوجه آخر وهو ان مقتضى جواز الفسخ مع التلف عدم التعلق بالعين إذ لو كان متعلقا بها لم يبق مع فرض تلفها فبقائه معه كاشف عن كون متعلقه نفس العقد لا العين والجواب ما أشرنا إليه سابقا من أن المتعلق بالعين على نحو تعدد المطلوب لا التقييد ليلزم السقوط مع تلفها ولا يمكن حمل كلام المصنف على هذا الوجه إذ معه يكون قوله في مقام الجواب لان الحق متعلق بالعين (الخ) مصادرة على المطلوب فتدبر قوله فان الثابت من خيار (الخ) أقول محصله ان القدر المسلم السلطنة على العقد واما التعلق بالعين فلا دليل عليه وعلى هذا

فالتنظير بحق الشفعة في غير محله إذ لا اشكال في كونه متعلقا بالعين وانما يجوز مع ذلك تصرف المشتري فيها بالنقل لعدم المنافاة بينه وبين الحق لأن المفروض انه يجوز للشفيع ابطال ذلك التصرف وهذا هو السر في الفرق وفي المقام أيضا لو قلنا بعدم نفوذ التصرفات وبطلانها بالفسخ فاللازم الحكم بجوازها وان قلنا إن الحق متعلق بالعين ومما ذكرنا ظهر أن الفرق الذي ذكره المصنف (قده) بقوله ومجرد الفرق بينهما (الخ) وإن لم يكن تاما كما ذكره (قده) الا انه لا يستلزم المساواة بينهما لما ذكرنا من الفرق هذا ويمكن على بعد أن يكون مراد المصنف (قده) ان الحق وان كان متعلقا بالعين الا انه مع ذلك ليس مانعا عن التصرف كما في حق الشفعة لكن فيه أن التنظير حينئذ وان كان صحيحا من وجه وهو اشتراك المقامين في التعلق بالعين الا ان الفارق موجود وهو ما ذكرنا من الاتفاق على جواز ابطال التصرفات هناك فلا يعد التصرف منافيا للحق بخلاف المقام حيث إن الاتفاق غير موجود ومقتضى القاعدة عدم بطلان التصرف بناء على جوازه فيكون منافيا للحق وكيف كان فالأولى الاقتصار في مقام الجواب على أن القدر الثابت هو تعلق الحق بالعقد واما بالعين فلم يثبت والأصل عدمه فلا مانع من التصرف والمنع التعبدي أيضا لا دليل عليه حسبما بينا سابقا قوله لا بطلانها تصرفات المشتري أقول يعني إذا اخذ بالشفعة يبطل تصرف المشتري اتفاقا إذ لم يقل أحد بالانتقال إلى البدل مع لزوم تصرف المشتري بخلاف المقام فالملك في الشفعة أولى بالتزلزل من جهة الاتفاق على بطلانه على فرض الاخذ بها نعم إذا كان تصرف المشتري بالبيع أيضا فللشفيع ان يأخذ بالشفعة بالنسبة إليه لا بالنسبة إلى البيع الأول بان يأخذ الشقص من المشتري الثاني بالثمن الثاني و (ح) لا يبطل التصرف فمورد بطلانه ما إذا اخذ بالشفعة بالنسبة إلى البيع الأول قوله واما حق الرهن (الخ) أقول يعني ان الوجه في القول بتعلقه بالعين بخلاف المقام أو الوجه في المنع عن التصرف فيه بخلاف المقام وان كانا مشتركين في التعلق بالعين هو كونه وثيقة وهي لا تتحقق الا بالتعلق بالعين أولا تتحقق الا بابقائها فلا بد من الحكم بعدم جواز نقلها مضافا إلى امكان دعوى كون الفارق وجود الدليل هناك والا كان حاله حال المقام قوله فلدلالة العرف لا للمنافاة أقول ولذا يمكن له ان يأذن في التصرف مع التصريح ببقاء الخيار بل لو اذن لا بقصد انشاء الاسقاط يكون خياره باقيا ولو كان من جهة المنافاة لم يمكن ذلك كما هو واضح هذا ولكن سيحى من المصنف) انه يسقط الخيار مع الاذن في التصرف من جهة تفويت المحل الذي يرجع إلى المنافاة كما سننبه عليه فانتظر قوله بل الحكمة في أصل الخيار (الخ) أقول يعني ان الغرض من جعل الخيار ابقاء الطرف المقابل للسلطنة على العين وهذا الغرض حكمة في الخيارات التعبدية فلا يجب دوران الحكم مداره وعلة في الخيارات المجعولة للمتعاقدين فلا بد من ابقائها لدوران الحكم مداره قلت أولا يمكن منع الفرق بين التسمين؟ فان الخيار

معنى واحد وهو السلطنة على فسخ العقد وابقائه

(١٦٢)

ولما نظر فيه إلى امر زائد لا يجعل زائد فاشتراط الابقاء يحتاج إلى جعل زائد والا فجعل أصل الخيار لا يكفي فيه نعم الفرق بينهما ان في الخيارات المجعولة للمتعاقدين يمكن الاطلاع على هذا الجعل الزائد إذا فرض تحققه بخلاف الخيارات الأصلية فإنه لا دليل عليه والقدر المسلم هو اثبات أصل الخيار وهذا المقدار من الفرق لا يثمر في اثبات الكلية إذ لا شبهة في أنه لو اشترط الخيار وشرط ابقاء العين يجب اتباعه واما كون الكلية كذلك فلا وثانيا

ان كان المراد من ابقاء السلطنة ما ذكرنا من ابقاء الطرف المقابل أعني غير ذي الخيار فلا يناسب كونه غرضا حتى يكون حكمة أو علة إذ الغرض ما يترتب على الشئ وابقاء الطرف المقابل ليس مما يترتب على جعل الخيار إذ قد يبقى (وقد لا يبقى) ودعوى أن المترتب عليه وجوبه لا نفسه مدفوعة بمنع ذلك نعم

له ان يوجبه بجعل اخر الا ترى أنه لا يمكن اكرام زيد غرضا لايجاب مجيئه الا إذا كان بحيث لو جاء يكرمه لا محالة ولا يلزم من جعل وجوب المجيء وجوب اكرامه الا بايجاب على حدة بان يوجبه عليه ان يجيء ويوجب عليك ان تكرمه وان كان المراد من ابقاء السلطنة ابقاء جاعل الخيار أعني الشارع أو الشارع بمعنى

ان الغرض من جعله ان يكون السلطنة على العين باقية فيكون في قوة ان يقال إن الغرض من جعله استرداد العين فكونه غرضا صحيح الا ان لازم كونه علة وجوب الرد على تقدير الفسخ وبقاء العين لا وجوب الابقاء مثل ان يقال إن العلة في جعل استحباب غسل الجمعة رفع الرياح فان لازمه الرفع من وجودها لا ايجاد الرياح لترتفع بال غسل نعم لازمه عدم الاستحباب مع عدم الرياح وفي المقام أيضا لازم كون الاسترداد علة عدم الخيار مع عدم

امكانه لا ما هو المدعى من وجوب الابقاء لتحقيق الاسترداد والحاصل ان كون الغرض هو بقاء السلطنة والاسترداد عند الفسخ لا يقتضى وجوب الابقاء وان فرض كونه علة بل هو يحتاج إلى جعل اخر فتدبر قوله ولا ينافي ذلك بقاء الخيار (الخ) أقول وذلك لامكان كون شرط الابقاء من باب تعدد المطلوب لا التقييد فتدبر قوله وعليه فيتعين (الخ) أقول الظاهر رجوع الضمير إلى الجواز يعنى على ما ذكرنا من جواز التصرف

فيتعين (الخ) لكن لا يخفى بان الانتقال إلى البدل ثابت في التلف والاتلاف ولو على القول بعدم الجواز ويحتمل بعيدا ان يرجع إلى بقاء الخيار مع التلف يعنى على ما ذكرنا من بقائه مع التلف يلزم الانتقال إلى البدل في الاتلاف أيضا لكنه مع بعده في نفسه لا يلائمه ما يذكره بعد ذلك من قول ومنه يعلم حكم نقله عن ملكه فان الانتقال إلى البدل فيه مبنى على الجواز حسبما ذكره أيضا حيث قال لأنه إذا جاز التصرف (الخ) وكيف كان

فبيانه (قده) لا (يخ) عن تشويش وكان الأولى في بيان المطلب أن يقول وعلى أي حال فيتعين الانتقال إلى البدل في صورة التلف أو الاتلاف واما مع فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف كالاتيلاذ فوجهان واما مع التصرف بالنقل فبناء على عدم الجواز يتعين البطلان واما على الجواز فينتقل إلى البدل لأنه إذا جاز (الخ) قوله ففي تقديم حق الخيار (الخ) أقول إذا قلنا بعدم تعلق حق

الخيار بالعين وجواز الوطئ بمقتضى القاعدة
فلا اشكال في تقديم حق الاستيلاء وانه ينتقل إلى البدل بالفسخ إذ (ح) حاله حال سائر
التصرفات الناقلة على ما هو الحق عندنا وان قلنا بتعلقه
بالعين وان كان الوطئ محرما أو قلنا بحليته مع ذلك أو كان باذن من ذي الخيار بناء على
عدم كونه مسقطا للخيار ففي تقديم أيهما وجهان والأقوى
تقديم جانب الاستيلاء خصوصا إذا كان بالاذن من جهة احتمال كونه اذنا في التفويت وإن
لم يكن انشاء للاستيلاء وسيجئ بيانه وذلك أعني كون
الأقوى تقديم الاستيلاء من غير فرق بين جعل المقام من باب تعارض الدليلين أو من باب
تزاحم الحقين اما على الأول فلان الظاهر أقوى دليل
الانعقاد بالاستيلاء على دليل رجوع العين بالفسخ خصوصا بملاحظة ان قوله عليه السلام
لا تباع أمهات الأولاد مما يأبى سياقه عن التخصيص ومن المعلوم
ان السبق والحق لا يتفاوت بناء على التعارض واما على الثاني فلان مقتضى القاعدة في
باب التزاحم تقديم جان الأهم ومن المعلوم ان العتق
أهم في نظر الشارع وأيضا حق الخيار له بدل يقوم مقام العين فلا يلزم سقوطه بالمرة على
فرض تقديم الاستيلاء بخلاف العكس فإنه يلزم سقوط
حق الاستيلاء بالمرة لعدم البدل واما كون حق الخيار أسبق فلا ينفع إذ ليس المدار عليه في
باب المزاحمات الا ترى أنه لا يجب في انقاذ الغريقين تقديم
من غرق أولا وتعلق التكليف بانقاذه بل يلاحظ الأهمية ويقدم الثاني إذا كان أهم وكذلك
لا يجب تقديم دين السابق
إذا كان عنده من المال
ما لا يكفي الا لاحد الدينين وان كان السابق سابقا في المطالبة أيضا وكذا لا يجب تقديم
أحد غريمي الميت في الدين المستغرق وان كان حقه
تعلق بالتركة قبل الاخر بان حدث الدين الثاني بعد الموت وهكذا في كل واجبين
متزاحمين لا يلاحظ الأسبقية بل الأهمية نعم يشكل
على ما ذكرنا ما ذكره في باب الرهن من أن حق المرتهن مقدم على غيره من غرماء
الميت أو المفلس وانه أحق باستيفاء دينه من الرهن منهم ولا خلاف بينهم
في ذلك الا ما يحكى عن الصدوق من الحكم بالاشتراك هذا مع وجود خيرين على خلاف
ما ذكره حيث إنهما يدلان على الاشتراك وان المرتهن أسوة لغيره
فطرحوهما وقالوا بتقديم حق المرتهن من جهة سبقه وأيضا في تعارض حق الرهن
والاستيلاء ذكروا أقوالا فعن جماعة تقديم الأول لسبقه وعن
جماعة تقديمه مع اعسار الراهن وعن الشهيد تقديمه إذا كان الوطئ بغير إذن المرتهن نعم
ينسب إلى بعض تقديم الثاني أسنده في (يع) إلى القيل وفي
الجواهر لم نعرف القائل به قبل المصنف ولا بعده غير الفاضل في (ير) وثاني الشهيد في
ظاهر الروضة نعم عن الشهيد في غاية المراد حكايته
عن المبسوط وفي جامع المقاصد الظاهر أنه وهم ولعل في حق الرهن خصوصية في كيفية
التعلق بالعين من حيث كونه وثيقة للدين ليست
في غيره من الحقوق ولذا يقدم على غيره والا فمجرد السبق لا يثمر في باب التزاحم كما

عرفت والتكلم في كلى المسألة في مقام اخر قوله عدا ما يتخيل

(١٦٣)

(الخ) أقول كان الأولى لهذا المتخيل ان يعدل عما ذكره من الوجه لوضوح فساده على ما بينه المصنف (قده) ويبين عدم النفوذ بوجه آخر وهو ان الحق متعلق بالعين ولو بالآخرة ومقتضاه وإن لم يكن المنع من التصرف كما في حق الشفعة الا انه يقتضى عدم النفوذ على فرض الفسخ لان لازمه عود العوضين إلى مالكهما الأول وتعلق الحق بالعين يمنع عن نفوذ التصرف المنافى لا عن صحته لأنه إذا لم يفسخ فلا منافاة ففسخه يكشف عن البطلان من الأول ولو لم يفسخ يكشف عن الصحة وال لزوم من الأول والفرق بين هذا القول والقول بعدم جواز التصرف هو انه على الثاني يكون التصرف حراما بخلافه على هذا القول وأيضا على الثاني لا يترتب عليه الأثر في الظاهر أيضا بمعنى انه يحكم من حين صدوره ببطلانه وإن لم يفسخ بعد بخلافه على هذا القول فإنه يحكم بصحته ونفوذه في الظاهر لكن إذا حصل الفسخ يحكم ببطلانه من أول الأمر

والجواب ما ذكرنا سابقا من أن لازم التعلق بالعين الحكم بالبطلان ولو لم يفسخ أصلا لان التصرف بالنقل لو قلنا بنفوذه ولو على تقدير عدم الفسخ يلزم منه سقوط حقه من العين من حين صدور المعاملة وهذا مناف لسלטته عليها فلا يلزم ان يكون التصرف المنافى مما يستلزم الضرر حتى يقال إن في صورة عدم الفسخ لا ضرر عليه إذا قلنا بالنفوذ فتدبر قوله الا ان يقال باختصاص (الخ) أقول قد عرفت أن مقتضى القاعدة جواز اجباره على الفسخ أو الشراء منه ثانيا أو نحو ذلك من انحاء التحصيل إذا كان ممكنا من دون لزوم ضرر عليه وإن لم تكن العين ملكا للفاسخ حتى يكون من قبيل الحيلولة وذلك لان مقتضى الفسخ عود نفس العوضين سواء كانا موجودين أو تالفين فالعين التالفة بالنقل تنتقل إلى الفاسخ فلا بد من ردها إن أمكن وبدلها إن لم يمكن فهي تالفة من جهة وتقدر موجودة من جهة أخرى فمن حيث انتقالها إلى الغير تالفة ومن حيث إن الفسخ يقتضى عود نفس العوضين حيث إنه حال للعقد تقدر موجودة ولازم الجهة الأولى عدم بطلان النقل وبمجرد الفسخ ولازم الثانية وجوب ردها مهما أمكن ولو بالاستقالة أو الشراء ثانيا فضلا عن فسخ العقد الجائز فتدبر ومما ذكرنا ظهر اندفاع ما ذكره المصنف (قده) من أن العين ملك للعاقد الثاني والفسخ انما يقتضى (الخ) وذلك لأنها بما هي هي وان كانت ملكا للعاقد الثاني ولا تخرج عن ملكه بمجرد الفسخ الا انها بوصف كونها تالفة ترجع إلى الفاسخ وتقدر موجودة في ملك المشتري الأول حتى ترجع إلى الفاسخ ويجوز له مطالبتها منه باخذها أو اخذ بدلها مع تعذرها فلا يلزم ما ذكره من الاستحالة ويتم الدليل على وجوب تحصيل المبدل وهو ما ذكرنا من كونها (بوصف كونها) تالفة راجعة إلى الفاسخ قوله فان العين ملك للعاقد (الخ) أقول حاصل مراده ان وجوب التحصيل انما يكون مع كون المبدل وهي العين التي يؤخذ بدلها مع تعذرها باقية على ملك مستحق البديل وفيما نحن فيه العين ملك للمشتري الثاني لا للبايع

