ميزان الفقاهة

تأليف

آية الله العظمى السيد محمد باقر بن مرتضى

الداجيلي الاصفهاني

المجلد الخامس عشر

اعداد

السيد صادق الحسيني الشكوري

الطبعة الاولى

١٤٣٦ هـ.ق - ١٣٨٩ هـ.ش



مِيزَانُ الفِقَاهَةِ

سرشناسه : درچه‌ای، محمدباقر بن مرتضی، ۱۲۶۴ - ۱۳۴۲ق.
عنوان و نام پدیدآور : میزان الفقاهة/تالیف محمدباقربن‌مرتضی الدرچه‌ای الاصفهانی؛ اعداد صادق الحسینی الاشکوری؛
مشخصات نشر : قم:مجمع الذخایر الاسلامیة ،۱۳۸۹ .
مشخصات ظاهری : ج.
شابک : دوره ۰ – ۲۰۰ – ۹۸۸ – ۹۶٤ - ۹۷۸؛ ج۱۵: ٤ – ۲۱۵ – ۹۸۸ - ۹۶٤– ۹۷۸
یادداشت : عربی
یادداشت : کتابنامه
موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴
شناسه افزوده : حسینی اشکوری، صادق، ۱۳۵۱ - ، مصحح
رده بندی کنگره : ۱۸۳/۵BP /د۳۶ک۲ ۱۳۸۸
رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲
شماره کتابشناسی ملی : ۶۲۶۰۶۹۱

ميزان الفقاهة

تأليف

آية الله العظمى السيد محمد باقر بن مرتضى

الدرچه‌ای الاصفهانی



المجلد الخامس عشر

اعداد

السيد صادق الحسيني الاشكوري

بمساعدة

محمد علي باقرزاده ، السيد محمد جواد الاشكوري ، السيد محمود زماني

الطبعة الاولى

١٤٣١ هـ.ق - ١٣٨٩ هـ.ش

كليه حقوق اين كتاب تحت قانون كپى رايت بوده و ترجمه يا چاپ تمام يا بخشى از مطالب آن و نيز درج تمام يا بخشى از آنها در ضمن بانكهاى اطلاعاتى و تهيهٔ برنامه‌هاى رايانه‌اى يا استفاده مطالب و تصاوير در اينترنت و ديگر ابزار و ادوات، به هر نحوى، بدون اجازهٔ قبلى ناشر بصورت كتبى، ممنوع مى‌باشد.

©MAJMA AL-DAKAAIR AL-ISLAMYYAH, 2011

All rights reserved, No part of this book may be reproduced or translated in any form, by print, internet, photo print, microfilm, CDs or any other means without written permission from the publisher

مجمع الذخائر الاسلامية ـ قم ، ايران

ميزان الفقاهة / ج ١٥

(كتاب الخيارات)

تأليف : آية الله السيد محمدباقر الدرچه اي الاصفهاني قدس سره الشريف

اعداد : السيد صادق الحسيني الاشكوري

بمساعدة : محمد علي باقرزاده، السيد محمد جواد الاشكوري ، السيد محمود نريماني

نشر وتنضيد الحروف والامور الفنية : مجمع الذخائر الاسلامية

الطبعة الاولى : ٢٠١١ م (١٤٣٢ ق – ١٣٨٩ ش)

مطبعة روح الامين ـ قم المقدسة

الكمية : ١٠٠٠

رقمك : دورة ٠ – ٢٠٠ – ٩٨٨ – ٩٦٤ – ٩٧٨؛ ج ١٥ : ٤ – ٢١٥ – ٩٨٨ – ٩٦٤ – ٩٧٨

عنوان الناشر

رقم ١، فرع ٢٣، شارع آذر، قم المقدسة ، مجمع الذخائر الاسلامية

هاتف: ٣٧٧٤٦٣٥٨ ٢٥ ٩٨ +

نقال: ٩٩١٩٣٧٠٤٢٠ ٩٨ +

عنوان الموقع : www.mzi.ir www.zakhair.net

Email: info@zakhair.net

كتاب الخيارات

حاشية على كتاب الخيارات
للشيخ الأنصاري (ره)

في جريان خيار الغبن
في غير البيع من المعاوضات

في خيار الغبن

١

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله
قوله مسئلة الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضة اه اقول (منه)
ان دليل جريان خيار الغبن في البيع هو قاعدة لا ضرر وانه لا تتم
سائر ما يتمسك به لذلك ومن الواضح ان قاعدة الضرر لا يفرق فيها
بين البيع وسائر المعاوضات كما انه لا يفرق بين ثبوت خيار
الغبن وغيره مما يلزم (بعد) ثبوت الخيار الضرر على احد المتعاقدين
وما ذكره في المتن (بقوله) جريان خيار الغبن في غير البيع (من جهة اصالة اللزوم)
واختصاص سقطة الاجماع والشهرة بالبيع (وعدم) تعرض الاكثر لجريان
خيار الغبن في غير البيع بانهم تعرضوا لجريان خيار الشرط في غير البيع
فيه بعض بعده الغمض (بان جماعة من الاعاظم تعرضوا لجريانه في
غير البيع كما اشار اليهم وبعده الغمض (بان تعرضهم لبعض (جريان
خيار المجلس في غير البيع (لا يدل) على جريان سائر الخيارات في غير
البيع انه لو كان المراد ان الاجماع قائم على عدم جريان خيار
الغبن في غير البيع فيه ما فيه ولو كان المراد ان الدليل على خيار
الغبن هو الاجماع كما تقدم (من الجواهر وانه ليس الاجماع في غير البيع
فيه انه تقدم) ان الاجماع لم يكن دليلا بل الدليل كان منحصرا
بقاعدة الضرر وهو لا يفرق بين الموارد ولو كان المراد ان

الصفحة الأولى من المخطوطة بخط السيد الدرچهاي قدس سره



صفحة من المخطوطة بخط السيد الدرچه‌اي قدس سره

لا استمرارها وعدم عزلها والمفروض ان نفس العتقه تكفي
في اصل تحقق الوكالة فليس هنا مورد لم يسلم الشرط المشترط
حتى يوجب الخيار بل لا يبقى مورد هنا للقول بوجوب الوفاء
بالشرط فليس بين الفعل والشرط والعلقه تنفصل بل نقول
الاختلاف الصفوي اقول الوكالة قبل تحقق زمان
الفعل الذي يكون وكيلا فيه وانقطاعها عنه قبله ليس وكالة
نعم نفس الوكالة تتحقق بنفس العتقه مطلقا اذ من المحال
الا ان يقول هنا بوجوب الوفاء التكليفي بكون مراده
وجوب التعمل بالثاره وعدم الاخلال كما هو واضح
كما ان من يقول بانه اذا لم يسلم الشرط هنا المشترط
يصير العتقه لا يكون مراده هو منع ترتب الآثار
ومن ينفصل بين الفعل وما تكفي العتقه فان تحقق بناء
ان يكون نظره الى ان الشرط نفس تحقق الوكالة وهو
تحقق فسلم الشرط للمشترط هنا ولكن نقول ان الوجوب
التكليفي الذي مطلقا للوفاء ثابت مطلقا قوله الثاني
فانه لو قلنا بوجوب الوفاء الخ اقول الكلام مناثارة في اصل

٢ جمادي الثاني

/ ١ /

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله.

[خيار الغبن]

في جريان خيار الغبن في غير البيع من المعاوضات

قوله: مسألة: الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضة[1] .. اه.

أقول: تقدم أن دليل جريان خيار الغبن في البيع هو قاعدة لاضرر وانه لا يتم سائر ما يتمسك به لذلك.

ومن الواضح أن قاعدة الضرر لا يفرق بين البيع وسائر المعاوضات كما أنه لايفرق بين ثبوت خيار الغبن وغيره مما يلزم من عدم ثبوت الخيار الضرر على أحد المتعاقدين.

وما ذكره في المتن لعدم جريان خيار الغبن فى غير البيع من جهة أصالة اللزوم واختصاص معقد الإجماع والشهرة بالبيع وعدم تعرض الأكثر لجريان خيار الغبن في غير البيع مع أنهم تعرضوا لجريان خيار الشرط في غير البيع؛ ففيه: بعد الغمض من أن جماعة من الأعاظم تعرّضوا لجريانه في غير البيع كما أشار اليهم، وبعد الغمض من أن تعرضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع ربما يلوح منه

---

١) كتاب المكاسب ٢٠٣/٥، مسألة: هل يثبت خيار الغبن في غير البيع.

جريان سائر الخيارات في غير البيع أنه لو كان المراد أن الإجماع قائم على عدم جريان خيار الغبن في غير البيع؛ ففيه ما فيه ولو كان المراد أن الدليل على خيار الغبن هو الإجماع كما تقدم من الجواهر وأنه ليس الإجماع في غير البيع؛ ففيه: أنه تقدم أن الإجماع لم يكن دليلاً، بل الدليل كان منحصراً بقاعدة الضرر وهو لا يفرق بين الموارد.

ولو كان المراد / ٢ / أن قاعدة الضرر لورود كثرة التخصيص عليه صار موهوناً وأنه لا يجوز التمسك بها إلّا في مورد يكون لها جابر من عمل العلماء وإن عمل العلماء بها في خصوص البيع الغبني؛ ففيه: أنا ذكرنا في قاعدة الضرر أنه يجوز التمسك بها من دون حاجة إلى خيار ومنعنا ورود التخصيص الموهن عليها.

وبالجملة، لا ينبغي التأمل في جريان خيار الغبن في غير البيع.

في جريان خيار الغبن في الصلح على شرائطه وأنه بعد تحقق شرط هذا الخيار لا فرق بين البيع وسائر العقود

[جريان خيار الغبن في الصلح]

نعم، بعد تسلم جريان خيار الغبن في غير البيع في الجملة، يقع البحث في موضعين:

الأول: في جريانه في خصوص عقد الصلح.

فان هنا تارة يمنع من جريان خيار الغبن فيه رأساً كما عن المهذب؛ نظراً إلى أن الصلح شرع لقطع المنازعة وثبوت الخيار يورث المنازعة وكل حكم ينافي مشروعية العقد، منفي عنه.

وفيه: أولاً: أن هذا حكمة ومنه لا يتأملون في صحة الصلح ولو لم يكن في البين منازعة سابقة ولا متوقعة.

وثانياً: يقع التعارض بين دليل مشروعية عقد الصلح وبين دليل قاعدة الضرر وكلٌّ قابل للتخصيص، ودليل الضرر مقدم على سائر أدلّة الأحكام كما تعرّضنا له في قاعدة الضرر؛ فتأمل*.

وتارة بما عن غاية المرام[1] من التفصيل بين الصلح الواقع على وجه المعاوضة فيجري فيه خيار الغبن وبين الصلح الواقع على إسقاط دعوى قبل ثبوتها، فظهر حقّية ما يدعيه وكونه مغبوناً وكذا الصلح الواقع على ما في الذمم مع كونه مجهولاً، فظهر غبن أحدهما.

/ ٣ / **أقول**: في صورة كان ما تعلق به الصلح مجهولاً في الجملة وكان أحدهما مغبوناً في الواقع، فإن كان الغابن عالماً والمغبون جاهلاً ولم يحصل الرضى الباطني للمغبون على فرض مغبونيته، ففي الجواهر يسلم عدم صحة عقد الصلح واقعاً.

نعم، لو كان له الرضى الباطني حال العقد، يصح الصلح في الفرض واقعاً أيضاً، كما أنه لا إشكال في صحة الصلح مع جهلهما إذا لم يتمكّنا من تحصيل العلم. وأما لو لم يتمكّنا من تحصيل العلم في الحال وإن أمكن تحصيله بعد ذلك، فالظاهر أيضاً صحة عقد الصلح في الحال.

وعلى كل حال ففي مورد كان الصلح صحيحاً وظهر أن أحدهما كان مغبوناً، فنقول: كل مورد كان الضرر من إقدام المغبون عليه، فلا يرفعه قاعدة الضرر ليثبت الخيار كما تقدم في أول خيار الغبن، سواء كان المغبون عالماً بالغبن وأقدم عليه أو كان شاكاً، إلا أنه أقدم على المصالحة على كل حال بمعنى أنه كان راضياً ولو كان عليه الضرر. وما نقلنا عن المصنف (ره) وغيره على خلاف ذلك في أوائل خيار

---

*) ***نعم، مقتضىٰ قاعدة الضرر على تسليم أن الصلح إنما شرع لقطع النزاع أن يكون الصلح فاسداً إذا كان مع عدم الخيار ضررياً ومع الخيار لا يرفع المنازعة كما هو الفرض. (منه قدس سره).***

١) أنظر: غاية المرام (المخطوطة) ٢٩٦/١، على ما في هامش المكاسب ٢٠٤/٥.

الغبن أجبنا عنه هناك؛ فراجع.

[جريان خيار الغبن في كل عقد]

الثاني: في جريان خيار الغبن في كل عقد وقع على وجه المسامحة وكان الإقدام فيه على عدم الإلتفات إلى الزيادة والنقيصة؛ فإن المصنف (ره) نقل عن بعض منع جريان خيار الغبن فيه مستدلاً بأنه لا يصدق الغبن في هذا الفرض. وهذا الوجه مردود بعدم ورود لفظ الغبن في دليل.

ونحن نقول: إن المعيار في جريان خيار / ٤ / الغبن فى كل عقد ما أشرنا إليه في الصلح وتقدم مدركه في أول مسألة خيار الغبن.

في أن خيار الغبن فوري أم لا وأنه لا يصح التمسك بعموم وجوب الوفاء لكونه فورياً

[فورية خيار الغبن]

قوله: مسألة: اختلف أصحابنا في كون هذا الخيار على الفور[1] .. اه.

أقول: قد تقدم منّا حال هذه المسألة على نحو التفصيل في مسألة أصالة اللزوم في العقود قبل الشروع في الخيارات إلا أنه لا بأس من أن نشير هنا إشارة إجمالية إلى ما كان مدركاً لما هو المختار، **فنقول**:

إنه إذا لم يفسخ المغبون في أول زمان التفت إلى كونه مغبوناً وشككنا في بقاء الخيار له بعد الزمان الأول، فهنا تقدم في الموضع المشار إليه أن مقتضىٰ بقاء الملكية الثابتة بالعقد لكل منهما بعد قول المغبون «فسخت» هو معاملة اللزوم لهذا العقد بعد أنه لم يفسخ في الزمان الأول إلّا أن الشك في بقاء الملكية السابقة لما كان

---

١) كتاب المكاسب ٢٠٦/٥، مسألة: هل هذا الخيار على الفور أو التراخي؟

ناشياً من الشك في بقاء الخيار للمغبون بعد انقضاء الزمان الأول فعلى هذا لو جرى استصحاب الخيار فيكون مقدماً على استصحاب الملكية المقتضي للزوم، لكون استصحاب الخيار سبباً بالنسبة إلى استصحاب الملكية.

نعم، لو صح التمسك بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] لوجوب الوفاء بالعقد في زمان الشك وهو بعد انقضاء الزمان الأول، فيكون مقدماً على استصحاب الخيار ويكون من حيث المقتضي مطابقاً مع استصحاب الملكية وإن لم يجر شيء من الإستصحابين لو صح التمسك بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ من جهة أن ﴿أوفوا بالعقود﴾ أمارة، ومع جريانها لا يجري الأصل.

/ ٥ / وهنا نتكلم أولاً في صحة التمسك بـ﴿أوفوا بالعقود﴾، ثم في استصحاب الخيار، ثم استصحاب الملكية يكون مرجعاً لو لم يجر الأولان.

أما التمسك بالآية فصحة التمسك بها موقوفة على رفع المناقشات الواردة على التمسك بها لإثبات لزوم العقود وعلى رفع المناقشات الواردة على التمسك بها لإثبات اللزوم في أمثال مقامنا.

أما المناقشات التي أوردوها على التمسك بها لإثبات اللزوم للعقود مثل أن المراد العقود الشخصية التي كانت في زمن النبي[ﷺ] أو أن المراد وجوب الوفاء على ما تقتضيه العقود من اللزوم والجواز أو أن هذا العام ورد عليه التخصيص الأكثر، فصار موهوناً لا يجوز التمسك به في الموارد المشكوكة أو غير ذلك، فقد تقدم الجواب عنها في مسألة أصالة اللزوم.

وأما ما نوقش على التمسك بها لإثبات اللزوم في أمثال مقامنا، فمثل ما أشار المصنف (ره) إليه من أن الإستصحاب الوارد في المورد الشخصي مثل استصحاب بقاء الخيار في زمان الشك، دليل على ثبوت الخيار في خصوص المورد، فيكون أخصّ من عموم وجوب الوفاء بالعقود، فيكون مقدماً عليه. وهذا الكلام منقول

---

١) المائدة: ١.

بنحو الكلية عن بحر العلوم وفصّلنا الكلام في جوابه في أوائل الإستصحاب.

ومثل دعوى أن المقام مقام التمسك باستصحاب حكم المخصص وهو الخيار، لا مقام / ٦ / التمسك بعموم العام. والمصنف بسط الكلام فيه في هذا المقام ورجح أنه لا يجوز التمسك بعموم العام في المقام.

ونحن ذكرنا في مسألة أصالة اللزوم وغيرها أنه في صورة كان عموم الأزماني المأخوذ غير مكثر للفرد، بل لُوحِظ على نحو الظرفية كأن لوحظ الأفراد على نحو الإستمرار كما أن عموم الأزماني في هذا المقام من هذا القبيل، **نقول**: إنه في صورة كان المخصص المخرِج للفرد عن تحت العام مخرِجاً له عن تحت العام في أول زمان وجود الفرد كما في المقام بناءً على أن خيار الغبن ثابت من أول زمان صدور العقد، فلا مانع من التمسك بعموم العام لهذا الفرد بعد الزمان الأول الذي كان التخصيص فيه معلوماً في الجملة، لا في العام، كان شاملاً لهذا الفرد من جهة عمومه الأفرادي الثابت بأصل الوضع ومن جهة عمومه الأزماني الثابت بمقدمات الحكمة حيث لم ينفع العام بدون أن يستتبع عموم الأفرادي الثابت له بأصل الوضع للعموم من جهة الأزمنه والأمكنه والأحوال، وهذا الفرد خروجه عن تحت العام في الزمان الاول موجب[1] لورود التخصيص الأزماني على العام ولم يصر موجباً لورود التخصيص الأفرادي عليه؛ لأن عدم تخصص العموم الأفرادي يتحقق باندراج هذا الفرد تحت العام / ٧ / في شيء من الأزمنة إلا أنه ذكرنا هنا أن هذا لا ينفع للتمسك بالعام بمجرد انقضاء الزمان الأول إلا في صورة علم أنه لو لم يصر العقد لازماً في الزمان الثاني، لا يصير لازماً في شيء من الأزمنة.

وهذا الشرط مفقود في المقام، لأن العقد يصير لازماً هنا بإسقاط المغبون خياره؛ بل يحتمل أن يصير لازماً لو لم يفسخ في زمان طويل يصير الفسخ بعده ضرراً على الغابن.

---

١) في المخطوطة: موجباً.

إن قلت: لو فسخ بعد الزمان الأول يلزم التخصيص الفردي على ﴿أوفوا بالعقود﴾[١] على كل حال.

قلت: هذا مثل أن يفسخ في الزمان الأول في أنه لما يكون من اقتضاء التخصيص للزمان المعلوم غير مضرٍّ[٢] كما أوضحت ذلك في مسألة أصالة اللزوم.

[التمسك باستصحاب بقاء الخيار للمغبون]

وأما التمسك باستصحاب بقاء الخيار الثابت للمغبون في الزمان الأول الذي التفيت إلى كونه مغبوناً بعد ما عرفت من عدم جواز التمسك للزوم بقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ فنوقش عليه من وجوه كلها مدخولة:

في المناقشات على استصحاب الخيار المقتضي لعدم فورية الخيار ودفع المناقشات عنه

منها أن العموم الأزماني في قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ لو كان مكثراً للأفراد بأن لوحظ كل زمان قيداً للفرد حتى يصير بمثل أن يقول «أكرم العلماء في كل يوم»، فحينئذٍ لا يجوز التمسك باستصحاب الخيار /٨/ ولو قلنا بعدم جواز التمسك بعموم ﴿أوفوا﴾.. الآية أيضاً؛ لأن ذلك من قبيل استصحاب الحكم من موضوع إلى موضوع آخر.

ونحن نقول: إن هذه المناقشة وإن كانت خارجة[٣] عن مفروض الكلام حيث إنه على هذا الفرض يكون المقام، مقام التمسك بعموم العام، فلا يجري

---

١) المائدة: ١.

٢) في العبارة إبهام.

٣) في المخطوطة: وإن كان خارجاً.

الإستصحاب لذلك، إلا أنه على فرض عدم جواز التمسك بعموم العام لا مانع من التمسك باستصحاب الخيار؛ لأن الموضوع العرفي الذي نقول باشتراط بقائه في صحة جريان الإستصحاب موجود في المقام كما تقدم توضيحه في مسألة أصالة اللزوم.

ومنها أن استصحاب الخيار من قبيل الإستصحاب مع الشك في المقتضي.

وفيه: أنه تقدم هناك أنا نقول بحجيته.

ومنها أن هنا مقام التمسك بعموم العام، لا استصحاب حكم المخصص؛ لأن العموم الأزماني الذي يكون في قوله تعالى ﴿أوفوا﴾.. الآية لوحظ على نحو يكون مكثراً للأفراد.

وفيه: أنه تقدم في أصالة اللزوم أن عموم الأزماني هنا ليس مكثراً تقدم / ٩ / للأفراد؛ فراجع حيث إن مناقشة المصنف[1] (ره) على استصحاب الخيار هناك كانت هذه المناقشة، إلا أن يقال: سلّمنا أن العموم ليس مكثراً للأفراد إلا أنه قلنا: إنه لو كان التخصص الأزماني من ابتداء صيرورة الفرد فرداً، فلابدّ أن يتمسك بالعام لهذا الفرد حتى لا يلزم التخصص الفردي الغير المعلوم.

نعم، في صورة يندرج هذا الفرد تحت العام لا يجوز التمسك بالعام، لاندراجه تحت العام في الزمان المشكوك.

والجواب عن ذلك: أن في خصوص المقام ليس الشك إلا من جهة التخصيص الأزماني لأنا نعلم أو نحتمل لزوم هذا العقد بعد رفع هذا الخيار بورود أحد المسقطات.

نعم، لو فسخ ذو الخيار هذا العقد، لم يندرج هذا العقد تحت عموم ما دل على لزوم العقد إلّا أن هذا من اقتضاء التخصيص الأزماني الذي علم وروده كما لو فسخ في زمان كان ثبوت الخيار فيه معلوماً كما تقدم في أصالة اللزوم عند التعرض

---

١) كتاب المكاسب ٢٠٩/٥ ـ ٢١٠، المناقشة في الإستدلال بالإستصحاب للتراخي.

لبيان أن استصحاب الخيار لو جرى في مورد يكون مقدماً على استصحاب الملكية المثبت للزوم العقد.

ومنها معارضة استصحاب بقاء الخيار مع استصحاب بقاء الملكية الثابتة بالعقد وهو يقتضي اللزوم.

وفيه: أنه تقدم أن استصحاب الخيار سببيّ بالنسبة إلى استصحاب الملكية، وقد أوضحنا في محله أن الأصل السببي مقدم على الأصل المسببي.

ومنها ما ذكره المصنف هنا من أن استصحاب الخيار يكون مع الشك في الموضوع لاحتمال أن يكون الموضوع من لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ في الزمان الأول دون من تمكن من تدارك ضرره، ورفع الشك عما هو الموضوع حقيقة إنما يكون لو أحرز الموضوع من دليل لفظي على الحكم المستصحب أو كان الشك في رافع الحكم، حتى لا يحتمل أن يكون الشك لتغير الموضوع.

أقول: ظاهر كلامه هنا أن المعتبر في جريان الإستصحاب بقاء الموضوع الحقيقي للحكم أو ما كان موضوعاً في لسان دليل الحكم المستصحب كما أنه يظهر منه في مسألة الإستحالة التي من المطهرات أن المعتبر بقاء الموضوع المأخوذ في لسان الدليل حيث يعتبر في جريان استصحاب النجاسة بقاء العنوان الذي علق عليه النجاسة في الدليل، إلّا أن مذاقه في مسألة الإستصحاب / ١٠ / أن المعتبر بقاء الموضوع العرفي الموجب لشمول «**لا تنقض اليقين**»[1] له عرفاً، وهو الحق؛ لأنه ليس الغرض التمسك بأصل دليل الحكم المستصحب، بل الغرض التمسك بقوله «**لا تنقض**».. اه لبقائه في الزمان الثاني.

وهذا لا يتوقف إلا على ما يكون مصداقه في الخارج بحيث يصدق فيه عرفاً. ومن الواضح بقاء الموضوع الكذائي في المقام كما تقدم.

---

١) وسائل الشيعة ٣١٢/٤، باب وجوب الصلاة إلى أربع جهات مع الإشتباه وتعذر الترجيح، ح ٦.

في وجوه الإشكالات التي تورد على استصحاب بقاء الخيار عند الشك والجواب عنها

ومنها ما تقدم هنا في مسألة أصالة اللزوم من أن استصحاب الخيار من قبيل الإستصحاب التعليقي الذي نحن نمنع حجيته؛ لأن مرجع استصحاب الخيار إلى حصول الملكية بعد قول ذي الخيار «فسخت»، فيكون نظير حصول النجاسة بعد الغليان لماء العنب، وتقدم الجواب عن ذلك هناك وحاصله: أن الخيار بنفسه يكون أمراً مجعولاً شرعياً، فلا مانع من إجراء الأصل فيه بنفسه بعد أن الملكية وجواز التصرف من الآثار الشرعية للفسخ الذي يصدر من ذي الخيار.

وهذا محرز بالأصل والوجدان إلا أنه يشكل جريان هذا الجواب في المقام من جهة ما ذكرناه في خيار المجلس من أن الخيار الثابت بالنص نسلّم كونه من الأحكام الشرعية، دون الخيار الثابت بقوله «**لا ضرر**»[1]، فإن رفع الضرر يحصل بمجرد أن يترتب الملكية وجواز التصرف / ١١ / على فسخ ذي الخيار من دون أن يعتبر حكم وضعي قبل الفسخ، وهو الخيار الثابت قبل الفسخ. ففي الخيار الثابت بقوله «**لا ضرر**» يشكل إثبات كون الخيار الثابت به أمراً مجعولاً من قبل الشرع حتى يجري الإستصحاب في نفس الخيار.

[صلح حقّ الخيار]

هذا، إلا أنه لا مانع من رفع هذا الإشكال بما ذكرناه سابقاً عند تصحيح صلح حق خيار الغبن، وتوضيح رفع الإشكال يتوقف على بيان الوجه الذي منعنا به جريان الإستصحاب التعليقي، **فنقول**: إنا أوضحنا في الإستصحاب التعليقي أنه

---

١) الكافي ٥/٢٩١ ـ ٢٩٢، باب الضرار، ح ٢.

ليس قبل حصول الغليان لماء العنب أمر مجعول ليستصحب ويكون مقتضاه ثبوت الحرمة لماء العنب بعد الغليان، ونفس غليان ماء العنب أيضاً لصيرورة العنب زبيباً لا نعلم كون غليانه سبباً للحرمة، فما هو سبب للحرمة أو موضوعها، ليس لنا معلوماً، ولا يحرز بالأصل أيضاً.

وأما فيما نحن فيه فقبل قول ذي الخيار «فسخت» يكون من الشرع أمر مجعول، وإبقاؤه بالإستصحاب يؤثّر في كون الفسخ بعد ذلك مؤثراً في الملكية وجواز التصرف، وذلك لأن صدور الفسخ عن ذي الخيار تترتب عليه الآثار الثابتة / ١٢ / للفسخ. وهذا يحرز بالوجدان من صدور قول «فسخت» من المغبون ويحرز ثبوت الخيار له بالأصل.

[كيف يكون الخيار أمراً مجعولاً؟]

بقي الكلام في أنه كيف يكون الخيار الثابت بقاعدة «لا ضرر» أمراً مجعولاً ليحرز وجوده بالأصل؟

فنقول: إن جواز الفسخ الثابت للمغبون أولاً من الواضح أنه ليس من قبيل الجواز التكليفي الذي يكون ثابتاً لكل أحد، بل المراد الجواز الوضعي بمعنى أن رفع العقد من البين يكون بيده. وهذا معنى أن قاعدة الضرر يرفع وجوب الوفاء بالعقد. وثبوت هذا الإختيار له ثبت من الشرع.

وبعد أنه غير التكليفي الثابت لكل أحد، فيكون حكماً وضعياً من قبل الشرع، وما يترتب من جواز التصرف بعد الفسخ مترتب على هذا الحكم الوضعي الذي يستفاد من الجمع بين الأدلة؛ لأن مقتضىٰ الأدلّة رفع العقد أولاً من البين بواسطة الفسخ، فيترتب عليه رفع العقد؛ فتدبّر.

فتلّخص ممّا ذكرناه أن استصحاب الخيار لا مانع فيه، وهو مقدم على استصحاب الملكية المقتضي للزوم وفورية الخيار.

ثمّ إن المصنف (ره) لما ناقش على استصحاب / ١٣ / الخيار جعل المرجع استصحاب الملكية المقتضي للزوم وفورية الخيار.

هذا كله فيما هو مبنى المسألة على التحقيق وما هو الراجح في النظر في أصل حكم المسألة.

في الإشارة إلى سائر المباني التي ذكرت للمسألة

بقي الكلام في الإشارة إلى بعض مباني أخر ذكر[ت] لهذه المسألة، فنقول:

منها ما نقله المصنف (ره)[1] عن بعض معاصريه. ولما كان ما نقله غير خارج عن التمسك بعموم ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ باستصحاب الخيار وباستصحاب الملكية وتقدم بعضها على بعض وحكم التخصيص الوارد على العام، فكلما يكون في كلامه على إجماله مخالفاً لما تقدم منا عند التمسك بالآية والأصلين يوضح الجواب عنه مما تقدم.

نعم، عباراته يحتاج إلى شرح ليس لنا المجال للتعرض له.

ثم إنه يلوح من قوله[2] «**والأول أقوى**» في أواخر كلامه، أنه يرجّح التمسك بعموم العام المقتضي للفورية كما أنه بعد الغمض عن ذلك بالنسبة إلى الأصلين رجح تقديم استصحاب الخيار، لكن بغير الوجه الذي تقدم منا.

والمصنف (ره) تارة يورد عليه بأنه لو كان للعموم عموم زماني بمعنى الإستمرار، فلا يجوز التمسك به بعد ورود التخصيص عليه أولاً، وتارة بأنه في أصل أصالة اللزوم في غير المقام لا وجه للغمض / ١٤ / عن التمسك بالعموم ويرجع إلى استصحاب الملكية ليقدم استصحاب الخيار عليه بعد أن الكل متّفق

---

١) كتاب المكاسب ٢١١/٥، المناقشة في الإستدلال بالإستصحاب للتراخي.

٢) كتاب المكاسب ٢١١/٥، المناقشة في الإستدلال بالإستصحاب للتراخي.

على التمسك بالعموم لأصالة اللزوم في غير المقام، كما هو محل كلام هذا البعض؛ فتدبّر، فإن ما أشرنا له شرح إجمالي لكلامه.

ومنها ما نقله أيضاً من التمسك بقوله «لا ضرر».. اه لفورية الخيار؛ نظراً إلى أن تجويز التأخير في الخيار ضرر على غير ذي الخيار وهو الغابن، ونحن نقول: إن مجرد تأخير الخيار وعدم فوريته كونه ضرراً على الغابن بلحاظ أن ملك الغابن في معرض الزوال، وعدّ مجرد هذا ضرراً يكون مشكلاً كما أشار إليه المصنف.

نعم، في الجواهر[1] ادعى أن تراخي الخيار ضرر على الغابن؛ نظراً إلى تغير السعر بتغير الزمان. وهذا يصح في صورة زاد[ت] قيمة ما كان عند الغابن بعد العقد. فإن الزيادة في ملك الغابن، فأخذه منه بالفسخ ضرر عليه كما أنه يمكن أن يرد عليه الضرر من الفسخ من جهات أخرى أيضاً كما لو تصرف فيه بنحو يكون رد العين ضرراً عليه.

إن قلت: إذا كان رد العين ضرراً على الغابن، فهذا لا يوجب سقوط الخيار، بل له أن يفسخ ويرجع إلى القيمة التي كانت للعين عند العقد.

قلت: ليس مقتضى الفسخ مع فرض بقاء العين إلا صيرورة / ١٥ / العين ملكاً للمغبون. وحينئذٍ لابدّ من أن يعمل على مقتضاه من رد العين والمفروض أنه ضرر على الغابن؛ فتأمل.

[رجوع المغبون إلى أصل العين أو القيمة]

هذا كلّه مع أنه يكفينا أن لا يكون للمغبون أن يرجع إلى أصل العين، بل إلى قيمتها التي كانت لها عند العقد أو أنه يرجع إلى أصل العين، إلا أنه يرد على الغابن كلّ ما ورد عليه ممّا يعدّ ضرراً عرفاً من أي جهة كانت.

إن قلت: ورود الضرر على الغابن من جهة زيادة السعر أو التصرفات التي تكون

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٤٣، الزيادة والنقيصة لابدّ أن يكون بمقدار لا يتسامح فيها عادة.

من الغابن فيما عنده، لا يفرق بين أن يصير المغبون ملتفتاً إلى الغبن والخيار ولم يعجّل الفسخ وبين أن يكون تأخير الفسخ لعدم الإلتفات إلى الغبن والخيار، مع أن عدم سقوط خياره في الأخير مسلم.

قلت: نحن نتكلم أولاً على ما يقتضيه القواعد، فنقول: أما في صورة كان التأخير من جهة عدم الإلتفات إلى الغبن فيكون لزوم العقد ضررياً على المغبون كما كان ضررياً من بدو الأمر.

نعم، لو فسخ وكان هناك مانع من رد العين، يرجع إلى القيمة كما في صورة زاد قيمة العين في ملك الغابن، فمقتضى «لا ضرر» من طرف الغابن هو الرجوع إلى قيمته حال العقد كما أنه لو تصرف الغابن في العين، وتقدم تفصيل الكلام فيه من جهة اقتضاء الفسخ بعده.

وبالجملة، هنا لا كلام في بقاء الخيار.

وأما في صورة كان التأخير بعد التفات المغبون إلى خياره، فهنا لا تجري قاعدة الضرر من طرف المغبون.

وأما من طرف الغابن فتجري مع زيادة السعر، فيكون رفع ضرره إما بسقوط خيار المغبون أو الرجوع إلى قيمة العين عند البيع بعد الفسخ.

وليس هنا ما يعيّن الأخير لفرض عدم جريان «لا ضرر» من طرف المغبون ليثبت خياره كما في الصورة الأولى التي قلنا: إن جريان «لا ضرر» من طرف المغبون.

قلت: الخيار له وجريانه من طرف الغابن غير معارض حيث إن رفع ضرر الغابن بعدم الرجوع بعد الفسخ إلى العين، وهو يحصل إما برفع خيار المغبون أو أنه بعد الفسخ يرجع إلى القيمة حال العقد والإحتمال الأول رفعه جريان «لا ضرر» من طرف المغبون، فيعيّن الثاني.

[زيادة سعر العين التي عند الغابن]

ثم إذا عرفت ما تقدم، **فنقول**: ظهر مما ذكرنا أنه لم يلزم من العمل على مقتضىٰ القواعد رفع خيار المغبون في صورة زاد سعر العين التي عند الغابن إلى زمان الفسخ مع عدم التفات المغبون إلى الغبن قبل ذلك حتى يتوهم خلاف الإجماع.

نعم، لزم مما ذكرنا أنه في الفرض المذكور لابدّ أن يرجع المغبون إلى قيمة حال العقد بالنسبة إلى الغبن التي كان عند الغابن وزاد قيمته وسعره. وليس في كلمات الفقهاء أنه يعين الرجوع إلى نفس العين في صورة زاد سعرها عند الغابن، فضلاً من أن يكون إلى الإجماع عليه.

ولقائل أن يقول: على التحقيق من جريان استصحاب الخيار عند الشك فيه يجوز أن يقال ببقاء خيار المغبون في صورة كان تأخير الفسخ بعد التفات المغبون إلى خياره أيضاً في صوره زاد سعر العين التي كانت عند الغابن؛ لما عرفت من أن «لا ضرر» وإن كان جارياً في حق الغابن في هذا الفرض، إلا أن رفع ضرره إما برفع الخيار للمغبون أو ببقاء خياره، لكن بعد الفسخ لا يرجع الى العين، بل إلى قيمتها عند العقد. وإذا كان رفع ضرر الغابن بأحد الأمرين، فيصير رفع خيار المغبون مشكوكاً، فيستصحب الخيار له.

إن قلت: مقتضى الأصل أن لا يكون للمغبون أن يرجع إلى القيمة بعد الفسخ.

قلت: الشك فيه في هذا الفرض ناشٍ من الشك في بقاء الخيار للمغبون، فاستصحاب الخيار سببي مقدم.

[لوكان دليل الخيار قاعدة الضرر]

ثم هذا الذي ذكرناه، كلّه مبني على أن يكون الدليل على ثبوت الخيار للمغبون بعد انقضاء الزمان الأول هو مجرد استصحاب الخيار الذي قلنا بجريانه في المقام. وأما لو قلنا: إن دليل الخيار للمغبون بعد الزمان الأول أيضاً هو الدليل الذي كان

لثبوت الخيار له أولاً من جريان قاعدة الضرر، حيث إن الضرر لم يرتفع بعدم الفسخ في الزمان الأول ومجرد تمكّنه تدارك الضرر لم يرفع الضرر، بعد أنه لم يتداركه بالفسخ كما أنه لم يقع بعد ذلك منه إقدام على الضرر إلّا أن المصنف (ره) ذكر غير مرّة أنه لا يتمسك بقاعدة الضرر لإثبات الخيار للمغبون في الزمان الثاني.

ونحن نقول: يمكن تصحيح عدم جريان قاعدة الضرر لإثبات الخيار للمغبون في الزمان الثاني بأن نقول: إن أصل البيع كان ضررياً حيث جعل ما نقص / ١٦ / قيمته عوضاً عن ما زاد قيمته.

ثم لو ارتفع المانع عن ورود هذا الضرر على المغبون، **فنقول**: إن بقاء العين التي صارت ملكاً للغابن عن ملكه، لا يعدّ ضرراً، بل قلنا في قاعدة الضرر كما تقدم في نفس هذه المسألة: إن بقاء الضرر على الشخص لا يعدّ ضرراً لينتفي بقاعدة «لا ضرر».

[كيف يرتفع المانع عن ورود الضرر؟]

بقي الكلام في أنه كيف يرتفع المانع عن ورود الضرر الذي كان في أصل المعاوضة على المغبون، فنقول: في صورة فرضنا أنه ارتفع جميع الموانع عن المغبون لاختياره الفسخ ومع ذلك لم يفسخ، فهذا رضاءٌ بالمعاوضة الضررية، لا سيّما في صورة ينصرف مع ذلك فى العين التي كانت عنده مبنيّاً على المعاوضة. فورود الضرر الذي كان في أصل المعاوضة عليه يكون من إقدام نفسه. وهذا الضرر لا يرفعه قاعدة «لا ضرر»؛ لأن الضرر هنا لم ينشأ من حكم الشرع، بل الضرر هنا ناشٍ من إقدام نفس المغبون.

[حدّ خيار الغبن على القول بالفورية]

وممّا ذكرنا ظهر حدّ خيار الغبن على القول بالفورية أيضاً؛ لأن القول بالفورية

كان مبنيّاً على عدم جريان استصحاب الخيار عند الشك فيه، بل كان المرجع عند الشك استصحاب الملكية المقتضي للزوم وتحقق الشك في بقاء الخيار إنما هو في صورة لم يجر الدليل المثبت لأصل الخيار أولاً، وهو قاعدة «لا ضرر» بأن يرضى بالمعاوضة بعد رفع / ١٦ / الموانع عن الفسخ.

وقد تقدم أن قاعدة «لا ضرر» غير جارية في صورة إقدام المغبون على المعاملة الغبنية عن علم، وكذا في صورة لم يقدم على ما يكون ضرريا عن علم، إلا أنه رضي به بعده، وتقدم أن كون تصرف المغبون بعد العلم بالغبن مسقطاً لخياره، كان على هذا المبنى.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن المغبون بعد علمه بغبنه ورفع الموانع عنه إذا لم يفسخ، فهو راضٍ بالمعاملة الغبنية، فليس رفع هذا الضرر منة في حقّه، فلا تجري قاعدة «لا ضرر» لإثبات الخيار، فلابدّ من الرجوع إلى سائر القواعد والمفروض أنها يثبت اللزوم.

إن قلت: رفع صحة المعاملة الضررية ليس فيه منّة، لكن رفع لزومه يكون فيه منّة ولو كان راضياً بالمعاملة الضررية أيضاً؛ لأن عدم اللزوم فيه توسعة له.

قلت: قلنا في محله: إن مفاد «لا ضرر» رفع حكم يوجب الضرر وهو ليس إلا وجوب الوفاء بالمعاملة الضررية وفي مقدار يكون الشخص مريداً لورود ضرر عليه أو يكون راضياً به، ليس رفع الحكم الذي يوجب ذلك الضرر عليه منّة في رفعه ليشمله قوله «لا ضرر»، فيكون «لا ضرر» ساكتاً عنه.

وأما ثبوت المنّة في كون الإختيار له، فخارج عن مفاد قوله «لا ضرر».

تنبيه

[في تأخير الفسخ لاعتقاد أن الخيار ليس بفوري]

لو كان تأخير الفسخ لاعتقاد أن الخيار ليس بفوري، فهنا رضي بنفس الضرر

في زمان حيث أخر الفسخ من دون مانع، فكان راضياً ببقاء الضرر إلى الزمان المتأخر، ففي نفس زمان رضي ببقاء الضرر، لم تجر قاعدة الضرر، فلا يجوز التمسك بالضرر بعده أيضاً لإثبات الخيار؛ لأنه تخصيص زائد على التخصيص المعلوم؛ لأن العموم الأزماني كان على نحو الظرفية وارتفع. وأما العموم الأفرادي فيكفيه اندراجه تحت المقام قبل العلم بكون المعاملة ضرريّة.

وعليه فمن يكون مذهبه عدم جريان استصحاب الخيار لكونه من الشك في الموضوع أو غيره كالمصنف، فلابدّ له من أن يتمسك باستصحاب الملكية المثبت للزوم.

وأما لو كان تأخير الفسخ بعد العلم بالغبن من جهة الجهل بأن له الخيار أو من جهة نسيان حكم الخيار، فلم يرض هنا ببقاء العقد الضرري، وتكون المنّة في رفع الحكم الضرري باقيةً، فلا مانع من التمسك بقاعدة الضرر لإثبات الخيار بعده، بل كذلك لو كان تأخير الفسخ للشك في أنّ له الخيار وفرضنا أن التأخير مستند إلى هذا الشك، وإلا لم يرض بالمعاملة الضررية.

ومجرد أنه كان له أن يفسخ ثم يسأل عن حكم الفسخ غير مضرٍّ بعد أن الفرض أن التأخير مستند إلى هذا الشك وإلا لم يرض بالضرر، فإن المنّة في رفع الضرر هنا يكون موجوداً.

[حكم المسألة في الشبهات الموضوعية]

ثم هذا كلّه في الشبهات الحكمية، وأما الشبهات الموضوعية كما أنه بعد العلم بالغبن شككنا أنه كان جاهلاً بالخيار أم عالماً به، فنقول في الشبهات الموضوعية: لا يجوز التمسك بالعمومات ويكون المرجع الأصول، فهنا يكون مسائل:

منها أنه لو ادعى المغبون أنه كان جاهلاً بالخيار ونحن نقول على مسلكنا من أن الخيار ليس بفوري حتى في صورة تأخير الفسخ عمداً مع علمه بالخيار، فلا

حاجة لنا للتعرّض لحكم هذه الفروع على مسلكنا.