الفاسخ والفسخ ليس مؤثرا في عودها إليه لان مقتضاه خروج المعوض عن ملك من يدخل
 في ملكه العوض وفي المقام المفروض ان المعوض إذا فرض
 عوده يخرج عن ملك المشتري الثاني والعوض يدخل في ملك المشتري الأول فيستحيل ان
 يؤثر فسخ العقد الأول في عود نفس العين وإذا لم يمكن عودها
 فهي تعد تالفة فلا بد من تأثير الفسخ في استقرار بدلها على المشتري الأول ولا وجه
 لالزامه بتحصيلها مع فرض كونها ملكا لغير المشتري المفسوخ عليه و
 هو المشتري الثاني وعدم عودها إلى الفاسخ هذا وقد عرفت ما فيه انفا قوله لكن قد تقدم
 ان ظاهر (الخ) أقول غرضه الاستشكال
 فيما ذكر من كون مقتضى القاعدة النفوذ وحاصله ان مقتضى القاعدة بناء على جواز
 التصرف وان كان ما ذكر الا ان ظاهر الكتابين الاتفاق
 على عدمه فيشكل الاخذ بمقتضاها ودعوى أن دعوى الاتفاق موهونة بما ذكره الفقهاء من
 الرجوع إلى البدل إذ هذا يقتضى ان يكونوا قائلين بالنفوذ
 فلا وجه لدعوى الاتفاق على عدمه مدفوعة بان الرجوع إلى البدل انما ذكره في العتق
 والاستيلاء لا في مطلق التصرفات فغاية الامر التفصيل
 بينهما وبين غيرهما واختصاص الحكم بالنفوذ بهما والمسألة محل اشكال من جهة
 ملاحظة مقتضى القاعدة وملاحظة الاتفاق المذكور قلت
 الانصاف عدم الاشكال فيها لعدم التعويل على مثل هذا الاجماع لا لما ذكره من التوجيه
 البعيد بل لان عبارة الجامع الظاهرة في عدم النفوذ
 ليست ظاهرة في دعوى الاتفاق وعبارة الدروس الظاهرة فيها ليست ظاهرة في عدم النفوذ
 بل هي ظاهرة في عدم جواز التصرف ومن المعلوم
 وهن دعوى الاجماع على عدم الجواز بعد ما نرى كلمات العلماء الظاهرة أو الصريحة في
 الجواز وإن لم تكن كذلك بالنسبة إلى النفوذ هذا مع أن
 الانصاف انه لا يجوز رفع اليد عن مقتضى القواعد بمثل هذا الاجماع المنقول على فرض
 تسليم كون كلامهما ظاهرا في دعواه قوله محتجا بان
 مقتضى الفسخ (الخ) أقول قد عرفت الجواب عنه سابقا فلا تغفل قوله لا (نم) ان المانع
 مجرد من أن المانع من التصرف هو (الخ) أقول
 لا (نم) ان المانع مجرد التزلزل خصوصا إذا كان لازما فعلا بل المانع هو تعلق الحق
 الفعلي والمفروض عدمه قوله ويمكن الفرق (الخ) أقول
 مجرد معلومية ثبوت الحق فيما سيأتي لا يكفي فالأولى ان يفرق بين ما إذا كان الحق ثابتا
 فعلا وان كان زمان العمل به متأخرا وبين ما إذا كان
 أصل الثبوت متأخرا سواء علم ذلك أولا قوله وعلى كل حال فالخيار (الخ) أقول يعني ان
 هذا القسم أيضا وان ذكرنا فيه وجهين الا انه
 لا خلاف فيه وليس مراده انه ليس محلا للاشكال أيضا كيف وخيار الرؤية مما جعله محل
 الاشكال قوله على ما إذا خص الخيار (الخ) أقول
 هذا بناء على ما سيحى من أن ما ذكره الشيخ من توقف الملك على انقضاء الخيار مختص
 بما إذا كان مشتركا أو مختصا بالبايع واما في الخيار المختص بالمشتري
 فهو موافق للمشهور قوله أو باذنه أقول وكذا لو اجره من غير ذي الخيار بلا اذن منه بناء

على القول بنفوذ التصرف من حيث هو في

(١٦٤)

زمان الخيار بل هذا الفرض أولى بالذكر لان الإجارة من ذي الخيار أو باذنه يمكن ان يكون مسقطا للخيار فلا يبقى بعد محل للفسخ حتى يجئ الاشكال في أنه هل تبطل الإجارة أولا قوله بل من الواقف (الخ) أقول يعني انه إذا تلقاها منه لا يعقل الا أن تكون موقته فتكون المنفعة أيضا

كذلك إذ لا يمكن ان يملك الواقف كل واحد من البطون ملكية مطلقة مستعدة للدوام حتى يملك المنفعة الا بدية بالملكية أنا ما قوله فان قلت إن ملك (الخ) أقول حاصله ان الفاسخ في المقام لان يتلقى الملك عن المفسوخ عليه حق يتلقاه مسلوب المنفعة بل انما يستعيد الملكية السابقة التي كانت له بالسبب السابق فيتبعها المنفعة وحاصل الجواب الحلي ان المناط كون ملك المفسوخ عليه ملكية مستعدة للدوام وعدمه وإذا كانت مستعدة للدوام فيكون مالكا للمنفعة الدائمة بالملك أنا ما وإذا استوفاه لا تبقى حتى تعود إلى الفاسخ فليس المدار كون الملك منتقلا عن المالك المفسوخ عليه أو عن غيره بل المدار ما عرفت ولو أمكن في الوقف تمليك الواقف لكل واحد من البطون ملكية مطلقة كان اللازم عدم انفساخ الإجارة بموت البطن السابق لكن قد عرفت عدم امكانه ثم أقول التحقيق ان الإجارة وان كانت لا تبطل بالفسخ لان مقتضى ملكية المشتري للعين أنا ما مالكيته لجميع المنافع ابدأ وله استيفائها وقد استوفاهما بالإجارة الا ان مقتضى الفسخ عودها كما كانت حين العقد إلى الفاسخ والمفروض انها كانت مع المنفعة فاللازم عودها مع منافعها وإذا كانت مستوفاة فهي بمنزلة التالفة فيجب ان يعرفها المؤجر المفسوخ عليه كما أن العين لو كانت تالفة كانت كذلك فان قلت لازم ذلك القول به في التفاسخ مع أنهم لا يقولون به قلت نلتزم به ونمنع الاجماع على عدمه وعلى فرضه فهو الدليل على الخروج عن القاعدة مع أن في صورة التفاسخ يمكن دعوى انهما متباينان على الرجوع في العوضين بما هما موجود ان الآن فهذا بمنزلة اسقاط حق المطالبة بالمنافع فتدبر قوله وعلله بأنه (الخ) أقول يمكن على بعد حمله على إرادة البطلان من جهة عدم نفوذ التصرف من غير ذي الخيار في زمنه لا لكون ملك المنفعة تابعا لملك العين فمراده من التزلزل انما هو من جهة ان الفسخ موجب لبطلانها كما إذا تصرف بغير الإجارة بناء على القول ببطلانه بالفسخ نعم لو علم من مذهبه أنه يقول بنفوذ التصرفات وانه يختص البطلان بالإجارة تعين حمل كلامه على ما ذكره المصنف قده فتدبر وراجع قوله واما لان التصرف الواقف (الخ) أقول لا يخفى ان مقتضى هذا البيان المنافاة بين الاذن في التصرف وإرادة الفسخ إذ المفروض ان مع التلف المأذون فيه لا يتعلق الحق بالبدل ومعه لا يمكن بقائه فلا يمكن ان يجتمع الاذن مع إرادة بقائه على فرض العمل بمقتضى الاذن نعم بمجرد الاذن يسقط الحق بل انما يسقط بالتصرف لكنه بمنزلة الانشاء الاسقاط حين التصرف فكأنه اسقاط معلق عليه فتدبر ثم لا يخفى عدم تمامية البيان المذكور لان ما ذكره من أن اخذ البدل

فرع تلف العين في حال حلول الحق مم بل الخيار حق
 متعلق بالعقد وليس موقوفا على بقاء العوضين ووجه الانتقال إلى البديل انه إذا انحل العقد
 ورجع كل من العوضين إلى مالكة الأولى فيجب على
 كل منهما دفع ما انتقل إليه إلى الاخر لزوال ملكه عنه وإذا لم يكن موجودا وجب دفع بدله
 ولا يضر كونه تالفا في ملكه ولا يعقل ضمان الشخص لمال
 نفسه لان هذا الضمان ليس على حد سائر الضمانات بل هو ضمان معاوضي ومقتضى
 المعاوضة إذا انحل ذلك إذ الفسخ بمنزلة المعاوضة الجديدة على
 عكس المعاوضة الأولى ولعمري ان هذا من الوضوح بمكان كيف ولو كان الامر كما
 ذكره المصنف لزم عدم جواز الفسخ مع تلف العوضين أو أحدهما
 قبل تنجز الخيار كما إذا كان متأخرا عن العقد بزمان من جهة الشرط أو لأنه معلق على
 ظهور العيب أو الغبن أو نحو ذلك على القول به وقد تلفت
 العين قبل مجئ ذلك الزمان فان العين (ح) ليست متعلقة للحق في حال التلف حتى يتعلق
 ببذله فيلزم عدم جواز الفسخ (ح) لعدم امكان اخذ البديل
 على ما ذكره ولا يلتزم به المصنف ولا غيره وأيضا لازمه عدم جواز التفاسخ في حال
 التلف لعدم امكان التعلق بالبديل على ما ذكره لعدم تعلق الحق
 به في حال التلف ثم أقول على فرض تسليم ما ذكره يمكن ان يقال إن التلف في المقام في
 حال تعلق الحق وذلك لأن المفروض ان الحق انما
 يسقط بعد التلف وبمجرده ينتقل إلى البديل فما ذكره انما يتم إذا كان السقوط قبل التلف
 وبتقرير أوضح التصرف علة للتلف وهو علة لامرين الانتقال
 إلى البديل وسقوط التعلق بالعين فعدم الانتقال إلى البديل متأخر عن السقوط وهو في عرض
 الانتقال إلى البديل إذ هما معلولان للتلف ولا
 تنافي بين هذين المعلولين فيحكم بهما و يقال بالسقوط عن العين والانتقال إلى البديل نعم
 التنافي انما هو بين أحدهما وهو الانتقال إلى البديل
 ومعلول الاخر وهو عدم الانتقال ودعوى أن هذا أيضا كاف في عدم الحكم بالانتقال إذ لا
 يعقل الحكم بتحقيق أحد
 المتنافيين وتحقيق علة الاخر
 مدفوعة بمنع كون مطلق السقوط علة للعدم بل العلة هو السقوط السابق على التلف فهو
 علة شأنية لا فعلية وهذا مرادنا من قولنا بكون التنافي
 بين أحد المعلولين ومعلول الاخر إذ نعني به ما هو معلول من حيث هو لا مطلقا حتى يلزم
 الاشكال وما نحن فيه نظير ما ذكره المصنف في مسألة الماء
 النجس المتمم كرا بطاهر في رد من قال بعدم النجاسة بالملاقاة من جهة ان الملاقاة وان
 كانت مقتضية للانفعال الا انها علة لعدم الانفعال لحصول
 الكرية بمجرد الملاقاة فلا مرجح لاحد معلولي الملاقاة أعني الانفعال على الاخر وهو
 عدمه حيث قال (قده) ان الملاقاة ليست علة لعدم الانفعال
 بل علة للكرية المانعة من الانفعال وإذا كان الشئ علة تامة للشئ استحال ان يكون علة
 لمانعة إذ بمجرد وجودها يحصل المعلول فلا مسرح لوجود المانع إلى
 اخر ما ذكره حاصله ان عدم الانفعال ليس في عرض الانفعال حتى يحصل التعارض بل في

طوله ففي المقام نقول إن عدم الانتقال إلى

(١٦٥)

البدل ليس في عرض الانتقال بل في طوله حيث إنه في طول ما في عرض الانتقال إلى البدل وهو السقوط وهذا المطلوب وان كان محلا للاشكال لما أشرنا إليه سابقا من أن ما في طول ما في عرض الشيء لا يكون في الطول بالنسبة إلى ذلك الشيء الآخر الا انه يصلح اشكالا على المصنف القائل بذلك على ما يظهر منه في غير مقام مع أن التحقيق في مسئلتنا هذه ما عرفت من أن مقتضى القاعدة هو الحكم بالسقوط عن العين والانتقال إلى البدل وفي مسألة الماء المتمم أيضا خلاف ما ذكره المصنف (قده) وذلك لأن الملاقاة إذا كانت مقتضية لحصول الكرية فهو كاف في المزاحمة مع المعلول الاخر الذي هو الانفعال لعدم امكان الحكم به والحكم بمعلول الكرية وهو عدم الانفعال وإذا لم يمكن ذلك وجب الرجوع إلى قاعدة الطهارة ولا وجه لما ذكره المصنف (قده) من أنه إذا لم يمكن كون الشيء علة لشيء ولمانعه فلا مسرح لوجود المانع ولا بد من طرحه عن المانعية إذ لا دليل على تقديم حد المعلولين الذي هو الانفعال على الاخر الذي هو الكرية التي من شأنها المانعية ودعوى كون الملاقاة علة تامة لأحدهما دون الاخر كما ترى وفي مسئلتنا أيضا وان كانت المزاحمة موجودة على هذا الوجه الا ان الفرق ان عليا السقوط لعدم الانتقال إلى البدل ليست مستفادة من اطلاق الدليل اللفظي حتى تشمل المقام بل هي من باب القاعدة العقلية ويمكن منع شمولها للمقام وبعبارة أخرى القدر المسلم ما إذا كان السقوط سابقا على التلف وهذا بخلاف عليه الكرية لعدم الانفعال فإنها مستفادة من الاطلاق الشامل لهذه الصورة فيتحقق التزام ولازمه سقوط كلا المعلولين والرجوع إلى قاعدة الطهارة بل التحقيق تقديم جانب الكرية لأنها مانعة والملاقاة مقتضية ولا يعمل المقتضى مع وجود المانع نعم لو استفيد من الدليل كون الكرية السابقة على الملاقاة مانعة كان الحكم كما ذكره لكن معه لا حاجة إلى هذا البيان وهذا التطويل كما لا يخفى إذ هذا البيان فرع كون الدليل دالا على مانعية طبيعة الكرية عن الانفعال وعليه طبيعة الملاقاة للانفعال فتدبر وتامم الكلام يحتاج إلى بسط المقال وهو غير مناسب المقام الاستعجال ولعلنا نتكلم عليه في مقام اخر قوله والأولى ان يقال (الخ) أقول لا يخفى انه تطويل بلا طائل والتحقيق قانه مسقط لدلالته عرفا على الالتزام بالعقد حسبما ذكره المصنف انفا ويذكره في اخر هذا الكلام قوله لا لأجل تحقق الاسقاط (الخ) أقول هذا مناف لما ذكره من الوجه الأول في الفرض الأول قوله واثر الخيار تزلزل (الخ) أقول يعنى بعد حصول الملكية والا فلو لم تحصل فأثره تزلزل العقد المقتضى لها والخيار (ح) حق في العقد فقط كما في الصرف والسلم قبل حصول القبض الذي هو شرط الصحة بناء على لزوم المعاملة لولا الخيار فان اثر الخيار (ح) تزلزل العقد ومقتضى الفسخ ازالته ورفع شأنيته للتأثير بالقبض بل حقيقة الخيار ليست الا ملك فسخ العقد نعم لازمه فيما لو حصلت الملكية تزلزلها وبيان المصنف لا (يخ) عن مسامحة كما لا يخفى قوله أو ان غاية الملك (الخ) أقول كون

هذا هو المأخذ في عدم الملكية كما ترى إذ يمكن الملكية مع المنع من التصرف وأيضا التصرف الممنوع مختص بما ينافي الفسخ كالاتلاف وما يشبهه فليس كل تصرف ممنوعا مع أن جملة من القائلين بالملكية منعوا من التصرف في زمان الخيار وأيضا لازم هذا المأخذ القول بالتوقف في جميع الخيارات مع أنه مختص ببعضها كما سيأتي فتدبر قوله شهادة من وجهين أقول أحدهما من جهة نقله عنه بقوله وربما قطع (الخ) الثاني من حيث جعل المأخذ لعدم الملكية المنع من التصرف فان الممنوع من التصرف غير ذي الخيار فمع اختصاص الخيار بالمشتري يجوز له التصرف فيلزم كونه مالكا ثم لا يخفى ان في الخيار المختص بالبايع أيضا الامر كذلك بالنسبة إلى الثمن والظاهر أن نظر الشهيد والشيخ في تفصيله المذكور إلى المبيع والا فبالنسبة إلى الثمن وملكية البايع له يلزم كون الخيار مختصا بالبايع بناء على التفصيل المذكور فتدبر قوله لكن ينافيه (الخ) أقول لان مقتضى المقابلة كون ابن الجنيد قائلا بالتوقف مطلقا فيكون منافيا لمقتضى المأخذ من عدم الخلاف في التفصيل قوله ويمكن حمله أيضا (الخ) أقول الانصاف انه محمل قريب وهو جار في عبارة المبسوط أيضا بل يمكن حمل عبارته في باب الشفعة أيضا على ذلك بان يكون الاخذ بالشفعة عنده مختصا بالملك اللازم وان كان خلاف التحقيق قوله ويمكن ان يستظهر (الخ) أقول هذا مؤيد للحمل المذكور بل معين له قوله وربما ينسب أقول المناسب صلى الله عليه وآله الجواهر قوله ويدل عليه لفظ الخيار أقول وجه الدلالة غير ظاهر إذ نمنع كونه حقا في الملك بل هو ملك فسخ العقد فتدبر قوله الا ان يتمسك باطلاقه (الخ) أقول وهو الوجه قوله مع أن الظاهر (الخ) أقول على فرض قوله بالتوقف في الخيار المنفصل يردده الاطلاق المذكور فيكون الاشكال عليه لا علينا قوله وهذا المعنى في غاية الوضوح أقول الانصاف بعده وظهور الفقرة المذكورة في مذهب (المش) قوله ثم لو سلم ما ذكر (الخ) أقول ظاهرها عدم التوقف لا كشافا ولا نقلا كما لا يخفى قوله مع أن الغالب (الخ) أقول بل مع قطع النظر عن ذلك الاطلاق في الرواية حتى يشمل صورة البيع في ذلك المجلس لأنه وارد مورد حكم اخر وهذا هو العمدة في وجه عدم الدلالة لا ما ذكره المصنف (قده) لأنه لو فرض اطلاقها فهي كالصريحة في مذهب (المش) إذ الحمل على كون الملكية بسبب كون التعريض مسقطا للخيار بعيد عن ظاهر الكلام كما لا يخفى قوله ونحوه في الضعف (الخ) أقول بل هذا الاستدلال من الغراب فإنه لا نظر في هذه الأخبار إلى حثية ثبوت الخيار وعدمه أصلا والعجب أن المصنف جعله نحو الخبرين المتقدمين في الضعف حيث يظهر منه ان الاستدلال بهما مثل هذا الاستدلال مع أن أحدهما في طرف الضد من الاخر كما عرفت قوله وأشد ضعفا من الكل ما قيل (الخ)

أقول القائل صاحب الجواهر وهذا التعبير من المصنف (قده) خلاف الانصاف إذ هذا الاستدلال ليس مثل السابق عليه في الضعف بل يمكن ان يدعى صحته لمنع تجرد التملك عن الزمان كيف ولو كان المنشأ مجرد التملك لم يكن وجه لحمله على الحال إذ هو أعم من ذلك كما هو المفروض وكونه مأخوذاً فيه على وجه الداعي ان أريد به كونه مقصوداً لهما لكنه لا على وجه التقويم فهو كذلك ولكن يكفي هذا المقدار لصاحب الجواهر وان أريد به عدم كونه مقصوداً من الانشاء فهو ممنوع وبالجملة الذي يظهر من العرف كون المقصود التملك في الحال الا ترى انهم قد يقيدونه بزمان مستقبل كما في الوصية فيكشف هذا عن أن صورة الاطلاق يكون المقصود منه الحال ولذا لو أمضاه الشارع ولكن جعل له شرطاً متأخراً يكون هذا تقييداً منه ولكن لما كان اخذ الحال لا على وجه التقويم لا يلزم منه محذور مخالفة ما وقع لما قصد بمعنى ان مثل هذه المخالفة لا بأس به وإذا كان كذلك فلا بد ان يكون المنشئ حاصلًا في الحال ما لم يدل دليل على خلافه ثم أقول إن الاستدلال بعموم أدلة حل البيع والتجارة عن تراض لا يتم الا بهذا البيان كما لا يخفى ومن ذلك يظهر ان الأولى الايراد عليه بأنه لا يكون دليلاً آخر في مقابل العمومات فتدبر قوله بالنبوي المشهور (الخ) أقول هذا لو تم مختص بغير الخيار المختص بالمشتري كما هو واضح إذا الضمان فيه على البائع بمقتضى الاخبار الآتية قوله وقد ظهر بما ذكرنا (الخ) واستدل للمشهور بوجوه آخر ضعيفة أيضاً منها مفهوم ما دل على أن التلف قبل القبض من مال البائع فان مقتضاه ان التلف بعد القبض من مال المشتري وان كان في زمان الخيار فيكون المبيع له ومنها اطلاق كثير من النصوص الدالة على جواز بيع المناع قبل القبض مطلقاً كما في بعضها أو من البائع كما في آخر وان الربح للمشتري البائع ثانياً وفي بعضها صرح بعدم قبض الثمن والمثمن فان مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين ثبوت خيار وعدمه ولولا كون المبيع له لما جاز بيعه ومنه غير ذلك ما هو ضعيف في الغاية قوله ويصير المبيع للمشتري أقول لو استدل بهذه الفقرة لمذهب الشيخ مع قطع النظر عن حكم الضمان كان وجهها أيضاً وكذا قوله فهو من مال البائع على ما هو الظاهر من عود الضمير إلى المبيع يعني حيث إن المبيع للبائع فيكون الهلاك عليه ثم إنه قد استدل على هذا القول أيضاً برواية السكوني في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه قال ليشهد انه قد رضيه واستوجه ثم لبيعه ان شاء وبرواية الشحام عن رجل ابتاع ثوباً من أهل السوق لأهله واخذه بشرط فيعطى به ربحاً قال إن رغب في الربح فليوجب على نفسه الثوب ولا يجعل في نفسه ان رد عليه ان يرد على صاحبه تقريب الاستدلال بهما انه لو كان مالكا في زمان الخيار لم يحتج بيعه إلى اسقاط الخيار قبله ويمكن ان يستدل أيضاً بصحیحة الحلبي في رجل اشترى شاة فامسكها ثلاثة أيام ثم ردها قال (ع) ان كان في تلك الثلاثة أيام شرب لبنها رد

معها ثلاثة امداد وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شئ وجه الاستدلال
انه لو كان مالكا لم يكن وجه لرد ثلاثة امداد لان النماء للمالك قوله وعلى أي حال (الخ)
أقول يمكن ان يكون تحقيقا للمطلب ويمكن

ان يكون جوابا اخر عن الاخبار وحاصله ان الامر في هذه الأخبار وان كان دائرا بين
حملها على مذهب الشيخ بجعلها مخصصة لأدلة (المش) وبين حملها على ما يوافق
(المش) بجعلها مخصصة لقاعدة التلازم بين الملكية والضمان وحيث لا ترجيح بين
التخصيص فاللازم إلى الأصل وهو يقتضى مذهب الشيخ لان الأصل عدم حصول
الملكية بمجرد العقد الا ان التكافؤ ممنوع بل الترجيح مع الثاني أعني جعلها مخصصة
لقاعدة التلازم بعد حملها على مذهب (المش) قوله فان الظاهر عدم
(الخ) أقول قد عرفت سابقا ان المقتضى للخيار نفس العيب لا ظهوره و (ح) فلا بد من

الالتزام بعدم جواز التصرف قبل الظهور أيضا بمعنى عدم النفوذ
نعم المنع التكليفي فرع العلم قوله وكلاهما غير لا يقال بالالتزام أقول لا بأس بالالتزام منع
التصرف كما عرفت قوله (ومن احكام الخيار (الخ) أقول) قد اشتهر في السنة
جماعة من متأخري المتأخرين ان من القواعد ان التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له
وهذه القاعدة لا مدرك لها الا الأخبار المتقدمة في المسألة السابقة

فلا بد من الاقتصار على ما يستفاد منها فنقول لا ينبغي الاشكال في أن هذا الحكم مختص
بالباع فلا يجرى في الصلح والإجارة ونحوهما الاختصاص الاخبار
به وعدم ما يوجب التعدي والظاهر أنه لا خلاف في عدم التعدي أيضا وكذا لا اشكال في
عدم جريانه في الخيار المشترك بين المتعاقدين لظهور الاجماع على

الاختصاص بالمختص بأحدهما وان كانت الاخبار مطلقة كما ترى هذا وكذا لا ينبغي
الاشكال في قصر الحكم على كون الخيار الخصوص أحد المتعاقدين فلو
كان الأجنبي من جانب أحدهما لا يجرى الحكم لانصراف الاخبار عنه والظاهر عدم
الخلاف فيه بينهم أيضا الا ما يحكى عن تعليق الارشاد من أن الخيار
للأجنبي من طرف المشتري فهو كما لو كان له في كون التلف في زمانه على الباع وهو
كما ترى إذ الحكم على خلاف القاعدة والدليل قاصر الشمول والمناط

غير منقح بحيث يشمل هذه الصورة ولذا مال في الجواهر إلى عدم جريان حتى لو كان
الخيار للمشتري ولا جنبي من جانبه أيضا لان القدر المتيقن اختصاصه بما إذا
كان مختصا بالمشتري لكن التحقيق خلافه لشمول الاخبار لهذه الصورة بل ولما إذا كان
الخيار للمشتري ولأجنبي من جانب الباع فان مثل هذه

الشركة ينعقد الاجماع على عدم جريان الحكم فيه والاخبار شاملة ثم ليعلم ان هذا الحكم
على مذهب القائل بتوقف

الملكية على انقضاء

الخيار على القاعدة لأن المفروض بقاء العوضين على ملك مالكهما الأول فيكون التلف
عليهما وكذا على قول (المش) من حين حصول الملكية

من حين العقد على القاعدة في بعض الصور كما إذا تلف المبيع في يد المشتري مع
اختصاص الخيار بالبائع أو تلف الثمن في يد البائع مع اختصاصه
بالمشتري بناء على جريان القاعدة في الثمن أيضا ويمكن ان يقال إن الاخبار ليست شاملة

للصورتين المذكورتين فيكون المدرك فيهما غير

(١٦٧)

هذه الأخبار وهو قاعدة كون الضمان على المالك وعلى هذا فيكون المدرك للقاعدة المذكورة بعمومها ملفقا من الأخبار المذكورة وقاعدة كون الضمان على المالك ثم الظاهر الاختصاص بما إذا كان الخيار متصلا بالعقد فلا يجرى في الخيار المنفصل كما في خيار الشرط إذا كان منفصلا عن العقد وكذا في خيار الغبن والعيب بناء على حدوث الخيار بظهورهما وذلك لأنه القدر المتيقن المتصرف إليه الاخبار وما يظهر من المصنف من التعميم للشرط المنفصل دون الأخيرين كما ترى خصوصا بعد اعترافه بان المستفاد من الاخبار اعتبار كون العقد متزلزلا من الأول إذ في الشرط المنفصل لا يكون كذلك وعلى فرض صدق التزلزل فهو أولى في الأخيرين كما لا يخفى فلا وجه للفرق مع أن العكس أولى وعلى ما ذكرنا فلو شرط في خيارى المجلس والحيوان سقوط خيار من حين العقد إلى ساعة أو يوم بحيث يبقى بعده إلى اخر المجلس أو إلى تمام الثلاثة يشكل جريان الحكم ويحتمل ذلك لاطلاق الاخبار خصوصا بالنسبة إلى خيار الحيوان والأقوى الأول لأنه يصدق انه صار المبيع للمشتري بمعنى انه لزم بالنسبة إليه وكذا الكلام لو اسقط خيار الحيوان في اليوم الأول فقط بل وكذا لو شرط سقوطه في اليوم الثاني فقط أو أسقطه كذلك فإنه يشكل جريان الحكم في اليوم الثالث لسبق اللزوم بقي الكلام في مقامات اخر تعرض لها المصنف وسنتكلم عليها فيما يحتاج إليه انشاء الله قوله وتوضيح (الخ) أقول

اختلفوا في تعميم هذه القاعدة لجميع الخيارات وتخصيصها ببعضها على أقوال أحدها الاختصاص بخيارى الحيوان والشرط كما يظهر من صاحب الجواهر الثاني جريانها فيهما وفي المجلس كما اختاره المصنف (قده) الثالث جريانها في جميعها كما هو الظاهر ممن نقل المصنف عنه التعميم والتحقيق هو الثالث للمناط المستفاد من قوله عليه السلام في صحيحة ابن سنان ويصير المبيع للمشتري حيث إن الظاهر منه جريان الحكم في كل مورد لم يصير له بان كان متزلزلا بالنسبة إليه وما استشكله عليه المصنف (قده) بعد الاعتراف بأنه المناط بان الظاهر منه الاختصاص بما إذا كان التزلزل من أول الأمر وهذا مختص بالخيارات الثلاثة فان في البقية يحدث التزلزل بعد أن كان العقد لازما مدفوع باننا سلمنا الاختصاص لكن نمنع كون التزلزل في الغبن والعيب انما يحدث بعد الظهور بل الخيار ثابت من حين العقد كما قواه (قده) سابقا والحاصل ان الكبرى مسلمة ولكن نمنع الصغرى نعم في كل مورد يكون الخيار حادثا بعد العقد لا يجرى الحكم ويمكن ان يستدل على التعميم مضافا إلى ذلك بذيل

الصحيحة المشار؟ إليها وان كان بينهما شرط أياما معدودة (الخ) فان المراد من الشرط هو الخيار لا خصوص خيار الشرط المصطلح ولا بضر كون مورد الخبر خصوص الحيوان لأن الظاهر أن المراد من الضمير في قوله بينهما البايع والمشتري مطلقا أو لأنه إذا جرى في الحيوان من حيث سائر الخيارات غير خياره فلا قائل بالفرق بينه وبين غيره من المبيعات بل يمكن ان يستدل بالنبوي المروى

في قرب الإسناد في العبد المشتري بشرط فيموت
(الخ) بالتقريب المذكور وهو ان المراد من الشرط مطلق الخيار ويؤيد ما ذكرنا من التعميم
دعوى سيد الرياض مفتاح الكرامة عدم الخلاف فيه
مضافا إلى استظهار المفروغية من كلام بعضهم حسبما يظهر من بيانا المصنف (قده) هذا
ولو أغمضنا عما ذكرنا فالحق الاختصاص بالخيارين
كما هو مختار الجواهر فتدبر قوله إذا كان للمشتري ((الخ) أقول انما قيد بكونه المشتري
فقط) فقط لما مر من أن الحكم لا يجرى في المشترك بالاجماع وان كانت الاخبار مطلقة
و
لذا قيده في خيار المجلس أيضا بما إذا كان للمشتري فقط بان اشترط سقوطه بالنسبة إلى
البايع نعم يبقى شئ وهو انه لو كان الخيار
مشتركا من الأول لكن اسقط البايح خياره بعد العقد فهل يجرى الحكم أولا الأقوى نعم
لأن عدم الجريان في الخيار المشترك بعد
كون الاخبار مطلقة على خلاف القاعدة ثبت من الاجماع والمتيقن منه غير هذا الفرض
فتدبر قوله لقوله عليه السلام في ذيل صحيحة (الخ) أقول
بل يمكن الاستدلال له برواية عبد الرحمن المتقدمة عن الرجل اشترى أمة من رجل بشرط
يوما أو يومين (الخ) فان ظاهره السؤال عن خيار الشرط
فينطبق الجواب عليه وان كان يمكن ان يكون باعتبار خيار الحيوان بل وكذا رواية قرب
الإسناد فان قوله في العبد المشتري بشرط فيموت (الخ) أعم
من أن يكون الشرط مقدار ثلاثة خيار الحيوان أو أزيد قوله فان ظاهره كفاية (الخ) أقول
(يمكن) ان يدعى ان اطلاقه وارد مورد حكم
اخر فلا يستفاد منه العموم فتدبر قوله ولو ماتت الشاة (الخ) أقول يعني لو ماتت الشاة لا
ضمان على البايح وكذا لو تعيب عند
المشتري قوله انه غير مضمون عليه أقول يعني على المشتري قوله فان ظاهر قولهم (الخ)
أقول المراد بزمان الخيار
هو وقت ثبوته سواء كان زمانيا أو غيره فالاستظهار في غير محله كما لا يخفى قوله الا
ترى ان (المح) الثاني (الخ) أقول إن كانت
النسخة صحيحة يكون المقصود انهم اتفقوا على أن موت المعيب ليس على البايح مع أن
(المح) الثاني جعل الاقتصاص من العبد الجاني في زمان خيار
الحيوان الذي يكون للمشتري على البايح ففرق بين خيار العيب وخيار الحيوان حيث لم
يجعل موافقا للعلماء ضمان الموت في خيار العيب على البايح وجعل
في خيار الحيوان عليه فهذا كاشف عن عدم اجرائه الحكم في خيار العيب وحاصل الغرض
في نقل هذا عنه انه ان لعل لموت العبد خصوصية
نقول لا خصوصية له الا ترى ان (المح) الثاني جعله على البايح في خيار الحيوان فيعلم من
ذلك أن الوجه في عدم جعلهم الموت على البايح هو عدم
جريان الحكم في خيار العيب لا لخصوصية فيه فتدبر قوله نفى ذلك الاحتمال أقول هو
مفعول لقوله ذكر في شرح (الخ) قوله
وهي توجب التزلزل (الخ) أقول هذا مناف لما قواه سابقا من كون الخيار في الغبن والعيب

من حين العقد لا من حين الظهور قوله

(١٦٨)

ثم إن مورد (الخ) أقول مقتضى ظاهر قولهم في عنوان القاعدة الشمول لما قبل القبض أيضا بل هو صريح العبارة المنقولة عن مجمع البرهان حيث جعلها معارضا لقاعدة التلف قبل القبض والأقوى ما ذكره المصنف (قده) من عدم الشمول وعلى فرضه ففي صورة التعارض بين القاعدتين كما فيما فرضه الأردبيلي (ره) وكما إذا تلف المبيع في خيار الشرط للبايع فقط في يد البايع قبل قبضه فان مقتضى قاعدة التلف قبل القبض كونه على البايع ومقتضى هذه القاعدة كونه على المشتري لفرض كون الخيار للبايع فالأقوى ترجيح قاعدة التلف قبل القبض وذلك لقوة دليلها على دليل هذه القاعدة من حيث تعميمها لمثل هذه الصورة وذلك لان المدرك لها ان كان هو قاعدة كون التلف من المالك حيث إن المبيع في خيار التأخير للمشتري والخيار مختص بالبايع فكون التلف على المشتري بمقتضى قاعدة الملكية وكذا كون التلف في خيار الشرط في الصورة التي فرضناها على المشتري من جهة انه مالك فلا شك ان قاعدة التلف قبل القبض أخص من قاعدة كون الضمان على المالك ومقدمة عليها وان كان المدرك لها الأخبار الخاصة المتقدمة فموردها ضمان البايع للمبيع لا المشتري له فلا يستفاد منها هذا العموم الا من جهة فهم المناط من قوله عليه السلام ويصير المبيع للمشتري ومن المعلوم ان قاعدة التلف قبل القبض المستفادة من النص الخاص وهي رواية عقبة بن خالد أقوى من ظهور هذه الفقرة في التعميم على فرض تسليمه فلا ينبغي التأمل في تقديمها بل الظاهر عدم الخلاف كما أشار إليه المصنف (قده) قوله فلا يشمل هذه القاعدة خيار التأخير أقول وذلك لأن المفروض فيه عدم قبض المبيع فيكون التلف قبل قبضه والمفروض اختصاص الخيار بالبايع فيحكم بكون التلف عليه لا على المشتري من جهة انه غير ذي الخيار قوله واما عموم الحكم للثمن (الخ) أقول الحق عدم لحوق الحكم لتلف الثمن لعدم الدليل وكون الحكم على خلاف القاعدة نعم لا اشكال فيه في صورة الموافقة للقاعدة بناء على عموم القاعدة الصورة الموافقة أيضا ودعوى شمول المناط المستفاد من الفقرة السابقة مدفوعة بالمنع لاحتمال قصره على خصوص المبيع واما ما ذكره المصنف (قده) من الاستصحاب ففيه أولا انه شك في المقتضى وهو ليس بحجة فيه عنده وان كان التحقيق عندنا حجيته وثانيا يمكن الاستشكال فيه من جهة عدم بقاء الموضوع فإنه المال الذي لم يخرج من بيت مالكة الأولى ولم يقبض وبعبارة أخرى المال الغير المقبوض الا ان يقال وان كان الامر في لسان الدليل كذلك الا ان العرف يجعلونه خصوص العين الخارجي فهو باق بمقتضى فهم العرف وثالثا انه من الاستصحاب التعليقي لان المستصحب هو ضمان المشتري على فرض التلف الا ان يقال المستصحب هو الضمان وهو حكم شرعي غاية الأمر ان معنى الضمان ثبوت العوض على فرض التلف فهو استصحاب تنجيزي مع أن الاستصحاب التعليقي أيضا حجة إذا كانت الملازمة من المجعولات الشرعية