وأما على مسلك من يقول: إن الخيار فوري وإنه لا يجوز التمسك بعد ذلك، **فنقول**: يعلم حال هذه المسائل في الجملة مما تقدم في أوائل مسألة خيار الغبن في صورة كان الشك في أن المغبون كان عالماً عند البيع بأصل الغبن أم لا وادعى المغبون أنه كان جاهلاً بالغبن ليثبت الخيار لنفسه.

[خيار التأخير]

قوله: الخامس: خيار التأخير[1] .. اه.

أقول: المتيقّن من ثبوت هذا الخيار فيما لو باع شيئاً لم يقبضه ولم يقبض الثمن ولم يشترط تأخير الثمن ولا تأخير قبض المثمن، فإن هنا يكون المسلّم عند المشهور ثبوت الخيار للبايع فيما بعد ثلاثة أيام من زمان البيع، إذا مضى تلك الثلاثة ولم يأت المشتري بالثمن.

[الإستدلال على ثبوت خيار التأخير]

ونحن نتعرض هنا أولاً للدليل على هذا الخيار بالنسبة إلى هذا المورد المتيقّن منه، **فنقول:** استدلّ على ثبوت هذا الخيار بوجوه:

[ادّعاء الإجماع]

منها الإجماع المنقول.

والإتكال عليه مشكل وإن ادعى في الجواهر أن نقل الإجماع على هذا الخيار يكون بحدّ التواتر، وذلك لما ذكرناه في مسألة الإجماع المنقول من أن حجيته من جهة [ا]لنقل الكاشف عن قول المعصوم، وكذا حجيته من جهة نقل نفس المنكشف إنما هو في صورة كان الإجماع المنقول على فرض تحقق كاشفه لنا، وهو اتفاق العلماء بحيث يحصل القطع لنا إما بقول المعصوم وإما بدليل معتبر من جميع

---

١) كتاب المكاسب ٢١٧/٥، الخامس: خيار التأخير.

الجهات.

وفيما نحن فيه ليس الإتفاق على فرض تحقيقه لنا كاشفاً عن ذلك بطريق القطع.

وعلى هذا فلا يثمر في المقام دعوى الإتفاق المحقق أيضاً.

بقي الكلام في وجه عدم كون الإتفاق والإجماع كاشفاً هنا، فنقول بعد غمض العين من أن بعضاً من العلماء يكون مخالفاً في المسألة كما أشار إليهم المصنف (ره) وتصدى في الجواهر[1] / ١٨ / لتوجيه كلام بعض منهم بحيث يخرج عن المخالفة أنه يكون في المسألة أخبار كثيرة يدّعى دلالتها على ثبوت هذا الخيار، بل تمسك بعضهم بقاعدة الضرر أيضاً.

وعلى هذا فمن يكون من العلماء لقوله بثبوت الخيار مدخلية في حصول القطع لنا من المحتمل أن يكون مدركه هذه الأخبار لو لم ندّع القطع بأن مدرك الكل هذه الأخبار مع قاعدة الضرر.

فعلى هذا لا يحصل لنا القطع من هذا الإتفاق بوجود مدرك آخر سوى هذه الأخبار وقاعدة الضرر، فلا ينفع الإجماع المحقّق في الكشف عن قول المعصوم أو دليل آخر سوى ما بأيدينا؛ والإجماع المحقق بمعنى الإتفاق غير نافع ما لم يحصل هذا القطع لنا.

في عدم جواز التمسك بالإجماع وقاعدة الضرر لإثبات خيار تأخير الثمن إلى ثلاثة أيام

ومنها قاعدة الضرر. والإتكال عليه من ثبوت هذا الخيار أوهن من سابقه؛ لأنه على هذا ثبوت الخيار يدور مدار تحقق الضرر، فلا مدخلية لمضي ثلاثة أيام كما

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٥١، القسم الخامس: خيار التأخير.

أنه بعد مضي ثلاثة أيام ليس بلازم من أن يكون الضرر محققاً.

وأوهن من ذلك التمسك بأن الصبر بأن لم يفسخ مظنة الضرر، وهو منفي بقاعدة الضرر؛ لأن قاعدة الضرر لا ينفي إلا الضرر الواقعي وكفاية المظنة موقوفة على قيام دليل على حجية هذا الظن، مع أنه على فرض قيام دليل على حجيته يكون حكماً ظاهرياً. فإذا علم عدم الضرر / ١٩ / واقعاً، فيكشف من عدم الخيار أولاً مع أن أحداً لا يلتزم بذلك هنا.

[الإستدلال بالأخبار الخاصة]

ومنها الأخبار الخاصة التي نقلها في المتن. ولما كان من المحتمل أن يكون مفاد الأخبار حصول انفساخ البيع إذا لم يؤد المشتري الثمن إلى ثلاثة أيام، لا ثبوت الخيار للبايع بعد الثلاثة، فناسب المقام أن نتعرّض لمقدمة قبل التعرض لبيان مفاد الأخبار، **فنقول**: لو أثبتنا أن مفاد الأخبار ثبوت الخيار للبايع بعد الثلاثة كما هو قول المشهور، فلا إشكال.

وكذا لو قلنا بأن الأخبار مجملة ومرددة بين انفساخ البيع بعد الثلاثة وبين ثبوت الخيار للبايع بعد الثلاثة ولا ظهور لها في خصوص أحدهما، فإنه على ذلك نقول: إذا قال البايع بعد الثلاثة «فسخت البيع»، فيفسخ البيع بمقتضى هذه الأخبار على كل حال.

وأما إذا لم يفسخ البايع بعد الثلاثة، فلا مانع من استصحاب آثار الصحة، فيثبت مذهب المشهور بهذه الأخبار مع الأصل الأولي، ولا يخفى؛ فإن ما في الجواهر من أنه يرجع إلى أصالة الصحة وأصالة عدم المبطل، لابدّ أن يكون مراده ما ذكرناه من استصحاب آثار الصحة في الفرض المذكور.

وأما إذا أثبتنا أن الأخبار ظاهرة في أن البيع ينفسخ بعد الثلاثة على خلاف ما يقوله المشهور، فحينئذٍ إثبات قول المصنف متوقف على أن نقول: إن فهم المشهور

من هذه الأخبار / ٢٠ / ثبوت الخيار للبايع بعد الثلاثة، إما أن يصير منشأً لحمل الأخبار على ما فهم المصنف أو يصير منشأً لإجمال الأخبار حتى يمكن إثبات مذهب المصنف بهذه الأخبار بضميمة الأصل كما تقدم، أو أنه يثبت أحد الأمرين من طريق آخر[1]، وإلا يشكل إثبات قول المصنف.

وإذا عرفت هذا فنقول: إن الأخبار المشار إليها بين ما يقول فيها إنه بعد الثلاثة لا بيع له، أي للمشتري وبين ما يقول إنه لا بيع بينها.

فلو كان المراد نفي البيع الصحيح، فمقتضى الأخبار حصول الإنفساخ بعد الثلاثة، ولو كان المراد نفي البيع الكامل وهو البيع اللازم، فمقتضى الأخبار ثبوت الخيار ولو لم يعيّن أحدهما، فتصير الأخبار مجملة.

إلّا أن الإحتمال الثاني في منتهى الشذوذ على ما ذكرناه عند التعرض لأدلة صحة البيع الفضولي وفساده.

وذلك لأن كلمة «لا» حقيقة في نفي الذات، وبعد تعذر الحقيقة يكون نفي الصحة أقرب إلى نفي الذات؛ لأن أقرب المجازات متعين عند تعذر الحقيقة. وهذا قول المصنف في كلمة «لا» لنفي الجنس.

وعند بعض أن كلمة «لا» مجملة إما مطلقاً، لكثرة استعمالها / ٢١ / في غير نفي الذات أو بعد عدم إمكان إرادة نفي الذات؛ نظراً إلى غلبة استعمالها في نفي الكمال. فإثبات الظهور في خصوص نفي الكمال ـ وهو البيع اللازم في خصوص المقام ـ في كمال الإشكال.

نعم، قد يتصدى لإثبات ظهور الأخبار في نفي اللزوم ليكون مفادها ثبوت الخيار من وجه آخر، وهو أن المذكور في الأخبار أنه لا بيع له أي للمشتري مع أنه على فرض رفع الصحة عن البيع لا بيع للبايع أيضاً.

وهذا بخلاف ما لو كان المراد نفي اللزوم، فإنه لا مانع من اختصاص نفي البيع

---

١) في المخطوطة: أخرى. ويمكن أن تكون العبارة: «من طُرق أخرى».

بالمشتري نظراً إلى أن الخيار لما يكون للبايع، فليس اختيار البيع بيد المشتري، فكأنه لا بيع له.

وهذا بخلاف البايع؛ فان الإختيار لما يكون بيده، فليس البيع منفياً عنه.

ونوقش على هذا الوجه بأنه في صحيحة إبن يقطين «أنه لا بيع بينهما»[1]، فينفي عن كل منهما.

فدعوى ظهور الأخبار في نفي اللزوم عن البيع ليدل على ثبوت الخيار بعد الثلاثة لا يتمّ، لا من جهة قاعدة لاء نفي الجنس ولا من جهة اختصاص النفي في الخبر بخصوص المشتري.

وأما دعوى الإجمال، فإن كان من جهة قاعدة كلمة لاء نفي الجنس، فمبني على دعوى الإجمال فيها، والحق أنه يحمل على نفي الصحة عند تعذر نفي الذات.

وأما لو كان من جهة تخصيص النفي بالمشتري فإنما يتمّ / ٢٢ / لو قلنا: إن ذلك يوجب الظهور في نفي اللزوم ليعارض مع ظهور «لا بيع بينهما» في البطلان. وهو مشكل؛ لأن غاية الأمر أن يصير تخصيص النفي بالمشتري منشأً للإجمال، فيبقى ظهور «لا بيع بينهما» في صحيحة إبن يقطين في البطلان بعد الثلاثة على حاله.

[قول المشهور وفهم الأصحاب]

وإذا عرفت ظهور بعض الأخبار في الإنفساخ بعد الثلاثة من دون معارض، فيبقى الكلام في أن فهم المشهور من هذه الأخبار ثبوت الخيار بعد الثلاثة هل يوجب لحمل الأخبار على ذلك أو أنه يوجب لسقوط الأخبار من جهة ظهورها

---

١) الإستبصار ٧٨/٣، باب الرجل يشتري المتاع ثم يدعه عند بائعه ويقول حيث أجيئك بالثمن كم شرطه، ح ٢، والرواية برمّتها هي: «الحسين بن سعيد عن صفوان عن عبد الرحمان بن الحجاج عن علي بن يقطين أنه سأل أبا الحسن ـ عليه السلام ـ عن الرجل يبيع، فلا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن، قال: فإن الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما».

في الإنفساخ عن الإعتبار ليعمل على طبق الأصل الذي قد عرفت أنه على طبق قول المشهور من عدم البطلان وثبوت الخيار أم لا؟ فنقول:

أما صيرورة فهم الأصحاب قرينة على أن يحمل على ما فهم المشهور منها من ثبوت الخيار فقلنا في محله: إن ذلك يتمّ في صورة نقطع من فهم المشهور أنه كانت قرينة على ما فهم المشهور منها وأن تلك القرينة لم تصل إلينا، وإلا فلا دليل على حجية فهم المشهور.

وعلى هذا **نقول**: نحن لا نقطع في المقام بأنه كانت قرينة واقعاً على ما فهم المشهور منها.

وأما صيرورة فهم الأصحاب منشأً للإجمال أو سقوط ظهور الأخبار في الإنفساخ عن الإعتبار فيتمّ على ما تعرّضنا له عند التعرض لحجية ظواهر الكتاب من أن العلم الإجمالي على خلاف بعض الظواهر يوجب سقوط تلك الظواهر التي تكون من أطراف ذلك العلم الإجمالي عن الإعتبار.

/ ٢٣ / وعلى هذا **نقول**: إن الموارد التي كانت في البين ظاهرة] وكان عمل الأصحاب على خلافها كثيرة جداً. ونحن نقطع بأن كثيراً من تلك الموارد لم يكن الظاهر منها مراداً.

وهذا يوجب سقوط كل ظاهر لفظي كان من أطراف هذا العلم الإجمالي عن الإعتبار.

وعلى هذا فنحن ندعي أن الظهور الموجود في مثل صحيحة إبن يقطين على الفساد يكون من الظواهر التي تكون من أطراف ذلك العلم الإجمالي، فما كان من الأخبار مجملة من جهة الدلالة على الإنفساخ والخيار، يثبت بها أمراً مردّداً. فبعد قول البايع «فسخت» نعلم بارتفاع العقد من البين. وأما قبل قول البايع «فسخت» نستصحب آثار الصحة بعد ما عرفت من أن ما كان من الأخبار ظاهراً في الإنفساخ بعد الثلاثة، سقط عن الإعتبار بما أشرنا إليه من الوجه.

[التحقيق في المقام]

ثم هذا كلّه على مذاق القوم من المصنف[١] (ره) والجواهر[٢] والرياض[٣] إلى غيرهم ممن تعرض لبيان دلالة أخبار الباب وإلا فالتحقيق أن غير صحيحة إبن يقطين من أخبار الباب ليس فيها ظهور على فساد البيع بعد ثلاثة أيام، بل فيها إشعار على ثبوت الخيار للبايع بعد الثلاثة كما تقدم وجهه.

وأما صحيحة إبن يقطين التي ادعوا ظهورها في فساد البيع وبطلانه بعد الثلاثة في نفسه، فليس الأمر كما توهّموه، بل هذه الصحيحة صريحة في ثبوت الخيار للبايع / ٢٤ / بعد ثلاثة أيام كما أفتى المشهور بذلك.

[توضيح مفاد صحيحة ابن يقطين]

وتوضيح ذلك يتوقف على التعرض لهذه الصحيحة وبيان معناها، **فنقول**: عن علي بن يقطين قال: «**سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبّضه صاحبه ولا يقبض الثمن. قال: الأجل بينهما ثلاثة أيام، فان قبّضه بيعه وإلا فلا بيع بينهما**»[٤].

ونحن **نقول**: إن لفظ البيع في قوله «يبيع البيع» هو المبيع كما هو واضح، والضمير المتصل في قوله «**ولا يقبضه**» راجع إلى البيع الذي كان المراد هو المبيع بقرينة أنه يذكر قبض الثمن بعده بقوله «**ولا يقبض الثمن**»، ففي صورة لم يقبض البايع المبيع ولم يأخذ الثمن من المشتري بعد وقوع البيع، يكون مورد سؤال السائل ومورد السؤال موضوعاً لقول الإمام عليه السلام «**الأجل بينهما ثلاثة أيام**».

---

١) كتاب المكاسب ٢١٨/٥، الروايات الواردة في المقام.

٢) جواهر الكلام ٢٣/ ٥١ ـ ٥٢، القسم الخامس: خيار التأخير.

٣) رياض المسائل ١٩٣/٨ ـ ١٩٤، خيار التأخير.

٤) الإستبصار ٧٨/٣، باب الرجل يشتري المتاع ثم يدعه.. ح ٢.

وقوله «فإن قبضه بيعه» يكون فاؤه فاء التعقب وبياناً لحكم ما بعد ثلاثة أيام.

والمراد من «بيعه» هو المبيع بقرينة إطلاق البيع على المبيع في سؤال السائل، فيكون «قبْضه» بالتشديد.

وحاصل الحكم الذي يذكره لما بعد مضي ثلاثة أيام أن البايع لو قبض المبيع بالمشتري باختياره، فهذا اختيار منه لبقاء البيع بحاله، فيكون البيع باقياً بحاله، وأما / ٢٥ / لو لم يقبض المبيع بالمشتري بأن لا يرد بقاء البيع، فلا بيع بينهما، فيرتقع البيع من البين لأجل اختيار البايع ارتفاعه.

ومما ذكرنا في معنى هذه الصحيحة ظهر[ت] أمور:

منها فساد ما قالوا من ظهور هذا الخبر في فساد البيع بعد الثلاثة، وذلك لأنه مبني على أن يكون قوله «فلا بيع بينهما» بياناً لحكم ما بعد ثلاثة أيام، وعرفت أنه ليس كذلك، بل هذا بيان لأحَد شقّي اختيار البايع، وهو ما لو لم يقبض المبيع وأراد ارتفاع البيع. وهذا معنى أن له اختيار الفسخ. وأما بيان حكم ما بعد الثلاثة فكان شقي الترديد الذي كان معنى ثبوت الخيار له.

ومنها أن المراد من بيعه في قوله «فإن قبض بيعه» هو المبيع.

وهذا لا لما يذكره المصنف (ره) في الشرط الأول من شروط هذا الخيار من أصالة عدم التشديد في بيعه لنوقش على حجية هذا الأصل أولاً. وثانياً بأنه معارض بأصالة عدم التشديد في قوله «قبضه»، بل من جهة أن لفظ البيع أطلق على المبيع في كلام السائل. وهذا قرينة على أن المراد من بيعه أيضاً هو المبيع، مع أن ما ذكرناه في معنى الرواية لا إشكال في وضوحه منها، وهو متوقف على أن يكون «بيعه» بمعنى المبيع.

ومنها أنه ظهر مما ذكرنا أنه لا وجه لجعل قوله «فإن قبضه بيعه» بمقتضى مفهوم الشرط قرينة على أنه يشترط في ثبوت هذا / ٢٦ / الخيار عدم إقباض المبيع، كما تصدى المصنف له في الشرط الأول من شروط هذا الخيار.

وجه الفساد أن قوله «فإن قبضه».. اه بيان لاختيار البايع بقاء البيع بإقباض المبيع أو ارتفاعه بعدم اقباضه. وهذا من فروع ثبوت الخيار، وليس هنا بصدد بيان شرط لحدوث أصل الخيار كما هو المدعى.

نعم، الخيار الذي يستفاد من هذه الصحيحة أنه ثابت للبايع يكون المتيقن منه في صورة لم يقبض المثمن ولم يقبض الثمن؛ لأنه كان مورد سؤال السائل وموضوع حكم الإمام بثبوت الخيار في المقام، لكن ليس له مفهوم حيث إنه لم يذكر تلك القيود في كلام الامام عليه السلام أيضاً ليدّعى ثبوت المفهوم لها من جهة كون القيود في مقام تحديد موضوع هذا الخيار.

[اشتراط عدم قبض المبيع لثبوت خيار التأخير]

قوله: أحدها عدم قبض المبيع، ولا خلاف في اشتراطه ظاهراً[1].. اه.

أقول: قد عرفت في الحاشية السابقة أن التمسك لاشتراط عدم قبض المبيع في ثبوت هذا الخيار بمفهوم قوله «فإن قبضه بيعه» كما فعله المصنف (ره) مما لا وجه له، وأنه لا يجوز التمسك له به كما يفهم ذلك من الرياض والجواهر وإن كان عليهما إشكال من جهة أخرى.

نعم، المتيقن من كثير من هذه الأخبار ثبوت الخيار في صورة عدم قبض المبيع:

أما صحيحة إبن يقطين فلما تقدم في الحاشية السابقة.

وأما صحيحة زرارة[2]، فلأن مورده أيضاً أنه ودّع / ٢٧ / المشتري المبيع عند

---

١) كتاب المكاسب ٥/٢٢٠، شرائط خيار التأخير.

٢) تهذيب الأحكام ٧/٢١، باب عقود البيع، ح ٥، والرواية هي: «عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده ويقول: حتى آتيك بثمنه، قال: إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له».

البايع حتى يجيء بالثمن، وليس في ذلك دلالة على أن المشتري قبضه أولاً، ثم ودعه عند البايع كما ادّعاه في الجواهر، بل الظاهر منه عدم القبض.

وأما موثقة إسحاق بن عمّار «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجئ، فلا بيع له»[1]، فلاحتمال أن يكون عدم مجيء المشتري إلى ثلاثة لقبض المبيع وإقباض الثمن معاً، وليس في الكلام إطلاق أو ظهور على خلافه.

نعم، ما نقله أبوبكر بن عيّاش من قول الإمام عليه السلام في خبر عبدالرحمن بن حجاج: «من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له»[2]، إطلاقه يشمل صورة قبض المبيع أيضاً، ونحن نقول في الجواب عن هذا الخبر بعد فرض اعتبار سنده بأنه تقدم في الحاشية السابقة أن كلّ ظهور كان بمرآى العلماء ولم يعملوا به، ولم يوجد وجه ظاهر للإشتباه، ليس بحجة؛ وما نحن فيه من هذا القبيل.

[مدى دلالة خبر ابن عياش]

ثم اعلم أنه لو قلنا باعتبار سند هذا الخبر وأن إطلاقه ليس بحجة من جهة أن المصنف لم يعمل به، فعلى هذا ففي الفروع الخلافية التي أشار اليها المصنف (ره) لا مانع من القول بثبوت الخيار لإطلاق هذا الخبر بعد أنه ليس في البين ما يسقطه عن الإعتبار، وذلك لو أقبض بعض المبيع.

وكما لو مكّن البايع المشتري من قبض البيع ولم يأخذه المشتري*.

---

١) تهذيب الأحكام ٢٢/٧، باب عقود البيع، ح ٨.

٢) تهذيب الأحكام ٢٢/٧، باب عقود البيع، ح ٧.

*) *كما يستفاد ثبوت الخيار في هذا الفرض من صحيحة زرارة أيضاً حيث يستفاد من قوله «ثم يدعه» أن مجرد التمكين غير رافع للخيار إلا أن يقال: من المحتمل أنه قبضه ثم أودعه عند المشتري.*

نعم، عليه يكون مفاده خلاف المشهور، وذلك يسقطه عن الإعتبار من هذه الجهة نظير ما

وكما لو قبضه المشتري على وجه يكون للبايع استرداده.

كما لو قبض المشتري المبيع بدون إذن البايع مع امتناعه عن إعطاء الثمن لو قلنا: إن قبضه في هذا الفرض كلا قبض.

/ ٢٨ / نعم، في صورة كان عدم قبض المبيع من جهة امتناع البايع بعد أن المشتري يبذل الثمن كما في الفرع الأول الذي ذكره المصنف (ره)، فعلى كل تقدير لا نقول بثبوت الخيار فيه؛ لأن أخبار الباب لا تدلّ على ثبوت الخيار في صورة يكون عدم قبض البايع للثمن من جهة امتناع البايع من أخذ الثمن.

وأما تمسك المصنف (ره) في ذيل بعض الفروع بورود الضرر أو عدم وروده فإنما يتم لو كان الدليل قاعدة الضرر ـ وقد عرفت فساده ـ أو علمنا أن مناط الأخبار رفع ضرر البايع، وهذا بطريق العلم غير حاصل لنا والظن بذلك لا دليل على حجيته.

وأما لو قلنا بعدم اعتبار سند خبر أبي بكر بن العياش، وقد عرفت أن المتيقّن من غيره صورة عدم قبض المبيع، فلو حصل قبضه بوجوه تقدمت، فلا دليل على ثبوت الخيار. ومقتضىٰ القاعدة لزوم البيع كما أنه لو لم يقبض المبيع وكان ذلك من جهة امتناع البايع من أخذ الثمن، فقد عرفت أنه لا تدل الأخبار على كل حال لثبوت الخيار في هذا الفرض، مع أن مقتضىٰ القاعدة أيضاً لزوم البيع.

نعم، لو مكّن البايع من القبض ولم يقبضه المشتري، فقد تقدّم أنه يستفاد من صحيحة زرارة ثبوت الخيار فيه مع فرض عدم قبض الثمن ولا التمكين منه؛ فتأمل.

نقول في ظاهر خبر عبد الرحمن. (منه قدس سره).

في بعض الفروع

المتعلقة بعدم قبض المبيع

[عدم قبض الثمن]

قوله: الشرط الثاني: عدم قبض[1] .. اه.

أقول: اشتراط أصل عدم قبض الثمن في ثبوت هذا الخيار مما لا تأمل فيه / ٢٩ / وإنما الكلام والبحث يقع في بعض الفروع المتعلقة بعدم قبض الثمن:

منها أن قبض البعض كلا قبض، كما ادعاه المصنف (ره) واستدلّ له بظاهر الأخبار نظراً إلى أن الشرط عدم قبض الثمن، وهذا الشرط محقق مع قبض بعض الثمن؛ لأن قبض بعض الثمن ليس قبض الثمن، ولكن يشكل ذلك بأن المتيقّن من الأخبار ثبوت الخيار مع عدم قبض الثمن رأساً.

هذا، مع أن صدق عدم قبض الثمن عند العرف مشكل في صورة قبض بعض الثمن، ولذا يسئل عن حكم البعض من غير نكير بعد الحكم بأن عدم قبض الثمن حكمه كذا.

وأما فهم أبي بكر بن عيّاش في عدم كفاية قبض البعض وأنه كلا قبض، فليس بحجة علينا بعد أنه لم يحصل لنا القطع بأنه كان قرينة على هذا التعميم.

ومما ذكرنا ظهر فساد دعوى أن هذه الرواية تدلّ على أن قبض بعض الثمن كلا قبض.

---

١) كتاب المكاسب ٢٢٢/٥، شرائط خيار التأخير، الشرط الثاني.

ثم إنه يلوح من الجواب أن قبض كل من بعض المبيع أو بعض الثمن كلا قبض وأنه لا خلاف فيه. والإتكال على هذه أيضاً مشكل.

[عدم قبض بعض الثمن]

هذا، إلا أن الظاهر أنه لا مانع من التمسك بظاهر بعض الأخبار على عدم كفاية بعض الثمن، لاسيّما خبر إبن عيّاش، وذلك لأن الأخبار لو كانت ساكتة عن حكم صورة جاء ببعض الثمن، فلا تدل على ثبوت الخيار في هذا الفرض. ومقتضى الأصل أيضاً لزوم البيع إلّا أن الأخبار ساكتة عن حكم هذه الصورة؛ لأن مثل قوله في صحيحة زرارة «**إن جاء ـ أي بالثمن ـ ما بينه وبين ثلاثة أيام**»[1].. اه، علّق فيه ثبوت لزوم للبيع على مجيء المشتري بالثمن وأنه بدون هذا الشرط يكون الخيار ثابتاً.

ومن الواضح أن مجيئه ببعض الثمن ليس مجيئاً له بالثمن، فيكون شرط ثبوت الخيار ورفع اللزوم حاصلاً.

/ ٣٠ / وأما خبر إبن العيّاش فإن قوله عليه السلام «**فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام**»[2].. اه يصدق في صورة جاء بالثمن في هذه المدة متدرجاً، وظاهره ثبوت الخيار إذا لم يجئ بتمام الثمن في الثلاثة لقوله «**فلا بيع له**» ولثبوت المفهوم للقيود هنا من جهتين.

[القبض بدون الإذن]

قوله: والقبض بدون الإذن كعدمه[3].. اه.

---

١) تهذيب الأحكام ٢١/٧، باب عقود البيع، ح ٥.

٢) تهذيب الأحكام ٢٢/٧، باب عقود البيع، ح ٧.

٣) كتاب المكاسب ٢٢٢/٥، شرائط خيار التأخير، الشرط الثاني.

أقول: ما دل من الأخبار على أنه «**فجاء بالثمن**».. اه أو «**إن جاء بالثمن**».. اه يدل على أن الشرط لرفع الخيار مجيء المشتري بالثمن. وإذا كان القبض من فعل البايع بدون إذن المشتري.

فهذا الشرط لرفع الخيار غير حاصل، فيدلّ بالمفهوم والمنطوق على ثبوت الخيار إذا كان القبض بدون إذن المشتري، وفي صحيحة إبن يقطين لا حكم بثبوت الخيار مع عدم قبض الثمن، والقبض فيه أعم من أن يكون بإذن المشتري أم لا، إلا أنه تقدم أن القيود الواقعة في سؤال السائل هنا لا مفهوم له، فهذا الخبر يصير ساكتاً عن حكم صورة قبض بلا إذن، وإنما تعرّض لخصوص حكم صورة لم يحصل القبض رأساً، فلا يعارض مع الأخبار التي دلّت على أن القبض بلا إذن أيضاً يكون الخيار فيه ثابتاً.

نعم، يبقى هنا كلام وهو أنه إذا كان قبض البايع للثمن حقاً ولو كان بدون إذن المشتري، فهنا أيضاً يكون مقتضى الأخبار ـ بالبيان الذي ذكرناه ـ ثبوت الخيار / ٣١ / للبايع أيضاً، إلّا أن المصنف[1] (ره) يدعي خروج هذا الفرض عن منصرف الأخبار وأن الخيار هنا غير ثابت مع أن دعوى أن مطلق صورة القبض بغير إذن، خارج عن منصرف الأخبار يكون أولى من التفصيل بين صورة كان القبض بلا إذن حقاً أو باطلاً.

وتوضيح المقام: أنه لو تجمدنا بصرف ظاهر اللفظ وقلنا: إن اللزوم صار معلقاً بمجيء المشتري بالثمن، ففي صورة يقبض البايع بنفسه من غير فرق بين أن يكون قبضه حقاً أو باطلاً، يكون شرط لزوم البيع منتفياً، فيثبت الخيار للبايع في الصورتين بمقتضى خبر أبي بكر وصحيحة زرارة.

وأما لو قلنا: إن الغرض من مجيء المشتري بالثمن أن يكون للبايع أن يتصرف فيه ويجري عليه أحكام القبض؛ نظراً إلى بُعد أن يكون عنوان المجيء بنفسه في

---

١) كتاب المكاسب ٢٢٣/٥، شرائط خيار التأخير، الشرط الثاني.

باب المعاملات له مدخلية، ومن هنا لم يتأمل في أن القبض مع الإذن يرفع الخيار مع أن عنوان مجيء المشتري بالثمن غير صادق فيه أيضاً.

فعلى هذا يتصل بين أن يكون قبض الثمن بلا إذن حقاً أو باطلاً كما يقوله المصنف (ره).

وأما لو قلنا: إن التعبير بلفظ «جاء» في الخبرين جرى مجرى الغالب من أن وصول الثمن إلى البايع من مجيء المشتري به، فلم يظهر من الخبرين كون عنوان مجيء المشتري بالثمن شرطاً للزوم، فيكون الخبران ساكتين عن صورة يقبض البايع الثمن بنفسه، فيعمل في الصورتين ما تقتضيه القاعدة الأولية / ٣٢ / من كون البيع لازماً بعد الثلاثة كما يلوح هذا الوجه من الجواهر.

والتحقيق في المقام أن **نقول**: إن أخبار الباب كلها ساكتة عن صورة قبض البايع الثمن بنفسه، سواء كان قبضه حقاً أو باطلاً، فلابدّ من أن يعمل فيهما على ما تقتضيه القاعدة من لزوم البيع بعد الثلاثة.

[وجه سكوت الأخبار عن حكم المسألة]

بقي الكلام في بيان سكوت أخبار الباب عن حكم هذه الصورة، فنقول: أما صحيحة إبن يقطين وموثقة إسحاق فواضح، وأما خبر أبي بكر[1] وصحيحة زرارة[2] المشتملين على القضية الشرطية من قوله «**من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين**».. اه، وقوله بعد قول السائل «**آتيك بثمنه**» إنه «**إن جاء ما بينه وبين**».. اه، **فنقول**: إن الظاهر أن القضية الشرطية كان في مفروضٍ لم يكن الثمن حاضراً وكان محتاجاً بأن يجيئه المشتري، فيكون الخبران ساكتين عن حكم صورة كان الثمن حاضراً وأخذه البايع أو ذهب البايع وأخذه بنفسه.

---

١) تهذيب الأحكام ٢١/٧ ـ ٢٢، باب عقود البيع، ح ٧.

٢) تهذيب الأحكام ٢١/٧، باب عقود البيع، ح ٥.

ويؤيّد ما ذكرناه أن العلماء في عنوان المسألة شرطوا من طرف الثمن عدم قبضه الذي لا يتوقف على الإذن، فإنه يشعر أو يظهر منه أن الاذن ليس شرطاً في قبض الثمن الذي شرط للزوم البيع.

[إجازة المشتري في حكم الإذن]

ثم إنه على القول باعتبار الإذن في قبض الثمن لا إشكال ظاهراً في أنه لو أجاز المشتري لقبض الثمن فيكون في حكم الإذن، / ٣٣ / ومن هنا تصدى المصنف (ره) هنا لبيان أن الإجازة هنا كاشفة أو مثبتة.

ونحن **نقول**: إن الحكم الذي يكون البحث في أن الإجازة كاشفة عن ثبوته حال القبض أو مثبتة له من حين الإجازة، هو لزوم العقد، فعلى هذا **نقول**: أما لو أجاز القبض قبل مضي ثلاثة أيام، فمثل هذه الإجازة لا كشف فيها عن لزوم البيع ولا مثبتة للزوم البيع، وإنما الإجازة صار منشأً لأن لا يحدث الخيار بعد الثلاثة حيث فقد شرط حدوث الخيار بواسطة إجازة المشتري لقبض الثمن.

[في قبض البايع قبل الثلاثة وإجازة المشتري بعدها]

وأما لو كان قبض البايع للثمن قبل الثلاثة وإجازة المشتري له بعد الثلاثة، فحينئذٍ نقول: لو كان شرط حدوث الخيار بعد الثلاثة أن لا يقبض البايع الثمن برضى المشتري، سواء كان رضاؤه بعد الثلاثة أو قبلها، فإذا أجاز المشتري بعد الثلاثة، فيكشف عن عدم حدوث الخيار للبايع بعد الثلاثة ولا امتناع في كون القبض الكذائي شرطاً وليس ذا من تأخر الشرط الممتنع.

وأما لو كان شرط حدوث الخيار بعد الثلاثة أن لا يقبض البايع الثمن برضى المشتري في ثلاثة أيام، فحينئذٍ لو أجاز المشتري بعد الثلاثة فلا يمنع ذلك من ثبوت الخيار للبايع بعد الثلاثه.

ثمّ لو شككنا في أن الرضاء / ٣٤ / بأي واحد من النحوين اعتبر في المقام، نقول في صورة وقعت[١] الإجازة بعد الثلاثة: يكون مقتضىٰ القاعدة بقاء لزوم العقد وعدم حدوث الخيار للبايع.

[لزوم البيع لو لم يثبت الخيار]

قوله: الشرط الثالث[٢]:.. اه.

أقول: لو منعنا أن المتبادر من النصوص صورة عدم اشتراط تأخير أحد العوضين، فنقول: لا أقل من أن المتيقّن من مساق الأخبار ذلك. وفي مثل هذا الفرض منعنا جريان مقدمات الحكمة للتعميم، وليس في البين ما يدل على التعميم بحسب الوضع أيضاً. وحينئذٍ نقول: إن مقتضى الأصل لزوم البيع في صورة لم يثبت الخيار.

[اشتراط كون المبيع شخصياً لا كلياً]

قوله: الشرط الرابع[٣]:.. اه.

أقول: لإثبات اشتراط كون المبيع شخصياً، لا كلياً، تارة يتمسك باستظهار الإجماع وتارة بمنع اقتضاء قاعدة الضرر والنصوص الواردة في خيار التأخير لثبوت الخيار إذا كان المبيع كلياً.

ونحن **نقول**: قد تقدم أن قاعدة الضرر ليس دليلاً على هذا الخيار لنحتاج إلى منع اقتضائها للخيار إذا كان المبيع كلياً.

والعمدة في إثبات هذا الشرط منع دلالة الأخبار على ثبوت الخيار إذا كان

---

١) في المخطوطة: وقع.

٢) كتاب المكاسب ٥/٢٢٣، شرائط خيار التأخير، الشرط الثالث.

٣) كتاب المكاسب ٥/٢٢٣، شرائط خيار التأخير، الشرط الرابع.

المبيع كلياً، بعد أن الأصل في غير ما ثبت فيه الخيار اللزوم، وإلا فاستظهار الإجماع أيضاً لا ينفع.

أما لو كان المراد أن الإجماع قائم على ثبوت الخيار إذا كان المبيع شخصياً / ٣٥ / فواضح؛ لأن تحقق هذا الإجماع غير مانع من ثبوت الخيار إذا كان المبيع كلياً أيضاً.

ولو كان المراد قيام الإجماع على أنه إذا كان المبيع كلياً فلا خيار، فلا دلالة في شيء من العبائر التي استظهر الإجماع منها على ذلك، بل صاحب الجواهر[١] يدعي أن ظاهر الأكثر أن الخيار ثابت مطلقاً ولو كان البيع كلياً، بل عدم التعميم إلى الكلي لا يظهر إلا من اثنين من العلماء.

بل الظاهر من عبارة الدروس[٢] الذي اعترف به المصنف[٣] (ره) أنه يدعي أن التخصيص بصورة كان البيع معيناً شخصياً لا يظهر إلا من المبسوط، بل وأن غيره يقول بالتعميم أيضاً.

بل ويلوح من عبارة القاضي الإجماع على ثبوت الخيار إذا كان المبيع غير معين؛ لأنه عبارته المنقولة منه عن جواهره[٤] في معقد إجماعه في المسألة أنه «لو باع شيئاً غير معين».. اه.

ومنه نسب ذلك إليه في مفتاح الكرامة[٥] على ما نقله المصنف[٦] (ره).

[المراد من الثمن المعيّن]

ثمّ إن المصنف (ره) يجيب عن ذلك بأني أظن الغلط في نسخة الجواهر.

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٥٣، القسم الخامس: خيار التأخير.

٢) الدروس ٣/٢٧٣، خيار التأخير وأحكامه.

٣) كتاب المكاسب ٥/٢٢٧، مقتضا التأمل في عبارات الفقهاء.

٤) جواهر الفقه: ٥٤، باب مسائل تتعلق بالبيوع، مسألة: ١٩٣.

٥) لم نعثر عليه.

٦) كتاب المكاسب ٥/٢٢٤، شروط خيار التأخير، الشرط الرابع.

ثمّ إن ما استظهره المصنف (ره) يكون الإشكال عليه من جهة أن العبارة الواقعة في كثير من معاقد الإجماعات أنه لو باع شيئاً معيناً بثمن معين، مع أن الإجماع قائم على أن الثمن لا يلزم أن يكون معيناً، ويكفي أن يكون الثمن كلياً أيضاً، والمصنف (ره) قال: الظاهر / ٣٦ / أن المراد بالثمن المعين في معقد الإجماع المعلوم في مقابل المجهول، لا أن يكون المراد المشخص في مقابل الكلي، ولذا يشكل عليه أن المراد بشيء معين أيضاً هو المعلوم، فلا تدلّ معاقد الإجماعات على أن المبيع يكون مشخصاً في مقابل الكلي.

ويجيب عن ذلك: تارة بأنا نقول بأن الظاهر من لفظ «المعين» هو المشخص في مقابل الكلي، لكن خرجنا عن ذلك في الثمن بالإجماع.

وتاره بأنه فرق بين الثمن المعين والشيء المعين؛ فإن الثاني ظاهر في الشخصي دون الأول.

وهما كما ترى، وعبارة بعضٍ لا يصير قرينة على عبارة آخرين.

وبالجملة، العمدة منع دلالة الأخبار على التعميم بصورة كان البيع كلياً بعد فرض أن الأصل الأولي يكون مقتضياً للزوم. وأما منع دلالة الأخبار على التعميم، فالظاهر أنه لا مانع فيه على مسلكنا في باب الإطلاقات على ما سيوضح ـ إن شاء الله تعالى ـ.

في اشتراط أن يكون البيع شخصياً في ثبوت خيار التأخير وأنه لا يستفاد من الأخبار أكثر من ذلك

قوله: ولا مناسبة في إطلاقه على الكلي[1] .. اه.

أقول: المفروض أنه ليس لنا لفظ المبيع ليقال: إنه يعمّ الشخصي والكلي، بل

---

١) كتاب المكاسب ٢٢٦/٥، شرائط خيار التأخير، الشرط الرابع.

إنما أريد المبيع من لفظ البيع، فلو كان وجه المناسبة وقوع البيع على المبيع، فيعم الكلي والشخصي، ولو كان وجه المناسبة صيرورة المبيع في معرض البيع كما يؤيده / ٣٧ / تعلق الشراء به حال إطلاق البيع عليه، فتصير هذه المناسبة بعيدةً في صورة كان المبيع كلّياً.

والأنسب إرادة بعض اقسام المبيع وهو ما لو كان شخصياً.

ونحن ذكرنا عند التعرض لقوله تعالى ﴿ولا تقربوا مال اليتيم﴾[1] في آخر باب الولايات أنه في ما يريد مجازاً من اللفظ لا يلاحظ ظهور اللفظ الخاص لتلك المعنى المجازي الذي ذلك اللفظ هو غير مذكور في الكلام لإمكان استعمال اللفظ في بعض أفراده مجازاً، فلابدّ أن تلاحظ مناسبة اللفظ المذكور الذي استعمل مجازاً أيضاً.

وبالجملة، إذا جاء في المقام الإحتمالان وعلى أحدهما يشكل التعميم إلى صورة يكون البيع كلياً، فيشكل إثبات دلالة اللفظ على ثبوت الخيار إذا كان المبيع كلياً مع أن الأصل أيضاً اللزوم.

قوله: إنصرافاً لا يحوج إرادة المطلق[2] .. اه.

أقول: لو ثبت الإنصراف تصير إرادة المطلق محتاجةً إلى القرينة، ونحن **نقول:** إن لفظ «الشيء» وإن يشمل الكلي الذي أمر اعتباري كما أشار إليه المصنف؛ لأن الشيء أعم المفاهيم حتى أنه يشمل نقيضه، أعني اللا شيء أيضاً، إلّا أن ذلك لا يمنع من أظهريته في خصوص الموارد في بعض الأشياء الخاصة. وظهور «من اشترى شيئاً»[3] في الموجود الخارجي أكثر، فهو يصير قدراً متيقناً / ٣٨ / من

---

١) الأنعام: ١٥٢ والإسراء: ٣٤.

٢) كتاب المكاسب ٢٢٧/٥، شرائط خيار التأخير، الشرط الرابع.

٣) تهذيب الأحكام ٢١/٧ ـ ٢٢، باب عقود البيع، ح ٧.

مساق الكلام.

وكلّما صار كذلك، لا تجري مقدمات الحكمة للتعميم على ما أوضحناه في غير المقام.

والمفروض أنه ليس لنا ما يدلّ على التعميم لمقتضى الوضع، بل التعميم هنا بمقدمات الحكمة، بل قد يقال بانصراف المادة إلى الأعيان الخارجية، فلا ينفع في التعميم كون عمومه وضعيّاً.

وهو مشكل لوضوح عدم الإنصراف في بعض التراكيب مثل ﴿إن الله بكل شيء عليم﴾[١].

ولعلّ انصراف المادة يكون مختلفاً باختلاف التراكيب، ولا امتناع في ذلك.

ويجوز دعوى أن عدم الإنصراف إلى خصوص الموجودات الخارجية من جهة القرينة على التعميم، وتكون القرينة ناشية من وقوعه في تركيب خاص مثل ﴿إن الله بكل شيء عليم﴾ وشبهه؛ فتدبّر.

[اشتراط عدم الخيار لثبوت خيار التأخير]

منها عدم الخيار لأحدهما[٢].. اه.

أقول: لا مدرك لاشتراط ثبوت خيار التأخير بأن لا يكون خيار لأحدهما مطلقاً أو بأن لا يكون خيار آخر لخصوص البايع الذي يكون له خيار التأخير، وذلك لأنك عرفت أن قاعدة الضرر لم يكن دليلاً على ثبوت خيار التأخير، وعرفت أنه لم يقم دليل على أن مناط ثبوت خيار التأخير أيضاً هو الضرر حتى ندور مدار الضرر وعدمه.

ودعوى أن الأخبار الواردة في خيار التأخير منصرفة إلى صورة لم يكن خيار

---

١) الأنفال: ٧٥، التوبة: ١١٥، العنكبوت: ٦٢، و...

٢) كتاب المكاسب ٢٢٨/٥، ما قيل باعتباره في هذا الخيار.

آخر لأحدهما أو لخصوص البايع من جهة أخرى لا وجه له كما أن أدلّة سائر الخيارات لم تكن منصرفة إلى صورة عدم خيار آخر.

بل ظاهر الأخبار الواردة في المقام أن نفس تأخير رد الثمن أو العوضين سبب لحدوث الخيار بعد الثلاثة.

ثم إنّا وإن اعترفنا بانصراف أخبار الباب إلى صورة عدم اشتراط تأخير رد الثمن أو العوضين، إلّا أن جواز التأخير لكل منهما كما لو قلنا بذلك في زمان ثبوت الخيارات غير اشتراط التأخير وانصراف الأخبار عن الأخير غير مستلزم / ٣٩ / لانصرافها عن الأول أيضاً.

والحق أنه ليست[1] الأخبار منصرفة عن صورة كان تأخير الرد من جهة أنه كان للمشتري تأخير الرد.

[لا مانع من ثبوت الخيار بعد الثلاثة أو غيرها]

بقي الكلام في بيان أنه لا مانع أيضاً من شمول الإطلاقات وأن مقتضاها كون خيار التأخير بعد ثلاثة أيام من زمان صدور العقد كان قبله أو معه خيار آخر أم لم يكن، **فنقول**: توضيح ذلك كلّه أن الأخبار الواردة في الباب لا دلالة فيها على لزوم البيع قبل انقضاء الثلاثة، وإنما مفادها عدم اقتضاء التأخير في الثلاثة للخيار في نفس الثلاثة.

بل لو كان في الأخبار إشعار باللزوم قبل الثلاثة، فإنما هو نظير أدلّة سائر الخيارات من أنه لمّا كان مقتضى الأصل لزوم البيع وفرض الكلام في صورة لم يكن سبب آخر للخيار، فيكون اللزوم من جهته، بل الإشعار على اللزوم قبل الثلاثة بنحو الاطلاق أيضاً ممنوع حتى ينافي ثبوت خيار المجلس.

وعلى هذا فلا تنافي هذه الأخبار مع ثبوت خيار آخر في البيع بسبب آخر من

---

١) في المخطوطة: ليس.

أسباب الخيار.

فإذا كان خيار قبل الثلاثة فهو مستند إلى سبب آخر من أسباب الخيار في محل لم يوجد سبب حدوث خيار التأخير، لا أن يكون مستنداً إلى عدم حدوث سبب خيار التأخير حتى يقال: إن الشيء الواحد كيف يكون كل من وجوده ومن عدم وجوده سبباً للخيار*.

هذا، بل نقول: إنه بالنسبة إلى بعد الثلاثة لا مانع من أن يكون الخيار مستنداً إلى سببين كما في سائر الخيارات التي تجتمع في زمان واحد.

نعم، نحن منعنا ثبوت نفس / ٤٠ / الخيارين في زمان واحد كما تقدم في خيار المجلس ظاهراً.

فظهر مما ذكرناه أن بدء الثلاثة من زمان صدور العقد، لا من حين التفرق وأنه في بيع الحيوان أيضاً يحدث خيار التأخير بعد الثلاثة وإلا فلو لم نقل بذلك بأن اعتبرنا اللزوم قبل خيار التأخير بثلاثة أيام، فلابدّ من أن نقول بسقوط خيار التأخير في بيع الحيوان؛ لأنه لا يمكن استفاده ثبوت الخيار في بيع الحيوان من الأخبار بعد ستة أيام بعد أن مفاد الأخبار أنه بعد الثلاثة.

وما نقل عن الحدائق أنه التزم بثبوت خيار التأخير في بيع الجارية بعد شهر، فهو مدرك آخر كما يأتي.

---

*) *ولعلّ الفارق أن الأخبار إنما ورد [ت] في مورد لم يشترط فيه تأخير الثمن أو المثمن كما أن المطلق منها يعمّ المبيع من حيث هو، لا مع اعتبار أمر زائد نحتمل مدخليته في عدم ثبوت هذا الخيار معه، لاسيّما مع كون مورد هذا المطلق هو نفس البيع من دون اعتبار هذا الأمر الزائد.*

وهذا بخلاف ثبوت خيار آخر، فإن هذه الجهة مغفول عنها في المطلقات وغيرها مع أنه ربما يكون في البيع خيار آخر. (منه قدس سره).

في القول باشتراط تعدد المتعاقدين في ثبوت خيار التأخير وأن الحق التفصيل بين الموارد

قوله: ومنها تعدد المتعاقدين[١] .. اه.

أقول: إعتبار تعدد المتعاقدين في ثبوت خيار التأخير إما لما نقله في الجواهر[٢] أيضاً من أنه المستفاد من النصوص فيبقى صورة اتحاد العاقد على الأصل، أعني أصالة اللزوم وإما لما نقله المصنف (ره) من أنه مع اتحاد العاقد لما يكون خيار المجلس باقياً ما لم يسقط حيث لا يمكن حصول التفرق في حق العاقد الواحد، فلا يمكن خيار التأخير بعد فرض بقاء خيار المجلس.

ونحن نقول: أما دعوى عدم استفادة خيار التأخير من النصوص لصورة كان العاقد واحداً، فهو بإطلاقه فاسد. وتوضيحه: أنه ليس في النصوص ما يدلّ على كون العاقد واحداً / ٤١ / أو متعدداً.

نعم، يكون موردها في صورة كان البايع والمشتري متعدداً ويشترط مع ذلك في ثبوت خيار التأخير عدم قبض كل من العوضين من الآخر.

وعلى هذا نقول: لو كان العاقد الواحد من قبيل الوليّ للصغيرين الذي كان مالهما عنده، فهنا لا يجيء خيار التأخير من وجهين:

أحدهما عدم كون البايع والمشتري هنا متعدداً؛ لأن البايع والمشتري لا يطلق على الصغيرين، بل على الوليّ، وهو واحد على الفرض، والمستفاد من النصوص تعددهما.

وثانيها من جهة أن عدم قبض العوضين شرط لهذا الخيار، وهذا الشرط هنا غير

---

١) كتاب المكاسب ٢٣٠/٥، ما قيل باعتباره في هذا الخيار، منها: تعدد المتعاقدين.

٢) جواهر الكلام ٥٦/٢٣، لا فرق في المدة بين أفراد المبيع.

حاصل بعد أن المالين عند الوليّ، وهو بايع ومشترٍ من جهتين.

ثم إنه مثل الوليّ المشار إليه، الوكيل عن الشخصين في صورة كان وكيلاً عنهما في أصل التصرف المالي وكان المالان بيده أيضاً؛ فإن البايع والمشتري هنا لا يطلق على الموكلين، بل على الوكيل كما تقدم توضيح ذلك في خيار المجلس.

وأما لو كان العاقد الواحد من قبيل الوكيل عن الشخصين في مجرد إجراء الصفة، فهنا تقدم في خيار المجلس أنه لا يطلق البايع والمشتري على العاقد، بل إنما يطلقان على المالكين. وهنا كلا الوجهين المشار إليهما منتفيان، فلا مانع من شمول الأخبار لثبوت خيار التأخير / ٤٢ / هنا لوضوح أن مثل قوله «من اشترى شيئاً» وغيره من سائر الأخبار يكون أعم من صورة تصدى كل منها لإجراء الصيغة ويوكل أحدهما للآخر فيه أو يوكلان ثالثاً.

وأما دعوى أن خيار المجلس لا يرتفع في صورة اتحاد العاقد من دون إسقاط، فلا يمكن ثبوت خيار التأخير، ففيه: أنه لو كان مفروض الكلام في صورة كان العاقد الواحد من قبيل الوكيل في مجرد إجراء الصيغة، ففيه:

أولاً أن بقاء خيار التأخير وعدم سقوطه إلا بالإسقاط مبني على أن نقول: إن خيار المجلس للوكيل العاقد، وعلى هذا نقول: إنك عرفت أن خيار التأخير في مثل هذا الفرض يكون للمالك. ومن الواضح أنه لا امتناع في ثبوت الخيار للوكيل وللمالك معاً، مع أنه لو ثبت أن خيار المجلس يكون للمالكين، **فنقول**: إن مدار سقوطه على تفرقهما أيضاً كما تقدم في خيار المجلس وتفرق المالكين لا مانع فيه.

وثانياً لو قلنا: إن خيار المجلس للمالكين ولكن سقوطه بتقرق الوكيلين الذي هو ممتنع لفرض اتحاد الوكيل، فتقول: لا امتناع في ثبوت خيار التأخير إذا اشترط عدم خيار المجلس في ضمن العقد أو أسقطه بعد العقد حيث لا امتناع في اجتماع سببي الخيار وإن لم يتعدد نفس الخيار في زمان واحد.

ثمّ لا يخفى أن القائل / ٤٣ / باشتراط التعدد على ما نقل في الجواهر كلامه، هو اشتراط تعدد البايع والمشتري، لا مجرد المتعاقدين.

فعلى هذا نحن نعترف بصحة كلامه من جهة عدم استفادة الخيار من النصوص في غير صورة تعددهما كما تقدم.

في بطلان اشتراط أن لا يكون المبيع حيواناً

قوله: ومنها أن لا يكون المبيع حيواناً[1] .. اه.

أقول: نحن ذكرنا في مسألة حجية خبر الواحد أن ما أعرض المشهور عنه من الأخبار ليس بحجة وكذا ذكرنا في مسألة حجية ظواهر الكتاب أن ما لم يعمل المشهور على طبقه من الظواهر، ليس بحجة كما تقدمت الإشارة إلى وجهه في الأبواب السابقة.

فعلى هذا **نقول:** إن الخبر الوارد في الجارية ليس بحجة من جهتين والمصنف (ره) أيضاً نظره إلى أنه ليس بحجة، لا أن يكون المراد منع ظهوره وثبوت الخيار بعد شهر، بل المقصود تأويله إلى بعض المحامل الصحيحة.

نعم، ما ذكره من حمله على استحباب أن يصبر البايع ولم يفسخ بعد الثلاثة إلى شهر إنما يوافق مع القول بعدم فورية هذا الخيار وإلا فلو لم يفسخ بعد الثلاثة، فليس له بعد ذلك أن يفسخ بعد شهر أيضاً.

[مبدأ ثلاثة أيام]

قوله: ثمّ إن مبدأ الثلاثة من حين التفرق[2] .. اه.

---

١) كتاب المكاسب ٢٣١/٥، ما قيل باعتباره في هذا الخيار، منها: أن لا يكون المبيع حيواناً.

٢) كتاب المكاسب ٢٣٢/٥، مبدأ الثلاثة في خيار التأخير.

أقول: قوله «**فإن جاء بالثمن بينه وبين ثلاثة أيام**»[1] لا ظهور فيه في كون مدة الغيبة ثلاثة أيام حتى يحتاج إلى دعوى أنه كناية عن عدم التقابض ثلاثة أيام. وذلك لأن غاية الأمر أن / ٤٤ / يكون ضمير «بينه» راجعاً إلى الشخص، لكنه بلحاظ زمان صدور المبيع عنه بمناسبة المقام، لا بمناسبة زمان التفرق الذي لا وجه لأن يلتفت إليه الذهن في المقام، بل قوله «**من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه**» .. اه يكون الظاهر منه أن يكون الضمير فيه راجعاً إلى نفس الشراء.

في سقوط خيار التأخير بالإسقاط بعد الثلاثة وأما قبل الثلاثة فلا يصح إسقاطها

قوله: أحدها إسقاطه بعد الثلاثة[2] **..اه**

ما تقدم من الوجه في كون الإسقاط موجباً لسقوط خيار المجلس والحيوان من جهة دخول إنشاء الإسقاط تحت عنوان العهد والعقد تجري في المقام أيضاً بعد أنا استفدنا من صحيحة إبن يقطين وغيره كما تقدم أن الشارع جعل الخيار وسلطنة البيع للبايع بعد الثلاثة، فعليك بمراجعة ما تقدم، بعد ما عرفت من أن صغرى الخيار المجعول الذي قلنا إنه من الأحكام الوضعية يثبت بهذه الصحيحة، بل وبغيرها أيضاً.

نعم، على القول بكون الخيار بعد الثلاثة فورياً لا حاجة في سقوط هذا الخيار بالإسقاط، وإنما الإشكال في إسقاط هذا الخيار قبل الثلاثة، والمصنف (ره) بناءً على أن يكون سببه الضرر الحاصل بعد الثلاثة، يرجّح عدم سقوطه بالإسقاط، لأنه / ٤٥ / قبل الثلاثة على هذا لم يحدث هذا الخيار ولم يكن سببه موجوداً أيضاً

---

١) تهذيب الأحكام ٣/٢١ ـ ٢٢، باب عقود البيع، ح ٧.
٢) كتاب المكاسب ٥/٢٣٢، مسقطات خيار التأخير.

قبل الثلاثة.

وأما بناءً على أن سبب هذا الخيار نفس العقد، فلمّا يكون سببه موجوداً قبل الثلاثة، يقول: لا مانع من إسقاطه مضافاً إلى فحوى جواز اشتراط سقوطه في ضمن العقد.

ونحن **نقول**: إن الوجه الأول الذي ذكره لصحة إسقاطه قبل الثلاثة مبني على ما تقدم منه في خيار الشرط من أن سبب الخيار لو كان هو العقد الموجود قبل الخيار، فلا مانع من إسقاط الخيار وإن لم يثبت الخيار بعد، إلا أنه هناك لم يرجّح ذلك وإنما صحّح صحة الإسقاط قبل ثبوت الخيار من جهة أن سبب حدوث الخيار يكون بيد هذا الشخص الذي يسقط الخيار.

هذا، ولكن تقدم منّا أن إسقاط ما لم يثبت بعد، لا معنى له، فعليك بالمراجعة بما ذكرناه هناك.

وأما ما ذكره من الفحوى.. اه، فنقول: لا يخفى أنا ذكرنا في خيار المجلس أن اشتراط سقوط الخيار في ضمن العقد لا مانع منه وأن معناه الإلتزام بترتيب آثار سقوط الخيار وعدم حدوثه وتمسّكنا لذلك بعموم قوله عليه السلام «المؤمنون..»[1] اه. / ٤٦ / ولو بضميمة بعض الأخبار المعتبرة التي تمسكوا به في نظير المقام؛ فراجع.

وأما الإسقاط الذي هو محل الكلام فعرفت أنه لا معنى له قبل ثبوت الخيار.

وأما الإلتزام بترتيب آثار السقوط وشبه ذلك بعد العقد:

فأولاً أنه ليس من الإسقاط في شيء.

وثانياً أنه شرط ابتدائي لا يجب الوفاء به إجماعاً.

وثالثاً لم يعلم كون أمر هذه الجهة بيد ذي الخيار كما تقدم في خيار الشرط من أن المال بعد أن يملكه الشخص بالإرث يمضي فيه تصرفاته وإنشاءاته ولكن ليس له أن ينشأ عدم تورثه في عقد من العقود.

---

١) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسري، ح ٤.

في الفرق بين إسقاط الخيار قبل الثلاثة واشتراط سقوطه في ضمن العقد وأن الأول فاسد والثاني صحيح

قوله: الثاني: اشتراط سقوطه[1] .. اه.

أقول: هنا أيضاً يفصل المصنف بنظير ما فصّل في سقوطه بالإسقاط من أن سببه إما الضرر الحادث بعد الثلاثة، فلا يصح، أم العقد فيصح. ونحن نقول: تقدم أن هذا الخيار ليس ملاكه الضرر بوجه مع أن حدوث سبب الخيار قبل الثلاثة أو بعدها ليس فارقاً في سقوط الخيار بالإسقاط فضلاً من أن / ٤٧ / يكون فارقاً من جهة صحة الشرط في ضمن العقد، وعرفت أنه صحّحنا اشتراط سقوط الخيار في ضمن العقد؛ فراجع.

قوله: الثالث: بذل المشتري[2] .. اه.

أقول: أما ما ذكره فيما ذكره من البناء من أنه لو كان مستند هذا الخيار هو الضرر، فيدور ثبوت الخيار وعدمه مدار ثبوت الضرر وعدمه.

فحينئذٍ لو ردّ الثمن بعد الثلاثة، فلا ضرر فلا خيار بعده، ففيه: أن غاية الأمر أن نقول: إن حدوث هذا الخيار كان لضرر عدم رد الثمن في الثلاثة وأما أن بقاء هذا الخيار يكون مشروطاً ببقاء الضرر، فلا يدل عليه دليل، وليس بنفسه أمراً معلوماً أيضاً، فلا مانع من استصحاب الخيار بعد ثبوته أولاً كما تقدم توضيح عدم المانع من استصحاب الخيار في مفروض المقام عند التعرض لبيان أن خيار الغبن فوري أم لا وفي مسألة أصالة اللزوم في العقود.

---

١) كتاب المكاسب ٥/٢٣٣، مسقطات خيار التأخير: اشتراط سقوطه في متن العقد.

٢) كتاب المكاسب ٥/٢٣٤، مسقطات خيار التأخير: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة.

وأما ما ذكره من المبنى من انصراف الأخبار إلى صورة يكون الضرر فعلاً في لزوم العقد، ففيه: أنك عرفت أن دليل هذا الخيار لم يكن قاعدة الضرر، وعرفت أن الأخبار ليست منصرفة إلى صورة الضرر وأنه لا وجه لذلك، سيّما أن الضرر ليس بلازم أن يكون في التأخير في خصوص الثلاثة مقيداً بالشرائط المتقدمة، مع أن الضرر لو كان في لزوم العقد فهو يوجب الخيار من دون اعتبار الشروط.

فهذا الخيار من الخيارات التعبدية الغير المبنية / ٤٨ / على الضرر. وهذا واضح حيث إنه لو لم تكن الأخبار، لم يقل أحد بثبوت هذا الخيار مقيّداً بالشرايط المتقدمة.

هذا، مع أنك عرفت أنه على كل حال لا مانع من استصحاب الخيار على التحقيق من حجيته مع الشك في المقتضي كما أنه لو منعنا حجيته مع الشك في المقتضي على خلاف التحقيق أيضاً، لا فرق بين المسلكين.

في أن أخذ الثمن لو كان بعنوان الإلتزام بالبيع فيكون مسقطاً للخيار وفي بيان أنه أي شيء كاشف عنه

قوله: الرابع: أخذ الثمن من المشتري[1] .. اه.

أقول: بناءً على ما تقدم من أن مجرد بذل المشتري للثمن ليس مسقطاً لخيار البايع نقول: لو أخذ البايع الثمن من المشتري من باب الإلتزام بالبيع والرضى به فهو مسقط لخياره، وذلك لأن قوله في صحيحة إبن يقطين «فإن قبضه بيعه».. اه على ما شرحناه سابقاً من أنه بيان لشقّي اختيار البايع، يكون الجواب لهذه القضية الشرطية قوله «فالبيع ثابت» بقرينة قوله «وإلا فلا بيع بينهما». فيكون الظاهر منه أن إقباض المبيع بعنوان الإلتزام بالبيع يوجب بقاء البيع. ومنه يفهم أن التزامه بالبيع يوجب بقاء البيع وإن كان بغير إقباض المبيع، بل بقبض الثمن أيضاً، حيث إن

---

١) كتاب المكاسب ٢٣٥/٥، مسقطات خيار التأخير: أخذ الثمن من المشتري.

إقباض المبيع كان بياناً لاختياره بقاء البيع.

ثمّ إن قبض الثمن لو علم أنه كان بعنوان الإلتزام بالبيع، فلا إشكال.

وأما لو ظنّ، فبمجرده لا يكفي لعدم الدليل على اعتبار مطلق الظن إلا أن تنضمّ إليه قرائن، بحيث لا يعتني العقلاء باحتمال أنه لم يكن الأخذ بعنوان الإلتزام.

فإن ما دخل / ٤٩ / في عنوانٍ كان بناء العقلاء على العمل عليه يكون حجة. وأما ما ذكره من الإكتفاء بمطلق الأخذ نظراً إلى أنه كاشف نوعاً عن الرضى بالبيع كما تقدم منه في التصرف المسقط لخيار الحيوان، ففيه:

أولاً أنه تقدم أن مجرد التصرف هناك يكون مسقطاً من غير حاجة إلى أن يكشف عن الرضاء بوجه.

وثانياً لو ثبت هناك أن التصرف الكاشف عن الرضاء نوعاً مسقطٌ لخيار الحيوان نوعاً لما ورد فيه من الأخبار كما هو المفروض، فإجراء ذلك في المقام قياس لو لم يكن القياس مع الفارق أيضاً.

[سقوط الخيار بمطالبة الثمن]

قوله: وهل يسقط الخيار بمطالبة الثمن[1] .. اه.

أقول: الحق أنه لا يسقط الخيار بها، لكن لا من جهة ما ذكره المصنف من أن سبب الخيار الضرر بعد الثلاثة وأن المطالبة ليس التزاماً به، بل دفع للضرر السابق. ثم تصدى للفرق بين هذا الخيار وسائر الخيارات وكذا بين كون الإسقاط وأخذ الثمن هنا مسقطاً دون مطالبة الثمن؛ لما تقدم من أن ثبوت هذا الخيار لم يكن للضرر، فضلاً من أن يعين أنها الضرر اللاحق بعد فرض الضرر على التقديرين إلى غير ذلك من الدعاوي التي كان على أمثال هذه المعاني، بل نحن **نقول أولاً:** إن استفادة كون الإلتزام بالبيع مسقطاً، قد عرفت أنه كان من جهة قوله «**فإن قبضه**

---

١) كتاب المكاسب ٢٣٥/٥، هل يسقط الخيار بمطالبة الثمن؟

بيعه»[1].. اه بعد دعوى عدم الفرق بين إقباض / ٥٠ / المبيع وبين أخذ الثمن.

وعلى هذا نقول: إنه بالنسبة إلى نفس المبيع جعل المسقط الإقباض دون إرادة الإعطاء ومطالبة الثمن بمنزلة إرادة إعطاء المبيع.

وثانياً نقول: مطالبة الثمن ليس التزاماً ببقاء البيع وإنما هو إرادة لأن يلتزم بالبيع، ونفس الإلتزام بحسب العمل إنما يتحقق بترتيب آثار بقاء البيع من الإقباض وأخذ الثمن.

[هل خيار التأخير على الفور أو التراخي؟]

قوله: مسألة في كون هذا الخيار[2].. اه.

أقول: مسلك المصنف (ره) في مطلق الخيارات كما تقدم في أصالة اللزوم وخيار الغبن مفصلاً أنها على الفور، ولكن في خصوص هذا الخيار يدعي أنه على التراخي لوجهين:

الأول أن الدليل على هذا الخيار هو قوله «لا بيع له» لأنه بعد عدم إمكان إرادة نفي الحقيقة ولا نفي الصحة التي كان أقرب المجازات، يدور الأمر بين حمله على نفي اللزوم في الجملة أو أبداً، والثاني أقرب إلى المعنى الحقيقي.

وفيه: أولاً أنه لو كان المراد نفي اللزوم دائماً، فيكون الإطلاق الأحوالي له ثابتاً وإلا لم يثبت المقصود.

وعلى هذا فيعمّ حال مجيء شيء من المسقطات وعدمه، فتقع المعارضة بينه وبين أدلّة المسقطات، فحينئذٍ يشكل الأمر في إثبات مسقطية المسقطات المتقدمة.

وثانياً نقول: لو كان مفاد لاء نفي الجنس نفي الحقيقة دائماً، فكان نفي اللزوم

---

١) الإستبصار ٧٨/٣، باب الرجل يشتري المتاع ثم يدعه عند بائعه ويقول حتى أجيئك بالثمن كم شرطه، ح ٢.

٢) كتاب المكاسب ٢٣٧/٥، مسألة: هل هذا الخيار على الفور أو التراخي؟

دائماً أقرب المجازات إليه بالنسبة إلى نفي اللزوم / ٥١ / في الجملة. وأما لو كان مفاد لاء نفي الجنس نفي الحقيقة في الجملة فنقول: إن نفي اللزوم في الجملة يكون أقرب من نفي اللزوم دائماً، أو لا أقل من الشك، فلا يتمّ الإستدلال.

وعلى هذا نقول: إن لاء نفي الجنس لا دلالة فيه بنفسه على الدوام، ومنه لا ينافي مع تحقق البيع بعقد جديد، وأما انتفاء نفس هذا البيع له بعد ذلك فليس من جهة دلالة اللفظ، بل لانحصار سببه بما كان في الزمان الأول الذي لم يؤثر على الفرض. فمثل قوله «لا رجل في الدار» لا يدلّ على أنه لا يوجد الرجل بعد ذلك في الدار.

نعم، قد يعلم من الخارج أن النفي غير ملاحظ فيه حال ولا زمان، فيدلّ على الدوام بهذه القرينة كما في كلمة التوحيد.

الثاني أنه يتمسك باستصحاب الخيار نظراً إلى أن منعه سابقاً للشك في الموضوع، والموضوع هنا يستفاد من النص.

أقول: في خيار الغبن قال: إن من ثبت له الخيار في الزمان الأول يتمكن من تدارك ضرره، ومن المحتمل أن يكون الموضوع لحكم الخيار من لم يتمكن من تدارك ضرره، ففي الزمان الثاني يكون الموضوع مشكوكاً. وعلى هذا نقول: إنه هنا ادعى سابقاً ـ لاسيّما في المسقط الثالث ـ أن أخبار الباب منصرفة إلى صورة التضرر فعلاً بلزوم العقد، وعلى هذا فيصير / ٥٢ / المتيقّن من الأخبار أيضاً ثبوت الخيار لمن لم يتمكن من تدارك ضرره كما قال به في خيار الغبن.

وثانياً نقول: إنه في سائر الخيارات المنصوصة كان المناسب أن يقول: إن الموضوع يحرز من أدلة نفس الخيار لورود النص فيها.

وثالثاً تقدم في خيار المجلس وفي مسألة أصالة اللزوم أنه لا مانع من استصحاب الخيار في شيء من الخيارات وإثبات الخيار في الزمان الثاني.

[أحكام خيار التأخير]

[حكم ما لو تلف المبيع]

قوله: مسألة: لو تلف المبيع[1] .. اه.

أقول: بعد الفراغ من إثبات خيار التأخير وشرائطه ومسقطاته وأنه فوري أم لا، شرع في بعض أحكامه وهو أنه لو تلف المبيع قبل قبضه، يكون من مال البايع.

ولا يخفى أولاً أنه في صورة يقولون بأن التلف من مال البايع، يكون المراد خروج العين من مال البايع حتى يكون تلفه عليه. وعليه يشكل من أنه مع كون المبيع مال المشتري كيف يتلف ويخرج من مال البايع؟

وأجابوا عن ذلك بأن البيع بان ما قبل تلف البيع ينفسخ، فيدخل المبيع في مال البايع، فيكون تلفه منه. والكلام من هذه الجهة تقدم منّا ظاهراً في مسألة المعاطاة في ضمن مسألة «أعتق عبدك عني» وما يأتي في أحكام القبض أيضاً.

[صور المسألة]

/ ٥٣ / ثمّ لا يخفىٰ أن تلف المبيع إما في ثلاثة أيام من أول العقد أم بعد الثلاثة في زمان حدوث الخيار، سواء كان الخيار باقياً أم لا كما لو سقط بالمسقطات أو قلنا بفوريته.

أما لو كان تلف المبيع قبل القبض فيما بعد الثلاثة ففي الجواهر أنه لا خلاف في أن تلفه على البايع وعليه النبوي المنجبر «**كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال**

---

١) كتاب المكاسب ٢٣٨/٥، مسألة: تلف المبيع بعد الثلاثة من البايع.

بايعه»[١]؛ مضافاً إلى الإجماعات المنقولة على مضمون النبوي. ومضافاً إلى إطلاق خبر عقبة[٢] التي نقله المصنف[٣].

نعم، هنا إشكالان:

الأول أن مضمون النبوي ينافي مع قاعدة التلازم بين ملك النماء وخسارة العين يعني أن «من له الغُنم فعليه الغُرم». ولكن تقدم هنا في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد قبل التعرض لحكم المنافع الغير المستوفاة في تلك المسألة، كلام في هذه القاعدة واخترنا تمامية القاعدة للتعليل الذي في بعض أخبار خيار الشرط؛ فراجع.

وعلى تمامية هذه القاعدة لا إشكال في تقدم النبوي عليه للأخصّية؛ لأن المبيع نماؤه دائماً للمشتري وتارة بأن إطلاق الإجماعات المنقولة والنبوي ينافي مع قاعدة أن «التلف في زمان الخيار على من لا خيار له».

نعم، لو قلنا باختصاص هذه القاعدة بخصوص خيار المجلس والحيوان والشرط، بل في هذه الثلاثة أيضاً بشرط كون التلف بعد القبض كما رجّحه المصنف (ره)، فيرتفع الإشكال في المقام رأساً. فتمامية ما قلنا في مسألتنا موقوفة على ما سيأتي في تلك المسألة ـ إن شاء الله تعالى شأنه ـ.

وأما لو كان تلف المبيع قبل القبض في ثلاثة أيام من أول العقد، فهنا ليس خيار تأخير الثمن. فلو فرض أنه لم يكن خيار آخر أيضاً، فيكون الأمر أوضح من

---

١) عوالي اللئالي ٢١٢/٣، باب التجارة، ح ٥٩.

٢) الكافي ١٧١/٥ ـ ١٧٢، باب الشرط والخيار في البيع، ح ١٢، والرواية هي: «محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن عبدالله بن هلال عن عقبة بن أبي خالد عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون؟

قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته. فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه.

٣) كتاب المكاسب ٢٣٩/٥، تلف المبيع بعد الثلاثة من البايع.

الفرض السابق من جهة كون تلف المبيع على البايع لعدم جريان الإشكال الثاني السائق فيه.

ومع ذلك وقع الخلاف هنا لأنه حكي عن المفيد[١] وسلّار[٢] والسيدين[٣] أن التلف على المشتري وأنه مال الشهيد إليه في نُكَتِه، بل عن الإنتصار والغنية دعوى الإجماع عليه.

نعم، عن الخلاف دعوى الإجماع على أن التلف على المشتري كما هو المشهور.

/ ٥٤ / ومما ذكرنا ظهر أن الأقوى هو القول المشهور من أن التلف قبل القبض على البايع مطلقاً.

[تمكين البايع من قبض المشتري دون القبض]

قوله: وهو الأقوى.. اه.

أقول: رجّح المصنف (ره) كون تمكين البايع من قبض المشتري للمبيع بحكم قبضه إياه في رفع الضمان عن البايع.

وفي الجواهر[٤] في صورة يكون عدم قبض المشتري للمبيع بامتناع منه يقول بأنه يرفع الضمان عن البايع بلا خلاف. ولعله لانصراف النبوي عن هذا الفرض مع أن مقتضى القاعدة الأولية يكون ضمان المبيع على المشتري لأنه ماله، ولا وجه لانفساخ العقد. واستصحاب بقاء الضمان على البايع تعليقي، وليس الإستصحاب التعليقي حجة عندنا.

---

١) المقنعة: ٥٩٢، عقود البيوع.

٢) المراسم العلوية: ١٧٤ ـ ١٧٥، ذكر البيوع.

٣) الإنتصار: ٤٣٧، المسألة ٢٤٩ والغنية: ٢١٩ ـ ٢٢٠، في أسباب الخيار ومسقطاته.

٤) جواهر الكلام ٢٣/٥٨، قاعدة التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له لا تشمل المقام.

وأما مجرد تمكين المشتري من القبض إلا أنه لم يقبضه لالتماس المشتري كون المبيع عند البايع، فقبل منه، فنسب إلى جماعة سقوط الضمان عن البايع، إما لأن مثله يسمى قبضاً أو لأن المراد من النبوي غيره، بل في الغنية والمحكي عن ظاهر الخلاف الإجماع عليه.

ثمّ يناقش على ذلك بأن دعوى صدق القبض بذلك فيما لا يكفي للضمان الذي هو مقتضى الإستصحاب مطلقاً أو في بعض الأحوال مع أن ظاهر خبر عـقبة أن المشتري هو الذي تركه في يد البايع، فالقول بالضمان قوي إن لم يكن إجماعاً ولم نَقُل بأن مثله قبض.

أقول: في كل مورد لم يصدق القبض فالحق مع [صاحب] الجواهر. وسيأتي معنى القبض في كل شيء في محله ـ إن شاء الله تعالى ـ لأنه في غير صورة امتناع المشتري لا يناسب دعوى انصراف النبوي صلى الله عليه وآله.

وتوضيح المقام: أن رفع الضمان عن البايع إما بعدم صدق القبض بنفس التمكين أو مع الإمتناع عن القبض، وهو يختلف في الموارد كما يأتي في أحكام القبض.

وإما بانصراف النبوي عن بعض أفراد عدم القبض.

وإما بصيرورة بعض الأفراد متيقّناً من مساق الكلام بحيث لا تجري مقدمات الحكمة للتعميم. وفي صورة لم يصدق القبض حقيقةً، فدعوى الإنصراف وشـبهه مشكل إلا في صورة كان عدم القبض لامتناع المشتري.

ثمّ كل مورد لم يتمّ الدليل على كون تلف المبيع على البايع، تقدم أن مقتضىٰ القاعدة كون تلف المبيع على المشتري بعد أن استصحاب بقاء الضمان على البايع يكون تعليقياً ولا نقول بحجيته.

في أن تمكين البايع من القبض ليس بحكم القبض

نعم، ظاهر خبر عقبة أن التمكين من القبض في غير [ما] يمتنع المشتري من

القبض ليس بقبض ولا بحكمه، كما استظهر ذلك من النبوي أيضاً، فيكون الضمان على البايع بمقتضى الدليل، فلا وجه للرجوع إلى الأصل هنا.

قوله: لكن التعميم مع أنه[1] .. اه.

أقول: ظاهر العبارة المحكية عن النهاية[2] كما فهم في المختلف[3] وأورد عليه، ومجرد صيرورة عبارة النهاية خلاف الإجماع لا يوجب / ٥٥ / لأن يحمل على شيء آخر لرفع الإشكال عنه، كما أن التعليل الذي ذكره أيضاً لا يصير قرينة على هذا الحمل؛ لأن الإيراد كما يرد على أصل عبارة النهاية، يرد على تعليله أيضاً.

ومن هنا أورد المحقق في نكت النهاية على هذا التعليل بأنه لا وجه له؛ لأن القبض له مبطل لخيار البايع، وإنما يتحقق الخيار إذا لم يقبض المبيع ولا الثمن.

---

١) كتاب المكاسب ٥/٢٤٠، لو مكنه البايع من القبض فلم يتسلم.

٢) النهاية: ٣٨٥ـ٣٨٦، باب الشرط في العقود.

٣) مختلف الشيعة ٥/٦٩ـ ٧٠، لو قبضه المشتري ثم تلف.

[خيار ما يفسد ليومه]

في الدليل على ثبوت الخيار فيما يفسد ليومه

قوله: مسألة: لو اشترى ما يفسد من يومه[1] .. اه.

أقول: أما الدليل على أصل ثبوت هذا الخيار المرسلة المنجبر ضعفُ سندها بعمل الأصحاب، وأما دلالة قوله «فلا بيع له» على الخيار، فتقدم الكلام فيه في خيار التأخير، بل بعد ما أثبتنا الدلالة هناك من بعض الأخبار فيطمئن القلب بدلالة مثل هذه العبارة الواردة في تلك الأخبار أيضاً، وبناء العقلاء على الإتكال بمثل ذلك كما أن العلماء فهموا ذلك أيضاً.

ثم إنه يؤيد المرسلة ما نقل عن الفقيه من العبارة التي يحتمل كونها جزء الرواية.

هذا مضافاً إلى جريان قاعدة «لا ضرر» في المقام، حيث إن المبيع قبل القبض تلفه على البايع، وعلى فرض التلف لا يملك الثمن أيضاً، مع أن المفروض أن المبيع يتلف / ٥٦ / لو بقي على حاله.

نعم، مقتضى ذلك تعدية الخيار إلى المبيع الذي يفسد في نصف اليوم أو يومين، لكن المصنف[2] قال: إن ظاهر النص يوهم خلافه.

وفيه: أن النص دل على ثبوت الخيار في فرض مخصوص، وليس له مفهوم

---

١) كتاب المكاسب ٢٤١/٥، مسألة: شراء ما يفسد من يومه.

٢) كتاب المكاسب ٢٤١/٥، مسألة شراء ما يفسد من يومه.

لينفي الخيار عن غيره.

ثمّ إن موضوع هذا الخيار بمقتضى النص والفتاوى ما يفسد من يومه مع أن مقتضى النص حدوث الخيار من أول الليل، بل مقتضى تمام الفتاوى أيضاً ذلك كما سيوضح ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وعلى هذا فيشكل الأمر من جهة أنه لا تأمل في أن ظاهر النص وغيره أن الغرض من جعل هذا الخيار رفع الضرر، وهذا الغرض لا يحصل إلا بأن يكون الخيار قبل الليل ليتأتى للبايع دفع الضرر عن نفسه.

ومن هنا نقل عن الشهيد في الدروس[1] أنه حمل النص على ما يفسده المبيت وقد بيع عند انقضاء النهار ودخول الليل، فالخيار من أول الليل ويرفع به الضرر. وهذا الحمل من جهة ما تقدم من أن الغرض لا يحصل إلا بذلك ومن جهة أن مثل الخضراء والفواكه واللحوم ـ ممّا هو مورد أمثلهم ـ يكون الغالب فيها أنهايفسدها المبيت ولا يفسد في اليوم ومن جهة شيوع استعمال اليوم فيما يشمل الليل أيضاً.

ثم إنه (ره) / ٥٧ / في غير ما يفسده المبيت مثل ما يفسده نصف يوم أو يومين إلى غيرهما قال: يردّ إلى الأصل وحديث الضرر ودلالة الإبراء، والمراد أنه لو ثبت الضرر بعدم الخيار في غير الليل مثل نصف اليوم مثلاً، فلابدّ من القول بثبوت الخيار كما أن المدار في الخيارات الغير المنصوصة على ذلك.

ومن الواضح أن النص الوارد في هذا الخيار أو سائر الخيارات ليس لها مفهوم لينفى الخيار الثابت بقاعدة الضرر، وفي غير مورد ثبت الضرر من عدم الخيار، يرجع إلى أصالة اللزوم.

وفي الجواهر[2] بعد نقل كلام الشهيد أن هذا جيّد جدّاً وارتضاه المحقق الكركي

---

١) الدروس ٣٧٤/٣، خيار ما يفسده المبيت.

٢) جواهر الكلام ٦٠/٢٣، من اشترى ما يسفد ليومه.

ومال إليه الشهيد الثاني[١] وغيره. ومقتضاه ثبوت الخيار في غير مورد النص عند خشية فساده مطلقاً.

أقول: يعني قبل أن يعلم أن يصير فاسداً لو بقي بعده، لكن يشكل الأمر لو جاء المشتري بالثمن قبل أن يفسد، فإن الدليل في غير مورد النص مجرد قاعدة الضرر؛ فتأمل.

ثم لا يخفىٰ أن مقتضى عبارة الدروس أن حدوث الخيار عند دخول الليل في أصل المسألة وكذلك عبارة النهاية، بعد أن المراد من لفظ الخيار في صدر عبارته خيار المشتري في رد الثمن، لا خيار البايع في فسخ البيع؛ لأن خيار البايع في الفسخ يكون مراداً من قوله «وإلا فلا بيع أي للمشتري» تبعاً للتعبير الوارد في النص، وكذا عبارة الصدوق[٢] بعد أن الظاهر من عبارته / ٥٨ / أن المراد من العهدة عهدة البايع لضمان المبيع؛ فراجع وافهم.

نعم، ظاهر بعض التعابير أن الليل غاية للخيار حيث وقع التعبير بأنه كان الخيار فيه يوماً أو بأنه يكون الخيار إلى الليل إلّا أن المصنف (ره) وكذلك صاحب الجواهر تسلّما أن الإختلال في التعبير وأن مرادهم حدوث الخيار من الليل.

ونحن نقول: لو فرض أن يكون مرادهم حدوث الخيار في اليوم وانتهاؤه إلى الليل، فيكون كلامهم مردوداً بما تقدم؛ فراجع.

في فساد دعوى أن شروط خيار ما يفسد ليومه شروط خيار التأخير مطلقاً وحكم ما تقلّ قيمته السوقية

قوله: ثمّ إن الظاهر أن شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير[٣].

---

١) مسالك الأفهام ٣/٢١٠، لو اشترى ما يفسد من يومه.

٢) من لا يحضره الفقيه ٣/٢٠٣، باب الشرط والخيار في البيع، ذيل ح ٣٧٦٧.

٣) كتاب المكاسب ٥/٢٤٣، شروط هذا الخيار.

أقول: هذا مذكور في الجواهر[١] والرياض[٢] وشرح مجمع الفائدة[٣] مستندين لذلك إلى أن هذا الخيار فرد من أفراد خيار التأخير، وإلى أنه في الغنية[٤] ادعى الإجماع على ذلك.

ويشكل ذلك بأن من جملة شرائط خيار التأخير عدم قبض الثمن واشتراط تأخيره، وفي صورة أخذ الثمن مثلاً لم يرفع ضمان البايع عن المبيع الذي يكون عنده. والمفروض أنه يتلف بمقتضى قاعدة الضرر ثبوت الخيار للبايع، بل مقتضىٰ إطلاق النص أيضاً ذلك.

وتقدم أن المبيع الغير المقبوض للمشتري يكون مضموناً على البايع ولو بعد أخذ البايع للثمن.

وأما في مسألة خيار التأخير لم يكن المفروض في صورةٍ يتلف المبيع ببقائه.

[فوات السوق]

/ ٥٩ / قوله: ولو لم يحدث في المبيع إلا فوات السوق[٥] .. اه.

أقول: لو كان فوات السوق لفوات شيء من صفاته كجلائه، فهذا يرجع إلى فوات الصفة التي لا مانع من القول بكونه موجباً للخيار لقاعدة الضرر ولو لم يشمل النص له.

وأمّا ثبوت الضرر على البايع، فمن جهة دعوى أن تلف الصفة كتلف أصل العين أو أجزائه في أنه على البايع قبل القبض على القول به، وأما لو كان مجرد نزول القيمة السوقية فهذا لا يختص بمسألتنا، بل بيع كل شيء يكون قابلاً لفوات القيمة

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٦٠ ـ ٦١، من اشترى ما يفسد ليومه إن جاء بالثمن قبل الليل.

٢) رياض المسائل ٨/١٩٨، خيار التأخير.

٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨/٤٠٩، خيار ما يفسد ليومه.

٤) غنية النزوع: ٢١٩، في أسباب الخيار ومسقطاته.

٥) كتاب المكاسب ٥/٢٤٤، المراد بالفساد.

فيه ونزول القيمة السوقية ليس من التلف الذي يكون ضمانه على البايع ليثبت له الخيار بذلك بقاعدة الضرر.

ومن الواضح أن النصّ أيضاً لا يدلّ على ثبوت الخيار هنا، بل ضرر السوق على المشتري، فلا وجه لثبوت الخيار به للبايع، فلا وجه لما قوّاه في الجواهر[1] كما أنه لا حاجة إلى ما ذكره المصنف (ره) من أنه من قبيل عدم النفع لا الضرر حتى يورد عليه بأنه ضرر، لكنه على المشتري.

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٦٠، من اشترى ما يفسد ليومه إن جاء بالثمن قبل الليل.

[خيار الرؤية]

قوله: السادس: خيار الرؤية.

أقول: سيوضح ـ إن شاء الله ـ أن وصف المبيع أو الثمن يقوم مقام رؤيتها في الجملة في رفع الغرر وصحة البيع، وأنه لو ظهر بعد ذلك كونه على خلاف ما وصف لا يوجب ذلك فساد البيع ما لم يخرجه الأوصاف عن عنوان ما وقع عليه البيع، إلا أنه يوجب الخيار للبايع / ٦٠ / لو كان تخلف الأوصاف الغير المقوّمة في الثمن، وللمشتري لو كان في المبيع.

ثم إنهم يلحقون بتخلف الوصف ما لو اشترى شيئاً برؤية سابقة، فإنه مصحح للبيع، ثمّ ظهر التخلف.