لرجوعه (ح) إلى التنجيزي لكن الاشكال في كون الحكم المجعول في المقام هو الملازمة واربعا انه فرع جريان قاعدة التلف قبل القبض في الثمن أيضا وهو محل اشكال كما سيأتي في محله الا ان يقال إن المختار جريانها فيه كما سيأتي وخامسا انه معارض مع قاعدة كون التلف على المالك كما أشار إليه المصنف (قده) الا ان يقال إن هذه القاعدة قد خصصت (بقاعدة التلف قبل القبض فالقاء من استصحاب)

حكم المخصص لا من معارضة الاستصحاب مع العموم لكنه فرع عدم العموم الأزمانى في دليل القاعدة والا فهو مقدم على الاستصحاب كما حققناه سابقا على خلاف ما حققه المصنف (قده) هذا واما ما أجاب به المصنف (قده) عن المعارضة المذكورة من أن المعارض للاستصحاب ليس تلك القاعدة لان المراد من كون التلف قبل القبض وفي مدة الخيار على المالك الأول وعلى غير ذي الخيار انفساخ العقد قبل التلف و (ح) يكون التلف على المالك بل المعارض له أصالة عدم الانفساخ وحيث ثبت المخالفة قبل القبض فالأصل بقائها ففيه انا لو سلمنا ذلك نقول إن الانفساخ مخالف (للقاعدة مضافا إلى أنه مخالف للأصل إذ هو مخالف) القاعدة تسلط الناس على أموالهم وعدم الخروج عن ملكهم بلا رضى منهم فلا يتفاوت الحال بين جعل المعارض عموم قاعدة كون التلف

من المالك أو عموم قاعدة عدم الانفساخ بلا رضى من المالك سلمنا ان دليل عدم الانفساخ (ليس إلا الأصل الا ان أصل عدم الانفساخ) مقدم على أصالة بقاء الضمان لأن الشك فيه ناش

عن الانفساخ وعدمه ودعوى أنه إذا ثبت المخالفة قبل القبض فالأصل بقائها كما ترى إذ لا معنى لأصالة بقاء المخالفة الأصالة الانفساخ على تقدير

التلف ومن المعلوم ان هذا استصحاب تعليلي وليس بحجة في مثل هذه الصورة التي لا ترجع إلى التنجيزي لان قولنا لو تلف يفسخ ليس حكما شرعيا مجعولا بل المجعول هو الانفساخ حين التلف وتوضيح ذلك أن الاستصحاب التعليلي على ما حقق في محله انما كان يكون حجة إذا كانت الملازمة

من الأحكام المجعولة الشرعية واما إذا كانت من الانتزاعات العقلية فلا إذ على هذا ليس حكما حتى يستصحب وانما الحكم هو الامر المعلق وليس له

حالة سابقة مثلا إذا قال إن استطعت حج فاما ان يكون الملازمة بين الاستطاعة ووجوب الحج حكما شرعيا واما ان يكون في قوة قوله المستطيع

يحب فعلى التقدير الأول ان استطاع وشك في وجوب الحج عليه من جهة من الجهات يقول الأصل بقاء وجوبه على فرض الاستطاعة وبعبارة أخرى

الأصل بقاء الملازمة المذكورة واما على التقدير الثاني فلم يكن في السابق وجوب فعلى ولم يكن الملازمة الا امر انتزاعيا فلا يمكن استصحاب

شئ منهما بل الأصل عدم وجوبه ففي المقام أيضا ان كان قولنا لو تلف يفسخ حكما شرعيا جاز الاستصحاب وكان مقدما على استصحاب عدم الانفساخ

وإن لم يكن كذلك بل كان المجعول هو الانفساخ الفعلي عند حصول التلف فقبل التلف

لا حكم حتى يستصحب فيكون المراجع أصالة عدم الانفساخ
وهي حاكمة على أصالة بقاء الضمان والقدر المسلم هو الوجه الثاني فلا محل لاستصحاب
عدم المخالفة وبقاء
الانفساخ فتدبر قوله فحاله حال المبيع

(١٦٩)

إذا كان كليا أقول التحقيق عدم الفرق بين المبيع الشخصي والكلية وكذا الثمن بناء على
اللاحق وذلك لاطلاق الاخبار ولعل نظره
إلى ذلك حيث امر بالتأمل بعد منع دلالة الاخبار قوله ثم إن ظاهر كلام الأصحاب (الخ)
أقول الاحتمالات في هذه المسألة ستة
أحدها الانفساخ قبل التلف أنا ما أو تقدير ذلك كما هو مختار المصنف (قده) والجماعة
الثاني البطلان بالتلف فيسترجع المشتري الثمن
ولا يضمن المبيع لفرض كونه تالفا في ملكه والفرق بينه وبين الانفساخ ان مقتضى الثاني
عود كل من العوضين إلى مالكة الأول فلو لم يقدر الانفساخ
قبل التلف يلزم ضمان المشتري مع الانفساخ بعده بخلاف البطلان فان معه لا يلزم عود
كل عوض إلى مالكة الا إذا كان موجودا واما إذا كان أحدهما
تالفا فلا يعود إلى مالكة الأول ليكون الاخر ضامنا له ضمانا معاوضيا ففي المقام إذا قلنا
البطلان بالتلف يرجع الثمن إلى المشتري وليس
للبايع شيء لعدم وجود المبيع حتى يرجع إليه ولا يرجع إليه بوصف كونه تالفا حتى يكون
المشتري ضامنا له الثالث بقاء العقد وسقوط
الخيار إذا كان معلقا على بقاء العين وبقائه أيضا إذا لم يكن كذلك و (ح) ففي الأول يتعين
رجوع المشتري إلى البايع بالمثل أو القيمة بمقتضى كون
الضمان عليه وفي الثاني إذا فسخ يرجع الثمن إليه وليس للبايع شيء وإن لم يفسخ يرجع على
البايع بالمثل أو القيمة الرابع بقاء العقد والخيار
فيما لم يكن معلقا على بقاء العين لكن مع الفسخ يسترجع الثمن ومع عدمه لا شيء له
فيكون معنى كون التلف على البايع كونه عليه على فرض الفسخ حيث إنه
يذهب من كيسه الخامس الامر كذلك الا انه مع عدم الفسخ أيضا يسترجع الثمن معينا
السادس الامر كذلك الا انه مع عدم
الفسخ يتخير بين اخذ الثمن أو المثل والقيمة هذا ولا ينبغي الاشكال في بطلان الأخيرين
لأنه لا معنى للرجوع بالثمن مع عدم الفسخ لا معينا
ولا مخيرا ولولا بان المصنف ذكرهما لم اذكرهما ومن الغريب انه ذكر هذين الاحتمالين
وترك الاحتمال الثالث وهو تعيين الرجوع بالمثل والقيمة على
تقدير بقاء فرض عدم الفسخ مع أنه المتعين على تقدير بقاء العقد والخيار واما الاحتمال
الرابع فهو مناف لاطلاق الاخبار حيث إن مقتضاها
ضمان البايع مطلقا لا على تقدير الفسخ وإذا بطل هذه الثلاثة فيبقى الامر دائرا بين الثلاثة
الأول وكلها على خلاف القاعدة فلا ترجيح لبعضها على
بعض من هذه الجهة إذ لا يتفاوت الحال بين الحكم بالانفساخ قبل التلف بلا سبب وبلا
دليل أو الحكم بالبطلان كذلك أو الحكم بضمنان مال الغير كذلك
فلا وجه لما يظهر من المصنف (قده) من التفصي عن الأخير بارتكاب الأول إذا فرضنا
اجمال الاخبار من حيث تعيين الكيفية لكن يمكن ان يقال لا اجمال
فيها بل الظاهر منها هو الوجه الأول بدعوى أن معنى قوله عليه السلام فهو من مال البايع
ان نفس التالف ملك له حال تلفه وهذا لا يمكن الا بالانفساخ
حقيقة أنا ما قبل التلف أو تقديره حينه ثم على فرض الاجمال وانه لا يستفاد منها الا مجرد

كون الخسارة على البايع من غير تعيين لاحد الوجوه الثلاثة
كما هو الأقوى إذ نمنع ظهور الفقرة المذكورة في الوجه الأول نقول المتعين هو الثالث
لأنه مطابق لأصالة بقاء العقد والخيار والحاصل ان
مقتضى الأصل عدم انفساخ العقد بطلانه وبقاء الخيار فإذا دلت الاخبار مع ذلك على
ضمان البايع للمبيع فلازمه ان يأخذ المشتري منه المثل أو القيمة
على فرض عدم الفسخ وان يسترجع الثمن بلا دفع عوض المبيع على فرض الفسخ فتدبر
قوله وهو الظاهر أيضا (الخ) أقول يمكن ان يقال إن
الشهيد ليس ناظرا إلى أصل الضمان ولذا صريح كلامه في عبارته الآتية الفرق بين المقامين
في الكيفية فتدبر قوله بل هو الظاهر من
القاعدة (الخ) أقول فيه منع الظهور كما لا يخفى مع أن القاعدة بهذه العبارة ليست معقدا
للاجماع ولا النص فالمدار على ما يستنبط من دليلها
وهي الأخبار المتقدمة مع أن هذه القاعدة شاملة لصورة كون الضمان على القاعدة كما
عرفت كما إذا كان الخيار مختصا بالبايع وتلف المبيع في يد المشتري
وبالنسبة إليها لا يكون المراد الانفساخ قطعا فكذا في الصورة المخالفة للقاعدة قوله
بضميمة قاعدة (الخ) أقول قد عرفت أنه لا ينفع هذا
في التعيين إذا لانفساخ أيضا خلاف القاعدة ولا ترجيح فتدبر وكان الأولى له ان يتمسك
في دلالة الاخبار بما أشرنا إليه من الفقرة المذكورة وان ناقشنا
فيها أيضا فتدبر قوله في الفرع السابع أقول هذه العبارة مذكورة في الدروس في المسألة
السادسة من المسائل المتعلقة بخيار الشرط
والظاهر أن لفظ السابع من سهو القلم والتعبير بالفرع من باب المسامحة ثم إن موضوع
الدلالة قوله وبعده لا يبطل الخيار وان كان التلف (الخ)
فان عدم بطلان الخيار يستلزم (عدم بطلان) البيع أيضا وهذه العبارة كالصريحة في عدم
الانفساخ فلا يحسن تعبير المصنف بأنها موهمة بل دالة قوله فلو فسخ البايع
رجع (الخ) أقول هذا تفريع على أصل الحكم وهو عدم بطلان الخيار لا على خصوص
صورة كون التلف من البايع كما هو واضح قوله والعبارة
محتاجة (الخ) أقول لعل أحد المواضع قوله فلو فسخ إلى قوله في صورة عدم ضمانه إذ مع
فسخ البايع وكون الخيار له ليس له صورة ضمان حتى يقيد
الرجوع بالبدل بصورة عدم ضمانه لان ضمانه لا يكون الا مع اختصاص الخيار بالمشتري
هذا ولكن يمكن تصوير الضمان مع كون الخيار له فيما إذا تلف المبيع
الذي في يد المشتري وقلنا إن اتلافه لا يسقط خياره فإنه (ح) ضامن للمبيع وإذا فسخ من
جهة بقاء خياره ليس له استرجاع البدل بل يرجع المشتري بالثمن
ولا شئ عليه وثانيها قوله ولو فسخ المشتري إلى قوله في صورة ضمانه إذ مع كون الخيار
للمشتري يكون الضمان على البايع لا (مح) لقاعدة كون التلف
ممن لا خيار له فلا يتصور ضمان المشتري مع كون الخيار له ولكن الظاهر أن مراد
الشهيد انما هو فيما إذا كان الخيار مشتركا بينهما فإنه لا ضمان على البايع
(ح) بل على المشتري فلا اشكال وثالثها قوله ولو أوجبه المشتري (الخ) فإنه موهوم لجواز
الايجاب الا انه لا يؤثر في تضمين البايع مع أنه حكم أولا

(۱۷۰)

بان التلف قبل القبض مبطل للبيع فلا موقع للإيجاب أصلا لكن الظاهر أن غرضه من ذلك أن عدم تأثيره في التضمين من جهة انه لا محل له فلا اشكال ورابعها قوله وفي انسحابه (الخ) فان الضمير راجع إلى عدم التأثير في التضمين (المستفاد من قوله لم يؤثر في التضمين) فإنه مناف لما حكم به أولا من عدم بطلان الخيار ولازمه عدم بطلان البيع ومقتضاه انه لو أوجبه وأسقط خياره يجوز له تضمين البايع واخذ المثل والقيمة منه لأن المفروض ان الضمان عليه وان رجع الضمير إلى التأثير المستفاد من الفقرة المذكورة لا إلى عدمه فلازمه كونه مترددا في ذلك مع أنه من الأول جزم به فترديده مناف لجزمه أو لا بعدم بطلان الخيار الذي لازمه ما ذكرنا من جواز التضمين مع الايجاب هذا ولكن يمكن ان يقال إن ما ذكره أولا انما هو عدم بطلان البيع والخيار ولازمه ليس التضمين في صورة عدم الفسخ إذ قد عرفت أن أحد المحتملات كون الضمان على البايع على تقدير الفسخ وانه لو لم يفسخ فلا شئ له فلعل الشهيد متردد في هذا أعني في الضمان وعدمه على تقدير عدم الفسخ فلا ينافي الفسخ ما ذكره أولا من الجزم ببقاء الخيار ومما ذكرنا ظهر أن العبارة لا تأمل فيها بوجه فضلا عن وجوه واما التأمل في مطلبه فهو مطلب اخر لا دخل له بالتأمل في العبارة كما هو مراد المصنف (قده) قوله واما حيث يوجب إلى قوله ويحتمل تعيين الرجوع بالثمن أقول قد عرفت أنه ينبغي القطع ببطلان هذين الاحتمالين إذ مع الامضاء لا وجه المطالبة الثمن بل المتعين أحد الامرين من عدم الرجوع بشئ أو الرجوع بالمثل والقيمة قوله وكذا حكم تلف الوصف أقول هل مقتضى كون ضمان فوات وصف الصحة على البايع اخذ الأرش منه أو التخيير بينه وبين الرد وغرضي من هذا التخيير غير الخيار الذي هو المفروض فإنه مما لا اشكال فيه بل المقصود انه هل يثبت بهذا العيب أيضا أولا وبعبارة أخرى حكمه حكم العيب الموجود حال العقد أولا بل لا يوجب الا الأرش ويظهر الثمر فيما لو اسقط بعد حدوث العيب خياره السابق فإنه يثبت له من هذه الجهة وجهان سيأتي توجيههما وبيان الأقوى منهما في مسألة التعيب قبل القبض عند تعرض المصنف (قده) له لكن الذي يقتضيه النظر البدوي هو الأرش فقط نعم له الرد من جهة خياره السابق ما لم يسقطه قوله ومنه حكم الشارع (الخ) أقول كما إذا صار العبد المشتري مقعدا أو أعمى أو أجذم بل وكذا لو نكله المشتري فإنه ليس اتلافا لان الانعتاق (ح) بحكم الشرع خصوصا إذا لم يكن عالما بالحكم لكن الانصاف ان الحكم بكون التلف (ح) على البايع مشكل بل يمكن منع عدم صدق الاتلاف عليه فتدبر قوله واما إذا كان باتلاف (الخ) أقول يعنى ليس حكمه حكم التلف فلا يكون ضمانه على البايع بل يسقط به خياره وإن لم نقل بسقوطه أيضا لا يكون على البايع لان مورد الاخبار صورة التلف لا الاتلاف ومن ذلك يظهر حال اتلاف البايع والأجنبي من حيث عدم جريان القاعدة فيهما ولذا حكم المصنف (قده) فيهما ببقاء الخيار وعدم الانفساخ نعم لو كان اتلاف

الأجنبي مما يعد تلفا عرفا لا يبعد شمول الاخبار له كما إذا سرقه سارق أو غصبه متغلب لا يمكن الاخذ منه فإنه يعد عرفا من التلف قوله وهل يرجع (ح) (الخ) أقول بعد الحكم ببقاء الخيار وعدم جريان القاعدة إذا أمضى العقد فلا اشكال في أنه يرجع على المتلف بالمثل والقيمة واما إذا فسخ فالثمن يرجع إليه من غير اشكال وهل يرجع الطرف الآخر أي المفسوخ عليه بالمثل والقيمة على الفاسخ أو على المتلف أو يتخير وجوه ولا يخفى ان هذا المطلب لا اختصاص له بالمقام بل يجرى في جميع المقامات التي يبقى الخيار مع عدم بقاء العوضين أو أحدهما إذا كان باتلاف الأجنبي فإنه يجرى هذه الوجوه ولا ينبغي التأمل في تعيين الوجه الأول لان مقتضى الفسخ عود العوضين من حينه إلى مالكهما السابق فان كانا موجودين فهو والا فيكون من كان التلف في ملكه ضامنا له ضامنا معاوضيا يجب عليه دفع عوضه كما لو كان التلف بأفة سماوية أو باتلافه بنفسه والمتلف انما أتلف ماله لا مال من انتقل إليه بالفسخ ولذا لو كان اخذ العوض قبل الفسخ لا يتعين عليه دفعه وأيضا يجوز له قبل الفسخ ابراء ذمة المتلف والمدار على قيمة العين حين الفسخ وقد يكون ما على المتلف أقل أو أكثر بناء على كون الضمان في الغرامات من حين التلف أو من حين الغصب أو أعلى القيم وغاية ما يمكن ان يقال في توجيه الرجوع على المتلف ما ذكره المصنف (قده) من الوجهين وحاصل أولهما ان بدل العين التالفة انما هو في ذمة المتلف وحاصل الثاني ان العين التالفة بعد الفسخ ملك للمالك السابق وهي في عهدة المتلف فتكون كما لو كانت موجودة عند فلا بد من الرجوع عليه والجواب ما ذكره المصنف من أن البدلية انما هي بالنسبة إلى المالك حين التلف لا مطلقا وان مقتضى الفسخ وان كان عود العين التالفة إلى المالك السابق لكنها مضمونة ضامنا معاوضيا بالنسبة إلى الفاسخ للمالك السابق وضمانا غراميا بالنسبة إلى المتلف للمالك حين الفسخ هذا وقد أشار المصنف (قده) في خيار الغبن إلى هذه المسألة في مقامين واختار الرجوع على المتلف في أحدهما وذكر الوجهين في الآخر والتحقيق ما عرفت وكذا الكلام بالنسبة إلى الإقالة فان فيها أيضا يرجع إلى الطرف الآخر وان كان المتلف أجنبيا وبالجملة حكم الفسخ والانسفاخ مطالبة العوض من الطرف المقابل الذي انتقل إليه بالعقد لا الأجنبي فتدبر قوله ولان الفسخ موجب (الخ) أقول لا وجه لرجوع العين قبل تلفها إلى الفاسخ أو المفسوخ عليه لان مقتضاه عودها من حينه فان كانت تالفة يقدر ذلك التالف حين الفسخ ملكا للفاسخ أو الاخر في ذمة الطرف الآخر ولا داعي إلى ارتكاب الكشف عن الانتقال إليه قبل التلف مع أنه مستلزم لعود العوض الآخر أيضا إلى الاخر فيلزم في المقام ان يكون نماء الثمن من زمان تلف المبيع إلى حين الفسخ للفاسخ مع أنه لا يمكن الالتزام به والحاصل ان المتعين هو الوجه الثاني وهو اعتبارها عند الفسخ ملكا للمفسوخ عليه في مفروض البحث قوله في

ملك الفاسخ أقول الصحيح لفظ المفسوخ

(١٧١)

عليه بدل لفظ الفاسخ فهو من سهو القلم أو غلط النسخة وكذا لفظ الفاسخ في الفقرة الثانية وكذا في قوله بعدا سطر لا بالقيمة في ملك الفاسخ كما أن لفظ المفسوخ عليه في آخر الكلام وهو قوله ومن كون يد المفسوخ عليه (الخ) غلط والصحيح لفظ الفاسخ وذلك لان الفاسخ في المقام هو المشتري والذي يرجع إليه هو الثمن لا العين المبيعة المفروض تلفها فإنها ترجع إلى المفسوخ عليه وهو البايع قوله واما

الفسخ فهو موجب (الخ)

أقول يعنى بناء على الوجه الأول من الوجهين والا فبناء على الوجه الثاني وهو الحق كما عرفت نقول إنه موجب لرجوعها حال كونها

تالفة من حينه إلى المفسوخ عليه وهي مضمونة على الفاسخ ضمان معاوضة وله على المتلف ضمان غرامة وعلى الفاسخ دفع القيمة حين الفسخ وعلى المتلف دفع القيمة حين التلف أو حين الغصب أو أعلى القيم قوله وهذا الوجه أضعف الوجوه أقول بناء على صحة الرجوع على المتلف

يتعين التخيير فان جواز الرجوع على الفاسخ مما لا ينبغي الاشكال فيه كيف والا لزم عدم الرجوع عليه مع التلف السماوي وهو مقطوع

الفساد وجه اللزوم ان عدم جواز الرجوع عليه لا يكون الا مع عدم كون يده يد ضمان ومعه فلا بد من عدم ضمانه في التلف السماوي و

بالجملة لا اشكال في أن العين تلف وهي ضمانه غاية الأمر انه ضمان معاوضي لا على حد سائر الضمانات والمفروض ان المتلف أيضا ضامن

ضمان غرامة فالمقام يكون نظير تعاقب الأيدي أو اجتماع اليد والاتلاف فان للمالك الرجوع على أيهما شاء فأضعف الوجوه هو الوجه الأول

كما لا يخفى قوله وبالجملة فلم أجد (الخ) أقول لعل نظر العلامة إلى تعلق حق ذي الخيار بالعين فيكون كالعين المرهونة لكن فيه بعد

تسليم كون الحق في العين انه لا يقبل المعاوضة مع قاعدة السلطنة ويمكن ان يقال بناء عليه انه يتعارض قاعدة السلطنة على المال

مع قاعدة السلطنة على الحق فيأخذها الحاكم ويضعها عند عدل إلى أن يلزم البيع إذ مجرد أقوائية الملك لا يقتضى التقدم ويمكن

ان يقال بترجيح جانب الحق بناء على كونه واردا على الملك بمعنى ان الذي الخيار حق في العين بما هي ملك الغير نظير حق الرهن فلا بد من تقديمه (فت)

هذا ويمكن الفرق بين ما يكون معنونا بعنوان استرداد العين وما يكون بعنوان الخيار ففي الأول يجوز له عدم التسليم لمكان تعلقه

بالعين بخلاف الثاني فإنه حق في العقد فتدبر قوله لا يسقط الخيار بتلف العين أقول مجمل القول في المسألة انه لا اشكال

في امكان بقاء الخيار مع التلف لما عرفت من أنه بالفسخ يرجع العين بوصف كونه تالفا عند الاخر إلى الفاسخ وكذا لا اشكال في أن بعض

الخيارات كذلك بالفعل بمعنى ان مقتضى الأدلة بقائه مع التلف كما أن بعضها موقوف على بقاء العين فلا يبقى بعد التلف وانما الكلام

في مقامات أحدها في بيان الميزان لهذا المطلب فنقول ان كان الموجود في لسان الدليل الرد والاسترداد كقوله (ع) رده أو مردود أوله ان يرده أو نحو ذلك فالظاهر أنه مشروط ببقاء العين فلا يبقى مع التلف وكذا إذا كان المدرك مناطا عقليا مقصورا على حال الوجود كما إذا كان المدرك قاعدة الضرر وكان الضرر في خصوص صورة بقاء كخيار العيب إذا قلنا إن المدرك في جواز الفسخ فيه قاعدة الضرر حيث إن الصبر على المعيب ضرر وهو لا يبقى مع التلف واما الضرر المالي من جهة فوات وصف الصحة فهو متدارك بالأرش فيسقط جواز الرد بالتلف إذا انحصر المدرك في الضرر بناء على عدم جريان الاستصحاب في مثل المقام واما إذا كان المدرك نصا ولكن علم كون المناط هو الضرر فلا يكون كذلك إذا كان النص مطلقا لان الحكمة لا يجب اطرادها وكذا إذا كان المدرك امرا ليا كالاجماع فان القدر المتيقن (ح) صورة وجود العين أيضا بناء على عدم جريان الاستصحاب وكذا إذا كان خبرا مجملا على البناء المذكور والحاصل انه إذا كان الدليل ظاهرا في الاختصاص أو مجملا وقلنا بعدم جريان الاستصحاب فهو ميزان عدم البقاء مع التلف واما ميزان البقاء فهو ان يكون الدليل عقليا شاملا لحال التلف أيضا كما في خيار الغبن بناء على كون المدرك فيه قاعدة الضرر حيث إنه لا يندفع مع التلف بناء على ما هو (المش) من عدم الأرش فيه والا فحاله كما ذكرنا في خيار العيب أو يكون الدليل اطلاقا لفظيا شاملا لحال التلف أيضا كما إذا قال يجوز له فسخ العقد فإنه ظاهر في أن متعلقه العقد من غير نظر إلى وجود العين و عدمها الثاني إذا كان العنوان الموجود في لسان الدليل لفظ الخيار كقوله (ع) البيعان بالخيار وقوله (ع) صاحب الحيوان المشتري بالخيار فهل يكون مقتضاه الشمول لحال التلف أولا يظهر من المصنف الثاني ولعله من جهة ان متعلقه غير معلوم انه العقد حتى يكون المراد الخيار في فسخه أو في رد العوض واسترداده حتى يكون مقصورا على صورة البقاء ويمكن تقوية الوجه الأول لأن الظاهر

من لفظ الخيار الخيار في العقد ويؤيده تعريف العلماء له بأنه ملك فسخ العقد ولا يضر كونه اصطلاحا من المتأخرين لأن الظاهر أنه مأخوذ من الأدلة الشرعية لمعلومية ان غرضهم من ذلك بيان ما هو الموضوع للاحكام المذكورة في باب الخيار هذا مع أن قوله (ع) فإذا افترقا وجب البيع قرينة على أن المراد من الخيار عدم وجوب البيع والسلطنة على فسخه هذا ولو كان لفظ الخيار في معقد اجماع العلماء فينبغي القطع يكون المراد منه السلطنة على الفسخ وان كان مجملا من حيث إنه مشروط ببقاء العين أولا والغرض ان متعلقه العقد لا الرد والاسترداد الثالث هل الأصل في صورة الشك وعدم الاستفادة من الدليل أحد الامرين البقاء أو العدم نقول لا شك ان الأصل الأولى بقاء العقد وعدم الانفساخ بالفسخ الا ان أصالة بقاء الخيار حاكم عليه

على فرض جريانها وانما الكلام في أنها جارية أولا ان قلنا بعدم حجية الاستصحاب في
الشك في المقتضى فلا اشكال في عدم الجريان وكذا إذا كان

(١٧٢)

الخيار معلقا على امر لم يوجد الا بعد التلف فإنه لم يثبت حتى يستصحب واما إذا لم يكن معلقا أو حصل المعلق عليه قبل التلف وقلنا بحجته في الشك في المقتضى فان علمنا بان ما كان ثابتا في السابق من باب الخيار وشككنا في أنه معلق على بقاء العين وعدمه يجرى الاستصحاب وان علمنا بأنه من باب الرد والاسترداد وشككنا في بقاءه وعدمه أو شككنا في أنه هل هو من باب الخيار أو من باب الرد والاسترداد فلا يجرى بيان ذلك أن لنا عنوانين أحدهما الخيار وهو عبارة عن ملك فسخ العقد ويتبعه الرد والاسترداد الثاني عنوان الرد والاسترداد ويتبعه الانفساخ فمتعلق الأول العقد أولا والعوضان ثانيا ومتعلق الثاني العوضان أولا والعقد ثانيا وكل منهما اما ان يكون مشروطا ببقاء العين أولا وتوهم ان الاسترداد لا يعقل الا مع البقاء مدفوع بمنع ذلك فان استرداد العين قد يكون بمعنى مطالبتها مع خصوصياتها الشخصية وهذا لا يعقل الا مع البقاء وقد يكون لا بملاحظتها و (ح) فلا مانع من تعلق الاسترداد بالعين التالفة الا ترى أنه يقال المغصوب مردود مع إرادة الا اعم من حال وجوده فيكون رده برد نفسه وحال تلفه فيكون معنى رده رد عوضه مع أنه لو لم يكن كذلك لزم عدم تعقل الفسخ حال التلف أيضا إذ مقتضى حل العقد وفسخه عود العوضين والحاصل انه لا مانع من الاسترداد مع التلف نعم لو وجد في لسان الدليل لفظ الرد أو الاسترداد كان ظاهرا في صورة البقاء ولذا قلنا إنه إذا كان كذلك يختص بصورة البقاء وانما يظهر الثمر فيما لو لم يكن الدليل لفظيا حتى يكون ظاهره حجة فإنه (ح) محل الرجوع إلى الاستصحاب فإن كان العنوان المعلوم سابقا هو الخيار فمقتضى القاعدة استصحابه مع الشك في تقييده وعدمه وان كان عنوان الرد وشك في كونه مطلقا أو مقيدا فلا يجرى وذلك لان القدر المعلوم سابقا هو جواز اخذ العين بخصوصياتها وهو غير اخذها بمعنى اخذ بدلها ويحتمل جريانه إذ غايته انه من باب استصحاب الكلى وكذا الحال إذا شك في كون العنوان هو الخيار أو جواز الرد فإنه لا يجرى لعدم الحالة السابقة ويحتمل الجريان لأنه من باب استصحاب الكلى والسر في الفرق بين الخيار والاسترداد في جريان الاستصحاب وعدمه مع أن المفروض ان كلا منهما ما شك في كونه مطلقا أو مقيدا ان التقييد في الأول لا يوجب مغايرة عنوانه مع عنوان المطلق بخلافه في الثاني وبعبارة أخرى القيد في الأول ليس مقوما بخلافه في الثاني فتدبر قوله ومن المعلوم (الخ) أقول قد عرفت عدم معلومية الانفساخ في التلف في زمان الخيار وان فيه احتمالات فلا تغفل قوله اللهم الا ان يعلم (الخ) أقول يعنى ولو مع اطلاق الدليل لكنه مشكل كما يظهر منه (قده) الاعتراف به في اخر هذا الكلام قوله فلا يرد عدم (الخ) أقول يعنى لو نوقش في المطلب بالنسبة إلى خيار العيب والتدليس من جهة ان الحكمة لا يجب اطرادها نقول يكفي قيام الدليل على ذلك فيهما قوله لوجود المقتضى وعدم المانع

أقول لا نم وجود المقتضى إذ مجرد الكذب في رأس المال لا يقتضى الخيار والعمدة في دليله الاجماع والقدر المتيقن منه صورة عدم التلف نعم لو كانت الزيادة المخبر بها كذبا مما يستلزم كونه مغبونا جرى قاعدة الضرر لكنه داخل (ح) تحت خيار الغبن اللهم الا ان يقال إذا كان بنائهما على بيع المرابحة فكأنه اشترط الاخبار بمقدار رأس المال الواقعي فلو تبين الخلاف يكون من باب تخلف الشرط الضمني فيكون موجبا للخيار فتدبر قوله الا ان يدعى انعقاده (الخ) أقول الانصاف ان الاجماع منعقد على عنوان الخيار غاية الأمر ان بعض المجمعين ممن يشترط فيه بقاء العين فلا بأس بالتمسك بالاستصحاب بناء على حجيته في الشك في المقتضى قوله ما إذا جعل المتعاقدين (الخ) قول ان علم ارادتهما عنوان الخيار مع التقييد بالبقاء فلا اشكال في السقوط بالتلف كما أنه لو علم ذلك مع عدم التقييد به لا اشكال في البقاء وكذا ان علم ارادتهما الرد والاسترداد مع ملاحظة خصوصية العين لا اشكال في السقوط ومع عدم لا اشكال في البقاء وانما الاشكال فيما لو علم ارادتهما الخيار مع عدم التقييد لكن علم كون غرضهما الرد والاسترداد والحق ان الغرض لا يكون مقيدا فيحكم بالبقاء وكذا فيما لو لم يعلم منهما إرادة الخيار أو عنوان الرد والاسترداد مع ملاحظة خصوصية العين و (ح) ففي جريان الاستصحاب اشكال والأقوى عدمه كما عرفت سابقا وبالجملة لا فرق بين الخيار الشرعي والجعلي في عدم كون الغرض مقيدا فإنه من قبيل الحكمة ولا يجب اطرادها فيعمل بالاطلاق على فرض وجوده في المقامين ومع عدمه فالمرجع الأصل فيهما فتدبر قوله ومن هنا يمكن القول (الخ) أقول فيه منع ظاهر خصوصا مع ملاحظة كون الغالب ان المبيع فيه أزيد من الثمن بحسب القيمة كثيرا فليس الغرض تخصيص الخيار بصورة البقاء قوله ومن هنا يمكن ان يقال (الخ) أقول يعنى مما ذكرنا من أنه لو كان العنوان هو الرد والاسترداد يكون مختصا بصورة البقاء قوله إذا لم يدل أدلة (الخ) أقول يعنى انه لا يعلم منها كون الخيار بمعنى ملك فسخ العقد حتى يمكن بقاءه مع التلف بل يحتمل ان يكون بمعنى جواز الرد والاسترداد والقدر المتيقن هو ذلك لا عنوان الخيار بالمعنى المصطلح لكنك عرفت أن ظاهر لفظ الخيار هو السلطنة على العقد أعم من أن يكون مع اشتراط بقاء العين أولا معه فإذا شك في ذلك يمكن ابقائه بالاستصحاب بناء على عدم اختصاصه بالشك في المانع وكان الأولى المصنف (قده) ان يعلل الحكم أعني عدم الخيار عند التلف بعدم حجية الاستصحاب لكونه شكا في المقتضى كما هو مذهبه فيكون المرجع أصالة بقاء العقد وعدم انفساخه بالفسخ لا بما علقه من عدم معلومية كونه من باب الخيار أو من باب الاسترداد فتدبر قوله لو فسخ ذو الخيار (الخ) أقول اما من حيث الحكم التكليفي فلا اشكال في وجوب الرد عليه مع علم الاخر و (مط) البتة ومخيرا بينه

وبين الاعلام مع عدم علمه وبه ولا يجب عليه ذلك مع العلم وعدم المطالبة فلو عصى في صورة الوجوب صارت يده يد ضمان واما من حيث الضمان وعدمه فمحل الاشكال الصورة الأخيرة مع عدم الإذن الجديد في الابقاء أيضا ومجمل الكلام انا ان قلنا بعموم قاعدة اليد المستفادة من خبر على اليد ما اخذت الصورة عدم العدوان أيضا فمقتضى القاعدة الضمان لعدم المخرج الذي هو الاذن والاستيمان وان قلنا بتخصيصها بالأيدي العادية فمقتضاها عدم الضمان وكذا الكلام بالنسبة إلى المفسوخ عليه فالمسألة من جزئيات قاعدة ضمان اليد نظير المقبوض بالسوم ونحوه ومحصل كلام المصنف (قده) أيضا ما ذكرنا الا ان بيانه لا (يخ) عن اغتشاش كما لا يخفى فان تمسكه بأصالة بقاء الضمان الثابت قبل افسخ بمعنى كون العين في مقابل العوض الجعلي لا وجه له ان أريد به جعله وجها للمسألة ضرورة ان الضمان السابق لا ربط له بما يراد أثباته في

اللاحق بل مقتضى الأصل عدم الضمان بهذا المعنى وان أريد به ما ذكره من بيان عدم ما يقتضى كونها أمانة فلا حاجة فيه إلى التمسك بالأصل فان عدم كونها أمانة شرعية ولا مالكية معلوم مع أن الضمان في السابق لا يكون له مدخلية في المطلب إذ لو فرض عدمه أيضا يكون الحال كذلك فان مقتضى عموم اليد الضمان ولو في مثل الفسخ في مثل الهبة الغير المعوضة والصلح في مقام الهبة مع أنه لم يكن مضمونة في السابق فتدبر قوله أو إلى أنها قبضت (الخ) أقول لا محصل لهذا الكلام