بقي الكلام في الدليل على هذا الخيار، فنقول: بعد دعوى الإجماع يتمسكون بالضرر والنص؛ أما الضرر فنقول: لا يدلّ على ثبوت هذا الخيار بإطلاقه من كون مطلق تخلف الأوصاف التي لها دخل في زيادة القيمة موجباً للخيار، فإنه لو فرضنا أن البيع مثلاً مع تخلف صفاته التي يكون لها دخل في زيادة القيمة كانت قيمته أكثر أو مساوية مع الثمن الذي وقع في هذا البيع بإزائه*، لم يرد من لزوم هذا البيع ضرر على المشتري لترفعه قاعدة «لا ضرر».. اه.

وأما النص فهو صحيح إبن درّاج الذي نقله في المتن. وعليه إشكالان:

---

*) *في نسخة مصححة من التهذيب* [٢٦/٧، باب عقود البيع، ح ٢٩]: *صار إلى الضيعة فقلبها، وفي نسخة: فقيلها؛ على الأول أنه آجرها أوزارها، على الثاني صار شراؤها مبغوضاً عنده، فرجع فاستقال؛ وهو الأنسب. (منه قدس سره).*

الأول أن المفروض فيه أن المشتري لم ير قطعة من البيع، فيصير المبيع مجهولاً، فيبطل البيع.

في الجواب عما يوهم وروده على النص الوارد في المقام من التخصيص الأكثر وبيان ميزان كلّي في المقام

والجواب عنه: أنه إما أن يحمل على صورة وصف المبيع بما يرفع به الجهالة أو يقال: إن رؤية بعض القطعات دليل على ما لم يره، وهذا يرفع الغرر الذي يوجب بطلان البيع. ولا إجماع على البطلان في مثل هذا الفرض الذي يرفع هذا المقدار من الغرر، فلا مانع من التمسك بنفس هذا الخبر على عدم مضرية ما يبقى بعد ذلك من الغرر لو فرض صدق الغرر / ٦١ / فيه في الجملة، فنخصّص به سائر الأدلة.

الثاني أنه في هذا الخبر لم يفرض تخلف الأوصاف ومع عدم تخلف الأوصاف لا خيار إجماعاً.

إن قلت: إنه يعمّ صورة تخلف الأوصاف وغيره، فنقول: إن ما لم يتخلف فيه الأوصاف خرج عن تحته إجماعاً وبقي الباقي.

قلت: هذا من التخصيص الأكثر الموهن له.

هذا، ونحن نجيب عن الإشكال بوجهين:

الأول أن نقول: إن لفظ خيار الرؤية ينصرف بصورة يكون فيه تخلف وصف لعدم مناسبة أن يكون صرف عدم الرؤية منشأً للخيار في صورة لم يظهر في المبيع تخلف صفة بوجه من الوجوه.

إن قلت: إنه في السؤال قرائن على أنه لم يكن في مفروض السؤال تخلف وصف من سؤال المشتري الإقالة وعدم اعتذاره بنقص في المبيع من تخلف وصف، بل كان منشأ طلب الإقالة أن ماله فقد لبذله بإزاء المبيع.

قلت: نسلّم أن البايع لم يكن نظره إلى أن تخلف الصفة يوجب الخيار ولم يكن غرضه الإقالة من جهة تخلف الوصف، بل كان طلب الإقالة لفقد ماله، إلّا أن الإمام عليه السلام تصدى لبيان أن للمشتري طريقاً وحيلة إلى أن يرفع هذا البيع من البين / ٦٢ / بأن لم ير أولاً جزءاً من المبيع وتخلف وصفه مع ما كان فيما رآه ويشهد على أن غرض الإمام بيان طريق وحيلة من البين أنه لم يتعرّض في السؤال أن المشتري لم ير شيئاً من المبيع، بل ظاهره أنه رأىٰ كلّه ومع ذلك تصدّى الإمام لبيان حكم صورة لم ير جزءاً منها ولو في منتهى القلة.

الثاني أن نقول: سلّمنا أن ما ذكرنا من الوجه لا يوجب لانصراف ظهور خيار الرؤية إلى صورة تخلف الوصف إلّا أن من الواضح أن ذلك يوجب ضعف ظهوره لصورة لم يتخلف شيئاً من الأوصاف، وعلى هذا **نقول**: إن خروج ما كان شمول العام له ضعيفاً عن تحت العام ـ ولو كان كثيراً ـ غير موجب لوهن إرادة العموم منه بالنسبة إلى غيره؛ لأن وجه كون التخصيص الأكثر مضرّاً بعموم العام أن إرادة العموم مع ورود التخصيص الأكثر يكون مستهجناً، فلابدّ أن يحمل على العهد، وفيما هو مفروض المقام، لا استهجان في إرادة العموم كما أوضحنا ذلك سابقاً في أصالة اللزوم قبل الشروع في الخيارات.

ثمّ إن / ٦٣ / هذا الخبر ظاهره ثبوت خيار الرؤية للمشتري وأما ثبوته للبايع في صورة تخلف أوصاف الثمن، لابدّ أن يلحق به إما بعدم القول بالفصل لو كان أو بقاعدة الضرر الذي تقدم الكلام فيه.

وأما دعوى أن المراد من هذا الخبر أن البايع باع المبيع بوصف المشتري له، فيكون المراد ثبوت خيار تخلف الوصف للبايع أو أن المراد أنه يكون المراد أن خيار الرؤية يكون لهما، فهما كما ترى.

[الإستدلال بخبر منهال وصحيحة زيد الشحّام]

قوله: وقد يستدل أيضاً بصحيحة زيد الشحّام[١].

أقول: أما خبر منهال القصاب[٢] الذي ذكره في الحدائق[٣] لتوضيح معنى هذا الخبر، يكون المراد منه أن إخراج كل سهم وحصة أو إخراج القرعة سهم القارع لكل حصة يتوقف على تعديل القسمة، لا ابتداءاً وكونه شارحاً لصحيحة زيد الشحام[٤] بلحاظ أن فيه بيان ما هو سهم القصابين، وأن المراد الأغنام التي تصير قسمة كل منهم، لا شيئاً آخر.

وأما صحيحة زيد الشحام، فلو كان المراد منه شراء الجزء المشاع قبل أن يخرج السهم، فليس هنا مورد خيار الرؤية بعد أنه رأى تمام الأغنام التي يشتري ثلثاً منها مثلاً ولو كان المراد شراء ما يخرج من سهم هذا القصاب قبل / ٦٤ / أن يخرج السهم، فهو من بيع الفرد المردد. وهو باطل.

وعلى فرض الصحة لا يأتي فيه خيار الرؤية بعد أنه رأى الجميع.

وحمل المصنف (ره) هذا الخبر على أنه من قبيل شراء الكلي في المعين نظير شراء منٍّ من الحنطة من الصبرة المعيّنة، لكن فيه: أنه لا يصح في غير متساوي

---

١) كتاب المكاسب ٢٤٥/٥، السادس: خيار الرؤية.

٢) الكافي ٢٢٣/٥، باب آخر منه، قبل باب الغنم تعطي بالضريبة، ح ٢، والرواية هي: «أحمد بن محمد عن إبن أبي عمير عن عبدالرحمان بن الحجاج عن منهال القصاب، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: اشترى الغنم أو يشتري الغنم جماعة ثم تدخل داراً، ثمّ يقوم رجل على الباب فيعد واحداً واثنين وثلاثة وأربعة وخمسة، ثمّ يخرج السهم.

قال: لا يصلح هذا، إنما يصلح السهام إذا عدلت القسمة.

٣) الحدائق الناضرة ٥٧/١٩، في خيار الرؤية.

٤) الكافي ٢٢٣/٥، باب آخر منه، قبل باب الغنم تعطي بالضريبة، ح ٣، والرواية هي: «عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد عن الحسن بن محبوب عن زيد الشحام قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل يشتري سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم، فقال: لا يشتري شيئاً حتى يعلم من أين يخرج السهم، فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج.

الأجزاء.

وثانياً نقول: إن بيع صاع من الصبرة إنما هو إذا كان تمام الصبرة ملكاً للبايع وأما لو كان البايع مالكاً لثلثه مثلاً ويبيع حصته منها، فهو من بيع الحصة المشاعة التي كانت للبايع كما هو ظاهر الخبر.

فهذا الخبر ظاهر في أن المراد شراء الجزء المشاع، فالمراد من الخيار خيار الحيوان.

وتقدم في خيار الحيوان وقوع النزاع في جريان خيار الحيوان فيما يكون المقصود الأصلي لحمه كغنم القصاب، وفي جريان خيار الحيوان في صورة كان المبيع كلياً أو مشاعاً.

وعلى هذا فنحن نقول: إن هذه الصحيحة الواردة في الكتب المعتبرة بعد ظهورها فيما قلناه، تصير دليلاً على جريان خيار الحيوان في هاتين /٦٥/ الصورتين، إلا أنه يشكل ذلك بأن خيار الحيوان لو ثبت، يكون ثابتاً قبل إخراج السهم والقسمة مع أنه في الخبر قال: «فهو بالخيار إذا خرج»؛ فافهم.

ويمكن الجواب عن الإشكال من وجهين:

الأول أن نقول: لا مفهوم للقضية الشرطية هنا، ويكون الغرض أنه بعد خروج السهم أيضاً يكون الخيار للمشتري، فلا فائدة معتنى بها في هذا البيع. وهو السرّ في البيع أولاً أيضاً.

الثاني أن نقول: إن ثبوت الخيار في المشاع لاسيّما ما كان الغرض لحمه، يستفاد من خصوص هذا الخبر، ومقتضاه أنه بعد خروج السهم.

ولم يعلم من دليل آخر خلافه، وليس هنا إجماع على من ابتدأ البيع أيضاً؛ فتدبّر.

[أوصاف المبيع لرفع الجهالة وكيفية رفع الجهالة]

قوله: مسألة: مورد هذا الخيار[1] .. اه.

أقول: الكلام يقع هنا:

تارة في مقدار الأوصاف للمبيع الشخصي الغائب التي لابدّ أن تذكر لرفع الجهالة عن المبيع، ويعلم في ضمنه أنه كيف ترفع الجهالة والغرر بذكر الأوصاف.

وهذه المسألة متعلقة بشرائط المبيع التي لها مدخلية في صحة البيع.

وتارة في أن الأوصاف التي تذكر ـ لو ظهر تخلّفها ـ فهل يمكن القول بأنه كما توجب الخيار، توجب الأرش ـ كما في تخلف أوصاف السلامة ـ أم لا؟ أو أنه يمكن القول بأن تخلف الأوصاف يوجب البطلان مطلقاً أو في الجملة، ليرتفع موضوع الخيار والأرش، أم لا؟

[أوصاف السلامة]

أما المقام الأول فقبل الشروع في بيانه تناسب الإشارة إلى أمور:

منها أن أوصاف السلامة ليس بلازم ذكرها في صحة البيع، بل أصالة السلامة الجارية في الأشياء بمنزلة ذكر أوصاف السلامة، إلّا أن يذكر كون المبيع معيوباً كما أنه لو تخلف أوصاف السلامة في صورة / ٦٦ / لم يذكر كونه معيوباً، فهذا يوجب الخيار أو الأرش كما سيأتي توضيحه في خيار العيب ـ إن شاء الله ـ.

ومنها أنه لو رأى المبيع رؤية سابقة، فهذا أيضاً يغني عن ذكر أوصافها عند البيع ويوجب ذلك رفع الجهالة والغرر إتكالاً على أصالة بقاء الصفات، ثم لو تخلّف الصفات التي رآها فيه سابقاً، فهذا يوجب الخيار ويسمى بخيار الرؤية أيضاً كما تقدم في أول المسألة.

ومنها أن الأوصاف التي لا مدخلية لها في اختلاف القيمة والرغبة، ليس بلازم

---

١) كتاب المكاسب ٢٤٨/٥، مسألة: مورد خيار الرؤية.

ذكرها في صحة البيع، وليس تخلف ما رآه منها سابقاً مثلاً موجباً للخيار أيضاً.

وإذا عرفت ما تقدم، فنقول: إن المصنف[١] (ره) بعد اعترافه باختلاف كلمات العلماء إدعى أن مرجع الجميع واحد حيث ادعى الإجماع على كل واحد.

وفيه ما فيه.

ثم إنه نسب إلى المعروف اعتبار ذكر الصفات التي يرفع بها الجهالة الموجبة للغرر.

وعن التذكرة[٢] تحديد ذلك بما يوجب تفاوت الثمن والقيمة.

وعن جامع المقاصد[٣] مثله لكن يقيد بما لا يتسامح فيه، فيكون أوسع من سابقه.

وعن كثير وصف المبيع وصفاً يكفي في السلم، فيكون أوسع من سابقه / ٦٧ / أيضاً بعد أنهم في السلم يتسامحون بذكر بعض الأوصاف التي لها مدخلية في القيمة بما لا يتسامح لأن لا يفضي إلى عزّة الوجود.

نعم، للمصنف إيراد عليهم في باب السلم بأن مقتضىٰ القاعدة عدم صحة السلم فيما يفضي ذكر أوصافه التي لها مدخلية في المالية إلى عزّة الموجود كما يقولون بعدم صحة السلم فيما لا يمكن ضبط أوصافه.

هذا، إلّا أن المصنف[٤] (ره) لرفع التنافي بين قولهم باعتبار ذكر الصفات التي توجب تفاوت القيمة وبين قولهم باعتبار أوصاف السلم في المقام يقول: إن المراد بأوصاف السلم ما يعتبر في السلم في حد ذاته مع قطع النظر عن العذر الموجب للمسامحة في بعض الموارد من جهة الإفضاء إلى عزّة الوجود. وعلى صحة توجيه

---

١) كتاب المكاسب ٢٤٨/٥، مسألة: مورد خيار الرؤية.

٢) تذكرة الفقهاء ٥٩/٦٠ ـ ٦٠، في أنه يشترط في بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفاً يكفي في السلم.

٣) جامع المقاصد ٣٠١/٤، خيار الرؤية.

٤) كتاب المكاسب ٢٤٩/٥، توهم التنافي بين بعض التابير.

المصنف (ره) لا يصير هذا التحديد أوسع من سابقيه، إلّا أن للمصنف (ره) إشكالان في المقام والجواب عنهما يقتضي أن يكون التسامح في المقام أوسع عن كل ما ذكروه:

الإشكال الأول أن الأوصاف التي لها مدخلية في قيمة المبيع غير محصورة لاسيّما في العبيد والإماء، ولا يمكن اعتبار ذكر تمام تلك الأوصاف وذكر ما يرفع به معظم الضرر إحالة على المجهول.

الثاني أن ذكر الأوصاف يقوم مقام الرؤية، فلو اعتبر في ذكر الأوصاف ما / ٦٨ / يوجب تفاوت القيمة، فلابدّ من أن يعتبر في الرؤية أيضاً الإطلاع على تمام الصفات التي لها مدخلية في القيمة.

وذلك يقتضي أن لا يصح البيع إلا في حق من يطلع بالرؤية على تمام الصفات التي لها مدخلية في المالية، فلا يصح البيع إلا في حق أوحدي من الناس لاسيّما في مثل شراء العبيد وشبهها مما لا يطلع بأوصافه إلا الأوحدي من الناس.

[اعتبار المعلومية من حيث الوزن]

هذا، ونحن **نقول**: إنه ورد بعض الأخبار في اعتبار معلومية الثمن والمثمن من حيث الوزن وشبهه. وأما من جهة اعتبار معلومية صفاتها التي لها مدخلية في القيمة إما بالرؤية أو بذكر الأوصاف، فبعد الإجماع عليه في الجملة ودعوى السفهية في بعض منها، لا دليل عليه إلا ما ورد من النهي عن بيع الغرر، وقد تقدم في المسقط الثاني من مسقطات خيار الغبن بمناسبة أن الغرر بمعنى الخطر بأن يكون متزلزلاً في ورود الضرر عليه وأن تسلُّم حكم بعض الفروع لا يصير منشأً لأن يفسَّر النهي عن الغرر بنحوٍ يطابقه، بل الحديث يفسَّر بما هو مقتضىٰ ظاهره عند العرف كما في سائر الظواهر.

ثم ما ثبت بالإجماع لو كان مخالفاً له، فيقيّد الرواية بخصوص مورد الإجماع،

وإن كان في مورد آخر لا يدل عليه الخبر، فهو دليل آخر على ثبوت الحكم في ذلك المورد.

وبالجملة، المراد / ٦٩ / أنه لا يغير معنى اللفظ لينطبق مع الموارد الإجماعية. وأيضاً تقدم أن التزلزل من جهة مجرد القيمة السوقية بعد معرفة أصل المبيع ليس غرراً.

وإذا عرفت ذلك، فنحن تارة نتكلم في رفع الغرر بالرؤية وتارة في رفع الغرر بذكر الأوصاف:

[رفع الغرر بالرؤية]

أما الأول فمن جهة المبيع في صورة رَأَياه، ففي حق المشتري لا غرر ولا تزلزل له في ورود الضرر عليه؛ لأنه إنما يبذل الثمن بإزاء المبيع الذي يكون مشتملاً على ما اطلع عليه الصفات بالرؤية وسائر الصفات التي كانت فيه ولم يطلع عليها بالرؤية ـ لو لم يحتمل وجودها ـ فليس له تزلزل في ورود الضرر على نفسه.

وأما لو احتمل وجودها، فإن كانت تلك الصفات من صفات النقص والعيب، ففي مقدار يكون أصالة السلامة في الأشياء جارية في نظر العقلاء، لا يصدق الخطر والتزلزل من جهة هذه الصفة بعد أن بناءهم على عدمها، كما أنه لو كان عالماً إجمالاً بوجود صفة نقص في الجملة، إلا أنه لا يعتنى بوجودها فيه، ليس له خطر، بل فيما لا يعتنى بوجوده ليس له غرر من جهته حتى مع غمض العين عن جريان أصالة السلامة / ٧٠ / أيضاً.

نعم، لو ظهر صفة النقص والعيب فيه بعد البيع، فهذا يوجب الخيار والأرش في الجملة.

وأما لو كانت تلك الصفات من الصفات الكمالية، فمن الواضح أنه ليس في حق

المشتري غرر وخطر وتزلزل في ورود الضرر عليه.

وأما في حق البايع، فإن لم يحتمل فيه صفة كمالية لم يطلع عليها، فلا غرر ولا خطر في حقه أيضاً.

نعم، لو ظهر[ت] تلك الصفات بعد ذلك، فربما يوجب لأن يثبت له خيار الغبن. وأما لو احتمل وجود صفات كمالية أخرى فيه مما يوجب تفاوت القيمة تفاوتاً لا يتسامح به، فحينئذ لو كان بيعه ذلك مع وجود هذا الإحتمال فيه من جهة البناء على نقله به بالثمن ولو مع أي صفة كانت فيه، فهنا أيضاً ليس غرر في حقه.

نعم، لو لم يبن على ذلك وباع متزلزلاً، فهنا نسلّم أن البيع يصير غررياً، إلّا أن مثل هذا البيع لا يصدر عن العقلاء غالباً.

نعم، لو صدر البيع كذلك، نلتزم بفساده.

إن قلت: إن مقتضىٰ النهي فساده من طرف البايع، ثبت فساد المعاملة من طرف واحد غير معقول كما أوضحنا ذلك في آخر مسألة النهي في العبادات.

ثمّ إنا إن التزمنا فساد البيع في هذا الفرض إلا أنه لو ادعاه البايع بعد الفراغ من البيع لا يقبل قوله؛ لأنه منافٍ مع أصالة الصحة / ٧١ / في العقود وغيرها كما لو ادعى أنه كان في العقد مكرهاً ـ كما تقدم في بيع المكرَه ـ وليس أمثال هذه الموارد من الموارد التي يقبل قول المدعي من جهة أنه يدعي ما لا يعلم إلا من قبله وذلك إما لعدم كلية تلك القاعدة أو أنها في مورد لم يكذب دعواه ظاهر فعله كما ـ في العناوين ـ أو قوله.

وفيما نحن فيه ظاهر فعله يقتضي أن لا يكون متزلزلاً في ورود الضرر عليه وأنه غير بانٍ على ورود ذلك الضرر عليه؛ لأن العاقل من حيث إنه عاقل لا يقدم على مثل ذلك.

وأما بالنسبة إلى الثمن، أيضاً حاله كما ذكرناه في المبيع إلّا أن حال المشتري هنا كحال البايع هناك، وحال البايع كحال المشتري هناك.

[رفع الغرر بذكر الأوصاف]

وأما الثاني أعني رفع الغرر بذكر الأوصاف، فتارة يقع الكلام فيه من حيث إنه كيف يرفع الغرر بمجرد ذكر الأوصاف مع أنه يحتمل كذب المخبر في إخباره. وتارة في أنه بعد فرض أن ذكر الأوصاف يرفع الغرر وأن ذكر الأوصاف بمنزلة رؤيتها أي مقدار من الأوصاف لابدّ من أن يذكر حتى يرفع الغرر.

أما الثاني فيعلم حاله مما ذكرنا في رفع الغرر بالرؤية بعينه؛ مثلاً بالنسبة إلى المبيع، ففي حق المشتري لا خطر له إذا ذكر البايع بعض أوصاف المبيع له؛ لأنه بذل الثمن بإزاء ما اشتمل على تلك الأوصاف وسائر الأوصاف التي / ٧٢ / يحتمل وجودها في المبيع لو كان من قبيل صفات الكمال، فليس في احتمال وجودها تزلزل للمشتري في ورود الضرر عليه.

ولو كان من قبيل صفات النقص فيرفع الغرر فيها بأصالة السلامة كما تقدّم شرحه.

وأما في حق البايع، فيبذل العين المشتملة على ما ذكر له من الأوصاف بإزاء الثمن واحتماله لوجود صفات كمالية أخرى فيه على أقسام تقدم شرح حكم كل منها.

وأما باالنسبة إلى الثمن أيضاً يعلم حاله مما ذكرناه في المبيع، لكن تقدم أن حال المشتري والبايع هنا يكون بعكس ما ذكرناه في المبيع.

هذا كلّه فيما هو ميزان ما يذكر من صفات العوضين أو يعلم بها بالرؤية لرفع الغرر على مقتضىٰ التحقيق.

وأما المصنف[1] (ره)، فما ذكره في قوله «ولا أجد في المسألة أوثق من أن يقال المعتبر هو الغرر العرفي»..إلخ، يرجع إلى ما ذكرناه.

وأما ما ذكره بعد ذلك بعد نقل عبارة التذكرة من أن المراد بمعرفة ما ملك،

---

١) كتاب المكاسب ٢٥١/٥، الجواب عن إشكالين المتقدمين.

معرفته على وجه وسط بين طرفي الإجمال والتفصيل، ففيه: مع أنه إتكال على أمر مجهول، أن هذا دعوى بلا دليل ومنافٍ لما تقدم منه آنفاً.

وأما الأول وهو أنه كيف يرفع الغرر بذكر أوصاف المبيع مثلاً، مع أن المشتري يحتمل أن يكون البايع كاذباً في إخباره.

ولا يخفىٰ: أولاً أن المصنف (ره) قرّب أصل / ٧٣ / الإشكال هنا بأنه أخذ المبيع مقيّداً بالصفات يصير مشكوك الوجود.

وفيه: أن صيرورة المبيع مقيّداً بالصفات إنما يناسب مع أن يكون كليّاً كما في باب السلم، مع أن المبيع في مسألة خيار الرؤية يكون شخصياً وهنا لا يناسب أن يصير المبيع هو المقيّد حتى يصير مشكوك الوجود، بل المبيع هنا يكون عيناً شخصياً وهو معلوم الوجود، وإنما الشك في أن ذلك المبيع المعلوم الوجود هل يكون مشتملاً على الأوصاف التي ذكر البايع له أم لا؟ وهذا يوجب الخطر والتزلزل في اشتمال المبيع على الصفات التي لها مدخلية في القيمة، لا أن يصير التزلزل في أن المبيع موجود أم لا وإن يطلق أنه غير موجود مسامحة.

ثمّ إن المصنف (ره) أجاب عن الإشكال:

أولاً بأن ذكر الأوصاف في معنى الاشتراط والإلتزام بأن المبيع مشتمل على تلك الصفات كما نقل نظيره عن المسالك[1] والنهاية[2].

وفيه: أولاً أن الإلتزام لا يرفع الغرر؛ لأن المبيع هو الشخصي وبعد الإلتزام أيضاً يكون التزلزل في اشتماله على الصفات.

وثانياً أن الإلتزام هنا لا معنى له؛ لأن الإلتزام / ٧٤ / إنما يتعلق بفعل خارجي، فلا معنى لتعلق الإلتزام بأن المبيع مشتمل على الصفات.

وثالثاً إنهم يكتفون بأن يذكر الصفات شخص ثالث، ولا معنى لالتزام الشخص

---

١) مسالك الإفهام ١٧٨/٣، الإختبار في ما لابدّ منه.

٢) نهاية الأحكام ٥٠١/٢، في شرط العلم بالصفة.

الثالث.

وأما مراد المسالك والنهاية فهو أن تخلف الأوصاف يوجب الخيار، وهو بلحاظ أن حكمه الشرعي كذلك، وإلا لا معنى لكلامهما أيضاً.

فالجواب التحقيقي: أن رفع الغرر بذكر الصفات مبني على تصديق من يذكر الصفات في ذلك إما لما ذكره المصنف (ره) من أن الدليل من جهة اعتبار العلم بالصفات منحصر بالنهي عن بيع الغرر، فحينئذٍ نقول: إن الغرر عرفاً يرتفع بمجرد ذكر الأوصاف وإما لما نقول من أن الغرر والخطر والتزلزل في ورود الضرر غير صادق عرفاً في صورة حصل الوثوق بعدم ورود الضرر.

ومنه لا تصدق هذه العناوين عرفاً في حق من يركب السفينة وحصل الوثوق له بأنه لا يغرق. وعلى هذا نقول: لو كان ذكر الصفة من ثالث فكثيراً ما يحصل الوثوق من جهة / ٧٥ / أنه لا داعي له الكذب لشخص أجنبي. وأما لو كان ذكر الصفة ممن طرف المعاوضة فكثيراً ما يحصل الوثوق من جهة أن الكذب هنا لا يوجب إلا الإفتضاح، حيث إنه لو تخلف الأوصاف، يكون للطرف المقابل الخيار، فيفسخ البيع.

إن قلت: إن الغرر موضوع عرفي والخيار حكم شرعي، فلا يؤخذ في الموضوع العرفي.

قلت: لم نأخذ الخيار في الموضوع وإنما صار العلم بالخيار سبباً لحصول الوثوق في الخارج. وهذا لا مانع فيه أصلاً.

إن قلت: إن أكثر الناس غير ملتفتين إلى أن تخلف الأوصاف يوجب الخيار.

قلت: تخلّف الأوصاف في نظر العقلاء والعرف أيضاً يوجب الخيار للطرف المقابل، ومنه يعتذر الجاهل بالحكم الشرعي في فسخه للعقد بأنه تخلف ما ذكر من الأوصاف. ولعل من قال بأن ذكر الوصف بمنزلة الإشتراط، نظره إلى هذا.

وعلى كل حال ففي كل مورد فرضنا من أنه بذكر الأوصاف لم يحصل الوثوق

للطرف المقابل باشتمال المبيع على تلك الأوصاف فهنا نلتزم ببطلان البيع لصدق الغرر.

نعم، / ٧٦ / لو ادعى بعد البيع بأني كنت متزلزلاً ومع ذلك بعته أو اشتريته، فيكون مدعياً للفساد ولا يقبل قوله، بل يقال بصحة البيع ما لم يعلم فساده كما تقدم شطر من الكلام في ذلك قُبيل ذلك.

في حكم ما لو ظهر تخلف الأوصاف من جهة أنه يوجب الأرش كما يوجب الخيار أم لا

وأما المقام الثاني، أعني بيان حكم ما لو ظهر تخلف الأوصاف التي ذكر عند البيع للمبيع أو الثمن بعد الفراغ من البيع فهنا نقول في صورة لم يوجب تخلف الأوصاف لفساد المبيع: لا إشكال في أنه يوجب الخيار كما تقدم دليله، وإنما الإشكال في أنه يوجب الأرش كتخلف أوصاف السلامة أم لا؟

وهنا نقول: لا إشكال في أن تخلف ا[لأ]وصاف الثلاثة ـ لو لم يذكر ـ يوجب الخيار والأرش في الجملة كما سيأتي الكلام فيه في خيار العيب، فحينئذٍ نقول: لو قلنا: إن صيرورته موجباً للأرش هناك على خلاف القاعدة لأن أخذ الأرش هناك من باب الغرامة ـ كما نقل المصنف (ره) ذلك عن العلامة في ضمن شرح عبارة القواعد قبل الخيارات ـ فعلى هذا يقتصر على مورد ثبت ذلك، وهو تخلف أوصاف السلامة. ولا يأتي في تخلف أوصاف / ٧٧ / الكمال التي تذكر عند البيع كما في المقام.

وأما لو قلنا: إن الأرش هناك على طبق القاعدة؛ نظراً إلى أن الثمن كما يقع بإزاء العين، كذلك يقع بإزاء أوصاف السلامة أيضاً ـ كما يظهر من المصنف (ره) في مسألة توارد الأيادي على مال المغصوب في آخر مسألة الفضولي ـ فحينئذٍ

يصير تخلف أوصاف السلامة بمنزلة أن يكون جزءً من المبيع مما لا يملك في أنه يسترد ما وقع بإزائه من الثمن.

فحينئذٍ يبقى سؤال الفرق بين أوصاف السلامة وأوصاف الكمال حيث إن المشهور لم يقولوا بأن تخلفها يوجب الأرش أيضاً.

ولا يخفى أنه تظهر الثمرة بين الوجهين في نفس خيار العيب أيضاً في أنه لو قلنا بأن الأرش من باب الغرامة، فيمكن أن يعطى من غير الثمن من سائر أمواله، بخلاف ما لو قلنا: إنه من باب أن الثمن يقسط على أوصاف السلامة وأجزاء المبيع معاً.

وعلى كل حال، لو قلنا: إن الأرش في تخلف أوصاف السلامة يكون على طبق القاعدة، فنحن لا نرى الفرق بين تخلف أوصاف السلامة وتخلف أوصاف الكمال / ٧٨ / وإن يظهر من الصمنف[1] (ره) وجود الفرق بينهما حيث اعترف بأن المثمن هناك في مقابل الأوصاف، ومع ذلك يقول بأن الأرش في تخلف أوصاف الكمال على خلاف القاعدة.

هذا، ولكنا نقول: إن الأرش هناك على خلاف القاعدة لأن الثمن لا يقع في مقابل الأوصاف مطلقاً، فعدم ثبوت الأرش في تخلف أوصاف الكمال يكون على طبق القاعدة كما هو قول المشهور.

ويشهد على ما قلناه: أن البيع* كما تقدم تعريفه في أول كتاب البيع، هو

---

١) كتاب المكاسب ٥٠٥/٣، حكم المالك بالنسبة إلى الأيادي المتعاقبة.

*) *وببيان أوضح نقول:*

أولاً من حيث وقوع الثمن في مقابل العين، لا الأوصاف، لا فرق بين أوصاف السلامة أو الكمال.

وثانياً بمقتضى الوجدان يكون الثمن في مقابل العين في المعاملات المتداولة بيّن وتكون الأوصاف من قبيل الدواعي لكثرة بذل الثمن بإزاء العين أو لقلّته كسائر الدواعي التي يوجب الكثرة بذلك الثمن بإزاء العين أو قلّته.

المبادلة بين عين تكون مالاً وبين مال، فالمبيع ليس من قبيل المنفعة ولا الصفة بل في صورة كان العوضان من قبيل العين، لا إشكال في أن البيع هناك عبارة عن تبادل العينين لما هو المسلّم بينهم من أن الأوصاف لا تقابل بالإعواض.

إن قلت: إن وصف الصحة محل الخلاف من أنه يقابل العوض أم لا ـ كما تقدم ـ مع أن ما قالوا من أن الأوصاف لا تقابل بالإعواض، اجتهاد منهم.

قلت: أولاً نحن لا نرى الفرق بين وصف السلامة وبين الأوصاف الكمالية من جهة صيرورتها في البيع في مقابل العوض / ٧٩ / أو عدم قابليته لذلك.

وثانياً إن ما يقولون من أن الأوصاف لا تقابل بالإعواض، موافق لما نشاهده بالوجدان عند المعاوضة بين العينين، فإن الأوصاف من قبيل الدواعي لبذل الثمن الكثير أو القليل في مقابل العين.

مثلاً إذا كان الحمار فيه نقص من قبيل الإعوجاج في العين، فيصير منشأً لأن لا يبذل في مقابل هذه العين إلا الثمن القليل، كما أنه لو كان فيه صفة كمال من قبيل حسن مشيه، فيصير داعياً لأن يبذل بازاء عين الحمار ثمن كثير، لا أن يكون ذلك منشأً لأن يبذل جزء الثمن في مقابل نفس الصفة فتكون الصفات الموجودة في العين من قبيل الدواعي الخارجية لقلة بذل الثمن في مقابل العين وكثرته نظير أنه إذا اشتدّ[ت] حاجة الناس إلى الحمار، فيبذلون[1] بإزاء الحمار ثمناً كثيراً وإذا زالت

وثالثاً مقتضىٰ تعاريفهم للبيع أن تكون المبادلة بين العينين، بل عدم أخذ العين في التعاريف في طرف الثمن إنما هو للتعميم إلى مثل النفقة أو الحق أيضاً، لا الأوصاف. ومن هنا اشتهر أن الأوصاف لا يقابل الإعواض كما أن صاحب الجواهر في خيار العيب يمنع من توزيع الثمن على الأوصاف قصداً وشرعاً وكذلك المصنف هناك يمنع كون «تَخَلُّف» بمنزلة «تَبَعُّض» عرفاً وشرعاً، وإن كان هذا منافياً لما نقلناه عنه في مسألة توارد الأيادي.

ورابعاً لم يلتزم أحد بلوازم كون الثمن في مقابل الأوصاف كبطلان البيع بالنسبة إلى ما يقابل الأوصاف التي يظهر تخلفها وعدم قابلية الأرش للإسقاط إلى غير ذلك.

ومن هنا ينقض في الجواهر على هذا القول بمثل ما ذكرناه. (منه قدس سره).

١) في المخطوطة: فيبتذلون.

شدّة الحاجة، لا يبذلون تلك المقدار.

بل نقول في خصوص وصف السلامة أيضاً: إن الأرش الذي يأخذونه، ليس من جهة أن جزءً من الثمن كان في مقابل وصف السلامة، وإلا فلابدّ أن يقولوا ببطلان البيع بذلك المقدار كما في بيع ما يملك وما لايملك، مع أن أحداً لا يقول بذلك، مثلاً يقولون: إن التصرف في المعيب مسقط للرد والأرش معاً، ومقتضاه صيرورة تمام الثمن ملكاً / ٨٠ / للبايع في مقابل العين المعيوبة.. إلى غير ذلك من الأمثلة.

في أنه إذا ظهر تخلف الأوصاف يبطل البيع أم لا، وأن المصنف (ره) يرجّح كون البطلان على القاعدة لكن يخرج عنها للنص والإجماع

بقي الكلام في القول بأنه إذا ظهر بعد البيع تخلف الأوصاف، يبطل أصل البيع، فلا يبقى موضوع للخيار أو الأرش. والمصنف (ره) تصدى في المتن بأن القول بالبطلان رأساً ليس له قائل.

ولسنا بصدد بيان ذلك، بل المقصود بيان حال ما ذكره المصنف[1] (ره) من الدليل للقول بالبطلان رأساً.

وهو الوجه الذي نقله عن مجمع البرهان[2] للقول بالبطلان رأساً، وناقش عليه.

وكذا الوجه الثاني الذي ذكره هو (ره) لهذا القول بقوله «**إلّا أن اشتراط اتصافه بالأوصاف في معنى كون القصد إلى بيعه بانياً على تلك الأوصاف..**» إلى آخر ما ذكره.

---

١) كتاب المكاسب ٢٥٤/٥، محل الكلام إنما هو في تخلف الأوصاف الخارجة عن الحقيقة.

٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٨٢/٨ ـ ١٨٣، حكم ما لو باع بالوصف ثم تغير.

[بعض التهافتات الواقعة في المقام]

وقبل الشروع في تحقيق المقام، يناسب التعرض لبيان بعض التهافتات الواقعة في المقام، فنقول:

حاصل ما رجّحه المصنف (ره) في المقام: أن تخلّف الأوصاف إذا لم يصر بحدٍّ يوجب مغايرة الموصوف من المبيع أو الثمن لما هو الموجود في الخارج عرفاً، فلا يوجب البطلان، وأما إذا صار بحدٍّ يوجب لأن يقال: إن الموصوف غير هذا الموجود عرفاً، فهنا يدعي أنه لا خلاف في بطلان البيع كما يصرح بذلك في ضمن مناقشته على الوجه الأول للقول بالبطلان ويتصدى لإحراز صغرى / ٨١ / القسمين في آخر كلامه.

ثمّ إن الشقّ الأول الذي يقول: إن البيع فيه صحيح؛ أعني صورة لا يوجب تخلف الأوصاف لأن يقال: إن الموصوف غير هذا الموجود، يقول فيه: إن مقتضى القاعدة بطلانه أيضاً حيث إن المقصود هو العين المشتملة على الصفة، والمفروض فقدانها إلّا أن القول بالصحة فيه لأجل الإجماع والنص. ومثل ذلك صحة العقد الواقع على المعيب مع أن المقصود هو الصحيح، وكذلك الحكم بصحة تبعض الصفقة مع أن المقصود هو المجموع، فالصحة في ذلك كلّه بالإجماع والنص، لا للقاعدة. ومنه يعدّ في ضمن كلماته كون الشرط الفاسد مفسداً على طبق القاعدة.

هذا كلّه فيما هو مقتضىٰ كلامه هنا، وأما كلماته في غير المقام، ففي مسألة تبعض الصفقة في بيع ما يملك وما لا يملك، يظهر منه الترديد في كون الصحة على طبق القاعده أم لا، إلا أنه أخيراً يحيل ذلك إلى مسألة أن الشرط الفاسد مفسد أم لا. وهناك يثبت بأن الشرط إذا لم يكن من الأركان الذي انتفاؤه يوجب لانتفاء المطلوب عرفاً، فتكون الصحة / ٨٢ / على طبق القاعدة، ويتصدى هناك لإثبات وجود شرائط الصحة من الإنشاء والرضاء وغيرهما في صورة فساد الشرط.

وأما صحة العقد الواقع على المعيب فكونه على طبق القاعدة ممّا لا خلاف فيه

ظاهراً كما يلوح من المصنف (ره) أيضاً في خيار المعيب ويسلّم هناك كون صحته على طبق القاعدة.

فيقول في معنى أصالة السلامة الذي هو مبنى صحة بيع المعيب: إن أصالة السلامة ليس من باب انصراف المطلق إلى الفرد ليرد على أن مقتضاه عدم وقوع العقد على المعيب، فلا معنى لإمضاء العقد الواقع عليه، بل وصف الصحة أخذ في العين الخارجية والمبيع هو العين الخارجية، نظير معرفة الكتابة أو غيرها من الصفات المشروطة في العين الخارجية.

أقول: يظهر من التنظّر الذي ذكره: أن الأوصاف التي تؤخذ في المبيع، إذا تخلفت، لا توجب البطلان بحسب القاعدة مسلماً، حيث إن المبيع هو العين الشخصية كما يظهر تسلّم ذلك من الجواهر عند التعرض لمسألة أن الشرط الفاسد مفسد أم لا في باب الشروط حيث يمنع كون الرضاء بالبيع مفسداً بوجود الشرط.

ويشبه ذلك بما لو شرط كون العبد كاتباً، فظهر عدمه.. إلى أن يقول: ودعوى أن الأوصاف / ٨٣ / إذا أخذت قيداً كالشرايط يبطل البيع أيضاً، وإنما لا يبطل ويثبت الخيار في صورة كانت لا على وجه القيدية، سفسطة[1] من الكلام.

[القاعدة بطلان البيع مع ظهور تخلف الأوصاف]

وإذا عرفت ما تقدم فنقول: إن مدرك قول المصنف (ره) في دعواه في هذا الموضع من كتابه من أن مقتضىٰ القاعدة بطلان البيع مع ظهور تخلف الأوصاف مطلقاً، وكذا فيما ألحقه بهذه المسألة هو عدم القصد بالنسبة إلى العين الموجودة التي يكون خالية عن الأوصاف.

والمراد من عدم القصد إما عدم الإنشاء أو عدم الرضاء، ولا إشكال في البطلان على هذا الفرض؛ لأنه بدون الإنشاء ليس عقدٌ وبدون الرضاء ليس طيبُ النفس مع

---

١) في المخطوطة: سفسفه.

أنه شرط في صحة العقد.

ثمّ إن عدم تعلق الإنشاء بالموجود الخارجي الخالي عن الصفات في المقام إنما يتصور بأن يكون الإنشاء على العين الخارجية معلقاً على وجود الصفات، فالخالي عن الصفات ليس فيه إنشاء.

ومن هنا يدّعي صاحب الجواهر في مسألة أن الشرط الفاسد مفسد الإتفاق على أن فساد الشرط يوجب فساد أصل العقد إذا كان العقد مقيداً ومعلقاً على الشرط، سواء كان الرضاء به مقيداً أو أصل صحته إلى آخر كلامه.

بل نحن نقول في المسألتين بل المسائل: لو كان الإنشاء معلقاً، فيبطل العقد للإجماع على كون التعليق / ٨٤ / في باب العقود وموجباً للبطلان، ولو فرض كون العين مشتملة على الصفات مثلاً أيضاً، فإن المقام ليس من الموارد التي قالوا بعدم كون التعليق فيه مضرّاً كما تقدم في أواخر خيار الغبن، وفي شرائط العقود تفصيل الكلام في ذلك.

وأما لو لم يكن الإنشاء معلقاً على وجود الصفات، بل صار اعتقاد وجود الصفات في العين الشخصية أو الوثوق والظن بوجودها فيها داعياً وباعثاً لأن ينشأ التمليك والمبادلة على العين الخارجية، فعلى هذا الفرض تكون الأشياء موجودةً على العين الخارجية ولو لم تكن مشتملة على الصفات، بل على هذا تكون الرضاية الفعلية أيضاً موجودة في النقل والإنتقال.

نعم، يكون في البين عدم الرضاية التقديرية بمعنى أنه لو علم فقدان الصفات، فليس براضٍ لكنّه غير مضرٍّ بعد وجود الرضاية الفعلية الموجبة لصدق أن العين انتقلت بطيب نفس مالكه، مع أنه لو قلنا بأن عدم الرضاية التقديرية يوجب البطلان ولو مع وجود الرضاية الفعلية، فهذا يوجب بطلان كثير من المعاملات التي لا يلتزم أحد ببطلان شيء منها كما أوضحنا الكلام في ذلك في مسألة أن الشرط الفاسد مفسد أم لا في ضمن مسألة بيع ما يملك وما / ٨٥ / لا يملك؛ فراجع.

[الإحتمالات في الأوصاف أربعة]

وإذا عرفت ما تقدم، فنقول: إن الإحتمالات في المقام أربعة:

الأول أن يكون المبيع هو المقيد بالأوصاف.

وفيه: أن المقيد لا يناسب إلا أن يكون المبيع كلياً مع أن المبيع في المقام وفي بيع المعيب وأشباه ذلك يكون شخصياً. وفي صورة كان المبيع هو الشخصي الموجود في الخارج، فليس فيه إلا احتمالان:

الأول أن يبيع هذا الشخصي معلقاً على أن يكون الصفات فيه، وعرفت أنه فاسد من جهة عدم الإنشاء والتعليق وعدم الرضاء.

الثاني أن يصير اعتقاد وجود الصفات داعياً على أن يبيع هذا الشخصي، وعلى ذلك يكون الإنشاء* موجوداً على كل حال ولا تعليق فيه، والرضاية الفعلية موجودة أيضاً ولا يضرّه عدم الرضاية التقديرية.