إذ لا وجه لتعين الضمان بالعوض الواقعي إذا بطل الضمان بالثمن والاستصحاب لا معنى له كما عرفت مع أن هذا مناف لما ذكره أولا من أن الغرض من التمسك بالضمان السابق بيان عدم ما يقتضى الأمانة فان لازم هذا البيان ان المقصود ليس إلا التمسك بعموم على اليد وان المطلب لا يتم الا به ومقتضى هذه الفقرة امكان اتمام المطلب مع الاغماض عن العموم من جهة الضمان السابق فتدبر قوله ولكن المسألة لا (يخ) عن اشكال أقول ظاهره خصوصية للمقام في الاشكال مع أنه لا فرق بينه وبين سائر موارد اليد الغير العادية فالمطلب كما عرفت يدور مدار تمامية العموم وعدمها بدعوى الانصراف إلى الأيدي العادية ويمكن ان يكون نظر المصنف أيضا إلى الاشكال في العموم وعدمه لا لخصوصية في المقام لكنه مناف لما يظهر منه في سائر المقامات من الاخذ بالعموم المذكور فتدبر قوله واما العين في يد (الخ) أقول لا وجه للفرق بين يد الفاسخ ويد المفسوخ عليه إذ محل الكلام في المقامين صورة عدم ما يقتضى الضمان ولا عدمه من صيرورة اليد عادية أو حصول الاذن الجديد أو الرضا المفيد للاستيمان إذ مع فرض أحد الامرين في المقامين لا اشكال في الحكم فمال الكلام إلى أن مجرد هذه اليد هل يقتضى الضمان أولا وهذا لا فرق فيه بين المقامين كما هو واضح هذا مع أن كون ترك العين في يد صاحبه مشعرا بالرضا ممنوع وعلى فرضه فالاشعار غير كاف مع أن في الفاسخ أيضا يمكن ان

يكون كذلك بان يكون المفسوخ عليه بعد علمه بالحال لم يطالب العين وتركها في يد الفاسخ قوله بيع الكالئ بالكالئ أقول

هو اسم فاعل من كالا بمعنى تأخر كما يظهر من (الق) يقال كالا الدين أي تأخر فعلى هذا الكالئ أي المتأخر لكنه قال والكالئ النسيئة وعن صاحب النهاية التصريح بان كالا بمعنى تأخر وفي الروضة الكالئ اسم فاعل أو مفعول من المراقبة لمراقبة كل من الغير يمين صاحبه لأجل دينه وكأنه جعله من كالأه

بمعنى حرسه وهو بعيد وذكر في (لك) انه ان جعل اسم فاعل يكون فيه اضمار أي بيع مال الكالئ بمال الكالئ وان جعل اسم مفعول فلا اضمار فيه والمتعين

ما ذكرنا من أنه بمعنى المتأخر ثم إن صاحب (الق) ذكر في باب اللام ان الكال ان تشتري أو تبيع ديناً لك على رجل بدين له على آخر وظاهره انه

يصح ان يقال بيع الكائل بالكائل وعلى هذا يمكن ان يكونا لغتين ويمكن ان يكون أحدهما من باب القلب المكاني قوله وهي النسيئة

أقول هي من نساء بمعنى آخر فيكون بمعنى المؤخرة لكن في (الق) بعته بنساء وبنسيئة باخرة والنسيء الاسم منه وفي الروضة مأخوذ من النسيء وهو تأخير الشيء تقول أنسأت الشيء انساء إذا اخرته والنسيئة اسم وضع (موضع) المصدر ثم إن هذه الأقسام كلها صحيحة الا الثاني فإنه باطل

بالاجماع وللنهي عن بيع الدين الصادق عليه فان الدين يشمل ما كان بالعقد كما يشمل ما كان سابقاً عليه فبيع الدين بالدين أقسام ثلاثة

أحدها ان يبيع الكلي المؤجل بالكلي المؤجل وهو البيع الكالئ بالكالئ الثاني ان يبيع ديناً سابقاً على العقد بعد حلوله

أو قبله بدين كذلك الثالث ان يبيع ديناً سابقاً بكلي مؤجل أو بالعكس وكل هذه الأقسام باطلة لقول الصادق (ع) في خبر طلحة بن زيد

قال رسول الله صلى الله عليه وآله لا يباع الدين بالدين ولبيان وتحقيق الحال في جميع الشقوق مقام آخر ثم إن الظاهر أنه لا فرق في بيع النسيئة

بين ان يكون الاجل على وجه التعيين بحيث يكون حقاً لكل من البائع والمشتري أو على وجه جواز التأخير للمشتري بان يكون حقاً له فقط بمعنى ان

كالا منهما يصدق عليه بيع النسيئة ولكن قال في المستند ولو لم يشترط التأخير ولكن شرط جواز التأخير اما صريحاً نحو قوله بعتك بشرط ان يكون

لك التأخير إلى عشرة أيام أو التزاماً نحو بعتك بشرط أن لا يؤخر الثمن عن عشرة أيام حيث إنه يفهم منه عرفاً ان له التأخر ما دون العشرة

ومنه قوله بعتك بشرط ان تؤدي الثمن اليوم أو ان تعجله في اليوم فإنه يستلزم جواز التأخير ما لم يفت اليوم ففيه اشكال سيما إذا كان زمان

تجويز التأخير قليلاً بالنسبة إلى جعله نسيئة مع أن شرط التأخير ساعة نسيئة قطعاً أو كان الزمان طويلاً بالنسبة إلى احتمال كونه نقداً

نحو سنة فان الظاهر أن الأول نقد سيما إذا قال بشرط ان يؤدي الثمن اليوم أو الساعة والثاني نسيئة سيما إذا قال بشرط ان يكون لك التأخر

إلى سنة أو لا تؤخر عن السنة مع أن شرط التأجيل يكون نسيئة من غير فرق بين الزمان

القليل أو الكثير ويحتمل ان يشترط في التعجيل عدم شرط

(١٧٤)

التأخير (مط) ولا تجوزها الا في مدة قليلة لا ينافي التعجيل عرفا نحو ساعة أو يوم ويظهر من المسالك وغيره ان شرط التعجيل في هذا اليوم مثلا فقد حيث عين مثل زمان التعجيل ويظهر الفائدة في مواضع كثيرة منها في خيار تأخير الثمن عن ثلاثة (فت) انتهى والتحقيق ان شرط جواز التأخير يدخله في النسيئة إذا كان صريحا واما إذا كان بالالتزام فإن كان المقصود بيان الامرين بان يكون المراد من قوله بشرط ان تعجله في اليوم أو لا تؤخره عن هذا اليوم جواز التأخير إلى اخر اليوم وعدم جواز تأخيره عنه كان من المؤجل أيضا واما إذا كان المقصود مجرد عدم التأخير عن اليوم فليس منه بل يمكن ان يقال إنه إذا طالب قبل اخره يجب أدائه فيكون فائدة الشرط عدم جواز التأخير عن اليوم وانه لو اخره يكون من تخلف الشرط ثم ما ذكره من الثمر في خيار التأخير فنظره إلى ما هو المقرر فيه من اشتراطه بعدم كون الثمن مؤجلا فإنهم ذكروا انه لو كان كذلك ليس للبائع خيار التأخير ولو كان الاجل قليلا ولكن يمكن ان يقال بعدم الثمر إذ المدار هناك على جواز التأخير ولو لم يصدق عليه النسيئة أو المؤجل ولعله إلى هذا أشار بقوله (فت) ثم الظاهر أن من المؤجل أيضا ما إذا قال بشرط أن لا يكون لي المطالبة إلى شهر فإنه في معنى تجويز التأخير إليه واما لو قال بشرط أن لا أطالب بالثمن إلى شهر فالظاهر أنه ليس من المؤجل فان ذلك لا يستلزم جواز التأخير فلو خالف وطالبه قبل تمام الشهر وجب الأداء فهو كما لو نذر أن لا يطالب دينا أصلا أو إلى زمان كذا أو في خصوص هذا الثمن فإنه لا يستلزم التأجيل الا ترى أنه يصح ان يشترط عدم المطالبة أصلا بدون بيان مدة مع أنه لو كان من المؤجل كان باطلا لاستلزامه جهالة الاجل والظاهر أنه يجب على المشتري (ح) المبادرة بدفع الثمن لأن جواز التأخير يحتاج إلى دليل والا فمقتضى ملكيته للبائع وجوب دفعة إليه إلى ولو مع عدم المطالبة وانما نقول بعدم وجوبه لا معها من جهة كشفه عن الرضا بالتأخير وفيما إذا اشترط عدم المطالبة لا يكون كاشفا عنه فلا يجوز التأخير والحاصل ان مالكية البائع للثمن في ذمة المشتري كمالكيته للثمن المعين في يده فكما انه لا يجوز ابقائه تحت يده الا باذن أو ثبوت حق أو نحو ذلك فكذا لا يجوز ابقائه في ذمته الا بذلك وعدم المطالبة كاشف عن الاذن إذا لم يكن من جهة وجوبه عليه واما إذا كان كذلك فلا يكون كاشفا فلا بد من المبادرة إلى دفعه إليه لقوله (ع) لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه فإنه يشمل الكلى الثابت في الذمة ومما ذكرنا يظهر ان وجوب الدفع بعد حلول الأجل فيما لو كان مؤجلا لا يتوقف على المطالبة الا إذا كان عدمه كاشفا عن الرضا في التأخير فلو كان من جهة مانع أو جهل بأصل الدين أو جهل بحلوله وجب على المديون دفعه إليه أو اعلامه بالحال ليطلب لو كان مريدا للمطالبة قوله وعلله في التذكرة أقول ويمكن ان يعلل أيضا بان الاطلاق ينصرف إلى النقد فيكون كالشرط الضمني ولعله مراد صلى الله عليه وآله المستند

من أن المتبادر منه النقد لكن لازم هذا الوجه ان يكون له الخيار عند التخلف كما في صورة الشرط الصريح ولا يلتزم به ويمكن ان يعلل أيضا بأنه لولاه فاما ان ينصرف إلى أجل معين وهو تحكم أولا فيلزم عدم وجوب الدفع ابدأ ولو مع المطالبة وهو مستلزم لابطال المبيع وهو كونه بلا ثمن (فت) قوله لكنه خلافا متفاهم (الخ) أقول هذا ممنوع بل المتفاهم العرفي دفعه ولو مع عدم المطالبة فدعوى (المش) من كونه تأكيدا في غير محلها قوله مع أن مرجع (الخ) أقول هذا وجه اخر لتوجيه اطلاق (المش) وحاصله انه لو سلم عدم كون المتفاهم العرفي ما ذكر نقول إن مقتضى عدم المطالبة اسقاط الحق الذي هو الدفع ولو مع عدم المطالبة فيكون حاله حال إذا لم يشترط فصح ما ذكره من كونه تأكيدا وأنت خبير بما فيه إذ مع فرض كون مفاد الشرط الدفع ولو مع عدم المطالبة لا نم ان عدم المطالبة راجع إلى اسقاط الحق وهذا واضح جدا قوله وهو حسن أقول بل لا حسن فيه إذ مع فرض كون زمان التعجيل المشترك ممتدا بحيث يتصور له أول واخر فالتأخير من أول وقته لا يكون من تخلف الشرط حتى يستلزم الخيار وما ذكره من أن التعجيل المطلق معناه الدفع (الخ) فيه مع كونه ممنوعا انه لا يتصور ح أول واخر متى يكون التأخير عن أوله موجبا للخيار فالحق ما ذكره في الدروس فتدبر قوله ولا حاجة إلى تقييد (الخ) أقول الظاهر أن نظره في ذلك إلى الايراد على صاحب الجواهر حيث إنه أورد على ما ذكره الفقهاء من أن اشتراط التعجيل تأكيد أولا بمنعه فإنه يفيد وجوب الدفع ولو مع عدم المطالبة بخلاف صورة عدم الاشتراط الا ان يقال فيها أيضا بوجوبه بدونها وثانيا بأنه مستلزم للجهالة إذا تعدد افراد التعجيل وثالثا انه لا بد من تقييد الخيار بعدم امكان الاجبار كما في (لك) والا أجبر على الوفاء به قال وقد يحتمل الاطلاق كما ستسمع في بحث الشروط وحاصل ما أورده المصنف عليه أولا بقوله لان المقصود (الخ) ان المقصود ها هنا ثبوت الخيار على تقدير فوت التعجيل ومعه (ف) لا فرق بين ان يكون الاجبار ممكنا أولا وواجبا أولا فان هذه مسألة أخرى ولا يجب بيان (تمام الجهات إذ الغرض مجرد بيان) ان التخلف موجب للخيار واما ان ذلك مشروط بعدم امكان الاجبار أولا فبيانه في محل اخر وحاصل ما ذكره ثانيا بقوله مضافا إلى (الخ) انه لا يتصور الاجبار في المقام فالتقييد في غير محله وذلك لأن المفروض فوات زمان التعجيل فالاجبار على الأداء ليس اجبارا على الوفاء بالشرط بل لا يتصور الاجبار أصلا إذ قبل الفوات أيضا لا يجوز الاجبار قلت اما الوجه الأول فيمكن دفعه بان جواز ترك البيان إحالة على بيان ذلك في محل اخر لا يقتضى عدم الحاجة إليه فإنه وان كان مسألة أخرى الا انها مرتبطة بهذه المسألة وإذا كان في صدد البيان فلا بد من بيان تمام الجهات وليس غرض صاحب الجواهر انه لا يجوز الإحالة على ذلك المقام بل غرضه دفع توهم ثبوت الخيار (مط) ثم إنه لا يخفى ما في كلام المصنف (قده) من عدم حسن التأدية إذ

مقتضى أول كلامه ان الاجبار مما لا محل له لأن المفروض فوت

(١٧٥)

زمان المشروط وهو التعجيل حسبما ذكره في الوجه الثاني ومقتضى تعليقه بكون الاشتراط
 بعدم امكان الاجبار مسألة أخرى الاغماض عن ذلك فكان الأولى
 في الايراد الأول الاقتصار على كون ذلك مسألة أخرى ويمكن على بعد أن يكون مراده من
 قوله أمكن اجباره أم لم يمكن أمكن سابقا على زمان الفوات ولم
 يمكن فيكون حاصله ان امكان الاجبار وعدمه أو وجوبه وعدمه قبل فوات الشرط وهو
 التعجيل لا دخل له بما بعد الفوات والمقصود ثبوت الخيار بعد الفوات
 فلا وجه للتقييد بعدم امكان الاجبار ويكون الغرض من الوجه الثاني بيان انه قبل الفوات
 أيضا لا محل للاجبار وحاصل الوجهين (ح) ان
 الاجبار لا محل في المقام أصلا لا قبل الفوات ولا بعده فالتقييد بعدم امكانه لغو لا حاجة
 إليه هذا واما الوجه الثاني فهو انما يتم إذا لم يكن زمان
 التعجيل المشترط ممتدا بحيث يتصور له أول و آخر أو كان كذلك وقلنا بجواز التأخير إلى
 اخر زمانه كما هو الحق واما إذا قلنا بعدم جواز ذلك وان التأخير
 عن أول وقته موجب للخيار كما اختاره المصنف (قده) فيتصور الاجبار ويجرى في المقام
 حكمه فإنه لو اخر عن أول زمانه يكون له الخيار إذا لم يمكن اجباره بناء على
 التقييد به إذ (ح) اجباره اجبار على الوفاء بالشرط لأن المفروض سعة زمانه وان كان يجب
 عليه المبادرة في أول أوقاته هذا مع أنه على الأولين أيضا و
 ان كان لا يتصور الاجبار بعد الفوات الا انه يتصور قبله فإنه بناء على عدم توسعه زمانه له
 اجباره عليه من
 أول الأمر وعلى فرض توسعه وجواز التأخير
 إلى اخر أزمته له اجباره في الجزء الآخر من الوقت فلا وجه لما ذكره من أن قبل انقضاء
 زمان نقد الثمن لا يجوز الاجبار إذا لو استكشف من حاله انه غير بان
 على الأداء يجوز له اجباره والحاصل ان الواجب المضيق أيضا يقبل الاجبار إذا علم من
 حاله البناء على تركه هذا ولازم بيان المصنف (قده) عدم امكان الاجبار
 على إذا واجب أصلا إذ هو اما مضيق أو موسع والأول لا يجوز اجباره عليه قبل انقضاء
 زمانه والثاني لا يجوز اجباره عليه في زمان التوسعة لمكان
 الاذن فالتأخير وبعد الضيق حاله حال المضيق البدوي مع أن الامر ليس كذلك ولعمري انه
 واضح جدا قوله مدة معينة أقول
 لكن المدار فيه على ما يعد تعيينا عرفا فيجوز الاكتفاء بذكر الشهر الهلالي وإن لم يعلم أنه
 تام أو ناقص مع أنه لو قال إلى تسعة وعشرين أو ثلثين يكون
 باطلا وكذا التعيين باليوم مع عدم معرفة ساعاته ولو ردد بين الساعات بطل ولعل الفرق انه
 يكفي التعيين بواحد من الجهات ولا يلزم ذلك
 من جميعها قوله لغوا بل مخالفا (الخ) أقول اما اللغوية فأمرها سهل إذ يمكن فرض
 المصلحة واما المخالفة للشرع فيمكن منعها فان التصريح
 بالبقاء إلى الألف من حيث هو لا مانع منه وليس مخالفا للشرع وحكم الشارع عليه
 بالحلول بالموت تعبد منه ونمنع ان الشرط المذكور في قوة ان يقال
 بشرط أن لا يحل بالموت كيف والا لزم البطلان فيما لو كان الاجل قصيرا واتفق موت
 المشتري قبله والعلم والجهل لا مدخلة لهما في ذلك فان المخالف