ومن هنا صاحب الجواهر جعل النزاع في أن الشرط الفاسد مفسد في صورة لم يحرز أحد الإحتمالين في الخارج.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن الظاهر من العقد الواقع على العين الشخصية بعد ذكر الصفات أن يكون من قبيل الثاني، وهو حجة كما ذكرنا نظير ذلك في صورة كان الشرط فاسداً.

ولعل هذا مراد من نقل كلام المصنف[1] (ره) من أنه قال: إن الإشارة أقوى من الوصف.

وما أورد عليه المصنف (ره) / ٨٦ / من أن مقتضىٰ ذلك أن يكون البيع لازماً

---

*) *في الجواهر* [جواهر الكلام ٢٦٢/٢٣]: *لو أخلّ البايع بما اشترط عليه المشتري فله الخيار في ذيل ما يتعلق بذكر أقسام العيوب في المبيع يقول: المقصود من اشتراط الصفات التي لا ترجع إلى فعل المشترط تعريض العقد للجواز إذا لم يحصل.*

أقول: مرجعه إلى جعل خيار في البيع في هذا الفرض. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٢٥٥/٥، محل الكلام إنما هو في تخلف الأوصاف الخارجة عن الحقيقة.

ولم يكن خيار عند تخلف الأوصاف، ففيه: أن ثبوت الخيار لم يكن من جهة وجود التعليق في الإنشاء، بل الخيار كان من جهة قوله «لا ضرر»[1] وللنص الوارد في المقام كما تقدم تفصيل الكلام في ذلك.

في احتمال الشرط وذكر الوصف بمعنى الإلتزام

الإحتمال الرابع أن يكون المبيع هو العين الشخصية ملتزماً بوجود الصفات فيها وهنا نقول بعد كون المبيع العين الشخصية: فلا معنى للإلتزام الحقيقي بوجود الصفات؛ لأن الإلتزام الحقيقي إنما يتعلق بفعل بأن يلتزم أن يفعله أو يتركه، وهنا لو فرض تخلف الوصف، فليس له قدرة على أن يفعل تلك الصفات.

فعلى هذا نقول: لو فرض أنه قال «وشرطت فيه تلك الأوصاف» أو «بعته على أن يكون فيه تلك الأوصاف»، فحينئذٍ لو كان مراده التعليق يفسد.

وما تقدم من الجواهر أنه لا فرق بين أن يذكر الأوصاف بلفظ الشرط أو غيره، لابدّ أن يكون الفرض في غير صورة يكون المقصود التعليق، وأما لو كان المراد بيان الصفات ـ كما قال بعض من أن الشرائط التي يذكر فيها صفات / ٨٧ / العوضين مرجعه إلى بيان الصفات ـ فقد تقدم أن مقتضىٰ القاعدة الصحة ولو مع تخلف الأوصاف.

ولا يخفىٰ أن التعبير بلفظ «الشرط» يقع في الإلتزام بفعل خارجي، وهو الإلتزام الحقيقي الذي يكون الدليل على صحة قوله «المؤمنون عند شروطهم»[2] كما أنه يقع هذا التعبير في مقام بيان أوصاف المبيع وتوابعه كشرط الحمل وبيان مقداره كـ«بعتك هذا الثوب على أن يكون ذراعين»، وليس الدليل في ذلك كله قوله

---

١) الكافي ٢٩٢/٥ ـ ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

٢) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسرى، ح ٤.

«**المؤمنون عند شروطهم**» ولها أحكام على حدة كما يشير المصنف (ره) إلى شطر من ذلك قبل التعرض لبيان حكم الشرط الفاسد.

ثم اعلم أن مقتضىٰ ما تقدم منّا أن تخلّف الأوصاف لا يوجب الفساد مطلقاً، سواء كانت[1] تلك الأوصاف من قبيل الأركان التي يوجب تغاير الموجود مع الموصوف عرفاً أم لا.

نعم، مع تخلف الأوصاف يكون الخيار ثابتاً ولم نر مدركاً لما ادعاه المصنف من أنه لا خلاف في البطلان في الأول وصاحب الجواهر يدعي أن الشرط الفاسد ليس مفسداً حتى لو كان المقصود بالأصالة هو الشرط / ٨٨ / ويظهر نحو هذا التعميم من المصنف (ره) هناك مع أن هذا يشبه تخلف الأوصاف الركنية في المقام.

وبالجملة، بعد أن اعتقاد وجود الصفات أو صحة الشرط صار داعياً على إنشاء النقل والإنتقال على العين الخارجية، فلا فرق بين المقامات.

في أن خيار الرؤية فوري أم ليس بفوري، والحق أنه ليس بفوري في الجملة، وبيان الدليل على ذلك

قوله: مسألة: الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فوري[2] .. اه.

أقول: أما التمسك بإطلاق النص على عدم فورية هذا الخيار، فلم تعلم من المصنف مناقشة على مثله في كلماته السابقة.

نعم، تمكن المناقشة عليه بأن إطلاقه وارد مورد حكم آخر؛ لأن قوله في النص «**إن له خيار الرؤية**»[3] مسوّق لبيان ثبوت أصل الخيار له وليس بصدد بيان مدّته.

---

١) في المخطوطة: كان.

٢) كتاب المكاسب ٢٥٧/٥، مسألة: هل خيار الرؤية فوري؟

٣) تهذيب الأحكام ٢٦/٧، باب عقد البيع، ح ٢٩.

نعم، تكون الصحيحة السابقة كالصريحة في أن تأخير الخيار مع الجهل بأن له الخيار بمعنى غفلته عن الحكم غير مضرٍّ ببقاء الخيار له إذا علم بعد ذلك ثبوت الخيار له كما لا يخفى على المتأمل فيما تقدم هنا عند التعرض لدلالته على ثبوت خيار الرؤية.

وأما التمسك لعدم الفورية باستصحاب الخيار، فقد تقدم في خيار الغبن أنه لا مانع فيه بوجه كما تقدم في مسألة أصالة اللزوم أيضاً.

ثمّ إن المصنف[1] (ره) وإن كان يناقش على استصحاب الخيار، إلا أنه صحّح التمسك به في مسألة خيار التأخير، نظراً إلى أنه ليس فيه / ٨٩ / شك في الموضوع؛ لأن الموضوع مستفاد من النص، فلا يتوهم أن يكون الموضوع أعني من ثبت له الخيار، هو من لم يتمكن من تدارك ضرره.

وعلى هذا يرد على المصنف (ره) أن الوجه الذي صحّح به التمسك باستصحاب الخيار في مسألة خيار التأخير جارٍ في مسألتنا، فمع ذلك كيف يناقش على استصحاب الخيار في مسألتنا؟!

ثم على مسلكنا من عدم فورية هذا الخيار لا يناقش بدعوى ظهور الإجماع على خلافه، وذلك لأنه مع غمض العين عن كل شيء نقول: إنه لا يستكشف لنا من فتاواهم عن مدرك سوى ما تقدم بطلانه في خيار الغبن.

إن قلت: إن بعضهم قالوا بفورية هذا الخيار بالخصوص دون مثل خيار الغبن.

قلت: مجرد قول بعض ليس بكاشف من أنه كان مدرك آخر بأيديهم بعد أن احتمال ملاحظة خصوصية هنا، واحتمال الإشتباه على البعض موجود.

ثم إنه بعد ما عرفت من أن الدليل على التراخي هو استصحاب الخيار الثابت أولاً فنقول: إن هذا الأصل يجوز التمسك به في مورد لم يقم الدليل على انقطاع الخيار كما إذا صار الفسخ موجباً لورود الضرر على غير ذي الخيار لزيادة قيمة ما

---

١) كتاب المكاسب ٢٣٧/٥، مسألة: هل هذا الخيار (أي خيار التأخير) على الفور أو التراخي؟

كان عنده أو غير ذلك مما تقدم شرحه في خيار الغبن.

إن قلت: إن ورود الضرر على غير ذي الخيار من فسخ / ٩٠ / ذي الخيار معارض بورود الضرر على ذي الخيار لو لم يتمكن من الفسخ في الزمان الثاني والثالث.

قلت: قد تقدم في خيار الغبن أن ذا الخيار إذا لم يفسخ بعد علمه بالخيار وسببه ورفع الموانع عنه فيصير ذلك رضاه منه بالمعاملة الضررية، لاسيّما في صورة يتصرف في العين التي كان عنده مبنياً على صحة المعاوضة. فورود الضرر الذي كان في المعاوضة عليه يكون من إقدام نفسه، وهذا الضرر لا ترفعه قاعدة الضرر؛ لأن الضرر هنا لم ينشأ من حكم الشارع، بل الضرر هنا من إقدام نفسه.

في مسقطات خيار الرؤية وأنه أي تصرف يكون مسقطاً وحال الإسقاط بل الرؤية

قوله: مسألة: يسقط هذا الخيار[1] .. اه.

أقول: حال ما ذكره من المسقطات يعلم بالتأمل فيما ذكرته في الحاشية السابقة وفيما ذكرته سابقاً في خيار الغبن وغيره.

وتوضيح المقام: أن ترك المبادرة كونه موجباً لسقوط الخيار كان مبنياً على فورية الخيار وتقدم فساده.

نعم، على ما تقدم في الحاشية السابقة ـ كون ترك المبادرة موجباً لسقوط الخيار ـ يتمّ في صورة أحرز من عدم فسخ ذي الخيار في الزمان الأول بناؤه على الرضاء ببقاء المعاوضة، وفرضنا أنه كان في الفسخ ضرر على غير ذي الخيار كما تقدم توضيحه في خيار الغبن.

---

١) كتاب المكاسب ٢٥٨/٥، مسألة: مسقطات خيار الرؤية.

وأما كون تصرف ذي الخيار مسقطاً لخياره إذا / ٩١ / كان التصرف بعد الرؤية، فلا مانع فيه في صورة كان في الفسخ بعد ذلك ضرر على غير ذي الخيار كما تقدم، وكان تصرف ذي الخيار مبنياً على بقاء المعاوضة، إلا أن يقال: إن ضرر الغابن يرفع بأحد الأمرين من رفع الخيار عن المغبون، ومن أنه بعد الفسخ يرجع المغبون إلى قيمة الغبن التي كانت لها عند العقد.

وعليه لا مانع من استصحاب الخيار للمغبون، وهو سببي بالنسبة إلى استصحاب عدم جواز الرجوع إلى القيمة كما تقدم في فورية خيار الغبن.

وفي صورة فرضنا أنه بالتصرف إنشاء الإسقاط بحيث يصير إسقاطاً فعلياً، فيكون حاله كحال الإسقاط القولي.

وتقدم في خيار الغبن أنّا أخيراً اعترفنا بكون الإسقاط موجباً لسقوط هذه الخيارات، وإلا فتقدم في خيار الغبن وغيره أنا قلنا: لا دليل على أن التصرف موجب لسقوط كل خيار، بل إنما ثبت ذلك في الجملة في بعض الخيارات كما في خيار الحيوان والعيب على ما تقدم تفصيله؛ بل المصنف (ره) أيضاً لم يجعل هناك مطلق التصرف منشأً لسقوط كل خيار؛ فراجع.

ومما ذكرنا يظهر أن تصرف ذي الخيار قبل رؤيته لتخلف الأوصاف لا وجه لكونه مسقطاً لخياره حيث إنه لمّا لا يعلم بالضرر لعدم الرؤية ولم يعلم بثبوت الخيار له لعدم العلم بسببه، فليس في تصرفه إقدام منه على ورود الضرر على نفسه ولا إنشاء منه لسقوط خيار نفسه. ومجرد التصرف أيضاً / ٩٢ / قد عرفت أنه ليس مسقطاً لهذا الخيار.

وبناءً على ما ذكرناه، لا فرق بين أن نقول: إن الرؤية كاشفة عن الخيار أو سبب له.

وأما على طريقة المصنف (ره) لو كانت الرؤية سبباً، فلا وجه لسقوط الخيار بالتصرف.

وأما لو كانت كاشفة، فحينئذٍ لو جعل التصرف الذي فيه الرضاء النوعي مسقطاً كما تقدم منه في خيار الحيوان، أيضاً لا وجه لكون التصرف قبل الرؤية مسقطاً.

وأما لو جعل مجرد التصرف بعد حدوث الخيار مسقطاً، فلا مانع من القول بكون التصرف قبل الرؤية الكاشفة عن الخيار مسقطاً.

في إسقاط خيار الرؤية قبلها وفي بيان أن الرؤية سبب للخيار أو كاشفة عن حدوثها

بقي الكلام في ما لو أسقط هذا الخيار قبل الرؤية، وذلك بأن يسقط كل خيار له في هذا العقد أو يحدث له بعد ذلك.

فلا يقال: إنه غير عالم بالخيار، فكيف يسقطه.

وهنا نقول: أما لو كانت الرؤية سبباً، فتقدم منا في مسألة خيار الغبن أنه لا يسقط بالإسقاط.

نعم، مقتضىٰ كلام المصنف[1] (ره) في مسألة خيار التأخير أنه يسقط بالإسقاط حيث جعل العقد في خصوص ذلك المقام سبباً للخيار وادعى أن حدوث سبب الخيار يكفي في صحة / ٩٣ / إسقاطه.

وأما لو كانت الرؤية كاشفة، فلا مانع من إسقاطه قبل الرؤية بنحو تقدم بيانه.

[الرؤية سبب أو كاشفة؟]

بقي الكلام في تعيين أن الرؤية سبب أو كاشفة، فنقول: قد تقدم في خيار الغبن أنا قلنا: إن خيار الغبن ثابت من ابتداء العقد. والوجه الذي ذكرنا هناك يأتي فيما نحن فيه لو كان الدليل على هذا الخيار قاعدة لا ضرر.

---

١) كتاب المكاسب ٥/٢٣٣، مسألة: مسقطات خيار التأخير.

وأما لو كان دليله النص، فلا دلالة في النص على تعيين هذه الجهة حيث إنه بصدد بيان أصل ثبوت الخيار، فحينئذٍ يجوز أن يقال: لو أسقط الخيار قبل الرؤية فيسقط الخيار الثابت بقاعدة لا ضرر، وحدوث خيار آخر بعد الرؤية له غير معلوم، بل لو أسقط الخيار قبل الرؤية مطلقاً، فلا مانع من التمسك باستصحاب عدم حدوث الخيار له بعد الرؤية.

[شرط سقوط الخيار]

قوله: ولو شرط سقوط هذا[١] الخيار ففي فساده أو إفساده[٢].. اه.

أقول: أما وجه كون هذا[٣] الشرط فاسداً بنفسه مع قطع النظر عن إفساده للعقد فيوجب فساده، فهو ما تقدم من المصنف في خيار التأخير وغيره. وسيأتي وجهه منه هنا من أنه من قبيل إسقاط ما لم يجب أي لم يتحقق. والمصنف (ره) في مسألة خيار التأخير جعل حال هذا الشرط كحال نفس الإسقاط / ٩٤/. واختار في إسقاط ما لم يجب ولم يتحقق من الخيار أنه لا مانع فيه مع تقدم سبب الخيار.

نعم، هناك كان متردداً في أن سبب الخيار هو العقد ليكون مقدماً أو الضرر بعد الثلاثة ليكون مؤخراً. وفي المقام يكون الضرر الموجب للخيار أيضاً مقدماً إلّا أن الخيار بعد العقد.

ونحن نقول: لو كان الشرط هو الإسقاط، فهو شرط الفعل، وذلك يقتضي وجوب إسقاطه بعد العقد كما تقدم في خيار المجلس ظاهراً. وأما لو كان الشرط سقوط الخيار، فاشتراطه بمعنى ترتيب آثار عدم حدوث الخيار. وتقدم في خيار التأخير والمجلس أنه لا مانع في ذلك.

---

١) في المخطوطة: هذه.

٢) كتاب المكاسب ٢٥٩/٥، لو اشترط سقوط هذا الخيار.

٣) في المخطوطة: هذه.

وأما وجه كون هذا الشرط موجباً لفاسد أصل العقد، فمن جهة أنه تقدم من أن بيان الوصف يقوم مقام الرؤية في رفع الغرر عن البيع به، ومع اشتراط سقوط خيار تخلف تلك الأوصاف لا اعتداد بذكر الأوصاف، فيعود البيع غررياً.

وأجيب عن ذلك حلّاً بأن الخيار حكم شرعي للبيع، والغرر موضوع عرفي، فلا يمكن أن يكون تحقيق الموضوع العرفي ـ وهو الغرر ـ بالحكم الشرعي مع أنه لو أثر / ٩٥ / الخيار في رفع الغرر، فيقتضي ذلك جواز البيع المجهول مع الخيار.

ونقضاً بما لو أسقط خيار تخلف الأوصاف في صورة كان المشتري عالماً بأوصاف المبيع وبما لو اشترط البراءة من العيوب في البيع بتقريب ذكره في المتن.

ثمّ إن المصنف[1] (ره) تارة يقول بأنه كل صورة كان رفع الغرر بالتزام البايع بوجود الوصف في المبيع فهنا إسقاط الخيار وإن لم يكن بنفسه موجباً للغرر كما تقدم، إلا أنه يلزمه عدم كون البايع ملتزماً بوجود الصفات وهو منافٍ مع الإلتزام بالأوصاف، فيوجب الغرر.

ثم إنه يدّعي أن ذكر الأوصاف في مسألتنا مرجعه هنا يكون لذلك وكل صورة كان رفع الغرر لأجل قيام أمارة على الأوصاف فهنا إسقاط الخيار ليس موجباً للغرر.

ثم إنه يدّعي أنه بالنسبة إلى وصف الصحة كصورة كان المشتري عالماً بأوصاف المبيع، يكون رفع الغرر لقيام الأمارة على الأوصاف.

وتارة يقول: إن اشتراط سقوط خيار تخلف الأوصاف / ٩٦ / مطلقاً يوجب الغرر، لكن يقول ببطلان البيع مع اشتراط سقوط خيار تخلف الأوصاف إلا في مسألة اشتراط البراءة من العيوب الذي مرجعه إلى إسقاط خيار العيب في ضمن البيع؛ فإن البيع لا يبطل هنا للإجماع على الصحة ولو كانت المعاملة غررية، لأن قاعدة نفي الغرر ليست بعقلية، فهي قابلة للتخصيص.

---

١) كتاب المكاسب ٢٥٩/٥، لو اشترط سقوط هذا الخيار.

هذا، ونحن نقول: لا ينبغي التأمل في أن شرط سقوط خيار تخلف الأوصاف بنفسه مع قطع النظر عن لوازمه غير موجب لصيرورة البيع غررياً كما أنهم اعترفوا بذلك.

ومنه لا تأمل في أنه لو كان المشتري عالماً بالأوصاف، فلا يوجب اشتراط سقوط خيار تخلف الأوصاف هنا لصيرورة البيع غررياً. وكذلك لا ينبغي التأمل في أنه لو كان رفع الغرر بالتزام البايع بوجود الصفات في المبيع، فهنا لو اشترط سقوط خيار تخلف الأوصاف، فذلك يلزمه رفع الإلتزام بوجود الصفات، فيصير البيع غررياً لا من جهة / ٩٧ / نفس سقوط الخيار، بل من جهة لازمه.

وتوضيح المقام: أن التزام البايع بوجود الصفات في المبيع إذا لم يرجع إلى أنه لو تخلف، فيكون عليه الأرش أو إيجاد الصفات فيه إن امكن أو يكون للمشتري الخيار أو شبيه ذلك، فليس ذلك بالتزام حقيقة، بل مجرد إخبار بالصفات.

وأما إذا رجع إلى شيء مما ذكرنا، فحينئذٍ نقول: لما يكون المفروض أنه لا أرش على فرض التخلف ولا يمكن إيجاد الصفات فيه أيضاً، فمرجع الإلتزام إلى أنه على فرض التخلف لم يكن بينهما بيع أو أن يكون للمشتري الخيار.

وعلى هذا فمن الواضح أن اشتراط سقوط خيار تخلف الأوصاف ينافي هذا الإلتزام.

هذا، ولكن لو كان اعتبار ذكر الأوصاف بمعنى الإلتزام المذكور، فيرجع ذلك إلى اشتراط الخيار في البيع، ويخرج ذلك عن خيار تخلف الأوصاف.

ولذا قلنا سابقاً: إن رفع الغرر بذكر الأوصاف ليس من باب أن مرجعه إلى الإلتزام / ٩٨ / بوجود الصفات، بل من باب أنه أمارة يوجب الوثوق ويرفع الغرر والتزلزل به، ومنه لم يكن إشكال في صحة البيع في صورة كان بيان أوصاف العوضين أو أحدهما من ثالث.

وعلى هذا فيكون حال ذكر الأوصاف الكمالية كحال أصالة السلامة بالنسبة إلى

وصف الصحة في أن الغرر في المقامين لأجل قيام الأمارة على الأوصاف. ففي صورة يرفع الغرر بذكر الأوصاف أو بأصالة السلامة ـ كما تقدم شطر من الكلام في ذلك في أوائل المسألة ـ نقول: لو اشترط سقوط خيار تخلف الأوصاف / ٩٩ / في ضمن العقد فهنا نسلّم أن نفس سقوط الخيار غير موجب للغرر كما تقدم. وكذلك لو تعلق الغرض ببذل الثمن بإزاء العين ولو كان فاقداً للأوصاف بحيث لا تزلزل في ورود الضرر عليه بتخلف الأوصاف كما تقدم هناك أيضاً ما يتعلق بهذه المسألة أيضاً.

إن قلت: إن الرضاء بالبيع الغرري لا يوجب صحته.

قلت: في صورة قلنا بالصحة، يكون المفروض أنه ليس له تزلزل في ورود الضرر عليه، والتردد في أن المبيع بأي صفة مغاير مع التزلزل في ورود الضرر عليه. وأما لو كان الغرض شراء ما هو صحيح أو واجد لأوصاف الكمال مثلاً، فهنا في صورة لا يشترط سقوط خيار تخلف الأوصاف، فكان بناء العقلاء على الإتكال بأصالة السلامة أو على قول البايع في الجملة. ومجرد ذلك كان موجباً لرفع الغرر عرفاً كما تقدم.

وأما مع اشتراط سقوط الخيار من البايع المطلع على ماله، يرفع الوثوق عن إخباره بالأوصاف، وكذا لا يتكل في مثل الفرض بأصالة السلامة.

وعلى هذا ففي هذا الفرض يصير اشتراط سقوط الخيار موجباً للغرر لما يلزمه من سقوط الأمارة على الوصف عن الإعتبار.

نعم، إذا أحرز من حال البايع أن شرطه لسقوط الخيار ليس من باب أنه يعلم في الواقع تخلف الأوصاف، بل من باب أن غرضه تعلق بقطع الأمر رأساً بحيث لم يبق في البين تبعة، فهنا لا يرفع الوثوق عن إخباره بوجود الصفات ولا يعرض وهن أيضاً على أصالة السلامة، فلا يصير البيع غررياً.

تنبيه

ما دل من النصوص وغيره على صحة البيع مع اشتراط البراءة من العيوب، لو لم يستفد منها الصحة إلا بمقدار قلنا: إن هذا الشرط كشرط سقوط الخيار لا يوجب الغرر / ١٠٠ / في البيع وإلا تقع المعارضة بين تلك النصوص وبين ما دل على نفي البيع الغرري. ولابدّ أن تلاحظ القوة والضعف، وتقديم الأقوى أو الرجوع إلى العمومات والأصول كما في سائر الموارد.

فيه إشارة إلى أنه على الإقدام على الضرر ليس غرر وأنه غير أن يقدّم على الغرر وأنه لا يسقط الخيار ببذل التفاوت

قوله: توضيح الضعف[1]: .. اه.

أقول: قد علم مما تقدم أن المجدي في صحة البيع ما هو سبب الخيار من ذكر الأوصاف لكنه لم يكن بمعنى التزام البايع بوجود الأوصاف فيه بل من جهة أن الداعي على البيع وجود الأوصاف فيه لقيام الأمارة عليها، وهو مخرج للبيع عن الغررية وكان الشراء مبنياً على ذلك.

وهذا هو الفارق بين هذه الأوصاف والأوصاف التي يتخيّل المشتري بنفسه وجودها فيه ويصير داعياً له على الشراء. ولو كان مراده من الإلتزام هو هذا البناء الذي كان من الطرفين من أن المبيع كذلك، فلا مانع فيه، لكنه لا يختص بالبايع.

---

١) كتاب المكاسب ٢٦٣/٥، جواز اشتراط عدم الخيار لو تيقن المشتري بوجود الصفات.

وأما ما ذكره من أن الإقدام من قبل نفسه لا يوجب الرخصة في البيع الغرري، ففيه: أنه هذا يتم لو كان المراد من الإقدام هو الإقدام على المعاملة مع الخطر والتزلزل في ورود الضرر عليه. وأما لو كان المراد من الإقدام هو الإقدام على بذل الثمن في مقابل فاقد / ١٠١ / الأوصاف فلا نسلّم صدق الغرر هنا كما لو اشترى بقيمة فاقد الأوصاف كما تقدم في أوائل المسألة، نقل مثل ذلك عن الشهيد (ره) وأن بطلان البيع في نظائره من دليل آخر غير الغرر.

قوله: مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت[1] .. اه.

أقول: لو كان دليل ثبوت خيار الرؤية هو النص، فعدم سقوطه عند بذل التفاوت واضح لإطلاق النص.

نعم، لقائل أن يقول: إنه تقدم أن النص لا يدلّ على دوام الخيار لأنه في مقام بيان أصل الخيار، وعلى هذا لابدّ أن يتمسك باستصحاب بقاء الخيار بعد بذل التفاوت لإثبات بقاء الخيار.

نعم، إطلاق النص يدلّ على حدوث الخيار لو فرض إمكان بذل التفاوت قبل حدوثه.

وأما لو كان دليله الضرر ـ كما لو كان فاقد الأوصاف قيمته السوقية أقل من ثمن المسمّى ـ فلما تقدم في أوائل خيار الغبن مفصلاً من إبطال كلما ذكر لإثبات أن قوله «لا ضرر»[2] لا يثبت خصوص الخيار، بل الأعم من الأرش أو الخيار حيث أثبتنا هناك أن مفاد قوله «لا ضرر».. اه أن الحكم الذي يوجب الضرر منفي في الشريعة وقلنا: إن الحكم الذي يكون هنا للشارع ويكون ضررياً ليس إلا وجوب الوفاء بهذه المعاملة الشخصية التي تحقق أصل شرائط صحتها.

---

١) كتاب المكاسب ٢٦٤/٥، مسألة: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت أو إبدال العين.

٢) الكافي ٢٩٢/٥ ـ ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

وإذا ارتفع هذا الحكم يثبت الخيار بعد أن دليل الصحة مع غمض العين عن وجوب الوفاء موجود، وأبطلنا هناك سائر الدعاوي كدعوى أن مفاد قوله ﷺ «لا ضرر»، رفع الضرر بأي وجه أمكن وهنا يمكن رفعه بغير الخيار.

وكدعوى أن مطلق وجوب / ١٠٢ / الوفاء بالعقد الغبني ليس ضررياً وإنما الضرري وجوب الوفاء به مقيداً بعدم تدارك مقدار التفاوت. ورفع هذا الحكم الضرري كما يمكن برفع وجوب الوفاء، يمكن برفع قيده، وهو عدم تدارك مقدار التفاوت.

وكدعوى أن نفس وجوب الوفاء بالعقد الغبني ليس ضررياً، بل بضميمة براءة ذمة الغابن عن مقدار التفاوت، فرفع الضرر يرفع أحد الحكمين.

وكدعوى أن ثبوت الخيار للمغبون يوجب الضرر على الغابن حيث يتسلط المغبون على أخذ ما صار ملكاً للغابن بالعقد وهو ضرر عليه لتعلق غرض الناس بما ينتقل اليهم من أعواض أموالهم، لاسيّما النقود.

وكسائر الدعاوي التي تفهم من بعض هناك كما يلتفت إليها بالتأمل فيما نقلناه في أوائل خيار الغبن، بل عدم سقوط الخيار ببذل التفاوت في مسألتنا أولى مما ذكر في خيار الغبن، حيث إنه لو فرض أن قوله «لا ضرر» يثبت الأعم من الخيار والأرش، إلا أنه نقول في مسألتنا: دل النص على حدوث الخيار ولا يعلم بارتفاعه ببذل التفاوت؛ فتدبّر جيّداً.

[اشتراط الإبدال في متن العقد]

قوله: ولو شرط في متن العقد الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف[1]* .. اه.

---

١) كتاب المكاسب ٢٦٤/٥، مسألة: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت أو إبدال العين.

*) *وأما لو شرط بذل مجرد التفاوت بين فاقد الأوصاف وواجدها لو ظهر تخلف الأوصاف، فنقول: الحق أن الشرط لو كان فاسداً ليس مفسداً كما أشرنا إليه، بل لا مانع من أصل العقد من*

أقول: أما فساد الشرط سواء كان البدل المستحق عليه بمقتضى الشرط بإزاء الثمن أو المثمن، فلأن مرجع الشرط إلى معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة بأن ينفسخ المبيع بنفسه عند المخالفة وينعقد بيع آخر، وهذا / ١٠٣ / أشدّ فساداً من شرط النتيجة التي يقولون باستحالته كاشتراط صيرورة شيء مبيعاً، لأن الشيء لا يصير مبيعاً من دون بيع.

وثانياً نقول: لزوم الوفاء بالشرط تبعي؛ لأن الشرط بمعنى الإلتزام التبعي كما تقدم في خيار المجلس، فمع ارتفاع أصل العقد يرتفع الإلتزام التبعي، فلا يعقل وجوب الوفاء به مع أن مقتضىٰ هذا الشرط أن يرتفع العقد الذي كان هذا الشرط في ضمنه، ومع ذلك يجب الوفاء به بالتبديل.

في أن شرط التبديل على فرض التخلف فاسد

وأما فساد العقد مطلقاً:

فإما من جهة أن الشرط الفاسد مفسد مطلقاً ـ كما يظهر من المصنف هنا في ادعاه في أوائل هذه المسألة أيضاً ـ.

وإما من جهة صيرورة المعاوضة تعليقية؛ ولا فرق هنا بين أن يكون البدل بدلاً للثمن أو المثمن.

وإما من جهة كون المعاوضة غررية لجهالة المبذول.

أما الأول فيكون خلاف التحقيق، بل خلاف مذهب المصنف (ره) في باب الشرط حيث يمنع هناك كون مطلق الشرط الفاسد مفسداً.

جهة عدم رفع الغرر عن البيع بهذا الشرط مطلب آخر، بل في صورة لم يكن البيع فاسداً يمكن القول بصحة الشرط أيضاً بناءً على أن التعليق في الشرط لا يوجب فساده، بل كذلك الجهل لو قلنا: إن الشرط هنا يكون مجهولاً؛ فتدبّر. (منه قدس سره).

وأما الثاني ففيه: أن الشرط في ضمن العقد عبارة عن التزام جديد وليس إنشاء العقد معلقاً عليه وإلا يقتضي / ١٠٤ / ذلك كون الشرط الصحيح في ضمن العقد أيضاً مفسداً.

في أن شرط تبديل الثمن أو المثمن ليس مفسداً

وأما الثالث ففيه: ان الشرط غير موجب لصيرورة الثمن أو المثمن مجهولاً يوجب الغرر لإمكان أن يكون الشرط لغاية الإحتياط بعد وثوقه بوجود الصفات، وعرفت أنه يرفع الغرر بالوثوق.

ومما ذكرنا ظهر الإيراد على صاحب الحدائق[1] أيضاً من وجهين:

الأول أن الدليل على صحة البيع في مورد قلنا بصحته: ليس هو أخبار خيار الرؤية؛ لأنه ليس لها نظر إلى مثل هذا الفرض ليثبت صحته بإطلاق تلك الأخبار، بل الدليل على الصحة العمومات المقتضية لصحة تمام العقود.

الثاني أنه لا فرق في صحة العقد بين أن يكون المبيع أو الثمن على الوصف التي وقع التباني منهما عليه، أم ظهر التخلف؛ غاية الأمر أنه في صورة تخلف الوصف يأتي خيار الرؤية.

فتلخص من أنه لو شرط الإبدال ـ لو ظهر تخلف الأوصاف ـ فلا تأمل في فساد الشرط. وأما فساد أصل العقد مطلقاً كما عن الدروس[2] ورجّحه المصنف[3]، فلا يتمّ بشيء من الوجوه الثلاثة، أي كون الشرط مفسداً أو كون الشرط موجباً لتعليق العقد أو موجباً لأن البيع غررياً.

---

١) الحدائق الناضرة ٥٩/١٩، فروع خيار الرؤية.

٢) الدروس ٢٧٦/٣، خيار الرؤية وأحكامه.

٣) كتاب المكاسب ٢٦٥/٥، مسألة: عدم سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت أو إبدال العين.

وأما التفصيل، فما ذكره في الحدائق[١] من التفصيل بين ما لو ظهر تخلف الأوصاف فيفسد العقد بخلاف ما لو لم يظهر تخلف الأوصاف، فقد عرفت فساده.

نعم، يصح أن يقال: إن الشرط كل مورد يوجب لغررية البيع لرفع الوثوق عن ذكر الأوصاف، يبطل البيع دون ما لو لم يرفع الوثوق عن ذكر الأوصاف. وأما لو شرط بذل التفاوت ـ لو ظهر تخلف الأوصاف ـ فلا مانع من صحة الشرط أيضاً لو لم يوجب ذكر الشرط لفساد العقد من جهة أنه يوجب لغررية البيع حيث يوجب لرفع الوثوق عن ذكر الصفات.

نعم، القول بصحة الشرط مبني على أن التعليق في نفس الشرط غير مضرٍّ به وكذا الجهل به لو قلنا: إن الشرط هنا مجهول.

[ثبوت خيار الرؤية في كل عقد]

قوله: مسألة: الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد[٢].. اه.

أقول: المصنف (ره) هنا يعترف بأن العقد الواقع على عين شخصية موصوفة مع فرض تخلف الأوصاف يكون مقتضىٰ القاعدة أن يكون باطلاً لاعترافه بصحة كلام الأردبيلي من أن المعقود عليه غير موجود / ١٠٥ / والموجود غير معقود عليه، ولما قال من أن عدم الإلتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشترطة فيها، ليس نقضاً للعقد.

ثمّ ترقّى عن ذلك وقال: بل ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاء بالعقد حتى يجوز، بل هو تصرف لم يدل عليه العقد، فيبطل؛ لكن فيه: أنه إذا لم يكن عدم ترتب الآثار نقضاً، فليس ترتب الآثار وفاءاً، فليس هذا إشكالاً فوق الإشكال الأول.

---

١) الحدائق الناضرة ٥٩/١٩، فروع خيار الرؤية.

٢) كتاب المكاسب ٢٦٦/٥، ثبوت خيار الرؤية في كل عقد.

ثمّ إن المصنف (ره) بعد ما يعترف بأن مقتضىٰ القاعدة بطلان العقد، يردّ ذلك بأن هذا منافٍ لطريقة الأصحاب.

هذا ملخص تمام كلامه. ويرد عليه:

أولاً بأنه إذا كان مقتضىٰ القاعدة بطلان العقد، فمجرد كون هذا خلاف طريقة الأصحاب لا يقتضي ثبوت الخيار؛ لأنه لو كان إجماع على عدم البطلان، فهو أعم من أن يكون صحيحاً لازماً أو كان صحيحاً مع ثبوت الخيار.

وعلى هذا نقول: إن مقتضىٰ الأصل والقاعدة اللزوم كما تقدم قبل الخيارات.

وثانياً نقول: لو كان مقتضىٰ القاعدة بطلان العقد عند تخلف الأوصاف، فمن هذه الجهة لا فرق بين البيع وغيره، فيرد عليه: أن كلامه هنا مناقض لما تقدم منه في البيع من أنه / ١٠٦ / إذا تخلف الأوصاف الغير المقوّمة، يكون مقتضىٰ القاعدة صحة البيع ومورد ثبوت الخيار أيضاً هنا.

وفيه أنه تقدم منه أنه اعترف بأن مقتضى القاعدة البطلان وإنما أثبت الصحة بالنصوص والإجماعات.

وثالثاً نقول: بعد أن المفروض أن العقد واقع على العين الشخصية، فليس توصيف أحد العوضين بوصف إلا عبارة عن التباني بينهما على أنه موصوف بهذا الوصف، ولا يقتضي ذلك إلّا أن ذلك صار داعياً على إنشاء العقد على العين الشخصية.

وسيأتي في أول مسألة خيار العيب أن صاحب الجواهر أيضاً يعترف بأن شرط صفة في العوضين ليس من الشرط المصطلح، مع أن من الواضح أن تخلف الداعي في باب العقود، لا يوجب البطلان وكذلك لا يوجب الخيار أيضاً. وتقدم أن اعتبار الأوصاف لا يرجع إلى اشتراط الخيار على فرض تخلف الأوصاف.

نعم، في صورة تخلف أوصاف المبيع مثلاً لو فرضنا أن قيمته في الخارج يصير أقل من ثمن المسمّى، فحينئذٍ يثبت الخيار للمشتري بقوله ﷺ «لا ضرر».. اه.

وهذا الخيار لا يختص بالمبيع، بل يجري في سائر العقود. وكما هو المعروف بين الفقهاء أيضاً من أن كل خيار يثبت في البيع بقاعدة الضرر، فلا يختص بالبيع، بل يجري في سائر العقود أيضاً بخلاف الخيار الثابت في البيع بالنصوص الخاصة به؛ فتدبّر جيّداً.

فحصل الفرق بين البيع وغيره؛ لأن إطلاق النص مقتضاه ثبوت الخيار في البيع عند تخلف الأوصاف مطلقاً، وأما في غير البيع، ففي خصوص صورة صار العوض أكثر قيمة من المعوّض الفاقد الأوصاف ودعوى أن النص يشمل غير البيع أيضاً ممنوعة.

/١٠٦/ في أنه لو اختلفا في تخلف صفة المبيع فالأصل اللزوم

قوله: مسألة: لو اختلفا في صفة المبيع[1] .. اه.

أقول: تقدم أن البيع هو العين الشخصية وأن ذكر الأوصاف يصير داعياً لبذل الثمن بإزائه.

نعم، إذا تخلف تلك الأوصاف، فيوجب ذلك للخيار، ولو شك في تخلف الأوصاف فلابدّ من الرجوع إلى الأصل ـ وهو اللزوم ـ لاستصحاب الملكية كما تقدم شرحه.

وتقدم في أوائل خيار الغبن في مسألة ما لو اختلفا في تناوب المبيع والثمن عند العقد بحسب القيمة حتى يكون في البين خيار الغبن أم لا، أن المصنف (ره) اعترف بأن الأصل عند الشك هو اللزوم من وجهين.

ومن العجب أن المصنف (ره) هنا يختار أن الأصل عدم اللزوم بالوجه الذي عرفت فساده في ضمن التقريب الذي ذكرنا لإثبات أن الأصل اللزوم، ومع ذلك

---

١) كتاب المكاسب ٢٦٧/٥، مسألة: لو اختلفا في اختلاف الصفة وعدمه.

أحال مسألتنا على ما يقال في تلك المسألة.

وثانياً يرد على المصنف من أن التقريب الذي ذكره هنا لإثبات أن الأصل في صورة الشك في تخلف الوصف المشترط هو عدم اللزوم لو تمّ تجري صورة كان الشك في اشتراط وصف تخلف وعدم اشتراطه رأساً أيضاً كما لا يخفى على المتأمل، مع أنه تسلّم أنه في الثاني يكون مقتضىٰ الأصل اللزوم.

وما أشار إليه من الفرق بينه وبين المقام، ليس على ما ينبغي لو كان ما ذكره من التقريب لإثبات عدم / ١٠٨ / اللزوم في المقام صحيحاً.

[خيار العيب]

في أنه يمكن صحة البيع من دون جريان أصالة السلامة وأنه في بعض الصور لو يجر الأصل يلزم الغرر

قوله: السابع: في خيار العيب: إطلاق العقد يقتضي[1] .. اه.

أقول: أما ما ادعاه من أنه على فرض عدم جريان أصالة السلامة لم يصح العقد من جهة الجهل بالمعوّض الموجب للغرر، فليس هذا على إطلاقه صحيحاً.

توضيحه: أنه لو رأيا كون المبيع معيباً، فهنا لا تجري أصالة السلامة فيما علماه من العيب، ومع ذلك يكون البيع صحيحاً، لكنه خارج عن مفروض الكلام كما أنه لو كان المشتري غافلاً عن وجود العيب فيه، فعلى فرض عدم جريان أصالة السلامة أيضاً ليس غرراً في البيع كما تقدم الكلام فيه في أوائل مسألة خيار الرؤية من أن الغرر لا يتحقق إلا مع التزلزل في ورود الضرر.

ومنه لا غرر إذا اقدم على شراء العين، ولو على فرض وجود العيب فيه بحيث لو كان معيباً أيضاً يبذل الثمن المسمى بإزائه وأقدم على هذا التقدير أيضاً. فإن هنا أيضاً ليس غرر، ولو كان متردّداً في وجود العيب فيه وفرضنا عدم جريان أصالة السلامة أيضاً.

وإنما نحتاج إلى أصالة السلامة / ١٠٩ / لرفع الغرر في صورة كان محتملاً لوجود العيب فيه ولم يكن غرضه متعلقاً إلى شراء المعيب.

---

١) كتاب المكاسب ٢٧١/٥، السابع: خيار العيب.

فهنا نحتاج إلى أصالة السلامة لتكون أمارة على الصحة وموجبة لرفع التزلزل حتى لا يتحقق عنوان الغرر، وهنا نقول: لو لم يكن موهن في البين لكون المبيع صحيحاً، فتجري أصالة السلامة؛ لأن مدرك اعتبارها ليس إلا بناء العقلاء من عدم الإعتناء باحتمال وجود العيب فيه ويقدمون من دون تزلزل في أنه معيب.

وهذا بخلاف صورة يكون في البين موهن للصحة لوجود بعض المؤيدات والشواهد على كونه معيباً، فهنا لا يرفع الغرر ويصير البيع باطلاً بحسب الواقع للغرر إلّا أن المشتري بعد وقوع البيع لو ادعى فساده من جهة أنه كان متردداً في وجود عيب فيه مما يوجب تفاوت القيمة تفاوتاً معتنى به وأنه قام عنده شواهد عليه بحيث أقدم متزلزلاً في ورود الضرر عليه، فلا يقبل قوله؛ لأنه منافٍ لأصالة الصحة كما تقدم تفصيل الكلام من هذه الجهة / ١١٠ / في أوائل مسألة خيار الرؤية.

هذا، وممّا ذكرنا ظهر اعتبار أصالة السلامة أيضاً.

ثم اعلم أن جريان أصالة السلامة وعدم جريانها لا يثمر في الخيار؛ لأنه من جهة غير خيار العيب، وبحسب القاعدة نقول:

لو صارت المعاملة ضررية بضرر لم يقع الإقدام عليه فيثبت الخيار بقاعدة الضرر بوجه تقدم شرحه في خيار الغبن وإلا فليست أصالة السلامة بمثل الشرط ليجيء في البين خيار تخلف الشرط كما أنه لا يدخل تحت عنوان خيار تخلف الوصف؛ لأنه في تخلف أوصاف الكمال التي يذكر عند العقد ويقع التباني عليها كما تقدم؛ فتأمل.

وأما من جهة خيار العيب الثابت بالنص فهو ثابت مع ظهور العيب الذي لم يقع الإقدام عليه في صورة صح البيع ولو لم تجر أصالة السلامة مما تقدم شرحه قُبيل ذلك.

[كلام صاحب الجواهر في المقام]

ثم اعلم أنه في الجواهر[١] يعترف بأن إطلاق العقد يقتضي سلامة العوضين من العيوب شرعاً.

وأما عرفاً فيمنع ذلك على إطلاقه / ١١١ / ومراده من الإقتضاء شرعاً أنه عند ظهور العيب الذي لم يقع الإقدام عليه، يثبت الخيار والأرش شرعاً فكأنه أخذ مع إطلاق العقد سلامة العوضين من العيوب، ومراده من عدم اقتضاء الإطلاق للسلامة من العيوب عرفاً أن أصالة السلامة بنفسها ليس حجة على الإطلاق ليحرز السلامة في جميع الفروض بالنسبة إلى كل العيوب.