للشرع باطل وإن لم يعلم به المتبايعان حين البيع فالتحقيق صحة الشرط المذكور والظاهر عدم الخيار الوارث المشتري من جهة الحلول خلافا لما عن التذكرة والمسالك حيث احتملا ذلك ولا وجه له قوله والمهرجان أقول هو كأصفهان اليوم السادس عشر من مهر ماه الذي هو الشهر الأول من الخريف وهو يوم عيد للفرس قوله والظاهر التذكرة اختيار (الخ) أقول ظاهره اختصاص الجواز بما كان معلوما عند العامة لا مجرد تعيينه في نفسه كموت زيد وقدم الحاج وهو ليس ببعيد فإنه يندفع به الغرر وكذلك الكلام في المقدار ولذا ترى سيرة المسلمين على الاكتفاء بذلك إذ ليسوا ملتزمين بمعرفة كمية عيار البلد بحسب المثقال والدرهم في مقابل المعاملة (فت) قوله لو باع بثمن حالا وبأزيد (الخ) أقول اما ان يجعل كل من الأقل والأزيد ثمنا للمبيع كما هو الظاهر عنوان الفقهاء واما ان يكون الثمن هو الأقل ويكون الزيادة من باب الشرط وعلى التقدير الأول اما ان يكون البيع منجزا ويكون التردد في الثمن كما في بيع أحد العبدین وهذا محط كلام الفقهاء واما ان يكون من باب التعليق كان يقول إن كان الثمن نقدا فبعثك بكذا وان كان مؤجلا فبكذا واما ان يكون التردد في الايجاب فقط ويقبل المشتري على وجه تعيين أحد القسمين وعلى التقدير الثاني اما ان يكون البيع واردا على الأقل نقدا ولكن يشترط الزيادة في مقابل التأخير فيقول بشرط ان يجوز لك التأخير إلى كذا بزيادة كذا واما ان يكون كذلك ويشترط الزيادة على فرض التأخير في مقابله واما ان يكون كذلك ويشترط الزيادة مجانا لكن عند التأخير لا في مقابله اما على تقدير كونها على وجه الشرطية ففي الصورة الأولى منها مقتضى القاعدة بطلان الشرط لكونه ربوا واما بطلان البيع فمبنى على القولين من كون الشرط الفاسد مفسدا أولا وعلى تقدير عدم بطلان البيع لا يلزم على البايع الصبر إلى الاجل لأن المفروض سقوط الشرط وبطلانه خلافا لما يظهر من العبارة المحكية عن الدروس ولا وجه له حسبما ذكره المصنف (قده) لا يقال لا فرق بين هذه الصورة وبيع النسئة إذ المفروض ضرب الاجل واشترط جواز التأخير إلى زمان كذا فلم قلت بالبطلان وانه من بيع النقد ويكون الشرط من باب الربا لأننا نقول لا بد في المؤجل من كون الثمن هو المقدار الزائد بشرط الاجل وفي المقام جعل الثمن هو الأقل وضرب الاجل في مقابل الزيادة فلا يكون من باب النسئة لان الزيادة ليست جزء من الثمن واما في الصورة الثانية فمقتضى القاعدة أيضا بطلان الشرط لما مر من كونه ربوا واما الصورة الثالثة فيمكن القول بعدم البطلان لعدم جعل الزيادة في مقابل الاجل بل شرطت في البيع مجانا على تقدير التأخير والحق انه أيضا ربوا فحالها حال الصورة الثانية واما على التقدير الأول فالصورة الثالثة منه وهي كون التردد في الايجاب فقط قد يقال فيها بالصحة لوجود مقتضى من الاطلاقات وعدم المانع من الغرر والجهالة لأن المفروض تعيينه في القبول ولا يضر

الترديد في الايجاب بعد كون الثمن على الوجهين معينا و

(١٧٦)

الأقوى البطلان لعدم جزم الموجب فيكون غررا ولو باعتبار الايجاب هذا ولكن الانصاف ان المسألة مشكلة بناء على مصرية الجهالة وكون مطلقها غررا ولذا قال في الجواهر والأول لا (بخ) عن قوة بناء على عدم منع مثل هذه الجهالة والا فالثاني أقول واما الصورة الثانية فلا اشكال فيها في البطلان من جهة التعليق المبطل لمثل البيع بالاجماع واما الصورة الأولى فالحق فيها أيضا البطلان على الوجه المذكور في الايجاب والقبول بمعنى عدم الصحة مع وصف التردد وفاقا للمشهور بل ادعى المصنف (قده) عدم الاشكال والخلاف فيه القاعدة الغرر والجهالة مضافا إلى النصوص الخاصة الناهية عن شرطين في بيع لكن عن الأردبيلي (ره) الاشكال في اندراج ذلك تحت قاعدة الغرر لان الثمن معلوم على كل من التقديرين والاختيار إلى المشتري ويؤيده ما ذكره جماعة من باب الإجارة من الحكم بالصحة فيما لو قال إن خطته روميا فبكذا أو ان خطته فارسيا فبكذا أو ان خطته في اليوم فبكذا وان خطته غدا فبكذا ويمكن ان يستدل عليه باية موسى (ع) وبما ورد في بعض الأخبار كخبر الحلبي وصحيحة أبي حمزة من جواز الإجارة على أن يحمل متاعه إلى مكان كذا بأجرة معينة إذا أوردته في ذلك المكان يوم كذا وأقل ان أوردته في يوم اخر أو إجارة الدابة بأجرة معينة إلى مكان كذا فان جاوزه فبأجرة معينة أيضا فراجع ولكن التحقيق الفرق بين المقامين فنقول بالصحة في الإجارة من جهة الروايتين فتدبر وربما يفرق بينهما بوجه آخر وهو ان العمل الذي يستحق به الأجرة في باب الإجارة لا يمكن وقوعه الا على أحد الصفتين فتتعين الأجرة المسماة فلا يقتضى التنازع بخلاف البيع وفساده واضح لان الاشكال انما هو في مقدار الاستحقاق قبل العمل والا ففي البيع أيضا إذا لم يعطه الثمن نقدا يتعين الأكثر وإذا أعطاه نقدا تعين في الأقل هذا كله مع الاغماض عن النصوص الخاصة الدالة على البطلان والا فبملاحظتها لا ينبغي الاشكال في البطلان في المقام وإن لم نقل به في باب الإجارة بمقتضى القاعدة أيضا ودعوى انها محملة مرددة بين معان كما ترى إذ الظاهر منها هو هذا العنوان كما فهمه الأصحاب أيضا ويدل عليه خبر السكوني فإنه بمنزلة المفسر لتلك الأخبار ثم إن ما ذكرنا من البطلان انما هو مع قطع النظر عن رواية السكوني وصدر رواية محمد بن قيس واما بالنظر إليهما فيمكن القول بالصحة بمقتضى مضمونهما ولا يضر كونهما على خلاف القواعد من جهات بعد اعتبار سندهما في الجملة من جهة اشتهارهما بين الأصحاب فإنهم بين عامل بهما وبين حامل لهما على بعض المحامل مع أن الثانية تعد من الحسن أو الصحيح وحملهما على إرادة البطلان وكون المشتري ضامنا للمبيع التالف في يده بالثمن الأولى وان تأخر الدفع إلى اخر الاجل بعد دعوى كون القيمة غالبا بمقدار الثمن المعين على تقدير النقد كما ترى و كذا حملهما على صورة كون الزيادة من باب الشرط وكون الثمن هو الأقل و (ح) فالشرط فاسد للربوا والبيع

صحيح وتكونان من الأدلة على عدم كون الشرط الفاسد مفسدا
وابعد منهما حملهما على ما إذا كان التردد في الايجاب فقط وكان المشتري معينا
لأحدهما وابعد من الجميع حملهما على صورة كون ذلك من باب
الشرط بعد العقد الذي لا يلزم الوفاء به فالانصاف ان مقتضى القاعدة العمل بهما و (ح)
فلا بد من تخصيص قاعدة الغرر والجهالة وقاعدة
كون العقود تابعة للقصد واشتراطها بالتراضي وحمل الأخبار المتقدمة الناهية عن الشرطين
في بيع أو البيعين في بيع على غير هذا الفرض أو
على الكراهة أو الحرمة التعبدية ويؤيد أحد الأخيرين كون قوله (ع) من ساوم بثمنين
أحدهما عاجل والاخر نظرة فليسم أحدهما قبل الصفة من تنمة
رواية محمد بن قيس على ما في الكافي فان الجمع بين الصدر والذيل يقتضى أحد الوجهين
والحاصل ان الروايتين معتبرتان سنداً ظاهريان
دلالة وقد عمل بهما من الأصحاب جماعة من القدماء وبعض متأخري المتأخرين فلا مانع
من العمل بهما لكن لا يقاس عليهما صورة كون البيع نسيئة على
التقديرين كما إذا قال إلى شهر بدرهم أو إلى شهرين بدرهمين لكون الحكم على خلاف
القاعدة والمناط غير منقح وما عن سيد الرياض وظاهر صلى الله عليه وآله الحدائق
من عدم القائل بالفرق ممنوع وعلى تقديره غير نافع كما لا يخفى قوله وقال في (لف)
(الخ) أقول الظاهر من عبارته صورة جعل الثمن الأقل
وكون الزيادة من باب الاشتراط في مقابل الاجل وكذا ظاهر الدروس والفرق بينهما الثاني
حكم بلزوم الصبر على البايع إلى اخر الاجل بخلاف
الأول حيث قال فإذا صبر إلى البعيد لم يحب له الأكثر قوله لأنه في مقابل الزيادة (الخ)
أقول الأولى ان يقال لان الشرط المذكور فاسد
فلا وجه للزوم الاجل ومن ذلك يظهر انه لا وجه للتوجيه الذي ذكره المصنف (قده) بقوله
الا ان يقال إن الزيادة (الخ) وذلك لان الشرط إذا كان سقوط
حق المطالبة في مقابل الزيادة فمع بطلانه لا يبقى الاسقاط وبعبارة أخرى معنى بطلان
الشرط بطلان الاسقاط فلا يمكن فساد المقابلة مع
عدم فساد الاسقاط إذ هو الطرف المقابلة واما مسألة حق القصاص بعبد الغير أو بحر فنمنع
فيه أيضا سقوطه كيف ومعنى صلح الحق اسقاطه بعوض
فإذا لم يكن العوض عوضا كيف يتحقق الاسقاط نعم لو كان معناه نقل الحق إليه في مقابل
العوض أمكن ان يقال إنه يتضمن اسقاط الحق فمع بطلان الصلح
أيضا يتحقق الاسقاط إذ يمكن ان يكون المعاملة الفاسدة انشاء فعليا للاسقاط كما يكون
انشاء للفسخ أو الإجازة والحاصل انه اما
ان يكون المقابلة بين الاسقاط والعوض الغير القابل للعوضية واما ان يكون بين غيره
والعوض الكذائي لكن نفس المقابلة يدل على الاسقاط
فعلى الأول لا معنى لفساد المقابلة وبقاء الاسقاط كما هو واضح وعلى الثاني يمكن ذلك
لان الاسقاط (ح) يحصل بنفس انشاء المقابلة سواء كانت صحيحة
أو فاسدة وما نحن فيه من قبيل الأول ومسألة الإجازة والفسخ فيما إذا باع ما انتقل عنه أو
ما انتقل إليه في البيع الخياري من قبيل الثاني

فلهذا يتحققان بالبيع الفاسد أيضا فتدبر قوله ويمكن أيضا حمل الرواية (الخ) أقول كما
 استظهرناه من عبارتي (لف) والدروس
 قوله ولعل هذا مبني (الخ) أقول يعني انه يمكن دفع التنافي بين حكمهم أولا بالبطلان
 والفساد و حكمهم ثانيا بوجوب الأقل في اخر
 الاجل بحمل كلامهم على صورة كون الزيادة بعنوان الشرط وكون الثمن هو الأقل فقط
 فيكون حاصل مرادهم من البطلان بطلان الشرط لا بطلان
 أصل البيع قلت ويمكن دفع التنافي بحمل كلامهم على صورة تلف المبيع فيكون دفع الأقل
 من باب الغرامة كما ذكره ابن الجنيدي فيكون منزلا على
 الغالب من كون الثمن المعين نقدا هو مقدار قيمة المبيع وعلى هذا فلا منافاة بينه وبين
 بطلان البيع بل لا يكون ذلك الا مع فرض البطلان
 وهذا الحمل أقرب من الأول كما لا يخفى قوله فيقع الاشكال في نهوض (الخ) أقول قد
 عرفت أنه لا مانع منه بعد اعتبار الخبرين
 سندا ووضوحهما دلالة فتدبر قوله غير واحد ممن تقدم أقول كالمقنعة والنهاية والغنية
 وسار وأبي الصلاح قوله
 وأجاب عنه بعد تسليم (الخ) أقول الأولى الفرق بإمكانه استفادة الصحة في الإجارة من
 الخبرين اللذين أشرنا إليهما وبآية موسى (ع) والا
 فالجعالة أيضا مثل الإجارة في اعتبار المعلومية لاشترائك المستند وهو النهي عن الغرر وقد
 حكى في الجواهر في باب الإجارة عن (لف) الحكم ببطلان
 الفرض المذكور إذا كان بعنوان الجعالة أيضا وحكم بوجوب أجره المثل على فرض العمل
 فتدبر قوله ولو تبرع بدفعه لم يجب (الخ) أقول
 التحقيق وجوب القبول الا إذا فرض كون الشرط لكل منهما على الاخر والا فالمتعارف من
 شرط الاجل ما هو للمشتري فقط وإذا لم يرد الاخذ بحقه فله ذلك
 ويجب على البائع القبول كما في صورة الحلول أو كونه حالا من الأول وما ذكره التذكرة
 من كونه مستلزما التقليد المنه كما ترى مع أنه لازمه التفصيل
 بين ما يكون منه وما لا يكون إذ قد يكون المشتري ممنونا للبائع في القبول وما ذكره
 المصنف (قده) من كونه حقا للبائع أيضا قد عرفت ما فيه ثم إن
 الظاهر أن محل الكلام في غير ما إذا قال بشرط ان تعطيني من الآن إلى شهر فان في هذه
 الصورة لا ينبغي الاشكال في وجوب القبول وكذا إذا قال
 بشرط ان يجوز لك التأخير إلى شهر هذا واما ما ذكره من التمسك بالاجماع ففيه انه غير
 كاشف بعد معلومية المدرك وفساده ولا يضر عدم ذكر
 التعليل الا في كلام البعض لكفاية معلومية مدرك البعض وفساده في عدم تحقق الاجماع
 وعدم الكشف كما لا يخفى بل قد يضر الاحتمال فتدبر
 قوله ثم إنه لو اسقط المشتري (الخ) أقول التحقيق في هذه المسألة أيضا السقوط وصورته
 حالا لأنه حق له فهو مسلط على اسقاطه
 والوجوه المذكورة لعدم السقوط عليلة كما سيتبين قوله قد ثبت التأجيل في العقد اللازم
 أقول إن كان مراده انه من قبيل الحكم فلا يقبل
 الاسقاط ففيه ما لا يخفى مع أن لازمه عدم صحة الإقالة أيضا (فت) وان أراد انه مع كونه

حقا ليس له الاسقاط من جهة كونه في العقد اللازم ففيه ما ذكره المصنف (قده) قوله اما لو نذر التأجيل (الخ) أقول يعنى لو نذر البايع ذلك والا فنذر المشتري لا يثمر في اللزوم الا إذا كان باذن البايع قوله ويمكن ان يقال إن مرجع (الخ) أقول لا يخفى ان لازم هذا الوجه عدم صحة الإقالة أيضا ثم أقول رجوع شرط الاجل إلى اسقاط حق المطالبة ممنوع بل حقيقته احداث حق للمشتري كما هو واضح مع أن جواز المطالبة ليس من قبيل الحق حتى يجوز اسقاطه بل هو حكم شرعي ومن شؤون الملكية فان من احكام الملك السلطنة على اخذه إذا كان عند الغير من غير فرق بين ان يكون عينا أو دينا قوله (فت) أقول الانصاف انه وجه للتأمل وان الحق متعدد قطعاً ان قلنا بكونه ثابتاً لهما لا مخصوصاً بالمشتري قوله وهذا لا دخل له بما ذكره (الخ) أقول حيث إن ظاهره كون العلة هو كونه صفة تابعة لا يفرد بالاسقاط عن متبوعه كما في وصف الصحة والجودة فلا دخل له بما علله جامع المقاصد من كونه مشتركاً بينهما فليس لأحدهما الانفراد بالاسقاط قلت يمكن ان يقال إن مراد التذكرة أيضا من قوله لا يفرد بالاسقاط انه لا يجوز لاحد المتعاقدين اسقاطه منفرد الا انه لا يفرد عن متبوعه ويؤيده قوله صفة واحدة وان كان قوله تابعة مؤيد الاحتمال الاخر ثم إن قياسه على وصف الجودة والصحة في غير محله لان الوجه في عدم جواز اسقاطهما كونهما عنواناً في البيع كما إذا باع الحنطة الجيدة مثلاً والا فلو فرض كونهما شرطاً بان قال بعثك هذه الحنطة بشرط كونها جيدة أو صحيحة فله اسقاط حق الشرط من الجودة أو الصحة وإن شئت فقل ان الاجل ليس وصفاً بل هو شرط بخلاف الوصفين المذكورين إذا لم يعتبرا في المبيع على وجه الشرطية والا فحالهما حال الاجل في جواز الاسقاط نعم الاسقاط يتعلق أولاً بحق الشرط ويلزمه سقوط الوصفين بالنبع؟ فتدبر قوله إذا كان الثمن (الخ) أقول هنا مقامات أحدها لا اشكال في وجوب الدفع على المديون بعد الحلول مع المطالبة بل لا معها أيضا إذا لم يكن عدم المطالبة كاشفاً عن الرضا في التأخير حسبما عرفت سابقاً الثاني لا اشكال في عدم وجوب القبول على صاحب الدين مع الدفع إذا لم يكن موافقاً لحقه من حيث القدر أو الوصف أو الجنس بل الظاهر ذلك إذا أراد التبعض في الدفع بان يدفع بعضه الآن وبعضه الاخر في وقت اخر فان له ان يمتنع من ذلك ويقول أعطني الجميع دفعة (فت) وكذا إذا كان له عذر في القبول من جهة اشتغاله بواجب ينافيه بل وكذا إذا كان ذلك مستلزماً لضرر عليه بدنا أو مالا الا إذا كان عدم القبول مستلزماً للضرر على المدافع فإنه (ح) يجب عليه القبول لتعارض الضررين ويبقى ما دل على وجوب القبول مع عدم العذر سيما الثالث لا اشكال في وجوب القبول عليه إذا كان موافقاً لحقه مع عدم العذر لما أشار إليه المصنف (قده) من أن في امتناعه اضراراً وظلماء على المديون ولفحوى قوله (ع)