وتظهر ثمرة ذلك في فساد العقد وصحته من جهة لزوم الغرر كما تقدم تفصيله وإن لم يكن نظر صاحب الجواهر إلى هذه الجهة.

في أن اقتضاء إطلاق العقد للسلامة ليس للإنصراف

قوله: ومما ذكرنا يظهر أن الإنصراف[٢] .. اه.

أقول: يلوح من بعض كلمات الجواهر[٣] أن الإنصراف يكون من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح إلا أنه ليس متصدياً لهذه الجهة، بل بعض كلماته الأخر منافٍ له. وعمدة غرضه ما تقدم منّا من أنه مع غمض العين من ورود النص على ثبوت خيار العيب لا دليل على اعتبار الصحة في العوضين من أصالة السلامة أو غيرها.

وعلى كل حال، لو قال أحد بأن اقتضاء إطلاق العقد لكون العوضين صحيحين

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٢٧٣، الفصل الخامس: في أحكام العيوب.

٢) كتاب المكاسب ٥/٢٧٢، معنى الإنصراف إلى السلامة.

٣) جواهر الكلام ٢٣/٢٣٥، الفصل الخامس: في أحكام العيوب.

من جهة انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح، فترد عليه الإيرادات الثلاثة التي ذكرها المصنف (ره) بل ذلك من جهة أصالة السلامة بنحوٍ تقدم الكلام فيه.

نعم، هنا كلام وهو أنه من المسلّم أنه في مثل / ١١٢ / الوصية والنذر يكون اللفظ المذكور فيهما كلياً، ولا ينصرف إلى الصحيح، وفي البيع في صورة كان المبيع كلياً كما في السلم وغيره ينصرف إلى الصحيح كما نقله المصنف[1] (ره) هنا عن الكفاية[2]، فيبقى سؤال الفرق بين المقامين.

وفي الكفاية جعل وجه الإنصراف في البيع ونحوه من جهة ظاهر الإقدام أو من جهة مجرد مقام الإشتراء وإن لم ينصرف في غير مقام الإشتراء.

ونحن نقول: إن العمدة فهم العرف في المقامين، فإنا نرى من أنه في مثل باب الوصية والنذر لو أدى فرداً صحيحاً كان أو معيباً، يعدّونه عاملاً على طبق الوصية والنذر، ومقتضىٰ ما ذكرنا عدم كفاية كل معيب؛ فإنه بالنسبة إلى بعض العيوب لا يعدّونه عاملاً على طبق الوصية والنذر. وأما [ب]النسبة إلى البيع لو أدّى فرداً معيباً، فيردّه المشتري ولا يقبله، يقولون: إن الحق معه وإن على البايع ردّ فرد صحيح.

قوله: ثمّ إن المصرّح به في كلمات جماعة أن اشتراط الصحة[3].. اه.

أقول: رجح المصنف (ره) أن اشتراط صحة أحد العوضين في صورة كان إطلاق العقد أيضاً مقتضياً لصحتهما، لا يفيد إلا التأكيد، فلا يترتب على هذا الشرط أثر أو استشهد لذلك بموارد / ١١٣ / أخر، يكون في البين بما يقتضي اعتبار شيء في العوضين، ومع ذلك يشترط نفس ذلك الشيء فيهما، ويكون من المسلم أنه لا يفيد إلا التأكيد.

---

١) كتاب المكاسب ٢٧٣/٥، معنى الإنصراف إلى السلامة.

٢) كفاية الأحكام ٤٧٤/١، المقصد الخامس: في أحكام العيوب.

٣) كتاب المكاسب ٢٧٣/٥، اشتراط الصحة في العقد يفيد التأكيد.

وكذلك يستدل برواية يونس أيضاً حيث لم يترتب فيه أثر تخلف الشرط في صورة اشترط البكارة وظهر الخلاف، لكن التمسك به مبني على كون الثيبوبة عيباً في الإماء وإلا فخارج عن مسألتنا مع أنه سيأتي ـ إن شاء الله ـ أن الثيبوبة ليست عيباً في الإماء.

هذا، ولكن في المسالك[1]: وربما قيل بثبوت خيار تخلف الشرط في صورة اشترط وصف الصحة، فظهر معيباً فيفيد فائدة زائدة على ما يفيده الإطلاق كاشتراط الحلول، فإن إطلاق العقد يقتضي كون الثمن حالاً إلا أنه لو اشترط كون الثمن حالاً فتخلف، يأتي في البين خيار تخلف الشرط التي لا يسقط بالتصرف التي يسقط به خيار العيب.

وقال في الجواهر[2]: وهو نتيجة ضرورة أنه لا بأس باجتماع الجهتين عملاً بالدليلين الغير المتنافيين ـ وإن قال بعض مشائخنا ـ إني لم أجد هذا القول لأحد من العامة والخاصة.

نعم، قد يتوقف في أصل صحة اشتراط ذلك كسائر الصفات / ١١٤ / في الأعيان الشخصية لظهور أدلّة الشرط في أنه مما يكلّف المشترط عليه بالوفاء به، وفي الفرض لا يتصور ذلك على تقدير عدم الإنصاف إلا أنه قد يمنع اعتبار ذلك في الشرط وإن كانت فائدته حينئذٍ أنه في مثل ذلك قلب اللازم جائزاً؛ إنتهى.

[تعليق الإنشاء على صحة المبيع، واشتراط السلامة]

أقول: من الواضح أن اشتراط صحة المبيع في ضمن العقد ليس الإنشاء في العقد معلقاً عليه، وإلا يقتضي ذلك بطلان العقد لو ظهر كونه معيباً، بل يقتضي البطلان مطلقاً لدعوى الإجماع على أن التعليق في الإنشاء يوجب بطلان العقد

---

١) مسالك الأفهام ٢٨٢/٣، أحكام العيوب.

٢) جواهر الكلام ٢٣٥/٢٣، الفصل الخامس: في أحكام العيوب.

رأساً، ولو قلنا بأن التعليق في الإنشاء ليس محالاً كما قلنا بذلك في محله. وأما الشرط في ضمن العقد فعبارة عن الإلتزام بشيء في ضمن العقد والإلتزام لا يتعلق إلا بفعل، فيكلف المشترط عليه بالعمل به والوفاء بشرطه.

إن قلت: اشتراط سقوط الخيار وأشباه ذلك في ضمن العقد قد تقدم أنه مما لا إشكال فيه مع أن أمثال ذلك ليس من قبيل الأفعال.

قلت: قد تقدم في خيار المجلس ظاهراً أن المراد في أمثال ذلك هو الإلتـزام بالآثار / ١١٥ / وأن من لزوم الوفاء بترتيب الآثار يثبت السقوط واقعاً كما من لزوم الوفاء بالعقد تثبت الملكية.

وأما في المقام، فليس لشرط السلامة أثر يترتب عليه بمقتضى الشرط؛ لأنه على فرض كون المبيع معيباً ليس أثر يترتب إلا أن يفرض كون الإنشاء معلّقاً على الشرط، وقد عرفت فساده، وانه على هذا يبطل البيع بنفسه.

وعلى هذا، فلا معنى لاشتراط الصحة أو سائر الصفات فـي العـوضين إلا أن يكون التباني منها على وجود تلك الصفة في العين، فصار داعياً على تعلّق الإنشاء به كما تقدم تفصيل ذلك في خيار الرؤية. فمثل هذا الشرط ليس إلا تأكيداً لمـا اقتضاه العقد بإطلاقه، فيكون تخلف هذا الشرط بمثل صورة كان مجرد الإطلاق مقتضياً له؛ إذ ليس لنا دليل على أن تخلف الشرط بهذا المعنى يوجب خياراً.

وتقدم في مسألة خيار الرؤية أنه لو قصد بهذا الشرط غير المعنى الذي قـلنا فربما يفسد العقد وربما يكون لغواً.

[قول المشهور من أن شرط الصحة تأكيدي على طبق القاعدة]

ومما ذكرنا ظهر أن ما قاله المشهور من أن شرط الصحة يكون تأكـيداً لمـا يقتضيه إطلاق / ١١٦ / العقد يكون على طبق القاعدة، فلا نحتاج في إثبات ذلك إلى خبر يونس ليورد عليه بأنه خارج عن محل الكلام بناءً على أن الثيبوبة ليست

عيباً في الإماء كما أنه ممّا ذكرنا ظهر أن مقايسة اشتراط الصحة باشتراط الحلول في كلام المسالك ليس في محله. وذلك لما عرفت من أن شرط الصحة في المبيع ليس من الشرط المصطلح الذي يثبت صحته بمثل قوله «المؤمنون عند»[1].. اه، وهذا بخلاف أن يكون الثمن حالاً؛ فإن الإطلاق وإن يقتض الحلول، إلّا أن هذا الشرط من الشرط الذي بمعنى الإلتزام بشيء يمكن الوفاء به، فيعمل على طبق مقتضاه، كما أنه مما ذكرنا ظهر فساد كلام الجواهر[2] في أن هذا الشرط وإن لم يكن من الشرط المصطلح، إلّا أن أثره قلب العقد اللازم جائزاً، فإن هذا دعوى بلا دليل.

نعم، يتمّ ذلك لو كان المراد من الشرط جعل الخيار للمشتري على فرض تخلّفها وقلنا: إنه لا يعتبر في شرط الخيار التصريح به، وإلا مجرد دعوى أن هذا الشرط لا فائدة فيه إلا الخيار، غير مثمر لو لم يكن من قصده ذلك وقلنا بكفاية مجرد هذا القصد في ثبوت الخيار.

[تنظير المسألة بباب النكاح]

نعم، في باب النكاح في مثل شرط أن تكون المرأة حرّة فبانت أمة يقولون: إن فائدة هذا الشرط قلب العقد اللازم جائزاً، بل إنه لا يسقط هذا الخيار الحاصل من تخلف الشرط بالتصرف، لكن في الجواهر[3] في أوائل مسائل التدليس في النكاح يقول: الأولى الإستدلال لثبوت الخيار هنا بظاهر النص والفتوى بتحقق الخيار بالتدليس بنحو ذلك، لا للشرط المزبور. والإشكال مقتضاه ثبوت الخيار بتعدد كل شرط في عقد النكاح أو امتناعه كما في البيع واحتمال الإلتزام بذلك ينافي

---

١) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسري، ح ٤.
٢) جواهر الكلام ٢٣٥/٢٣، الفصل الخامس: في أحكام العيوب.
٣) جواهر الكلام ٣٦٦/٣٠، إذا تزوج امرأة على أنها حرّة فبانت أمة.

اقتصارهم في خيار النكاح على العيوب المخصوصة والتدليس بالأمور المذكورة، بل تصريحهم بعدم قبول النكاح لاشتراط الخيار.

أقول: فرق بين باب البيع وباب النكاح؛ فإن ما يقولون في باب البيع من أن تعذر الشرط أو امتناعه يوجب الخيار، إنما هو في صورة يكون الشرط هو بمعنى الإلتزام الحقيقي التي يكون متعلقه مقدوراً للمشترط عليه ويكون دليل صحته قوله «**المؤمنون عند شروطهم**»، وأما شرط الصفات ليس من هذا القبيل.

ومن هنا قال في الجواهر[1] في خيار العيب: أولاً إن الإشكال في صحة هذا الشرط، وأما إرجاعه إلى شرط جعل الخيار مبنياً على ما ذكرنا من تسليم المقدمتين في باب النكاح، فأصل محل الكلام هناك في اشتراط الصفات وليس دليل اعتبارها «**المؤمنون عند شروطهم**»؛ كيف وهذا الخبر ليس متعرّضاً لثبوت الخيار، بل الدليل على أن شرط الصفات يوجب الخيار عند المتخلف بعد الإتفاق في الجملة على ذلك الأخبار الخاصة، بل صاحب الجواهر في آخر مسائل التدليس في النكاح رجح أن شرط الصفات يوجب الخيار إذا بان التخلف بالنسبة إلى اشتراط صفات الكمال، بل كذلك اشتراط الناقص من الصفات، فبان الكامل لاختلاف الأغراض.

ويستدل على هذه الكلية تارة بالأخبار الخاصة الواردة في شرط الصفات وتارة بانحصار فائدة الشرط هنا بذلك، بل بالنسبة إلى اشتراط صفات الكمال بنحو الإطلاق يدّعي أنه يمكن دعوى تحصيل الإجماع.

أقول: في باب النكاح عيوب مخصوصة توجب[2] رد النكاح شرط عدمها أم لا. وأما في صورة شرط صفة كمال، إما في كمالات خاصة مغبونة أو مطلقاً أو بضمّ شرط صفات النقص أيضاً يوجب الخيار، وهذا غير منافٍ مع أن شرط الخيار في

---

١) جواهر الكلام ٣٠/٣٨٥ـ٣٨٦، لو انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها.

٢) في المخطوطة: يوجب.

النكاح ابتداءاً يكون مسلّم البطلان كما يصرحون به، لا كما توهم في الجواهر وكانت كلماته متناقضة.

ثمّ في صورة ثبت المهر على الزوج من جهة الدخول الذي يوجب المهر على كلّ حال لو كان في البين مدلّس من ولي الزوجة أو غيره يكون للزوج أن يأخذ منه ما غرمه من المهر.

ثم التدليس: إما باشتراط صفة فبان خلافها، أو بإظهار صفة كمال فبان خلافه، أو بإخفاء صفة عيب ولو بعدم إظهارها مع العلم بصفة العيب.

وربما يكون المدلّس هو الزوجة، وتعرّضنا لشطر من الكلام المتعلق مما يكون من الخيار ثابتاً في عقد النكاح وبعض أدلته في بيع الفضولي قبل مسألة تتبع العقود*.

[التخيير بين الرد أو الأرش عند ظهور العيب في المعيب]

قوله: مسألة ظهور العيب في المبيع[1].. اه.

أقول: أما الوجه الأول الذي ذكر لإثبات التخيير بين الرد والأرش وهو ما ورد في الفقه الرضوي، فالإشكال فيه من حيث السند.

وأما الدلالة فيقول: إن قوله: «**فالخيار إليه ـ أي المشتري ـ إن شاء ردّه وإن شاء أخذه أو ردّ عليه بالقيمة أرش العيب**»[2].. الحديث، لو كان همزة «أو» / ١١٧ / في النسخة زائدة، فيدلّ على التخيير بينهما وإلا أيضاً يمكن تقريب الدلالة بأن أحد طرفي التخيير هو له، «إن شاء ردّ وإن شاء أخذ» وطرفه الآخر قوله «أو ردّ

---

* ***مقتضىٰ ما سيأتي في المجانسة تسلّم أن فوات الشرط يوجب الخيار عن الدروس أيضاً. (منه قدس سره).***

لاحظ: الدروس ٢٧٦/٣، خيار التدليس وأحكامه.

١) كتاب المكاسب ٢٧٥/٥، مسألة: التخيير بين الرد وأخذ الأرش عند ظهور العيب.

٢) فقه الرضا عليه السلام: ٢٥٣، باب التجارات والبيوع والمكاسب.

عليه..» اه.

إن قلت: نسلّم أن المفاد على هذا أن الأرش في عرض الرد إلا أنه لا يدل على أن أخذ الأرش باختيار المشتري.

قلت: يستفاد كون اختيار الطرفين بيد المشتري من قوله: أولاً إن الإختيار إليه بنحو الإطلاق، وأما ما يلوح من المصنف (ره) من أن المفاد التخيير بين الرد والأخذ بتمام الثمن وأخذ الأرش.

إن قلت: إن رواية يونس التي تمسك بها المصنف سابقاً لإثبات أن شرط السلامة لا يفيد إلا التأكيد، تدل على ثبوت الأرش عند ظهور العيب والجمع بينها وبين ما دل على أن للمشتري خيار الرد.

إن تقل: إنه مخيّر بين الرد والأرش.

قلت: في رواية يونس إشكالات: **أحدهما:** أن الثيبوبة عيباً في الجواري، وعليه فشرط كونها عذراء من قبيل شرط صفة الكمال وهو خارج عن محل الكلام؛ فتأمل.

وثانيهما: على فرض كون الثيبوبة عيباً في الإماء، فنقول: إن ظاهر الرواية هو شرط السلامة، فلعل اقتضاء الأرش من جهة شرط السلامة، لا من جهة مجرد العيب.

إن قلت: إن شرط صفة في المبيع لم يقل أحد بأنه يوجب الأرش عند تخلّفها.

قلت: في الحدائق[1] عن الدروس أن مع فوات الشرط يخير بين الفسخ والإمضاء بغير أرش إلا في اشتراط البكارة، فظهر سبق الثيبوبة، فإن الأرش مشهور، وإن كانت رواية يونس[2] به مقطوعة.

---

١) الحدائق الناضرة ٩٩/١٩، في أحكام التصرية.

٢) الكافي ٢١٦/٥، باب من يشتري الرقيق فيظهر به عيب وما يرد منه وما لا يرد، ح ١٤، والرواية هي: «عن يونس، عن رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال: يرد عليه

وفي الحدائق: أنه غير مسند إلى الإمام أيضاً. وأخذ الأرش فالظاهر أنه راجع إلى ما ذكرناه بأن يكون المراد أنه مخيّر بين الرد والأخذ بتمام الثمن وبين أخذ الأرش.

وأما الوجه الثاني فاستفادة تخيير المشتري بينهما من سائر الأخبار، لعل تقريبه بما أشار إليه المصنف (ره) أولاً من أن ما دل على ثبوت الأرض في مورد كان الرد متعذراً أن تعيين الأرش في هذا الحال ليس من جهة أن الأرش ليس في عرض الرد، بل بعد تعذره، بل جهة أن أحد فردي المتخير فيه إذا تعذر يصير الفرد الآخر معيناً.

وفيه: أن هذا لا شاهد له ودعوى بلا مدرك بعد أنه لم يحكم بالأرش إلا في صورة كان الرد متعذراً.

أما الوجه الثالث لإثبات التخيير للمشتري بين الرد والأرش، فهو أن الأرش / ١١٨ / يكون على طبق القاعدة، وذلك بأحد الوجهين:

الأول أن نقول: من جملة أدلّة خيار العيب قاعدة الضرر كما تمسك في الجواهر، وحينئذٍ نقول: إنها تدل على ثبوت الأعم من الخيار والأرش كما تقدم تقريبه في خيار الغبن

وفيه: أولاً: أنه تقدم هنا أن قاعدة الضرر لا تدل إلا على ثبوت الخيار.

وثانياً: تقدم هناك أن من يقول بدلالة قاعدة الضرر على ثبوت الأرض لا يجعل التخيير بين الرد والأرش للمشتري، بل مقتضىٰ بعض من تقريباته أنه لو بذل البايع مقدار التفاوت، فليس للمشتري أن يفسخ بعده.

وثالثاً: ثبوت العيب في المبيع غير ملازم لجريان قاعدة الضرر؛ إذ ربما يكون المعيب قيمته بقدر ثمن المسمى، فليست قاعدة الضرر دليلاً على ثبوت خيار العيب مطلقاً أيضاً.

فضل القيمة إذا علم أنه صادق».

في عدم كون الأرش في عرض الرد بمقتضى القاعدة لدعوى بسط الثمن على وصف الصحة

الثاني ما أشار إليه المصنف (ره) من أن ثبوت الأرش بالعيب يكون على طبق القاعدة الأولية؛ نظراً إلى أن وصف الصحة كجزء من المبيع أي جزئه المشاع كخمسه وسدسه في بسط الثمن عليه وإلى أن تبعّض الصفقة على طبق القاعدة، فلا يقتصر على مورد النص / ١١٩ /، بل يعمّم إلى كل مورد يبسط الثمن على اجزاء المبيع وصفاته، فيقال: إن العقد الواحد ينحلّ إلى عقود عديدة، وإن بطلان بعض من ذلك العقد لا يوجب بطلان غيره.

نعم، يثبت الخيار للمشتري في غيره لأجل تبعض الصفقة، وعلى هذا فثبوت كل من الخيار والأرش فيما لو ظهر المبيع معيباً يكون على طبق القاعدة؛ **وفيه:**

أولاً أنه لا فرق بين وصف الصحة وبين وصف الكمال في أن الثمن لا يبسط عليهما ولا يقابلهما، كما تقدم الكلام فيه في خيار الرؤية.

والقول بأن وصف الصحة يقابلها العوض دون سائر الأوصاف ـ كما ادعاه بعض ويظهر من المصنف (ره) في مسألة توارد الأيدي على مال المغصوب أيضاً ـ ليس على ما ينبغي، بل ما اشتهر من أن الأوصاف لا يقابل بالإعواض يكون صحيحاً بإطلاقه، كما يلوح من المصنف (ره) هنا أيضاً، بل الأوصاف من قبيل الدواعي لكثرة بذل الثمن بإزاء نفس العين أو قلته كسائر الدواعي الخارجية التي تصير منشأً لقلة بذل الثمن بإزاء العين / ١٢٠ / وكثرته.

والشاهد على ذلك ما نرىٰ بالوجدان من أهل العرف في مقام المعاوضة أنهم يجعلون عين المبيع معوضاً ومقابلاً للثمن، لا الأوصاف وإن كانت للأوصاف مدخلية في مقدار ما يبذل بإزاء نفس العين، لكنها من قبيل الدواعي لمقدار ما

يبذل بإزائه.

ومنه نقول في تعريف المبيع من أنه مبادلة عين مال بمال كما تقدم شطر من الكلام في ذلك في خيار الرؤية.

وثانياً نقول: لو فرضنا وقوع جزءٍ من الثمن في مقابل وصف الصحة، فلابدّ من أن يبطل المبيع بالنسبة إليه مع أن من المسلّم عدم بطلان المبيع بتلك المقدار، ومنه يكون للمشتري أن لا يفسخ البيع ولا يأخذ الأرش، وليس قبول المبيع راجعاً إلى هبة مقدار التفاوت وإلا كان له الرجوع فيه مع بقاء عينه كما في الجواهر.

وأيضاً منه يقولون بأن التصرف في المبيع في بعض الموارد مسقط للرد والأرش معاً، وهكذا غيره مما يسقطها، مع أنه على فرض بطلان البيع بمقدار وصف الصحة لا معنى / ١٢١ / لسقوطهما.

واستشهد المصنف (ره) لذلك أيضاً بأنه ليس للمشتري مطالبة جزء من الثمن، بل للبايع أن يعطي مقدار الأرش من غيره كما نقل ذلك عن العلامة[1] وأنه منع من كون الجزء الفائت يقابل بجزء من الثمن إذا أخذ وجوده في المبيع الشخصي على وجه الشرطية كما في البيع على أنه جزءان.

ثمّ إن المصنف[2] (ره) يدعي أن ما نحن فيه أيضاً من هذا القبيل.

أقول: أما أن للمشتري ليس مطالبة الأرش من عين الثمن، فمسألة خلافية، فلا يمكن الإلتزام به على من يقول: إن وصف الصحة يقابل بالعوض.

وأما أن الجزء الفائت وكذلك وصف الصحة لا يقابل بالعوض إذا أخذ في البيع على وجه الشرطية، فهو عين مسألتنا بعد ما تقدم من أن شرط وصف الصحة لا يفيد إلا التأكيد. ولعل استشهاد المصنف (ره) بمجرد أن العلامة قال بذلك.

---

١) تذكرة الفقهاء ١٢٦/١١، فيما يتعلق برضا البايع بالمبيع معيباً مجاناً.

٢) كتاب المكاسب ٢٧٦/٥، مسألة: التخيير بين الرد وأخذ الأرش عند ظهور العيب.

في المناقشات على دعوى أن الثمن يقابل وصف الصحة فيقتضي بطلان البيع بمقدار ما قابلها

قوله: ينافيه إطلاق الأخبار بجواز أخذ الأرش[١] ...

أقول: تقدم منه أن الأخبار لا يدل على الأرش مع التمكن من الرد، وعلى هذا لا وجه لأن يورد بإطلاق الأخبار بجواز أخذ / ١٢٢ / الأرش على من يدعي أن الأرش بعد اليأس من الرد.

في أن خيار العيب من حين العقد أو ظهور العيب وأنه لا يتم شيء من ما استدلّ لتعيين ذلك

قوله: ثم إن في كون ظهور العيب[٢] .. اه.

أقول: مجرد القول بأن خيار الغبن من حين العقد، لا من حين ظهور الغبن لا يثبت كون خيار العيب أيضاً من حين العقد بل ما ثبت من خيار العيب بقاعدة الضرر يمكن الخيار فيه من حين العقد على ما تقدم هنا في خيار الغبن. وأما إذا لم يكن في صحة العقد الواقع على المعيب ولزومه ضرر على المشتري فلا يثبت الخيار فيه إلا بالنصوص، فإذا فرضنا عدم دلالة النصوص على كون ثبوت الخيار من حين العقد أو من حين ظهور العيب، فلا طريق إلى إثبات ذلك.

نعم، لو كان الفرض من إثبات كون الخيار من حين العقد أنه يصح إسقاطه بالتبري من العيوب، ففيه: أن التبري من العيوب ثبت من النصوص ولابدّ من أن

---

١) كتاب المكاسب ٥/٢٧٦، مسألة: الإجماع على التخيير.

٢) كتاب المكاسب ٥/٢٧٧، هل ظهور العيب مثبت للخيار أو كاشف عنه؟

يلاحظ مقدار دلالة النصوص عليه، سواء قلنا إنه يمكن انطباقه على القاعدة أم لا، كما تقدم في خيار الرؤية ويأتي بعد ذلك ـ إن شاء الله ـ.

وأما لو كان الغرض جواز إسقاطه قبل ظهور العيب، فعلى مسلك المصنف (ره) من أن حدوث سبب الخيار ـ وهو العقد ـ مصحح لإسقاط الخيار كما تقدم في خيار / ١٢٣ / الرؤية، فلا إشكال.

وعلى التحقيق من أنه لا يصح الإسقاط قبل تحقق الخيار فعلاً أيضاً نقول: غاية الأمر أن النصوص لا تتم دلالتها على أن الخيار من حين العقد وتكون[١] مردّدة بين أن يكون من حين العقد أو بعد ظهور العيب، إلا أنه نقول: تقدم في خيار الرؤية أنه لو أسقط الخيار قبل ظهور العيب فيسقط الخيار لو كان ثابتاً قبل ظهور العيب. وحينئذٍ نشك في حدوث الخيار بعد ظهور العيب وليس لنا دليل يثبت الخيار، فيكون المرجع أصالة اللزوم.

قوله: ويؤيد ثبوت الخيار[٢] .. اه.

أقول: تقدم أن ثبوت الأرش ليس على طبق القاعدة، بل ثبت تعبداً بالنصوص وعلى هذا لا مانع من ثبوته من حين ظهور العيب؛ فافهم.

قوله: فالتحقيق ما ذكرنا في خيار الغبن[٣] .. اه.

[أقول:] ما تقدّم منه في خيار الغبن من الرجوع في كل حكم إلى دليله وأنه لو لم يستفد من دليله شيء يرجع إلى القواعد إنما هو في الأحكام الثابتة لنفس الخيار من جهة أنها مترتبة على الخيار الفعلي أعني السلطنة الفعلية التي ليست إلا بعد

---

١) في المخطوطة: يكون.

٢) كتاب المكاسب ٢٧٧/٥، ما يؤيد ثبوت الخيار بنفس العيب.

٣) كتاب المكاسب ٢٧٧/٥، ما يؤيد ثبوت الخيار بنفس العيب.

ظهور الغبن أو أنها مترتبة على حق الخيار واقعاً / ١٢٤ / الذي يكون ثابتاً من زمان صدور العقد.

وأما في المقام فيكون المفروض أن أصل حدوث الخيار واقعاً من حين صدور العقد غير معلوم، فالغرض من إحالة المطلب إلى ما ذكره هناك مجرد أنه يلاحظ أدلة الآثار والقواعد.

في أن الإسقاط مسقط وأن الإلتزام بالعقد أو اختيار الأرش، فلا دليل على مسقطهما

قوله: ثم إنه لا فرق في هذا الخيار[1] .. اه.

أقول: هذا نظير ما تقدم من التخيير بين الرد والأرش في أن مدركه ليس إلا استظهار الإتفاق من الفقهاء أو دعوى الإجماع عليه في غير فرض يكون العيب منشأً لجريان قاعدة الضرر، فإن هنا يثبت خصوص الخيار بقاعدة الضرر على الحق.

قوله: أحدها: التصريح بالتزام العقد[2] .. اه.

أقول: أما سقوط الخيار بالإسقاط، فلا مانع فيه. وتقدم منا مدركه في خيار الحيوان والشرط وغيرهما.

وأما سقوطه بالتزام المشتري بالعقد، فلو كان من جهة أن الإلتزام بالعقد رضىً ببقائه، فيكون مسقطاً للتعليل الوارد في خيار الحيوان بقوله «**فذلك رضىً منه**»[3]

---

١) كتاب المكاسب ٢٧٨/٥، لا فرق في هذا الخيار بين الثمن والمثمن.

٢) كتاب المكاسب ٢٧٩/٥، التصريح بإسقاطه.

٣) الكافي ١٦٩/٥، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٢.

كما يستفاد ممّا ذكره هناك من أنه يدلّ على أن الرضاء مسقط لتمام الخيارات ويستفاد من كلماته في المسقط الثاني أيضاً، ففيه:

أنه تقدم منّا هنا في خيار الحيوان من أن التعليل لا يدلّ بأزيد من أن الرضاء مسقط لخيار الحيوان وخيار المجلس الذي / ١٢٥ / كان في مورد خيار الحيوان.

وأما لو كان من جهة أن الإلتزام بالعقد إسقاط للخيار، ففيه:

أنه غير ملازم له؛ لأن الإلتزام ليس إلا عبارة عن إرادة بقاء العقد، ولا ينافي ذلك بقاء حق خياره، بل وإرادته لبقاء هذا الحق لعله بدا له أو لأجل أن يخاف البايع من اختياره الرد بعد ذلك، وأما لو كان من جهة أن ما دل على ثبوت الخيار له كان مفاده أن له اختيار أحدى الطرفين والمفروض أنه اختار البقاء، فلا يدل على أن له الإختيار بعد اختيار أحدى الطرفين، فنقول: نسلّم سكوت ذلك الدليل عن الدلالة على الإختيار الإستمراري إلا أنه بعد أن كان له أولاً إختيار البقاء والرد، فبعد اختيار البقاء نشك في رفع الإختيار الذي كان له أولاً، فنستصحب بعد ما قلنا من جريان الإستصحاب مع الشك في المقتضي.

ومنه قلنا: إن الخيار والتخيير في الخيار سببي بالنسبة إلى الأصل المقتضي للزوم / ١٢٦ / أو كون التخيير بدوياً.

وأما سقوط خيار الرد بواسطة اختيار الأرش أولاً، فحاله كحال اختيار لزوم العقد أولاً في أنه غير مسقط لخياره بحسب القواعد، مع أنه لم يعلم تسلّم ذلك عند الفقهاء أيضاً بعد أنهم لم يتعرّضوا لذلك مستقلاً.

ومما ذكرنا ظهر أنا لا نحتاج إلى التكلم في أن الإلتزام بالعقد مسقط للأرش أيضاً أم لا، وأما أن إسقاط الخيار مسقط لخصوص خيار الرد أم يعمّه مع خيار الأرش، فنقول: إن الظاهر من لفظ الخيار عرفاً خيار الرد، لا خيار الأرش إلا أنه لو أراد أن يأخذ الأرش بعد ذلك فلم يسقط شيئاً؛ لأنه لم يكن له خياران، بل خيار أحدهما، فعنوان الإسقاط لا يتحقق إلا بإسقاطهما معاً. ولعله لذلك لا يرونه أهل

العرف ذا حق إذا أسقط خياره. ولو صرح بإسقاط جميع الخيارات يشمل خيار الرد والأرش معاً / ١٢٧ / بلا إشكال.

قوله: الثاني: التصرف في المعيب[1] .. اه.

أقول: كون التصرف مسقطاً ليس من جهة أنه رضي بالعقد، فيندرج تحت التعليل الوارد في أخبار خيار الحيوان كما يلوح من المصنف وغيره. ومنه يتصدى المصنف لإثبات أن التصرف الذي كان فيه الرضى النوعي يكون مسقطاً دون غيره، كما قال به في خيار الحيوان أيضاً، وذلك لما تقدم في خصوص خيار الحيوان والمجلس مع أنه على الفرض تقدم في خيار الحيوان أنه ليس مفاده أن التصرف الذي كان فيه الرضى النوعي يكون مسقطاً دون غيره كما تقدم الكلام فيه هناك مفصلاً.

[الدليل على سقوط خيار العيب بالتصرف]

ومنه ظهر فساد كلام الجواهر أيضاً حيث استدل على كون التصرف هنا مسقطاً بأنه مسقط لخيار الرد في سائر الخيارات، فيكون هنا مسقطاً بالنسبة إلى خيار الرد دون الأرش، بل الدليل على سقوط خيار العيب بالتصرف هو الأخبار الخاصة الواردة في خيار العيب، فلابدّ أن ينظر فيها ويلاحظ حدّ دلالتها على كون التصرف مسقطاً لخيار العيب، / ١٢٨ / **فنقول:**

أما صحيحة زرارة أو حسنته كما في الجواهر[2] «أيما رجل»[3] .. اه، فأولاً لا

---

١) كتاب المكاسب ٢٧٩/٥، التصرف في المعيب.

٢) جواهر الكلام ٢٣٧/٢٣، سقوط الرد بالتبري من العيوب.

٣) الكافي ٢٠٧/٥، باب الرجل يبيع البيع ثمّ يوجد فيه عيب، ح ٣، والرواية هي: «عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد عن الحسين بن سعيد، عن فضالة عن موسى بن بكر عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار ولم يتبرء إليه ولم يتبين له

يخفىٰ أن دلالته على أن التصرف من المشتري في المبيع المعيب مسقط للرد دون الأرش يكون بالمنطوق.

نعم، دلالته على ثبوت خيار الرد في صورة عدم التصرف يكون بالمفهوم.

بقي الكلام في المراد من التصرف، وهو كل ما يصدق عرفاً بـه أنـه أحـدث المشتري شيئاً فيه وهو لا يصدق على مجرد الركوب أو إرجاع الخدمة به.

نعم، يصدق على كل ما فيه تغيير للعين ولو قليلاً كقرض شيء من شعره وشبه ذلك وكتقطيع الثوب وخياطته.

والظاهر أنه يصدق عرفاً على وطي الأمة أيضاً ولو كانت ثيبة أيضاً؛ فإن العين وإن لم تتغير هنا، إلا أنه مع ذلك للوطي خصوصية في نظر العرف بحيث يصدق أنه أحدث فيه شيئاً، فيعدونه إحداث نقص فيه لو أراد رده بـعد ذلك بـخلاف مـثل ركوب الدابة واستخدام العبد.

إن قلت: إنه مع الوطي تصدق أن الأمة قائمة بعينها، فيكون مـقتضىٰ مـرسلة جميل أن يكون له خيار الرد بعد الوطي أيضاً، وكذا مقتضىٰ ما ورد من رد الجارية إذا لم تحض عند المشتري ستة أشهر من جهة أن عدم الحيض عيب لبعد عـدم الوطي في هذه المدة الكثيرة / ١٢٩ / وكذا ما ورد من رد المملوك في إحداث السنة على ما سيأتي ـ إن شاء الله ـ لبعد عدم الوطي في هذه المدة الكثيرة.

قلت: أولاً سيأتي أن النص والإجماع قائمان على أن وطي الأمة مانع من الرد. فلو فرض دليل على خلافه، فلابدّ من أن يقيد.

وثانياً إن شيئاً مما ذكرت لا يدل على أن الوطي للأمة ليس مانعاً من الرد. أما مرسلة جميل، فلأن المبيع الذي كان هناك محل الكلام هو الثوب وإحداث الشيء فيه ليس إلا بما يغيره.

فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثمّ علم بذلك العوار أو بذلك الداء إنه يمضى عليه البيع ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به».

وأما الأخيران فإطلاقهما وإن يقتض ثبوت خيار الرد مع الوطي، لكن إطلاقهما يقتضي ثبوت الرد بسائر التصرفات المغيرة للعين أيضاً كما أن إطلاق سائر الأخبار التي يدل على خيار الرد أيضاً يقتضي ذلك إلّا أن أمثال هذه الإطلاقات تقيّد بلا إشكال بما يدل على كون شيء مسقطاً لخيار الرد كما هو واضح.

إن قلت: الأمر كما ذكرت، إلّا أن التقييد بعدم الوطي في الأمة بعد فرض كونها عند المشتري ستة أشهر أو سنة بعيد لبعد عدم الوطي في هذه المدة الكثيرة من دون مانع.

قلت: الإماء / ١٣٠ / تارة تشترى للوطي والأمر فيها كما ذكرت، وتارة تشترى للخدمة، وعدم الوطي إلى أربعين سنة أيضاً ليس فيها بعيداً من المولى وليس في الطائفتين من الأخبار قرينة على أن شراء الأمة كان للوطي، فليس التقييد بـعدم الوطي فيها بعيداً أيضاً.

في أن مسقطية التصرف المغيِّر مسلم في الجملة وزاد كثير منهم التصرف الدالّ على الرضاء أو مطلق التصرف

قوله: لكن كلمات كثير منهم في هذا المقام[1] .. اه

أقول: ما نقله من كلمات العلماء إلى آخر هذه المسألة:

طائفة منها ظاهرة فيما يقوله المصنف من جعل التصرف الكاشف عن الرضاء نوعاً مسقطاً مثل ما عن التذكرة[2]، فالأقوى أنه تصرف يؤذن بالرضاء بها، ومثله عن السرائر[3].

---

١) كتاب المكاسب ٢٨٢/٥، هل مسقطية التصرف من حيث دلالته على الرضاء؟

٢) تذكرة الفقهاء ١٢٠/١١، فروع، حكم ما لو سقاها أو ركبها ليسقيها ثم يردها.

٣) السرائر ٢٧٧/٢، بيع ما يملك وما لا يملك.

هذا إذا لم يتصرف فيه تصرفاً يؤذن بالرضاء في العادة.

وطائفة منها ظاهرة أو صريحة في أن التصرف من غير تقييد بكونه مغيراً للعين إذا دل على الرضاء ببقاء العقد يكون مسقطاً، فلا يعمّ التصرف قبل العلم. وما يكون للإختبار وشبهها بما لا يدل على الرضاء وليس في أغلب كلمات هؤلاء أن التصرف المسقط منحصر بذلك، فيمكن أن يكون كلماتهم راجعة إلى الطائفة الثالثة التي يأتي الكلام في بيان ما يظهر من كلماتهم.

وطائفة منها يكون ظاهرة في أن التصرف المسقط هو ما تغير به العين من غير فرق بين أن يكون التصرف دالّاً على الرضاء بالمعاملة أم لا، فيعمّ التصرف المغير للعين التي تكون مسقطة لما يكون قبل العلم بالعيب وشبهه أيضاً.

/ ١٣١ / والذي ينقل عن المحقق ظاهر في ذلك، وكذلك ما عن المقنعة[1] حيث إنه منع من الرد إذا أحدث المشتري في المبيع حدثاً قبل العلم بالعيب وبعده، وصرح بأن إحداث الحدث ليس رضىً فنكشف من أنه جعل إحداث الحدث منه مسقطاً وأنه ليس من جهة الرضاء وإن كان نفس الرضاء مسقطاً أيضاً.

وطائفة منها تكون دالّة على أن مطلق التصرف مسقط إذا دل على الرضاء كما تقدم من الطائفة الأولى وأن التصرف المغير للعين مسقط ولو لم يدل على الرضاء كما تقدم من الطائفة الثانية. وتقدم أن كثيراً من كلمات الطائفة الأولى قابلة لأن يرجع إلى الطائفة الثالثة من جعل المسقط شيئين.

ومما يشهد على ذلك أنه ينقل في أوايل كلامه على الغنية[2] ما هو ظاهر في جعله مطلق التصرف مسقطاً لدلالته على الرضاء، وكذلك عن المبسوط[3] في جعله نفس الرضاء مسقطاً، ثم ينقل عنهما في أواخر كلامه أنهما جعلا ذلك مسقطاً وزادا

---

١) المقنعة: ٥٩٧، باب العيوب الموجبة للرد وأحكام ذلك.

٢) غنية النزوع: ٢٢٢، الفصل الأول: في أسباب الخيار ومسقطاته.

٣) المبسوط ١٣١/٢، حكم المبيع إذا وجد به عيب.

على ذلك التصرف المغيّر للعين ولو لم يدل على الرضاء.

وعليه تصير مسقطية التصرف المغير للعين ولو لم يدل على الرضاء كما هو مضمون أخبار الباب مسلماً عند الكل، والنزاع في الزائد على ذلك.

فكثير منهم يجعل التصرف الغير المغير أيضاً مسقطاً في صورة دل على الرضاء بالمعاملة كما أن المصنف (ره) يجعل التصرف الدال على الرضاء نوعاً أيضاً مسقطاً ولو لم يكن مغيراً للعين كما تقدم منه في خيار الحيوان أيضاً، بل الظاهر من صاحب الجواهر[1] أنه يجعل مطلق التصرف ولو لم يكن مغيراً للعين مسقطاً ولو لم يدل على الرضاء بالمعاملة أيضاً كما تقدم منه في خيار الحيوان أيضاً.

ونحن نقول: إن الدليل على كون التصرف الموجب لتغير العين مطلقاً مسقطاً الأخبار الواردة / ١٣٢ / في المقام كصحيحة زرارة أو حسنته ومرسلة جميل، وتقدم شطر من الكلام فيها، وأنه تشمل الصحيحة مثل الوطي ولو لم يكن مغيراً للعين.

في مدرك من جعل غير التصرف المغير للعين أيضاً مسقطاً مما دلّ على الرضاء أو مطلقاً

بقي الكلام في مدرك من جعل غير ذلك من التصرفات أيضاً مسقطاً، فنقول: أما من جعل مطلق التصرف الدال على الرضاء أيضاً مسقطاً، فلم نر له مدركاً غير التمسك بالتعليل الوارد في خيار الحيوان بأن ذلك رضىً منه؛ وتقدم هناك أنه لا يدل على كون الرضى مسقطاً لغير خيار الحيوان وخيار المجلس، وتقدم أنه ليس إجماع على عدم الفرق مع أنا أيضاً لا نقطع بعدم الفرق. والقياس أيضاً باطل.

ومنه ظهر فساد التعميم الذي نقلنا عن الجواهر أيضاً حيث إنه أيضاً مبني على

---

١) جواهر الكلام ٢٣٩/٢٣، في سقوط الخيار بإسقاطه وعدم جواز الرد بإحداثه فيه حدثاً.

تعميم ما استفاده من التعليل الوارد في خيار الحيوان إلى تمام الخيارات.

وأما المصنف (ره) فيذكر للتعميم الذي ذكره وجهين:

الأول أن التصرف إذا كان دالاً بنوعه على الرضاء كدلالة الألفاظ على معانيها، فيكون التزاماً فعلياً، فيدل على مسقطية ما يدل / ١٣٣ / على مسقطية الإلتزام اللفظي.

وفيه: أولاً أنه تقدم في المسقط الأول أن الإلتزام اللفظي أيضاً ليس موجباً للسقوط ما لم يرجع إلى إسقاط نفس الخيار.

وثانياً عنوان الإلتزام إنما يتحقق لو كان التصرف من أجل الرضاء ببقاء العقد وفيما فيه رضاء النوعي، وجود الرضاء فيه حقيقة غير معلوم.

إن قلت: إن الفعل لظهوره فيه حجة فيه.

قلت: أولاً إن ظهور الفعل لا دليل على حجيته على نحو الإطلاق كظواهر الألفاظ.

وثانياً إذا كشف عدم الرضاء واقعاً، فلابدّ من أن يقول بعدم مسقطيته، مع أن ظاهر كلامه ـ كما يظهر منه في خيار الحيوان ـ كونه مسقطاً أيضاً. وما ذكره هنا متفرع على ما قاله هناك.

الثاني التعليل الوارد في خيار الحيوان بقوله «**فذلك رضىً**».

وفيه: أولاً أنه تقدم في خيار الحيوان مفصلاً أنه لا وجه لتعميم هذا التعليل إلى غير خيار الحيوان والمجلس.

وثانياً تقدم هناك أنه لا دلالة فيه على كون التصرف الذي فيه الرضاء النوعي مسقطاً، بل يدل على مسقطية نفس التصرف. وكذا / ١٣٤ / نفس الرضاء.

وتقدم هناك أنه لا إجماع على اتحاد حكم خيار الحيوان مع سائر الخيارات أيضاً، كما أنه يظهر ذلك مما نقله المصنف (ره) من أقوال العلماء أيضاً.

[ادعاء كون التصرف بالرضاء مسقطاً]

ثم لا يخفىٰ أن المصنف (ره) في خيار الحيوان ادعى أن الظاهر من العلماء أيضاً كون التصرف الذي فيه الرضا النوعي يكون مسقطاً، وتقدم أنه لا دلالة في شيء من كلماتهم على ذلك سوى ما يلوح عن التذكرة[١] والسرائر[٢]، حيث عبّرا بتصرف يؤذن بالرضاء فيما جعلاه مسقطاً لو قلنا بظهور هذا التعبير فيما يدل على الرضاء نوعاً، حيث إن لفظ الرضاء المذكور في عباراتهم ظاهر أو صريح في الرضاء الفعلي كما أن المصنف (ره) هنا اعترف بأن كون التصرف الذي فيه الرضاء النوعي مسقطاً، خلاف المشهور مع أنه ينقل عن كثير أنه أخذ لفظ الرضاء في التصرف الذي يكون مسقطاً وإن كان كلامه هنا مناقضاً في الجملة لما ذكره هناك.

ثم هذا كلّه بالنسبة إلى التصرف الحقيقي المتعلق بنفس المبيع، وأما التصرف الحكمي نظير أن يبيعه أو يعتقه أو يهبه، فكلماتهم مختلفة في كونه مسقطاً أم لا، كما نقل المصنف بعض كلماتهم بُعيد ذلك.

ونحن نقول: / ١٣٥ / قد تقدم أن قوله عليه السلام في خبر زرارة «**فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً**»[٣] ليس بمنحصر بالتصرف الذي يوجب تغيراً في الجملة في نفس العين؛ لأن المدار على أن يصدق عرفاً أنه أحدث شيئاً في العين. ومنه قلنا: إنه يصدق على الوطي أنه أحدث في الأمة شيئاً ولو لم يحصل تغيير في العين. وعلى هذا نقول: إن حال التصرفات الحكمية أيضاً كذلك، فإنه لو باعه يصدق أنه أحدث فيه شيئاً.

إن قلت: نحن نسلّم ذلك إلا أنه معارض بمرسلة جميل؛ فإن قوله «**إن كان**

---

١) تذكرة الفقهاء ٩١/١١، سقوط الرد دون الأرش بتصرف المشتري كيف كان، و ١٢٠/١١، حكم ما لو حلب الدابة في طريقه.

٢) السرائر ٢٧٧/٢، بيع ما يملك وما لا يملك.

٣) الكافي ٢٠٧/٥، باب الرجل يبيع البيع ثم يوجد فيه عيب.

الثوب قائما بعينه رده»[١] يقتضي جواز رد الثوب ولو بعد هبته؛ لأن الثوب بعد الهبة أيضاً يكون قائماً بعينه.

قلت: بعد وقوع الهبة أو مثلها على الثوب صدق كون الثوب قائماً بعينه غير معلوم عند العرف، وعلى هذا لم يعلم المعارض لما دلّ عليه خبر زرارة كما بيّنّاه.

ومما ذكرنا ظهر أنه بعد وقوع التصرف الحكمي كالبيع الخياري على المبيع لو عاد ثانياً إلى ملك المشتري أيضاً لا يجوز رده. وذلك لأنه بوقوع الإجارة عليه أولاً صدق أنه أحدث فيه شيء والعود إلى الملك لا يرفع هذا / ١٣٦ / الصدق.

وأما ما تقدم في مسقطات خيار الغبن من ابتناء المسألة على أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد، فقد تقدم ما فيه مع أنه على ما ذكرناه يصير كالذي لم يعد.

[الكلام في مرسلة جميل]

ولا يخفىٰ أن مرسلة جميل من المعتبرة كما صرّح به في الجواهر[٢] وعمل بها المصنف وغيره من غير تأمل؛ لأن المراد من جميل هو جميل بن درّاج كما صرّح به في الفقيه[٣] على ما نقله في الوسائل[٤] حيث نقل الخبر عن المشايخ الثلاثة.

وفي الفقيه صرّح بذلك: وجميل بن دراج من أصحاب الإجماع.

وفي آخر الوسائل[٥] قال: إن الأصحاب أجمعوا على العمل بمراسيل أصحاب الإجماع.

ونحن نقول: إن ذلك يوجب الوثوق بذلك البعض الذي نقل عنه جميل بن

---

١) تهذيب الأحكام ٦٠/٧، باب العيوب الموجبة للرد.

٢) جواهر الكلام ٢٣٦/٢٣، لو ظهر في المبيع عيب سابق على العقد فالمشتري بالخيار.

٣) من لا يحضره الفقيه ٢١٧/٣، باب البيوع، ح ٣٨٠٣.

٤) وسائل الشيعة ٣٠/١٨، باب ثبوت الخيار للمشتري بظهور العيب السابق مع جهالته به، ح ٣.

٥) وسائل الشيعة ٢٢٤/٣٠.

درّاج.

وذكرنا في محله أن الوثاقة بالراوي كافية في الحجيّة، لا أن يقال: إن ما نقل في الوسايل في مراسيل أصحاب الإجماع موهون بأنه لم يوجد هذا الذي ذكره في غيره. وهذا يورث الظن بأن ما ذكره كان من اجتهاده في معنى عبارة الكشي «أجمعت العصابة على تصحيح..» اه، وحينئذٍ يرد عليه أنا قلنا: إن العبارة لا تدل على أزيد من وثاقة نفس أصحاب الإجماع.

نعم، نقل المشايخ هذا الخبر وكون الراوي هو جميل، وعمل الأصحاب لعله كان كافياً.

ثم إذا عرفت ذلك فنقول: بعض أقسام التصرف يدل هذه المرسلة على كونه مسقطاً لحق خيار الرد، بخلاف الصحيحة كإتلاف الصحيحة، فإنه لا يصدق عليه أنه أحدث في العين شيئاً ولكن يصدق أن المنع ليس قائماً بعينه، بل المرسلة يشمل ما لا يعدّ تصرفاً أيضاً بوجه من الوجوه كتلف العين، فإنه لو تلف المبيع يصدق أنه ليس قائماً بعينه، فيكون التلف مسقطاً لخصوص خيار العيب، دون سائر الخيارات؛ بل المصنف يستظهر الإجماع على ذلك.

وبالجملة، النسبة بين الصحيحة والمرسلة عموم من وجه؛ مادة الإجتماع كل تصرف مغير للعين ولو حكماً كإجارته ورهنه، ومادة الإفتراق من طرف المرسلة، فتارة من التصرفات مثل كل تصرف موجب لتلف العين حقيقة بل وحكماً أيضاً كبيع المبيع وهبته، نظراً إلى ظهور كون المبيع قائماً بعينه في بقائه على ملكيته السابقة الحادثة بالبيع أولاً بمعنى أنه إذا ارتفعت تلك الملكية، لا يصدق عرفاً أن المبيع قائم بعينه، ونظراً إلى أن الإتلاف الحكمي كالإتلاف الحقيقي، لا يصدق أنه أحدث في العين شيئاً، فإنّ صدق ذلك موقوف على بقاء العين حقيقة وحكماً. ثم إن العتق أيضاً من قبيل الإتلاف الحكمي.

وتارة ليس من قبيل التصرف كتلف العين حقيقة أو حكماً كالإنعتاق، ويلحق

بذلك مثل الإباق، فإن معه لا يصدق أن المبيع قائم بعينه.

وأما مادة الإفتراق من طرف الصحيحة كوطي الجارية، كما تقدم شرحه.

ثمّ إن مقتضى القاعدة أن يجعل كلّ من مادة الإجتماع والإفتراق من كل منهما مسقطاً حيث إن الخبرين معتبران ولا تنافي بينهما.

وأما كون غير ما تقدم من التصرفات موجباً لسقوط الخيار فإنما هو لو كان ذلك التصرف بقصد سقوط الخيار، فيوجب السقوط. وهذا إنما يكون بعد العلم بالعيب والعلم بثبوت الخيار.

[فـــرع]

[وطي الأمة مانع عن ردّها]

قوله: فرع: لا خلاف نصاً وفتوىً.. اه.

أقول: كون الوطي للأمة مانعاً عن ردّها، مما لا إشكال فيه نصاً وفتوىً.

نعم، قلنا سابقاً: إن ما دل من الأخبار أن التصرف المغير للعين مانع أيضاً يشمله لأنه في نظر العرف إحداث شيء في المبيع، فيندرج تحت تلك الأخبار. وظاهر ما نقله المصنف (ره) عن التذكرة[1] والإسكافي أيضاً ذلك، والأخبار الخاصة أيضاً فيها دلالة على ذلك حيث جعل فيها للوطي على فرض الرد أجرة بمعنى تدارك الجناية حيث إنه لو كان مجرد استيفاء المنفعة لم يتوقف رد العين إلى البايع على رد عوض المنفعة التي استوفاها المشتري إلا أن المصنف (ره) لما قال سابقاً: إن الوطي لا يعدّ نقصاً وإحداث شيء في المبيع، فلذا تصدى لتوجيهه بحمله على التقية من الثاني، أعني قوله عليه السلام «معاذ الله / ١٣٧ / أن أجعل[2] لها أجراً»[3]؛ لأن الإستعاذة بالله من جعل الأجرة للفروج لا وجه له بعد أنه ورد أن المنقطعات مستأجرات، إلا أن يكون ذلك من أمير المؤمنين عليه السلام تقريراً وإثباتاً لرعيته على ما فعله الثاني من تحريم العقد المنقطع تقية للرعية.

وعلى ما ذكرناه لا يحتاج حمل هذه الفقرة على التقية، ولا وجه له أيضاً سيّما

---

١) تذكرة الفقهاء ٩٣/١١، حكم ما لو افتض الأمة البكر ثم علم بها عيباً سابقاً على العقد.

٢) في المصدر: يجعل.

٣) الكافي ٢١٥/٥، باب من يشتري الرقيق فيظهر به عيب وما يرد منه وما لا يرد، ح ٦.

بعد ما وردت هذه الفقرة في زمان صار عدم حرمة العقد المنقطع من الواضحات عند الشيعة.

ثمّ على ما قلناه أيضاً إنما عبّر عن تدارك جناية الوطي بالأجرة من جهة أنك عرفت أنه ليس جناية حقيقية، بل حكمية. فما يؤخذ بعوضه فكأنه عوض منفعتها التي استوفاها.

هذا مضافاً إلى أنه لو عملنا بظاهر الأخبار التي تأتي في المسألة الآتية من أن العيب في الأمة إذا كان هو حملها، فليس الوطي مانعاً من الرد، فنقول: إن مقتضىٰ تلك الأخبار جعل الأرش للوطي حيث يرد الأمة مع نصف قيمتها أو غير ذلك على ما سيأتي في المسألة الآتية ـ إن شاء الله ـ؛ فعامل فيها من الوطي معاملة / ١٣٨ / التنقيص في العين، لا معاملة استيفاء المنفعة.

في أن الوطي لا يمنع الرد إذا كان العيب الحمل

قوله: ثمّ إن المشهور استثنوا[1] .. اه.

أقول: من جملة العيوب التي يوجب خيار الرد والأرش للمشتري كون الأمة المبيعة حاملة ووطي المشتري للأمة كان مانعاً من ثبوت خيار الرد في سائر العيوب.

وأما لو كان عيبها هو الحمل، فظاهر الأخبار التي نقلها المصنف (ره) هنا أن وطي المشتري في خصوص هذا العيب ليس مانعاً من خيار الرد وأنه يرد الجارية مع أرش الوطي وهو عشر قيمتها أو نصف العشر أو غير ذلك على اختلاف في الأخبار.

والمشهور عملوا على ظاهر هذه الأخبار، وغير المشهور تأولوا هذه الأخبار

---

١) كتاب المكاسب ٢٩٣/٥، المشهور أن الوفاء لا يمنع من الرد بعيب الحمل مطلقاً.

وحملوها على أن الحمل كان من المولى، وأن الأمه كانت أم الولد، فكان بيعها باطلاً، فتكون خارجة عن مفروض الكلام.

وعلى هذا قالوا: لو كان الحمل من غير المولى، فيكون عيباً في المبيع وإن الوطي مانع من الرد كما كان الوطي مانعاً عن الرد في سائر العيوب. والمصنف (ره) رجّح ذلك نظراً إلى أن الأخذ بظاهر هذه الأخبار بعدم حملها على أن الحمل كان من المولى، فكان البيع باطلاً، موجب لمخالفة الظاهر من وجوه.

قوله: أحدها: من حيث مخالفة[1] .. اه.

أقول: / ١٣٩ / التقييد لازم على القولين حيث إن من يوجه الأخبار يقيد الجارية الحبلى بما إذا كان حمله من المولى ومن يأخذ بظاهر الأخبار من حمل البيع على البيع الصحيح يقيد الجارية الحبلى بما إذا كان حمله من غير المولى. وعلى الأول تكون الجملة الخبرية الظاهرة في وجوب الرد باقيةً على ظاهرها، وعلى الثاني باعتراف المصنف (ره) ليست الجملة الخبرية ظاهرة في وجوب الرد لكونها واردة في مقام توهم الحظر.

فتلخّص أنه لا يلزم إلا التقييد وهو يلزم على القولين، فلا وجه لرفع اليد عن ظاهر لفظ البيع والشراء في الصحيحين بحملها على صورة البيع والشراء.

قوله: الثاني: مخالفة لزوم العقر[2] .. اه.

أقول: قد تقدم أن الوطي للأمة يعدّ نقصاً في المبيع في نظر العرف وكان عليه الشاهد من الأخبار أيضاً.

وعلى هذا يكون مقتضىٰ الفسخ رد مقدار ما نقص من المبيع، فليس الوطي من

---

١) كتاب المكاسب ٢٩٦/٥، العمل بقول المشهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه.

٢) كتاب المكاسب ٢٩٦/٥، العمل بقول المشهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه.

قبيل مجرد استيفاء المنفعة.

والذي يكون خلاف القاعدة هو هذا، فلم يتوقف قول المشهور على أن نقول: إن الفسخ يكون من أصله أيضاً، أي من حين العقد.

إن قلت: إنه ورد في أخبار كثيرة من الإستعاذة بالله من جعل الأجر للوطي مع أنه على قول المشهور من رد نصف العشر لأجل الوطي يلزم جعل الأجر للوطي.

قلت: في الجواهر حملها على أن الرد على من يقول بالأجر في غير الحامل مع الرد، لكنا نقول: إن مورد تلك الأخبار غير الحامل وشمولها لها بالإطلاق.

وعلى هذا نقول: إن في نفس هذه الأخبار دلالة على أنه على فرض الرد نحتاج إلى الأجر، فليس في البين إلا تخصيص ما دلّ على أن الوطي مانع من الرد. وسيأتي الكلام فيه.

قوله: الثالث: مخالفته لما دل[1] .. اه.

أقول: أما كون مطلق التصرف مانعاً من الرد فتقدم أنه لا دليل عليه؛ فتأمل.

أما كون الوطي مانعاً من الرد / ١٤٠ / فكان الدليل عليه، إلا أنه لا مانع من تخصيص دليله بهذه الأخبار الكثيرة؛ لأنه لو لم نرتكب التخصيص ونحمل هذه الأخبار الكثيرة على صورة كان الوطي من المولى، ليكون البيع باطلاً، فيلزم ارتكاب خلاف الظاهر في لفظ البيع والشراء في أخبار كثيرة، لاسيّما في ما يفصل من الأخبار بين الحبلى وغيره، لبُعد أن يكون المراد كون البيع في أحدهما صحيحاً وفي الآخر فاسداً. وقد تقدم قبل المعاطاة أن ألفاظ المعاملات تكون عند العرف ظاهرة في الصحيح منها.

---

١) كتاب المكاسب ٢٩٧/٥، العمل بقول المشهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه.

قوله: الرابع: أن الظاهر من قول[١] .. اه.

أقول: لعل مراد السائل من التقييد بأن البايع لا يعلم أنها حبلى من جهة بيان أنه لو كان عالماً بذلك لم يرد بيعها كما هو الظاهر كما أن التعبير بقوله عليه السلام «**يكسوها**»[٢] لا نفهم فيه إشعاراً تشبيهاً بالحرية، فضلاً من أن يكون ظاهراً في ذلك، مع أنها بكونها أم ولد لا يخرج فعلاً عن الرقية ليصير مالكاً لشيء.

قوله: الخامس: ظهور هذه[٣] .. اه.

أقول: مع غمض العين من أن الكلام في هذه الأخبار من جهة التصرف بالوطي إن هذا الوجه مبني على كون مثل الإستخدام تصرفاً مسقطاً، وقد تقدم أن المصنف (ره) منع كونه مسقطاً للرد في غير صورة / ١٤١ / كان دالاً على الرضاء نوعاً، وتقدم أنا منعنا مسقطيته على نحو الإطلاق.

قوله: وغاية الأمر تعارض[٤] .. اه.

أقول: تقدم في الوجه الثالث أن ظهور الأخبار الكثيرة في كون البيع صحيحاً أقوى من ارتكاب التخصيص فيما دل على أن الوطي مانع عن الرد.

وأما سائر الوجوه التي جعلها مرجّحاً لرفع اليد عن ظاهر الأخبار على ارتكاب التخصيص المذكور، قد تقدم عدم تمامية شيء منها مع أنه على الفرض لا تقاوم تلك الوجوه مع ظهور هذه الأخبار في كون البيع صحيحاً كما تقدم في الوجه الثالث.

---

١) كتاب المكاسب ٢٩٧/٥، العمل بقول المشهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه.
٢) الكافي ٢١٧/٥، باب من يشتري الرقيق فيظهر به عيب وما يرد منه وما لا يرد، ح ٩.
٣) كتاب المكاسب ٢٩٧/٥، العمل بقول المشهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه.
٤) كتاب المكاسب ٢٩٧/٥، العمل بقول المشهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه.

قوله: ولو فرض التكافؤ[1] .. اه.

أقول: مع ما تقدم من أقوائية ظهور هذه الأخبار على الوجوه الخمسة على فرض صحتها أيضاً نقول: إن ما جعله مرجعاً من التعليل الوارد في خيار الحيوان من كون إحداث الحدث مسقطاً، قد تقدم أنا منعنا جريانه في خيار العيب. ومنه منعنا كون مطلق التصرف أو الرضاء هنا مسقطاً. وأما الرجوع إلى ما دل على عدم جواز الرد مع قيام العين، فهو موافق للمشهور من عدم كون الوطي مانعاً من الرد.

هذا كله مع أنا لو حملنا الأخبار على أن الوطي كان من المولى وأن البيع كان فاسداً نقول: يمكن القول بمنع كون الحمل عيباً في الجارية؛ فتدبّر.

قوله: نعم، لو خدش / ١٤٢ / في عموم[2] .. اه.

أقول: تقدم في الحاشية السابقة أن الخدشة في الرجوع على عموم ما دل على أن التصرف مسقط مطلقاً من التعليل الوارد في خيار الحيوان كان صحيحاً. وأما دعوى رجوعه إلى جواز الرد الثابت قبل الوطي، ففيه:

أولاً أنه أصل عملي ولا يرجع إليه إلا بعد عدم ترجيح الأدلة بعضها على بعض، وقد تقدم ترجيح ما قاله المشهور بمقتضى ميزان باب تعارض الأحوال.

وثانياً أن الأصل الذي تمسك به هنا هو استصحاب الخيار الذي كان المصنف (ره) يناقش عليه في الخيارات السابقة، لكنا قلنا بصحته.

وعلى كان حال، لو كان المرجع هذا الأصل العملي أو عموم ما دل على جواز الرد مع بقاء العين، فيكون مطابقاً لقول المشهور من عدم كون وطي الحامل مانعاً عن الرد.

وأما إشكاله على العقر على فرض أن يكون مدرك قول المشهور استصحاب

---

١) كتاب المكاسب ٢٩٨/٥، العمل بقول المشهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه.

٢) كتاب المكاسب ٢٩٨/٥، العمل بقول المشهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه.

الخيار، فمبني على ما تقدم منه أن العقر على فرض الرد خلاف القاعدة، ونحن قلنا: إن الوطي نقص، فعلى فرض الرد يكون العقر على طبق القاعدة؛ فتأمل.

[اختلاف كلمات العلماء في المقام]

قوله: ثمّ إن المحكي عن المشهور إطلاق الحكم[1] .. اه.

أقول: لا حاجة إلى دعوى انصراف معقد الإجماع / ١٤٣ / إلى الغالب من كون الحامل ثيّباً لأن الغنية[2] يظهر منه التفصيل على ما ذكره المصنف (ره)، والإنتصار[3] وإن يدع الإجماع على نصف العشر إلا أنه يقول بعده «وليس يجري وطي الثيب مجرى وطي البكر» إلى آخر كلامه؛ مضافاً إلى ما عن السرائر[4] من دعوى عدم الخلاف على التفصيل كما أن في الجواهر[5] ينقل التصريح عن جماعة.

ثمّ إن مقابل القول بالتفصيل قولان آخران:

أحدهما القول بالعشر مطلقاً، عن الحلبي.

وثانيهما القول بنصف العشر مطلقاً، وهو الذي نسب إلى المشهور، بل في الجواهر: عليه الإجماع المنقول لو لم يكن محققاً.

لكنك عرفت ما فيه.

لكن الظاهر أن القائل بنصف العشر على الإطلاق أيضاً كثير.

وأما الأخبار، فنقول: ما دل على العشر مطلقاً مع الغمض عن سنده وعمّا نقل من التهذيبين من أنه سقط لفظ «النصف» من الناسخ أو الراوي، وعن المحكي عن

---

١) كتاب المكاسب ٢٩٨/٥، المشهور إطلاق الحكم بوجوب ردّ نصف العشر.

٢) غنية النزوع: ٢٢٢، الفصل الأول: في أسباب الخيار ومسقطاته.

٣) الإنتصار: ٤٤٠، خيار العيب.

٤) السرائر ٢٩٨/٢، باب العيوب الموجبة للرد.

٥) جواهر الكلام ٢٥٢/٢٣، إذا أراد ردها (أي حبلى) يرد معهانصف عشر ثمنها.

الدروس[1] من أنه ذكر الصدوق هذا الخبر برجاله، وفيه «نصف العشر» وعن أن نفس هذا الراوي في خبر آخر ينقل نصف العشر، نقول: إن حمل هذا الخبر على صورة كانت الجارية الحبلى بكراً في منتهى البعد، فهذا الخبر معرض عنه.

وأما المرسلة المفصلة بين البكر والثيّب، فليس بحجة في نفسها، ودعوى انجبار ضعف السند بعمل المشهور في / ١٤٤ / غير محله؛ أما أولاً فلأن الإستناء غير معلوم، ومجرد الشهرة التطابقية غير موجب للحجية على التحقيق.

وثانياً كون المشهور من القائلين بهذا التفصيل غير معلوم. ومجرد دعوى عدم الخلاف واستظهار دعوى الإجماع من الغنية غير موجب لذلك بعد إطلاق كثير من الفتاوى بنصف العشر كما يدّعون.

[كلام صاحب الإنتصار]

وفي الإنتصار لا يقول بهذا التفصيل، وإنما ينفي التساوي بين البكر والثيّب كما أن القائلين بنصف العشر مطلقاً لو قلنا ـ كما هو الظاهر من أن إطلاق كلامهم ينصرف إلى الثيّب ـ يمكن القول بأنهم لا ينكرون عدم التساوي بين البكر والثيّب بعد أن ذلك على طبق القاعدة أيضاً.

وذلك لأن ما دل من الأخبار على نصف العشر منصرف إلى غير البكر مسلماً. وعلى هذا يصير البكر مسكوتاً عنه كما يدعيه في الجواهر[2] أيضاً.

[القول في البكر]

وعلى هذا ففي البكر نقول: إن نصف العشر مسلّم، وأما الزائد على ذلك فغير معلوم من هذه الأخبار، فلابدّ من الرجوع / ١٤٥ / في الزائد عن النصف في البكر

---

١) الدروس ٢٨٠/٣، خيار التدليس وأحكامه.

٢) جواهر الكلام ٢٥٢/٢٣، إذا أراد ردها يرد معها نصف عشر ثمنها.

إلى القواعد والأصول.

وأما التمسك للتفصيل بالجمع بين ما دلّ على العشر مطلقاً وبين ما دل على نصف العشر مطلقاً، فمبني على إمكان حمل ما دل على نصف العشر مطلقاً على صورة كانت الحبلى بكراً. وقد عرفت سابقاً أنه غير جائز.

بقي الكلام في أنه ورد في بعض الأخبار «**ويرد معها شيئاً**» وفي بعض آخر «**ويكسوها**» مع أنه لو أخذ بإطلاق كل واحد منهما ينافي الأخبار السابقة المعينة لنصف العشر كما أن الأخذ بإطلاق كل واحد منهما ينافي مع الآخر أيضاً.

هذا، مع أن لإطلاقهما موهناً آخر، وهو بُعد أن يكون الإختيار في مقام تعيين حق البايع بيد المشتري كما هو مقتضىٰ الإطلاق لاسيّما بالنسبة إلى الشيء القليل والكثير، وهذا كله يصير قرينة على أن هذين الخبرين ليس لهما إطلاق بحيث يشمل كل كسوة وكل شيء، بل يكونان بصدد بيان أن عليه شيء وكسوة، فحينئذٍ يرتفع التنافي من جميع الجهات، وهذا هو مقتضىٰ الجمع بين الأخبار.

[حكم تقبيل الأمة]

قوله: وفي لحوق التقبيل[1] .. اه.

أقول: ذكر الترديد الذي ذكره المصنف (ره) مبني على كون مطلق التصرف أو ما يدلّ على الرضاء نوعاً مانعاً من الرد في غير الحامل. وقد عرفت أن ذلك ممنوع.

[اختصاص الحكم بالوطي مع الجهل بالعيب]

قوله: ثمّ إن صريح بعض[2] .. اه.

---

١) كتاب المكاسب ٣٠٠/٥، حكم الوطي في الدبر والتقبيل واللمس.

٢) كتاب المكاسب ٣٠٠/٥، اختصاص الحكم بالوطي مع الجهل بالعيب.

/ ١٤٦ / **أقول**: ما كان من النصوص ظاهراً في أنه يرد مع الجهل بالحمل حال الوطي ليس له مفهوم من أنه لا يرد مع العلم بالحمل حيث إن التقييد في كلام السائل فمورد سؤاله خصوص هذه الصورة، فلا ينافي مع ما هو ظاهر في أنه يرد مع العلم بالحمل أيضاً، فلا مانع من الأخذ بهما.

ودعوى أن التقييد بالجهل في كلام السائل شاهد على أنه كان معتقداً بأنه مع العلم لا يرد والإمام عليه السلام قرَّره؛ ممنوع.

في فروع بيع الحامل مع وطي المشتري على المشهور

قوله: الرابع من المسقطات: حدوث عيب[1] .. اه.

أقول: لا إشكال أن تلف المبيع قبل القبض وكذلك بعد القبض وقبل انقضاء خيار المشتري في الجملة يكون على البايع، فعلى هذا لو قلنا: إن حال العيب الحادث فيهما يكون بمثل تلف العين في أن ضمانه وخسارته يكون على البايع، فليس بلازم من أن نقول: إن هذا العيب الحادث فيهما يوجب بنفسه للخيار أيضاً كما هو المشهور على ما سيوضح ـ إن شاء الله تعالى ـ كما أنه لو قلنا: إن هذا العيب فيهما يوجب الخيار والضمان أيضاً، ليس بلازم من أن نقول: إن هذا العيب غير مسقط / ١٤٧ / للخيار الثابت للمشتري بالعيب السابق على العقد، إلّا أن الظاهر من المشهور ثبوت الملازمة في المقامات الثلاثة:

الأولى ثبوت الملازمة بين كون تلف العين قبل القبض وقبل انقضاء خيار المشتري على البايع من كون ضمان العيب الحادث في المبيع فيهما أيضاً على البايع.

الثانية ثبوت الملازمة بين كون ضمان العيب الحادث فيهما وخسارته على البايع وبين كون هذا العيب الحادث فيهما بنفسه موجباً للخيار.

---

١) كتاب المكاسب ٣٠١/٥، المسقط الرابع: حدوث عيب عند المشتري.

الثالثة ثبوت الملازمة بين كون ضمان هذا العيب على البايع وكونه موجباً للخيار وبين كون هذا العيب غير موجب لسقوط الخيار الثابت للمشتري بالعيب السابق على العقد.

وإذا عرفت ما تقدم، **فنقول**: إختلف كلام الشهيد (ره) في نقل كلام المحقق (ره)؛ ففي اللمعة[١] في بيع الحيوان نسب إلى المحقق (ره) في درسه أنه قال: إن المبيع إذا حدث فيه عيب في زمان خيار الحيوان، فهنا لا يجوز الرد للمشتري إلا بالخيار، يعني خيار الحيوان. ومقتضاه أن هذا العيب لم يحدث خياراً آخر. وهنا ليس الكلام / ١٤٨ / في تأثير هذا العيب في الخيار الثابت بالعيب السابق، لأن مفروض كلامه في المبيع الصحيح.

ثمّ إن الشهيد (ره) يناقش على المحقق بأن هذا الكلام منه ينافي مع حكمه في الشرايع[٢] بأن العيب في الثلاثة من مال البايع مع حكمه فيها بعدم الأرش فيه، ونحن نقول: إن في الروضة[٣] يورد على المحقق بأنه لا معنى لكون الجزء مضموناً إلا ثبوت أرشه، فكيف قال بالمضمونية وعدم الأرش، لكن إيراد الشهيد ليس ذلك؛ لأنه وارد على خصوص كلام الشرايع من دون حاجة إلى نقل كلامه في درسه.

فعمدة إيراد الشهيد هو التنافي بين ما قاله المحقق في درسه من أن العيب الحادث في زمان الخيار لا يوجب الخيار وبين كلامه في الشرايع حيث اعترف بكون هذا العيب مضموناً على البايع، ونحن نقول:

إن كلام المحقق مبني عدم ثبوت الملازمة الثانية من الملازمات الثلاثة، وإيراد الشهيد مبني على ثبوت هذه الملازمة كما هو المشهور.

---

١) اللمعة الدمشقية: ١٠٠، كتاب المتاجر.

٢) شرائع الإسلام ٣١٢/٢، في بيع الحيوان.

٣) الروضة البهية ٣٢٤/٣ـ ٣٢٥، الفصل الثالث: في بيع الحيوان.

وفي الدروس نسب إلى المحقق أن العيب الحادث في مبيع كان معيوباً بعيب سابق لم يمنع من الرد، مادام خيار الحيوان ثابتاً. وأما إذا انقضى الخيار، فليس له الرد. وظاهره أن العيب الحادث هنا غير موجب للخيار ومسقط / ١٤٩ / للخيار الثابت بالعيب السابق أيضاً حيث انحصر الخيار في خيار الحيوان. وهذا مبني على منع الملازمتين الأخيرتين من الملازمات الثلاثة. وكلام شيخه إبن نما مبني على ثبوتها أو ثبوت أحدهما، وعلى القول بثبوت الملازمتين الأخيرتين ـ كما هو المشهور ويلوح من الشهيد وابن نما ـ فبعد حدوث العيب في الثلاثة في حيوان كان مبيعاً وكان معيوباً، يجتمع للمشتري ثلاث خيارات لو قلنا بأنه لا امتناع في تعدد الخيار:

الأول ما كان ثابتاً بالعيب السابق.

الثاني ما حدث بواسطة العيب الحادث.

الثالث خيار الحيوان؛ فإذا انقضى خيار الحيوان يبقى له خياران.

ثمّ لا يخفىٰ أن ما حكاه المصنف (ره) هنا عن درس المحقق كالتصريح في أن العيب الحادث يؤثر في الرد بنفسه ولا يمنع من الرد بالعيب القديم مادام خيار الحيوان موجوداً.

وهو مبني على ثبوت الملازمتين الأخيرتين من الملازمات الثلاثة في الجملة، فينافي مع ما نقل عنه في اللمعة والدروس إلّا أن الظاهر وقوع الغلط في هذا النقل.

وأيضاً لا يخفى أنه / ١٥٠ / قد يقال: إن كلام المحقق (ره) عكس كلام شيخه، وذلك بأن نقول: إن المحقق[1] (ره) يقول: إن العيب الحادث يؤثر في الرد في زمان الخيار ولا يؤثر بعد انقضاء الخيار كما أن عبارة التي نقلها المصنف عن درسه كان ظاهراً في ذلك.

وأما شيخه فيقول: إن العيب الحادث لا يؤثر في الرد في زمان الخيار لعدم

---

١) شرائع الإسلام ٢/٢٩٠، في أحكام العيوب.

إمكان اجتماع الخيارين، وأما بعد انقضاء الخيار يؤثر في الرد لعدم المانع.

[الملازمات الثلاثة عند المشهور]

بقي الكلام في الملازمات الثلاثة التي قلنا إنها ثابتة عند المشهور فنقول:

أما الأولى وهي كون العيب الحادث قبل القبض وقبل انقضاء خيار الحيوان كتلف نفس العين فيهما مضموناً على البايع، فنقول:

نحن نتعرض لخصوص حدوث العيب قبل القبض هنا ـ وإن كان محله في أحكام القبض ـ، فنقول:

لا إشكال في أن مقتضى القاعدة الأولية أن يكون تلف نفس العين وأجزائها وضمان العيب الحادث وخسارته بعد تحقق العقد على المشتري؛ يعني يكون النقصان من ماله لأنها صارت ماله وقد تلف، فيكون كتلف سائر أمواله إلا أنه تقدم أنه ثبت بالنبوي صلى الله عليه وآله «**كل مبيع / ١٥١ / تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه**»[1] أن تلف العين قبل القبض يكون من مال البايع وكون التلف من مال البايع، مع أن المبيع كان ملكاً للمشتري مبني على انفساخ العقد ولو بان ما قبل التلف حتى يدخل في ملك البايع ويتلف منه من غير فرق بين أن يكون المتلف هو الكل أو الجزء.

ولذا يقدّرون الإنفساخ آناً ما قبل التلف، حتى يكون التلف من مال البايع كما تعرّضوا لذلك في أحكام القبض والخيارات، وسيأتي من المصنف (ره) هناك مفصلاً.

وهذا الوجه لا يأتي في العيب الحادث؛ لأن العيب إنما يكون بنقصان الصفة والجزء الذي يكون بمثل اليد والرِجل وليس الثمن موزّعاً عليها.

---

١) عوالي اللئالي ٢١٢/٣، باب التجارة، ح ٥٩.

في ما يقال في بيان ضمان العين الحادث قبل القبض على البايع بمقتضى القاعدة

ثم لا يخفىٰ أن المصنف[١] (ره) في أحكام القبض في آخر كتابه تصدى لبيان كون ضمان العيب الحادث قبل القبض على البايع بمقتضى القاعدة بأن انفساخ العقد بالنسبة إلى الوصف بمعنى فواته في ملك البايع بأن يقدّر العقد كأن لم يكن بالنسبة إلى حدوث هذا العيب، فكأنّ العيب حدث قبل العقد، والعقد قد وقع على عين معيبة، لكنا نقول: لو كان لنا دليل على كون ضمان العيب الحادث على البايع فكان ذلك دليلاً على ارتكاب هذا التمحل أو غير ذلك، إلّا أن العمدة أنه / ١٥٢ / يكون لنا دليل على الضمان أم لا، فنقول: لو كان الدليل هو قوله ﷺ «**كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه**» فهو ظاهر في تلف أصل العين.

ومنه قال المحقق الأردبيلي (ره) في شرح الإرشاد[٢] في بيع الحيوان: إن النص والإجماع في تلف الكل من أن ضمانه على البايع، لا العيب؛ بل في الرياض[٣] قبل مسألة الربا عن المبسوط[٤] والخلاف[٥]: أن ضمان العيب ليس على البايع؛ بل الثاني ادعى الإتفاق عليه وأن الحلي تبعه؛ بل المصنف[٦] في أحكام القبض: أنه ظاهر المحقق[٧] وتلميذه كاشف الرموز[٨] أيضاً.

---

١) كتاب المكاسب ٢٨٢/٦، حكم العيب الحادث قبل القبض.
٢) مجمع الفائدة والبرهان ٢٤٣/٨، حكم ما لو قبض الحيوان ثمّ تلف أو حدث فيه عيب.
٣) رياض المسائل ٢٧٦/٨، لو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض.
٤) المبسوط ١٢٧/٢.
٥) الخلاف ١٠٩/٣، المسألة ١٧٨.
٦) كتاب المكاسب ٢٨٢/٦، مسألة: تلف بعض المبيع قبل قبضه.
٧) شرائع الإسلام ٢٩٠/٢، في أحكام العيوب.
٨) كشف الرموز ٤٨٣/١ ـ ٤٨٤، حكم «ما لو حدث العيب بعد العقد».

وأما لو كان الدليل فحوى كون تلف العين قبل القبض على البايع كما في شرح الإرشاد في الموضع المشار إليه، فليس بشيء لأنه لو أفاد شيئاً، فإنما يفيد ظناً وهو ليس بحجة.

وأما لو كان الدليل على كون ضمان العيب على البايع ما نقله المصنف[1] (ره) في أحكام القبض من صحيحة إبن سنان: **عن الرجل يشتري الدابّة أو العبد فيموت أو يحدث فيه حدث، على من الضمان؟**

قال: «**على البايع حتى يمضي الشرط**»[2]؛ فنقول بعد تسليم دلالته على كون ضمان العيب الحادث في زمان خيار الحيوان على البايع: إن التمسك به لكون العيب الحادث قبل القبض أيضاً على البايع، يكون بأحد الوجهين:

الأول بالأولوية.

وفيه: مع أنه لا نرى الأولوية الضمنية أيضاً، أن دعوى الأولوية يناسب لو كان الدليل / ١٥٣ / دالّاً على الضمان في كل خيار كان للمشتري، لا خصوص خيار الحيوان.

الثاني أنه يشمل قبل القبض هنا، فيلحق مطلق قبل القبض به لعدم الفصل.

وفيه: أن خيار الحيوان ثابت من أول العقد، فكون العيب على البايع في زمان قبل القبض للخيار، لا لعدم القبض، بل لو فرضنا عدم حصول القبض بعد انقضاء الخيار، فهذا الخبر يدلّ على عدم كون ضمان العيب الحادث هنا على البايع، فهو دالّ على ضد المطلوب كما قاله [صاحب] الرياض في الموضع المشار إليه.

ثم إنه في الرياض يورد عليه بأن ظاهر هذا الخبر غير معمول به؛ لأن مقتضاه كون التلف من مال البايع، ومقتضاه انفساخ العقد، ولم يقل به أحد.

ونحن نقول: لو التزمنا بالتقدير الذي نقلناه عن المصنف (ره) في أحكام

---

١) كتاب المكاسب ٢٨٤/٦، ما يؤيد ثبوت الأرش.

٢) الكافي ١٦٩/٥ ـ ١٧٠، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٣، باختلاف يسير.

القبض، يرتفع هذا الإشكال.

وأما الثانية ـ أعني ثبوت الملازمة بين / ١٥٤ / كون ضمان العيب الحادث قبل القبض على البايع وبين كون هذا العيب موجباً للخيار ـ فنقول: لو كان المراد من ضمان العيب الحادث قبل القبض على البايع أن يكون على البايع أرش هذا العيب فلا دليل على هذه الملازمة، وليس في البين ملازمة عقلية أيضاً.

وأما لو كان المراد من كون ضمان هذا العيب عليه انه يكون للمشتري فسخ العقد بهذا العيب، فلا نحتاج إلى الملازمة؛ لأن الضمان مع الخيار على هذا يكون معناهما متحداً؛ غاية الأمر أن الخيار بهذا العيب ليس على طبق القاعدة، فيكون دليله منحصراً بالإجماع بعد أنه لم يرد نصّ على هذا الخيار.

ولا يخفىٰ أن من يدّعي الملازمة يجعل العيب الحادث قبل القبض بمثل العيب الحادث قبل العقد في أنه يوجب الخيار والأرش، لكنه لا دليل عليه.

ثمّ إن الأرش والضمان تقدم أنه محل الخلاف في الجملة؛ وأما الخيار فلا خلاف فيه حتى أن الأردبيلي (ره) مع مناقشته على كثير من الإجماعات يتمسك لكون العيب الحادث قبل القبض موجباً للخيار للمشتري بالإجماع كما أن المصنف (ره) وصاحبي الجواهر والرياض وغيرهما يجعلون ذلك مسلّماً في المواضع المشار إليها ولا ينقلون الخلاف فيه عن أحد.

وما تقدم من الخلاف عن المحقق (ره) إنما هو في العيب الحادث في زمان خيار المشتري، لا قبل القبض، مع أنه كان من / ١٥٥ / المحتمل أن يكون مراده عدم تأثير هذا العيب في الخيار في زمان الخيار لعدم إمكان اجتماع الخيارين، لا لأن العيب المذكور ليس مقتضياً للخيار.

وأما الثالث وهو ثبوت الملازمة بين كون العيب الحادث قبل القبض موجباً لخيار المشتري وكان ضمانه على البايع وبين كون هذا العيب غير مانع عن بقاء الخيار الذي ثبت بالعيب الذي كان في المبيع قبل العقد كما هو المقصود الأصلي

في المقام، فنقول هنا: إن عمدة دليلهم على أن العيب الحادث يكون مسقطاً للخيار وجهان، وشيء منهما لا يتمّ بالنسبة إلى العيب الحادث قبل القبض:

الأول أن الرد موجب للضرر. وهذا الوجه لا يأتي في العيب الذي كان مضموناً على البايع؛ لأن الضرر ليس إلا من جهة ورود نقصان العيب الحادث على البايع، والمفروض أنه كان نقصان هذا العيب عليه بأي معنى كان، كما تقدم قُبيل ذلك.

الثاني مرسلة جميل لأنه بعد حدوث العيب يصدق أن العين ليست قائمة بنفسها. وهنا قد يقال: إن هذا الوجه يقتضي كون العيب الحادث مسقطاً للخيار، سواء كان حدوثه قبل القبض أو بعده*.

ورفع هذا الإشكال إما بأن نقول: إن هذه المرسلة لا تدل على سقوط الرد بواسطة العيب الحادث في المبيع بعد البيع رأساً، فحينئذٍ ينحصر الدليل على المسقطية بقاعدة الضرر، وهو جارٍ في العيب الغير المضمون على البايع.

وأما العيب الحادث قبل القبض على ما تقدم من كونه مضموناً على البايع، لا يوجب سقوط الخيار الثابت بالعيب السابق.

ثمّ بعد ذلك لا مانع من استصحاب بقاء الخيار كما قلنا سابقاً من أنه لا مانع منه مع غمض العين عن دعوى إمكان اجتماع الخيارين أو الخيارات.

وإما بأن نقول: بناءً على ما تقدم من أن العيب الحادث قبل القبض كان الإجماع على أنه بنفسه يوجب الخيار، لا تبقى كثرة ثمرة في أنه يوجب سقوط الخيار الثابت أولاً بالعيب السابق، مع أنه لو لم يكن مانع من اجتماع الخيارين، فلا نقول:

---

*) *سيأتي فيما كتبته في الحاشية الثالثة أن مقتضىٰ الفسخ والإقالة بعد حدوث عيب مضمون على المشتري رد المبيع مع أرش العيب إلى البايع، وعلى هذا ليس في الفسخ ضرر على البايع حتى يكون قاعدة الضرر رافعاً لخيار المشتري. فالدليل على رفع خيار المشتري بواسطة العيب الحادث بعد البيع منحصر بمرسلة جميل، ولا وجه لمنع دلالته على المسقطية.*

وأما عدم التمسك به لمسقطية هذا العيب إذا حدث في زمان كان مضموناً على البايع لوجه أشير إليه هنا أخيراً. (منه قدس سره).