الناس مسلطون على أموالهم بل يمكن ان يستدل عليه كما يظهر من الجواهر في مثل ثمن البيع ونحوه مما كان جائيا من قبل العقد بقوله (تع) أوفوا بالعقود بدعوى أن معنى الوفاء وجوب الدفع ووجوب القبول لكن فيه تأمل من حيث إن الظاهر من الآية الوجوب الوضعي لا التكليفي وعلى فرضه فمقتضاه وجوب ترتيب اثار الملكية على كل من الطرفين واما انه يجب القبول فلا يستفاد الا ما دل على تسلط الناس على أموالهم الرابع إذا امتنع من القبول الواجب عليه أو غير الواجب أيضا على بعض الوجوه فلو رضى الدافع بالصبر وكونه في ذمته فله ذلك وليس للحاكم مطالبته من باب كونه وليا للممتنع بلا اشكال بل بلا خلاف الا ما يمكن ان يستظهر من المحكى عن السرائر وإن لم يرض بذلك فهنا وجوه أحدها تعيين العزل وكون الضمان على صاحب الدين وان كان يمكن دفعه إلى الحاكم كما هو ظاهر الشرائع والنافع والشيخين وابن حمزة والديلمي والقاضي والتقى على ما حكى عنهم حيث أطلقوا كون الضمان عليه ولم يخصوه بصورة تعذر الحاكم ولعل الوجه فيه أنه مقتضى نفى الضرر حيث إن الموجب له هو اعتبار قبض الداين في ملكيته فمقتضى كونه مرفوعا عدم اعتبار ذلك وكفاية تعيين من عليه الدين الثاني تعيين الدفع إلى الحاكم لأنه بمنزلة المالك بعد عموم ولايته فلا وجه للاكتفاء بمجرد تعيين الدافع وهذا هو المحكى عن ظاهر (المش) الثالث تعيين الاجبار أولا فإن لم يكن فالدفع إلى الحاكم ومع تعذره فالعزل وهذا الوجه مختار المصنف (قده) وجماعة الرابع التخيير بين الوجوه الخامس تعيين الاجبار أولا ومع عدم امكانه فالتخيير بين العزل والدفع إلى الحاكم والتحقيق ان يقال إن أمكن القائه إليه أو وضعه عنده جاز ذلك وخرج بمجرد عن العهدة لان تعيين الكلى بيد الدافع غاية الأمر انه يعتبر في تملك المدفوع إليه قبضه ويصدق ذلك بمجرد الالتقاء إليه وان أبيت عن صدق القبض فنقول ان الحكم ليس معلقا عليه بل على عنوان الأداء والرد والوفاء ونحو ذلك وهذه العناوين صادقة بمجرد ذلك الا ترى أنه يكفي ذلك في رد المغصوب أو العارية أو الوديعة أو نحوها إذا كان الملقى إليه ملتفتا لذلك وإن لم يمكن ذلك وجب أولا الاجبار لأنه إذا لم يمكن القبض مع الرضا لا يجوز رفع اليد عن أصل القبض بل مقتضى القاعدة سقوط الرضا الذي هو الشرط في تأثيره في الملكية لا أصله والظاهر أنه لا يعتبر كون الاجبار من الحاكم بل يجوز من المؤمنين ولو كانوا فساقا مع وجود الحاكم أيضا بل يجوز للمدافع أيضا اجباره من قبل (نفسه) وذلك لان هذا من باب الأمر بالمعروف لا من باب الولاية حتى يتوقف على الحاكم وإن لم يمكن الاجبار تعيين قبض الحاكم بمعنى انه لا يكفي العزل لان قبضه قبض المالك حيث إنه ولي الممتنع فلا وجه لسقوطه والاكتفاء بمجرد العزل ومع عدمه يجوز العزل ولا يقوم قبض عدول المؤمنين مقامه لعدم الدليل على عموم

ولا يتهم فان ولايتهم انما هي من باب الحسبة فيختص بمقام الضرورة هذا والتحقيق انه بالعزل يصير ملكا لصاحب الدين لا ان يكون باقيا على ملك المديون ويكون الضمان عليه فان مقتضى نفى الضرر سقوط اعتبار قبضه في تملكه وكفاية مجرد تعيين الدافع فنمائه ليس للمديون ولا يجوز له ان يتصرف فيه نعم يمكن ان يقال له ان يسترجعه إلى ملكه ليرجع المال إلى الذمة لأنه إذا رضى بذلك والمفروض ان الداين أيضا راض بذلك فيكون من باب الإقالة في الوفاء (فت) الخامس إذا عزله فهل يجب حفظه الظاهر العدم لاستلزامه الضرر عليه لكن يشكل بان لازمه جواز طرحه في الطريق إذ احرازه في بيته أيضا نوع حفظ ولا بأس بالتزامه إذا اعلمه بذلك بان يقول إن اخذت والا طرحته في الطريق وهكذا حال الأمانات الشرعية والمالكية بعد امتناع المالك من اخذها حين عرضها عليه أو اعلامه بالحال قوله والناس مسلطون (الخ) أقول قد عرفت أنه مستفاد من فحوى قوله (ع) الناس مسلطون على أموالهم والا فليس موردا للنص قوله بان مشروعية قبض (الخ) أقول لا ينحصر مشروعية قبض الحاكم دفعا للظلم والاحراز فإنه يجري فيما لم يكن كذلك أيضا كما إذا كان المالك مجهولا أو غائبا أو نحو ذلك فالأولى الاقتصار على قوله ليس بدلا اختياريا (الخ) أو الجواب بان صدق الظلم والاحراز متحقق ولو مع امكان الدفع إلى الحاكم قوله ولو قلنا إنه (الخ) أقول ليس المدار على صدق الامتناع على الامتناع عن اختيار بل المدار وجود عموم مثبت للولاية حتى في هذه الصورة الا ان يقال إن هذه العبارة أعني قولهم السلطان ولي الممتنع مورد الاجماع ومعقده وهو كما ترى قوله و المحكى (عن اطلاق) (الخ) أقول كالشيخين والمحقق وغيرهم ممن عرفت فإنهم حكموا بأنه لو هلك المال يكون الضمان على صاحب الدين ولم يقيدوا ذلك بما إذا لم يمكن قبض الحاكم قوله وعن السرائر وجوب القبض (الخ) أقول يعنى انه يظهر منه وجوب القبض عليه ولو لم يسأله حيث إنه أطلق ذلك ولو حمل كلامه على صورة سؤاله يرجع قوله إلى ما حكاه عن جامع المقاصد من جواز قبض الحاكم ولو مع امكان الاجبار قوله لأنه من المعروف الذي (الخ) أقول لازم هذا كما أشرنا إليه عدم اختصاص الاجبار بالحاكم ولو مع وجوده وامكان الرجوع إليه بل جواز اجبار المديون أيضا فلا وجه لتخصيصه ذلك بالحاكم حين امكانه حيث قال ومقتضى القاعدة اجبار الحاكم له على القبض قوله ولكن لم يخرج (الخ) أقول التحقيق ما عرفت من صيرورته ملكا لصاحب الدين بالعزل وذلك لما عرفت من أن تعيين؟؟ الحق بيد المديون غايته انه يعتبر في ملكيته قبضه مع رضاه وإذا امتنع من ذلك فاعتبار هذا المجموع موجب للضرر على المديون ولا بد من رفع هذا الضرر برفع الحكم الشرعي الموجب له ومقتضاه في المقام رفع اعتبار أصل قبضه لأن

المفروض عدم امکان الاجبار وعدم امکان قبض الحاكم وإذا

(١٧٩)

سقط اعتباره فيحصل الملكية بمجرد العزل ورفع هذا الضرر وان أمكن بإيجاب الضمان الا انك قد عرفت في خيار الغبن ان مقتضى القاعدة

نفى الحكم الموجب للضرر لا رفعه بأي وجه اتفق فان الموجب للضرر قد يكون حكما معينا لكن يمكن رفعه بأنحاء عديدة فان في خيار الغبن

الموجب للضرر هو حكم الشارع بلزوم المعاملة الا ان رفع هذا الضرر يمكن بالحكم ببطلان البيع من الأصل أو بانفساخه من حين الاطلاع على

الغبن أو بإيجاب الأرش من مال البائع أو من بيت المال ومقتضى حديث نفى الضرر نفى اللزوم وكذلك الحال في المقام ومما بينا

يتفطن لليب ان الدليل على كل من الأحكام الثلاثة التي ذكرناها على الترتيب من وجوب الاجبار أولا وقبض الحاكم ثانيا والعزل ثالثا هو قاعدة

الضرر وان مفادها يختلف بحسب المقامات فان في صورة امكان الاجبار يتعين كون الساقط هو اشتراط القبض المعبر في ملكية ص الدين بالرضا

لا أصل القبض ولا اعتبار كونه بمباشرة فإنه هو الموجب للضرر وفي صوره عدم امكان ذلك يتعين كون الساقط اعتبار مباشرته للقبض ولازمه

كفاية قبض عليه وهو الحاكم وفي صورة عدم امكان ذلك أيضا يتعين كون الساقط أصل اعتبار القبض فيكتفى بمجرد عزل المديون والسرفيما

ذكرنا أن قاعدة الضرر نظير الضرورات التي تتقدر بقدرها ومثلها في ذلك قاعدة الحرج فإذا فرض عدم امكان مسح البشرة أو كونه حرجا في

باب الوضوء مع المباشرة فان أمكن المسح بالرطوبة على الحائل تعين ولا يسقط أصل المسح ولا اعتبار الرطوبة وإن لم يمكن ذلك أو كان حرجا ولكن

أمكنه المسح على البشرة أو الحائل بلا رطوبة تعين وإن لم يمكن ذلك أيضا سقط أصل المسح ويبقى وجوب البقية ولا يحكم بسقوط أصل الوضوء فافهم

واغتنم قوله ويمكن ان يقال (الخ) أقول لا يخفى ان هذا لا ينطبق على شئ من القواعد بل لا يمكن الالتزام به فضلا عن أن يكون مما

يتفصى به عن الاشكال المذكور الذي التزامه أهون من هذا بمراتب وذلك لان ما ذكره مستلزم لخروج مال الدائن عن ملكه بلا سبب شرعي فان

الكلى الذي كان مملوكا له في ذمة المديون قد خرج عن الذمة ولم يتعين في المعزول ولازمه ما ذكرنا فإنه (ح) لا يبقى للدائن مال فلا يمكنه بيع دينه

أو الصلح عنه أو غير ذلك من انحاء التصرف في الملك غاية الأمر ثبوت حق له في المعزول مع أن هذا أيضا على خلاف القاعدة فلا يحسن العدول عن

مخالفة قاعدة إلى أخرى بلا جهة وبالجملة لا بد من التزام مخالفة للقاعدة ويدور الامر بين أمور أحدها صيرورة المعزول

ملكا للدائن بلا تحقق قبض منه الثاني كونه ملكا للمديون مع كون ضمانه على الدائن الثالث كونه ملكا للمديون إلى حين

التلف وانتقاله إلى الدائن قبله بان ما الرابع خروج الكلى عن الذمة وتعلق حق بالمعزول فنقول ان أغمضنا عن كون المتعين هو

الأول فلا وجه لترجيح أحد الأخيرين خصوصا الثاني منهما ثم إن لازم تعلق الحق

بالمعزول أيضا عدم جواز تصرف المديون فيه بعد ذلك إذ الحق مانع عن ذلك ودعوى أن التصرف لا يعد منافيا للحق حتى يكون ممنوعا لأن المفروض انه موجب للعود إلى الذمة مدفوعة بان مجرد هذا لا يسوغ التصرف مع أنه انما يتم في التصرف بالاتلاف لا كل تصرف الا ان يقال إن مطلق التصرف مستلزم للعود إلى الذمة وفيه أنه لا وجه له قوله وبين ما اتاه وطرحه (الخ) أقول قد عرفت أنه لو أمكن ذلك لا ينبغي الاشكال في جواز الاكتفاء به وانه يخرج به عن العهدة بل أقول يمكن ان يقال لا يجوز الاجبار ولا يكفي قبض الحاكم مع امكان ذلك إذ معه يصدق الأداء والرد ويؤيد ما ذكرنا ما ذكره من دس المال في مال صاحب الدين إذا كان منكرا له وقد علم به المديون فتدبر ثم إن هذا لا يعد تفصيلا إذ مع طرحه عنده لا يبقى موضوع لوجوب الحفظ حتى يبحث عن وجوبه وعدمه فتدبر قوله فإذا اخذ جزء خارجيا (الخ) أقول وكذا لو غصب النصف المشاع بينة كونه النصف المملوك للشريك فإنه لا يتعين كونه له فيكون النصف الآخر لهما والمغصوب عليهما ولذا قلنا فيما لو أفر أحد الأخوين بثالث أو نكره الآخر واخذ نصف التركة مفروزا أو مشاعا ان مقتضى القاعدة كون النصف الآخر بين المقر والمقر له إذ هما سواء في ورود الضرر عليهما بإنكار الآخر اخوة الثالث وان النصوص الدالة على أن المقر انما يعطى الزائد عن نصيبه مما بيده على خلاف القاعدة قوله وإلا فلا ترجيح (الخ) أقول ودعوى أن الضرر متوجه إلى الشريك أولا وبالذات بمقتضى إرادة الظالم فيكون من باب تحمل الضرر لدفع الضرر عن الغير وقد بين في محله عدم وجوب ذلك مدفوعة بمنع كون المقام من هذا القبيل وعلى فرض التسليم نمنع الكبرى وان كانت مقبولة عند المصنف (قده) على ما بينه في غير موضع نعم القدر المسلم من ذلك ما إذا كان عنده مال معين للغير وأراد الظالم اخذه وأمكنه ابداله بمال نفسه أو ارضاء الظالم باعطاء مقدار من ماله فإنه لا يجب عليه ذلك لا مثل المقام الذي يكون الضرر متوجها إليهما معا غاية الأمر ان قصد الظالم اخذ خصوص حصة الشريك فإنه لا ينفع بعد كون المعين التي يريد اخذها مشتركة من حيث هي قوله في عدم جواز تأجيل الثمن (الخ) أقول وكذا تأجيل غير الحال بأزيد من الاجل الذي يكون له بزيادة والظاهر أنه لا فرق بين جعل الزائد في مقابل الاجل أو جعل مجموع المؤجل في مقابل المجموع الحال بحيث يكون المعاوضة بين الثمن ومجموع ما جعل مؤجلا وكذا لا فرق بين ان يكون ذلك بعنوان الشرط الابتدائي أو بالشرط في ضمن معاملة أخرى لازمة أو كان بمجرد المقابلة عليها من غير عقد كما سيصرح به المصنف (قده) بل وكذا إذا صالح عن الزيادة بالأجل أو صالح المجموع بالمجموع بل الظاهر أنه لو باع دينه الحال بأزيد منه مؤجلا كان ربوا وإن لم يكن من الجنس بالربوي (فت) هذا ولو اخر

(۱۸۰)

دفع الثمن الحال أو بعد حلوله لعذر أو غيره فكذلك لا يجوز اخذ عوض في مقابله اما لو دفعه المديون مجانا وكان غرضه من ذلك تدارك ما جاء من قبل تأخيريه فلا بأس إذا كان بطيب نفسه قوله ويدل عليه بعض الأخبار (الخ) أقول كموثق ابن عمار قلت للرضا عليه السلام الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤ متساوي مئة درهم بألف درهم ويؤخر عليه المال إلى وقت قال عليه السلام لا بأس قد امر بي أبي ففعلت ذلك وزعم أنه سئل أبا الحسن عنها فقال (ع) له مثل ذلك وموثقه الاخر قلت لأبي الحسن عليه السلام يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرني وانا أربحك فأبيعه جبة تقوم على بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال بعشرين وأؤخره بالمال قال (ع) لا بأس ومضمر عبد الملك بن عتبة سئلته عن الرجل يريد أن أعينه المال ويكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب مني مالا أزيده على مالي الذي لي عليه أيستقيم ان أزيده مالا وأبيعه لؤلؤه تساوي مئة درهم بألف درهم قال (ع) لا بأس قوله بعض الأخبار الواردة (الخ) أقول هو خبر اسحق ابن عمار عن أبي الحسن عليه السلام سئلته عن الرجل يكون له مع الرجل مال فرضا فيعطيه الشيء من ربحه مخافة ان يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير أن يكون شرط عليه قال عليه السلام لا بأس قوله وظهر أيضا انه يجوز المعارضة أقول يعنى ظهر من الاخبار التي أشار إليها ونحن ذكرناها انفا والظاهر عدم الخلاف في جواز ذلك إذ لا معارض للأخبار المذكورة الا خبر الشيباني قلت لأبي عبد الله الرجل يبيع المبيع والبايع يعلم أنه لا يسوى والمشتري يعلم أنه لا يسوى الا انه يعلم أنه سيرجع فيه ويشتره منه فقال (ع) يا يونس ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال لجابر بن عبد الله إلى أن قال يا يونس وهذا الربا فإن لم تشتريه منه رده عليك قال فقلت نعم قال فقال لا تقربنه ولا تقربنه وهو غير قابل للمعارضة من وجوه مع احتمال حمله على التقية أو الكراهة فتدبر في شهر صفر المظفر سنة ١٣١٧