من البعيد أن هذا العيب الحادث بنفسه يوجب الخيار أو مع ذلك يوجب سقوط الخيار بالعيب السابق، مع أن المشهور يقولون: إنه لا يوجب سقوطه. وحينئذٍ لقائل أن يجعل الشهرة والبُعد اللذين أشرنا إليهما دليلين على عدم المسقطية أو موهناً لعموم المسقطية؛ فتدبّر.

[العيب الحادث في يد المشتري]

/ ١٥٦ / **قوله: وأما الثالث أعني العيب الحادث في يد المشتري**[1].. اه.

أقول: الذي يعدّ من المسقطات لخيار الرد، فالعيب هو العيب الحادث بنفسه في المبيع بعد القبض وبعد انقضاء زمان خيار المشتري من غير جهة الخيار الذي يثبت له أولاً بنفس العيب، فالتعرض لحكم العيب الحادث قبلها ـ كما تقدم ـ كان لمجرد المناسبة.

ثمّ إن المراد من العيب الحادث بعد القبض وانقضاء الخيار الذي يعدّونه من مسقطات خيار العيب ـ على ما يظهر من كثير منهم كما تعرض له في المتن ـ أعمّ من العيب الذي يوجب الأرش لو كان قبل البيع كنقصان في اليد والرِجل وأشباه ذلك، ومن العيب الذي لا يوجب الأرش لو كان قبل البيع، سواء كان من قبيل نقص صفة الكمال التي تقدمت في خيار الرؤية أنه لا أرش فيه، كنسيان العبد للكتابة ونسيان الدابة للطحن.

أو لم يكن من قبيل نقص صفة الكمال أيضاً، بل عرض فيه عارضة خارجية / ١٥٧ / كعيب الشركة كما إذا اشترى اثنان شيئاً فأراد أحدهما رده بالعيب، وكعيب تبعّض الصفقة كما إذا اشترى شيئاً وظهر العيب في بعضه فأراد ردّه. وهذا أعمّ من أن يوجب ذلك لنقص في المالية أم لا.

---

١) كتاب المكاسب ٣٠٣/٥، العيب الحادث بعد القبض والخيار.

[الدليل على مسقطية العيب الحادث]

ثمّ إن دليلهم على إثبات هذه الكلية أو إثبات مسقطية العيب الحادث في الجملة مع غمض العين عن الإجماع الذي يدّعونه في المقام أمران:

أحدهما مرسلة جميل عن أبي عبدالله عليه السلام: **في الرجل يشتري الثوب أو المتاع، فيجد به عيباً.**

قال: «إن كان الثوب قائماً بعينه، رده على صاحبه وأخذ الثمن وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ، رجع بنقصان العيب»[1].

والكلام هنا يقع: تارة في أصل دلالة هذا الخبر على كون العيب الحادث مسقطاً ولو في الجملة.

وتارة على فرض الدلالة يدل على الكلية المدعاة في كلماتهم أم لا؟

أما المقام الأول فجعل المصنف (ره) وغيره ذلك مسلّماً؛ نظراً إلى أن قوله «**وإن كان الثوب قائماً بعينه رده**» يدلّ بمقتضى مفهوم الشرط على أنه لو لم يكن قائماً بعينه ليس له الرد، وبعد حدوث العيب ليس الثوب قائماً بعينه.

ولكن فيه: أن في الخبر تنطق بما هو المفهوم بقوله / ١٥٨ / «**وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب**» وظاهره أنه لو قطع.. اه، فينحصر الأمر بأخذ الأرش وليس له الرد؛ لأنه بقرينة سابقه في مقام الحصر، ومقتضىٰ مفهوم هذه القضية أنه لو لم يقطع ولم يخط ولم يصبغ فلا ينحصر الأمر في الأرش ويكون له الرد أيضاً؛ فالمفهوم هنا يشمل العيب الحادث في الثوب بنفسه ومقتضاه جواز الرد.

إن قلت: إن ما ذكره من القطع وغيره من باب المثال.

قلت: هذا مسلّم، لكن الأمثلة من قبيل التصرف، فيعمّ تمام التصرفات التي يوجب تغير العين ولا يشمل تغير العين من غير جهة التصرف فيه كما هو المدعى

---

١) الكافي ٢٠٧/٥، باب الرجل يبيع البيع ثمّ يوجد فيه عيب، ح ٢، باختلاف يسير.

من العيب الحادث، فالمناسب أن يتمسك بهذا الخبر على كون خصوص التصرف مسقطاً في الجملة كما تمسكوا به هناك أيضاً.

ولا يخفىٰ أن مقتضىٰ /١٥٩/ ما ذكرناه وقوع التعارض بين المفهومين في العيب الحادث في المبيع بنفسه ولا ترجيح لأحد المفهومين كما تعرّضنا ذلك في مفهوم الشرط في صورة ينطق المتكلم ببعض أفراد مفهوم الشرط بالقضية الشرطية حتى يقع التعارض بين المفهومين في سائر الأفراد، وقلنا هناك: إنه بحسب القاعدة لا ترجيح لأحدهما إلا أن توجد خصوصية في المورد لترجيح أحدهما على الآخر*.

وأما المقام الثاني وهو أن المرسلة تدل على الكلية المدعاة في كلماتهم مع غمض العين عن المناقشة على سنده ـ كما تقدم عن الأردبيلي[1] (ره) ـ فنقول: إن عدم قيام الثوب بعينه التي كان مقتضىٰ مفهوم المرسلة يعمّ كل نقص حصل في

---

*) *هذا، ولكن لقائل أن يقول: إنه ليس مفهوم قوله «وإن كان الثوب قد»..إلخ أن تغير المبيع من قبل نفسه يوجب الخيار لوضوح أن قوله «قد قطع»..إلخ كلّه بصيغة المجهول، فذلك من الأمثلة الواضحة لحصول التغير في العين وعدم قيامها بنفسها واحتياج القطع إلى القاطع أعمّ من المشتري أو غيره غير مضرٍّ، بل المصبوغية. وربما يحصل من قبل نفسه بالأمور الخارجية من غير صابغ.*

والحاصل أنه لا يستفاد من مفهوم قوله «وإن كان الثوب قد قطع» ما كان مخالفاً لمفهوم قوله «إن كان الثوب قائماً بعينه»..اه حتى يعارضه لو لم يؤكّده مجرد الإحتمال، لا يوجب لرفع اليد عن الظاهر.

إن قلت: من شرط حمل اللفظ على ظاهره أن لا يكون في الكلام ما يخالف ظاهره، وهذا الشرط في المقام غير محرز.

قلت: ما يكون قرينة على إرادة خلاف الظاهر من الكلام يعتبر فيه أن يكون له صلاحية للخيار فيه.

ومما ذكرناه يعلم أن قوله «وإن كان الثوب قد قطع»..إلخ ليس له صلاحية للصارفية عن ظاهر قوله «وإن كان الثوب قائماً بعينه»..إلخ. (منه قدس سره).

١) مجمع الفائدة والبرهان ٤٢٩/٨، سقوط خيار العيب بالتصرف مطلقاً.

العين من غير فرق بين أن ترتفع صفة صحته أو صفة كماله، كما أن من الواضح أن زيادة صفة فيه مما يوجب زيادة ماليته كالسمن غير مضرٍّ بصدق بقائه بعينه. وهذا كله موافق لما يقولون في المقام.

إنما الكلام في اقتضاء المفهوم عدم الرد بعيب الشركة وتبعض الصفقة بأن نقول: إن معهما يصدق عدم بقاء ذلك الشيء بعينه، وهو مشكل. بل الخبر ساكتة عن حالها بعد أنه في مورد المرسلة لم يكن شركة ولا تبعّض صفقة.

وثانيهما قوله عليه السلام **«لا ضرر»**[1].. اه.

وتقريب التمسك به لمسقطية العيب الحادث للخيار بأن نقول: قد تقدم أن مقتضىٰ القاعدة الأولية أن يكون النقص / ١٦٠ / الوارد على المبيع بعد البيع على المشتري مطلقاً إلا أنه بالنسبة إلى العيب الحادث قبل القبض وقبل انقضاء خيار المشتري من غير جهة خيار العيب قام الدليل في الجملة على أن الضمان على البايع، وأما بعدهما يكون باقياً تحت القاعدة الأولية من كون الضمان على المشتري.

وهذا مسلم عندهم، ويدّعون عليه الإجماع، بل القاعدة تقتضيه أيضاً؛ لأنه ليس ما يوجب الخروج عن تحت القاعدة الأولية في العيب الحادث بعد القبض وبعد انقضاء غير خيار العيب.

إن قلت: أي مانع من التمسك باستصحاب الضمان الثابت على البايع قبل القبض؟

قلت: ما ثبت قبل القبض هو أنه لو نقص العين يكون ضمانه على البايع، فإجراء ذلك بعد القبض من الإستصحاب التعليقي الذي لا نقول بحجيته على ما حقّقناه في محله.

وإذا عرفت أن نقصان العيب وضمانه على المشتري، فنقول: إنه لو كان خياره

---

١) الكافي ٥/٢٩٢ ـ ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

باقياً بعد حدوث العيب، فيرد الضرر على البايع بردّ العين المعيبة إليه، فثبوت الخيار ضرري، فيرتفع.

إن قلت: إذا رد المشتري المبيع مع الأرش، فلا يرد الضرر على البايع.

قلت: قد تقدم في خيار الغبن مفصلاً أن قاعدة الضرر لا يثبت الأرش، بل مقتضاه أنه لو كان الضرر في لزوم العقد، فيرتفع اللزوم ولو كان الضرر في جواز العقد ـ كما في المقام ـ يرتفع الجواز.

في رفع المناقشات عن التمسك بقاعدة الضرر لكون العيب الحادث مسقطاً للخيار الثابت بالعيب في الجملة

هذا كلّه في اقتضاء قاعدة / ١٦١ / الضرر لكون العيب الحادث موجباً لسقوط خيار المشتري بالعيب السابق. وهذا مما لا كلام لهم فيه.

نعم، يكون الإشكال في أن الضرر من طرف البايع معارض بالضرر الذي يرد على المشتري من جهة العيب السابق ـ كما أشار إليه في التذكرة على ما نقله المصنف (ره) ـ؛ ففي الخيار ضررٌ على البايع وفي اللزوم ضررٌ على المشتري.

ويمكن الجواب عن هذا الإشكال من وجوه:

الأول أن الضرر الوارد على البايع ليس من جهة أن المبيع يكون أنقص من الثمن، بل من جهة أن مقتضىٰ الفسخ رجوع المبيع إليه كما كان، وكان ضمان العين على المشتري باليد، فرجوع المبيع الذي ورد عليه عيب مضمون على المشتري إلى البايع الذي يستحق العين صحيحاً، يكون ضرراً على البايع على نحو الكلية. وأما الضرر الذي كان على المشتري، فهو عبارة عن أنقصيه مالية المبيع عن الثمن.

ومنه قلنا سابقاً: إن قاعدة الضرر ليس دليلاً على ثبوت الخيار بالعيب إلا في بعض الموارد، وأما ثبوت الخيار بالعيب على نحو الكلية، فبالنص.

فحاصل هذا الجواب: أن تعارض الضررين يكون في بعض الموارد، فليس له كلية.

وعلى هذا، ففي صورة لا يكون الضرر على المشتري في الحكم باللزوم لكون خياره ثابتاً بغير الضرر، نثبت اللزوم بقاعدة الضرر. ويلحق به صورة / ١٦٢ / تعارض الضررين أيضاً لعدم الفصل.

الثاني أنه تقدم في خيار الغبن والرؤية أن المصنف (ره) في مثل المعاملة الغبنية يتمسك بالضرر لحدوث الخيار وأنه لا يتمسك لبقاء الخيار بقاعدة الضرر. ومنه يقول: مقتضىٰ القاعدة كون الخيار فورياً.

ونحن قلنا هناك: إن المغبون بعد العلم بالغبن لو أقدم على التصرف بانياً على بقاء المعاملة فهذا إقدام منه على الضرر، فلا يرفع هذا الضرر بعد ذلك بقاعدة الضرر.

وعلى هذا فينحصر إشكال تعارض الضررين بغير صورة أقدم المشتري على بقاء المعاملة الواقعة على المعيب.

إن قلت: إن البناء على بقاء المعاملة إلتزام بالمعاملة، وهو بنفسه من المسقطات.

قلت: قد تقدم في المسقط الأول أنا منعنا ذلك، فعلى هذا في صورة حدث عيب آخر، نسلّم أن المسقطية مقتضىٰ القاعدة مع إقدام المشتري على بقاء العقد.

الثالث أن نقول: إنه من طرف المشتري وإن كان مقتضىٰ قاعدة الضرر الخيار فقط، إلا أنه قام النص والإجماع هناك على أن المشتري له التخيير بين الرد والأرش. وعلى هذا نقول / ١٦٣ / بثبوت التخيير بين الرد والأرش، ارتفع الضرر عن المشتري.

وعلى هذا نقول: إن حدوث الضرر برفع الخيار والأرش معاً، لا برفع أحدهما. وأما من طرف البايع فليس إلا قاعدة الضرر، وهو لا يقتضي إلا رفع الخيار ـ كما تقدم في خيار الغبن ـ، فلا مانع من جريان قاعدة الضرر من طرف البايع. وإثبات

رفع الخيار في كل عيب حدث في المبيع بعد القبض وانقضاء خيار المشتري من غير جهة خيار العيب كما يدّعون عليه الإجماع أيضاً.

ولعل مراد التذكرة في قوله[1] «**فإنه ليس تحمل البايع له بالعيب السابق أولى من تحمل المشتري به للعيب الحادث**»، إنتهى، هو ما ذكرناه من عدم جريان قاعدة الضرر من طرف المشتري، حيث إنه لا ضرر عليه بعد أن الأرش ثابت له، لا أن يكون مراده تعارض الضرر من طرف البايع والمشتري حتى يرد عليه إيراد المصنف (ره) من أن المرجع استصحاب ثبوت الخيار.

هذا، ولكن الحق أنه لا مانع من استصحاب الخيار، لكن لا من جهة تعارض الضررين، بل من جهة أن قاعدة الضرر لا تجري من طرف البايع كما تقدم أنه لا تجري من طرف المشتري أيضاً، وأن التمسك بقاعدة الضرر لكون العيب الحادث المضمون على المشتري مسقطاً للخيار الثابت للمشتري بالعيب السابق فاسد رأساً؛ لوضوح أن نفس ثبوت الخيار للمشتري ليس موجباً للضرر على البايع، نظير لزوم الوفاء بالمعاملة الغبنية التي تكون ضرراً على المغبون.

وأما فسخ المشتري، فإنما يكون موجباً للضرر على البايع إذا كان مقتضاه رد المبيع إليه من دون أرش العيب الحادث، دون ما إذا كان مقتضاه رد المعيب مع أرش العيب.

وإذا عرفت ذلك فنقول: مقتضىٰ كل من الفسخ والإقالة رد المعيب مع الأرش، كما أنه لو كان الفسخ بعد تلف العين يكون مقتضاه رد بدل العين بمقتضى قاعدة اليد وغيره ـ كما تقدم في أواخر خيار الغبن مفصلاً ويستفاد منهم في باب الإقالة وغيره ـ.

ومما ذكرنا ظهر وجه عدم تمسك غير التذكرة بقاعدة الضرر هنا كما يستفاد مما

---

١) تذكرة الفقهاء ١٢٥/١١، في أن حدوث عيب عند المشتري يمنع من الرد بالعيب السابق على قبضه من البايع.

نقله منهم في الجواهر وغيره في هذه المسألة.

[سقوط الخيار، بقي العيب الحادث أو زال]

قوله: ثمّ إن مقتضىٰ الأصل عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث وزواله[1].. اه.

أقول: إذا زال العيب الحادث، فنقول: إن خيار المشتري سقط قبل زواله ولم يعلم حدوث الخيار بعده، فيتمسك بأصالة اللزوم، إلا أن يقوم دليل على حدوث الخيار. والذي يمكن أن يكون دليلاً هنا على حدوث الخيار، قاعدة الضرر التي تقدمت أنه يثبت بها خيار العيب في بعض الموارد، وتقدم أن التمسك بها بعد تحقق البيع مشروط بعدم رضاء المشتري ببقاء البيع بعد علمه بالعيب، فنقول: بعد فرض تحقق هذه الشرائط أيضاً لا يجوز التمسك بقاعدة الضرر لحدوث الخيار من وجهين:

الأول أنك عرفت أن الإجماع الذي يدّعونه على ثبوت الخيار والأرش للمشتري / ١٦٤ / وأنه مخيّر بينهما، يثبت به التخيير للمشتري، وبذلك ارتفع ضرره وأن عود الضرر عليه بارتفاعهما، لا بارتفاع خصوص الخيار. فبعد أن الحكم بالأرش ثابت، لا ضرر على المشتري.

الثاني أنه لو فرضت أن رفع الضرر منحصر بالخيار، فنقول: إن عموم «لا ضرر» خصّص بالنسبة إلى هذا الضرر قبل زوال العيب الحادث، وبعد زوال العيب الحادث لا يصير هذا الضرر فرداً آخر للضرر؛ لأن الزمان في عموم «لا ضرر» أخذ على وجه الظرفية، لا على وجه القيدية.

---

١) كتاب المكاسب ٣٠٦/٥ ـ ٣٠٧، مقتضى الأصل عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب وزواله.

[رضاء البايع بردّه مجبوراً بالأرش]

قوله: ولو رضي البايع ردّه[١] .. اه.

لو كان المراد من رضاء البايع بالرد أن يتحقق التفاسخ والتقايل بينهما، فهذا كان واضحاً من أن لهما التقايل. وأما لو كان المراد أن رضاء البايع يوجب لحدوث الخيار للمشتري بحيث يفسخ بنفسه فنقول: المفروض أن خيار المشتري سقط أولاً، فتأثير رضاء البايع في عوده يحتاج إلى دليل.

[المراد بالأرش الذي يغرمه المشتري]

قوله: إن المراد بالأرش[٢] .. اه.

أقول: الأرش الذي يأخذه المشتري مقدار التفاوت بين الصحيح والمعيب بالنسبة إلى الثمن بأن يقوّم معيباً ويقوّم على فرض الصحة وتلاحظ النسبة بينهما ويؤخذ بتلك النسبة من الثمن أو مثله.

وأما الأرش الذي يأخذه البايع بأن يقوّم صحيحاً ويقوّم معيباً ويؤخذ مقدار التفاوت بين القسمتين.

ووجه التفاوت بين الأرشين ما أشار إليه في المتن.

[مطالبة الأرش لو وجد المبيع معيوباً]

قوله: ثمّ إن صريح المبسوط[٣] **أنه لو رضي البايع بأخذه معيوباً، لم يجز / ١٦٥ / مطالبة الأرش** .. اه.

أقول: لو كان المراد أرش البايع من المشتري بعد رد العين، فلا دخل له بما

---

١) كتاب المكاسب ٣٠٧/٥، لو رضي البايع بردّه مجبوراً بالأرش.

٢) كتاب المكاسب ٣٠٧/٥، المراد بالأرش الذي يغرمه المشتري عند الرد.

٣) المبسوط ١٣٢/٢، حكم المبيع لو وجده به عيب.

تقدم من أن الأرش مشروط باليأس من الرد. وأما لو كان المراد أرش المشتري من البايع بأن يأبى المشتري من الرد ويريد أن يأاخذ الأرش، مع أن البايع يريد الرد، فيكون من أمثلة ما تقدم من القول بأن أخذ الأرش مشروط باليأس من الرد.

قوله: وينافيه إطلاق الأخبار بأخذ الأرش.

أقول: الأولى أن يقول: وينافي ذلك إطلاق «على اليد».. إلخ لما تقدم منه أن الدليل على أرش المعيب الحادث هو اليد. ومنه اختلف المراد من أن الأرش، العيب السابق أو العيب الحادث؛ فتدّبر.

فإن مراده هنا أرش العيب الحادث، فإنه الذي يكون للبايع حيث [ردّ] إليه المبيع معيباً بعد فسخ المشتري بالمعيب السابق.

ومن هنا ظهر إشكال آخر عليه، وهو: أن ما تقدم نقله عن الشيخ من أن الأرش مشروط باليأس من الردّ، إنما هو في الرد والأرش اللذين كانا للمشتري بالعيب السابق مع أن ما نقله هنا عن المبسوط في الأرش والمعيب اللذين كانا للبايع بالعيب الحادث، بعد رد العين إليه معيباً.

ثمّ إن الحق أن رضاء البايع برد العين إليه معيباً لا يوجب سقوط الأرش عن المشتري ولو لم يطالبه عن المشتري أيضاً، فضلاً من أن يطالبه منه، لوضوح أن الرضى بعدم الأرش لا يوجب سقوط الأرش عن ذمّة المشتري ما لم يبرءه، كسائر الديون حيث إن الأرش أيضاً دين يثبت عليه بقاعدة اليد وغيرها.

في بعض فروع القول بأن الأرش مشروط باليأس من الرد

قوله: فالمعروف أنه لا يجوز التبعيض فيه من حيث الرد.. اه.

أقول: في صورة كان جزء المبيع معيباً، كذا وكان نصفه معيباً. والمراد نصفه

المعيّن، لا المشاع؛ إذ لا يتصور كون خصوص الجزء المشاع معيباً كما يلوح من عبارة المصنف. فنقول: إن المشهور أن للمشتري رد المجموع أو الأرش وأنه ليس له ردّ خصوص الجزء المعيب. ومقابل هذا القول أن للمشتري رد خصوص الجزء المعيب أيضاً كما كان له ردّ المجموع.

نعم، لو ردّ خصوص الجزء، فيكون للبايع رد الجزء الآخر لتبعّض الصفقة عليه نظير ما إذا كان بعض الصفقه حيواناً، فردّه المشتري بخيار الثلاثة. ونظير أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقة، لكن المشهور يقولون: إن مقتضىٰ القاعدة أن لا يكون للمشتري رد خصوص الجزء المعيب وأن ما ثبت في المثالين يكون / ١٦٦ / على خلاف القاعدة.

ثم إنه استدل على أن مقتضىٰ القاعدة أن لا يكون للمشتري رد خصوص الجزء المعيب من وجوه:

الأول ما ذكره المصنف (ره) من أن مرسلة جميل الدالّة على أن خياطة الثوب وصبغه مانع عن الرد، يكون الوجه فيه: أن الرد يوجب الشركة. وهذا المحظور موجود في رد جزء المبيع فيما نحن فيه.

والشاهد على أن وجه المنع من الرد في المرسلة هو الشركة: أن تغير المبيع بما يوجب الزيادة كالسمن، لم يمنع من الرد قطعاً، فلابدّ أن يكون وجه المنع من الرد في المثالين أن الصبغ والخياطه ملك للمشتري، فالرد يوجب الشركة.

أقول: لا نصّ على أن العلة هو الشركة ولا مانع أن يكون العلة تغير الهيأة وإن منعه المصنف، مع أنه فرّق بين حصول الشركة مع مال خارجي أو مع جزء من المبيع؛ هذا كلّه أولاً.

وثانياً: أن مقتضىٰ المرسلة أنه إذا كان المبيع قائماً بعينه، فيجوز ردّه وفي مفروض الكلام يكون المبيع قائماً بعينه كما اعترف به المصنف (ره) في آخر كلامه.

الثاني أن رد جزء المبيع يوجب لحصول الشركة فيه بين البايع والمشتري، وهو ضرر على البايع.

وناقش عليه / ١٦٧ / في الجواهر بأنه يمكن جبر ضرر البايع بتسلّطه على الفسخ في الجزء الآخر من المبيع بخيار تبعّض الصفقة.

وأجاب عنه المصنف (ره) بأن ثبوت الخيار للبايع بفسخ البيع في الجزء الآخر يوجب الضرر على المشتري؛ إذ قد يتعلق غرضه بإمساك الجزء الصحيح.

أقول: يرد على المصنف (ره) الضرر الذي يرد على المشتري لو كان مانعاً من خيار تبعض الصفقة، فلابدّ من أن يمنع عنه مطلقاً مع أنه لا يقول به. والسرّ أن مجرد تعلق الغرض بإمساك المبيع لا يعدّ ضرراً، كما تقدم في خيار الغبن في رد المصنف (ره) مع أنه لو قلنا بثبوت الخيار للمشتري، فنقول: لم يحصل للبايع ملكية مستقرة حتى يعدّ رفعه ضرراً عليه؛ كيف، وعلى ما ذكره يترتب مفاسد كثيرة.

ويرد على الجواهر أنه بعد الإعتراف بأن الشركة في المبيع نقص ويعدّ ضرراً، نقول:

أولاً إن الخيار للمشتري في جزء المبيع يرتفع بالضرر، ولا يرد الضرر على المشتري لما تقدم من أن ورود الضرر عليه برفع الخيار والأرش معاً، وفي المقام يكون له الأرش، بل الخيار أيضاً بردّ تمام المبيع.

وثانياً إن جبر ضرر البايع بثبوت الخيار له مبني على ثبوت الحكم الضرري أولاً ليحتاج إلى جبره، وقاعدة الضرر تمنع من ثبوت الحكم الضرري أولاً، كما أوضحنا المسألة في قاعدة الضرر وخيار الغبن.

ومنه / ١٦٨ / قلنا: إن قاعدة الضرر لا يثبت به الأرش؛ لأنه مبني على ثبوت الحكم الضرري أولاً؛ فراجع.

الثالث ما ذكره في الجواهر[1] من ظهور الأدلة في تعلق حق الخيار بالمجموع من المبيع، لا في كل جزء منه، [و]لا أقل من الشك؛ ضرورة عدم إطلاق يشمل الفرض.

وعلى هذا نقول: إن مقتضىٰ الأصل أن لا يكون الخيار في رد جزء المبيع، لأن الأصل اللزوم فى غير ما يثبت.

وناقش عليه المصنف (ره) بما ليس بمناقشة حقيقةً، حيث يعترف بظهور النصوص الواردة في رد البيع في رد تمام ما وقع عليه العقد، إلا أنه تارة يقول بأن مورد الأخبار لمّا كان المبيع الواحد العرفي المتصف بالعيب، فلا يدل على حكم ما لو انضمّ المعيب إلى غيره، بل قد يدل في هذه الفرض على اختصاص الخيار بخصوص ما هو متصف بالعيب.

وفيه: أن المفروض أنه ليس لنا مثل هذه الأخبار، فالإستظهار فرضي.

هذا، مع أن قوله عليه السلام في الصحيح «أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب»[2].. إلخ، إطلاقه يشمل ما لو كان العيب في بعض من المبيع مع أنه ظاهر في أن للمشتري رد تمام المبيع مطلقاً ولا يدل على أن له رد البعض.

وتارة بأن محل الإشكال في أن محل الخيار الجزء المعيوب وأنه يجوز رد الجزء الصحيح أيضاً معه بأحد الوجوه التي أشار اليها في المتن أو أن محل الخيار مجموع ما وقع عليه العقد ولو لأجل جزئه المعيب.

وفيه: أن المفروض أن الأخبار / ١٦٩ / ظاهرة في رد تمام ما وقع عليه العقد، فليس لنا طريق إلى استظهار الإحتمال الأول لنقول: إنه يكون له رد خصوص الجزء المعيب أيضاً، مع أنك قد عرفت أن مقتضىٰ الأصل عدم تأثير الفسخ بالنسبة

---

١) جواهر الكلام ٢٤٨/٢٣، إذا ابتاع شيئين صفقة ثم علم بعيب في أحدهما لم يجز رد المعيب منفرداً.

٢) الكافي ٢٠٧/٥، باب الرجل يبيع البيع ثمّ يوجد فيه عيب، ح ٣.

إلى خصوص الجزء المعيب؛ فتدبّر جيّداً.

ثم لا يخفىٰ أن المصنف (ره) أيضاً عمدة اتكاله على هذا الأصل الذي نقله عن الجواهر حيث يقول في آخر كلامه.

وبالجملة، فالأصل كافٍ في المسألة.

قوله: ثمّ إن مقتضىٰ ما ذكروه من إلحاق تبعّض[1] .. اه.

أقول: تقدم في نفس العيب الحادث الذي كان مانعاً من الرد أن مجرد رضاء البايع بالعيب لا يوجب الخيار للمشتري.

نعم، يكون لهما التقايل.

وما نقل عن التذكرة[2] في مقام التعليل بحدوث الخيار للمشتري برضاء البايع من أن الحق لا يعدوهما، ففيه: أنه ليس لنا لفظ الحق ليقال: إنه لو رضي بذهاب حقه ولا يطالبه أو أنه أسقطه، بل قد عرفت أن مقتضىٰ الأصل وقاعدة الضرر عدم الخيار في جزء المبيع.

ومن العجب أن المصنف (ره) في إثبات عدم الخيار إتكل بالأصل ومع ذلك يرضى بما نقله.

في تصحيح كلام الجواهر في تمسكه بأصالة اللزوم لإثبات عدم الخيار للمشتري في رد جزء المبيع وأن رضايته لا ينفع

قوله: وأما الثاني: وهو تعدد المشتري[3] .. اه.

---

١) كتاب المكاسب ٣١٢/٥، العمدة في المسألة.

٢) تذكرة الفقهاء ١٧١/١١، حكم ما لو اشترى عبدين من رجل صفقة فوجد بأحدهما عيباً.

٣) كتاب المكاسب ٣١٢/٥، تعدد المشتري.

أقول: نسب إلى المشهور أنه مع تعدد المشتري في بيع واحد لا يجوز انفراد أحدهما برد ما نقل إليه إما في صورة كان البايع جاهلاً بكون المشتري متعدداً أو الأعمّ منه ومن صورة علمه بذلك، لكن على التقديرين إذا كان القبول من أحد المشتريين أو الأعمّ منه ومما لو كان القبول منهما.

/ ١٧٠ / ثمّ على القول بأنه يكون لأحدهما الرد في سهم لو اشترى واحد. ثم ادعى أنه كان له شريك حتى يرد في النصف، فالظاهر عدم قبول قوله، كما تعرّضنا نظير المسألة في بحث بيع الفضولي، إلا أنه ليس غرضنا بيان هذه الشبهة المصداقية، كما أنه ليس غرضنا هنا في استخراج بعض أقوال أصل المسألة من كلمات العلماء كما تصدى المصنف لذلك، وإنما الغرض هنا بيان حكم شقوق أصل المسألة بحسب القواعد.

في أنه لو تعدد المشتري في بيع واحد فليس لأحدهما الإنفراد بالرد في خصوص سهمه وأنه لهما الرد في المجموع

فنقول: إنك عرفت أن رد الجزء في المسألة السابقة كان الدليل على عدم الخيار فيه للمشتري قاعدة الضرر والأصل.

أما الأول فجارٍ هنا أيضاً، حيث إن الرد لأحدهما يوجب الشركة للبايع وهو نقص وضرر عليه كما تقدم، ولو عورض ذلك بضرر المشتري بالصبر على العيب. فتقدم أن للمشتري كان الأرش والرد معاً، وكل واحد منهما كان رافعاً لضرره إلى غير ذلك؛ فراجع.

ثم جريان قاعدة الضرر مع جهل البايع بتعدد المشتري لا إشكال فيه.

وأما مع علمه بذلك فقد يقال: إن البايع أخرج العبد إليهما مشقصاً. فالشركة حصلت بإيجابه لا من خيار المشتري، فلا مانع في الخيار لكل منفرداً.

وأورد المصنف (ره) على ذلك بأنه أخرجه غير مبعض وإنما تبعض بالإخراج. ونحن نقول: إن ضرر الشركة لم يكن قبل المبيع ثابتاً على البايع وبالبيع لم يقدم على ورود هذا الضرر عليه، فلا مانع من رفعه بقاعدة الضرر.

فظهر أنه لا فرق بين جهل البايع بتعدد المشتري / ١٧١ / وبين علمه بذلك؛ وأيضاً وبين علمه بذلك.

وكذلك لا يخفىٰ أن جريان قاعدة الضرر لإثبات عدم جواز انفراد أحدهما بالرد لا إشكال فيه في صورة كان قبول من أحدهما. وأما لو كان القبول منهما فكذلك على التحقيق من أنه لا يوجب تعدد العقد.

وأما على القول بأن ذلك يوجب تعدد العقد ـ كما يظهر من بعض العبارات التي نقلها المصنف (ره) ـ، فنقول: يلوح من المصنف أنه على هذا أيضاً ليس لكل منها الإنفراد بالرد. ولعله لورود ضرر الشركة على البايع.

ولعلنا نتكلم فيه بعد ذلك ـ إن شاء الله ـ.

في أن لو تعدد المشتري في بيع واحد، فليس لأحدهما الإنفراد بالرد في خصوص سهمه وأن لهما الرد في المجموع

وأما الثاني أعني أصالة اللزوم بعد منع شمول أدلّة الخيار لإثبات الخيار لكل منهما منفرداً، بل يكون خيار رد كل المبيع بينهما، فلا يكون لإحدهما الإنفراد بالفسخ في الكلّ فضلاً عن الجزء الذي لم يكن الخيار فيه لهما معاً أيضاً.

نعم، لو قلنا على خلاف التحقيق من أنه يتعدّد العقد بتعدد القبول كما تقدم، فحينئذٍ يكون مقتضىٰ أدلّة خيار العيب ثبوت الخيار لكل واحد منهما، فتقع المعارضة بين أدلّة الخيار وما تقدم من أن مقتضىٰ قاعدة الضرر يقتضي عدم انفراد أحدهما بالفسخ لضرر الشركة ومقتضىٰ القاعدة تقدم قاعدة الضرر.

ولعله من هنا التزم المصنف (ره) بعدم جواز انفراد أحدهما / ١٧٢ / بالفسخ ولو قلنا: إن تعدد القبول يوجب تعدد العقد، إلا أني لا أظنّ أن يلتزم أحد بعدم ثبوت الخيار لكل منهما لو تعدد العقد حقيقةً.

والفرق أنه في صورة تعدد العقد حقيقة يكون التبعيض بين أجزاء المبيع من البايع بخلاف المقام، فإنه لم يخرجه عن ملكه مبعّضاً، وإنما تبعّض بالاخراج عن ملكه كما قاله المصنف.

إن قلت: ما الفرق بين أن يكون التبعض بالإخراج عن ملكه وبين أن يكون التبعيض من البايع في الإخراج عن ملكه.

قلت: لعلّ الفرق من جهة نصوصية أدلّة خيار العيب في الثاني، فيقدم على قاعدة الضرر أو من جهة منع الضرر في الثاني كما يستفاد من المصنف؛ لأن الضرر على البايع بأن لا يدخل المبيع في ملكه كما كان قبل الخروج عن ملكه. فإذا كان الخارج عن ملكه أولاً نفس البعض، فهو دخل في ملكه بعينه. وهذا بخلاف ما لو كان حصول التبعض بالإخراج عن ملكه ولم يخرجه مبعّضاً. فإنه على هذا بفسخ أحدهما لم يصل المبيع إلى البايع كما كان قبل الخروج عن ملكه.

قوله: وأما الثالث وهو تعدد البايع فالظاهر[1] .. اه.

أقول: قاعدة الضرر غير جارية هنا؛ لأن ضرر الشركة هنا كان ثابتاً على كل واحد من البايعين من أول الأمر. وأما الأصل، فلا مانع من جريانه في المقام، لكنه موقوف على عدم اقتضاء أدلّة الخيار لثبوت الخيار في فسخ العقد بالنسبة إلى مال كلّ واحد منهما، وعدم اقتضاء أدلة الخيار لذلك موقوف على عدم صدق تعدد العقد، كما تقدم وجهه.

---

١) كتاب المكاسب ٣١٦/٥، تعدد البايع.

في دعوى أنه في الربويات يسقط الأرش دون الرد وأن مقتضى التحقيق عدم سقوط الأرش هنا

قوله: مسألة: يسقط الأرش دون الرد في موضعين: أحدهما إذا اشترى ربوياً[1] .. اه.

أقول: إذا اشترى منّاً من الحنطة بمنٍّ من الحنطة، فظهر كون المبيع معيباً دون الثمن، فهنا على القول بأن أخذ الأرش على طبق القاعدة ولو لم يرد عليه نصّ ـ وإن كان هذا خلاف التحقيق، كما تقدم في أول المسألة ـ نقول: إن كون الأرش على طبق القاعدة بأن نقول: إن الثمن يوزّع على أجزاء المبيع وعلى وصف الصحة المفقودة أيضاً فيبطل البيع بالنسبة إليه / ١٧٣ / نظير بيع ما يملك وما لا يملك.

فما يقابل من الثمن لوصف الصحة يكون باقياً على ملك المشتري ـ كما تقدّم تفصيله ـ.

وعلى هذا نقول: مقتضىٰ بطلان البيع الربوي أن يصير هذا البيع باطلاً من أول الأمر، لا أنه ليس للمشتري أخذ الأرش، وذلك لأنه إذا صار جزءً من الثمن في مقابل وصف الصحة فيصير ما بقي من الثمن في مقابل عين المبيع المعيب، فيصير المبيع أزيد بحسب الوزن، فيبطل البيع؛ لأن المعيب والصحيح جنس واحد، فلابدّ أن يكون مثلاً بمثل حتى لا يلزم الربا.

وأما ما ذكره المصنف (ره) من صيرورة وصف الصحة مقابلاً لشيء آخر من غير الثمن على ذمّة البايع، فليس الإيراد عليه ما ذكره من أنه يلزم من ذلك ثبوت شيء على ذمّة البايع ولو لم يختر المشتري الأرش، وهو خلاف الإجماع.

بل الإيراد على ذلك هو أنه ليس لنا قاعدة تقتضي صيرورة وصف الصحة

---

١) كتاب المكاسب ٣١٧/٥، مسألة: مسقطات الأرش دون الرد.

مقابلاً لشيء على ذمة البايع، مع أنه لو كان مقتضى القاعدة ذلك فيصير بالنسبة إلى وصف الصحة من قبيل بيع الشيء المعدوم، فيبطل، فيقتضي عدم ثبوت شيء على ذمّة البايع.

وعدم جواز أخذ الأرش أيضاً للمشتري؛ لأن تمام المعيب وقع في مقابل تمام الثمن على الفرض، ولا يلزم الربا على هذا / ١٧٤ / الفرض، وليس للمشتري أخذ الأرش أيضاً، بل وصف الصحة في المبيع المعيب ـ كما هو ظاهر كلام المصنف (ره) ـ لو وقع في مقابل شيء على ذمّة البايع لزم كون العوض والمعوّض من شخص.

نعم، لو كان المراد أن وصف الصحة التي تكون موجودة في الثمن يقع في مقابل شيء على ذمّة البايع، فيكون إشكاله أقلّ من سابقه؛ فتدبّر.

وأما لو قلنا: إن أخذ الأرش يكون على خلاف القاعدة، وإنما يثبت تعبّداً من الشرع ـ كما هو التحقيق ـ وذلك بأن نقول: كما تقدم من أن وصف الصحة كسائر الأوصاف الكمالية في أنه لا يقابل بالأعراض وأن تمام الثمن الصحيح وقع في مقابل تمام المبيع المعيب وإنما حكم الشارع بالأرش من باب الغرامة على البايع لكون ماله معيباً، فحينئذٍ ليس في نفس المعاملة ربا ولا في أخذ الأرش، لأنه خارج عن المعاملة وغرامة مستقلة، إلّا أن المصنف (ره) تصدى لإثبات أن أخذ الأرش يوجب الربا بمقدمتين:

أحدهما أنه بعد حرمة المعاوضة إلا مثلاً بمثل في الجنس الواحد وبعد أن الصحيح والمعيب جنس واحد فيصير وصف الصحة في الربويات كالمعدوم.

وثانيهما أن الأرش عند العرف عوض وصف الصحة، يعني أن مقتضىٰ أدلّة حرمة الربا أن لا يؤخذ في مقابل وصف الصحة هنا شيء، والمفروض أنه يأخذ في مقابله الأرش في نظر العرف والشرع.

أقول: لا نرى وجهاً لكون أخذ الأرش واختياره للمشتري موجباً للربا؛ لأنه لو

قلنا ـ كما رجّحه في التذكرة ـ من أن المماثلة / ١٧٥ / شرط في ابتداء العقد، ففي المقام لم يكن في ابتداء العقد غير المماثلة، حيث إن اختيار الأرش بعد العقد وظهور العيب ولم يعيّن الأرش أولاً، بل كان له الرد أيضاً كما انّه:

لو قلنا: إن الأرش يكون غرامة ـ كما هو التحقيق ـ، فلا دخل له بالمعاوضة، والربا ليس في غير المعاوضة.

ولو قلنا: إن الأرش في مقابل وصف الصحة ـ كما رجّحه المصنف ـ، فنقول: إن الربا هو الزيادة في مقابل العين، لا في مقابل وصف الصحة.

ولو قلت: إن المستفاد من أدلّة الربا أن لا يؤخذ في مقابل وصف الصحة شيء، فلا نرى فيها ما يدلّ على ذلك، وبعد جواز أخذ الأرش لا فرق بين أن يكون من جنس الثمن أو غيره أيضاً.

قوله: الثاني ما لو لم يوجب العيب نقصاً[1] .. اه.

أقول: قد تقدم أن الأرش أخذ مقدار / ١٧٦ / التفاوت بين قيمة الصحيح والمعيب بالنسبة إلى الثمن أو مثله كما تقدم شرحه. وعلى هذا فلا يعقل الأرش في صورة لم يكن قيمة المعيب أنقص من قيمة الصحيح.

وإذا عرفت هذا فنقول: لو قلنا ـ كما سيأتي إن شاء الله ـ: إن المعيب ما نقصت قيمته عن قيمة الصحيح، فحينئذٍ لا يتصور أن لا تكون قيمة المعيب أنقص من قيمة الصحيح حتى يقال: هنا لا يمكن الأرش، فيعين الرد.

وأما لو قلنا: إن المعيب عبارة عما نقص عن مقتضىٰ الخلقة الأصلية، فحينئذٍ يمكن أن يوجد معيب لا تكون قيمته أنقص من الصحيح كما في الجارية التي لم يكن شعر على ركبتها بعد فرض أن الناس يبذلون الثمن التام بإزائها على النحو المتعارف.

---

١) كتاب المكاسب ٣١٨/٥، ما لو لم يوجب العيب نقصاً في القيمة.

وكما في الشخصي الذي تكون قيمته أعلى من غيره، فالمشهور أنـه لا أرش هنا، بل في الجواهر[1]: احتمل بعض متأخري المتأخرين عدم الرد أيـضاً هـنا؛ للأصل وظهور نصوص الرد في العيب المنقّص للقيمة لا ما زاد فيها.

ثم في الجواهر بعد المناقشة على ذلك بما عن ظاهر التذكرة وجامع المقاصد من الإجماع على ثبوت الخيار بالعيب الغير المنقّص للقيمة، بل هو مقتضىٰ ما رواه ابن مسلم لأبي ليلى في الشعر على الركب، يقول: بل قد يظهر من إطلاق الفتاوى أن العيب ما زاد عن الخلقة الأصلية أو نقص وأن فيه الرد والأرش، فيقول [بـ]ثبوت الأرش هنا أيضاً، فضلاً عن الرد.

أقول: بعد تسليم أن العيب معناه ذلك لا ينبغي التأمل في عدم شمول إطلاق الفتاوى والنصوص لثبوت الأرش في العيب الغير المنقّص للقيمة، كيف ويـتوقف الشمول على ارتكاب تمحّل في معنى الأرش حتى يمكن تصوّره هنا، بل لايمكن تصوّره بطريق التمحّل أيضاً في بعض الموارد.

نعم، ربما يناقش في خصوص الخصي، أما في الأعم من الآدمي لدعوى أن الإخصاء الموجب للمنفعة محرم.

وفي الجواهر تصدى لنقل هذا الإشكال فقال: إن الفعل الموجب لهذه المنفعة محرم.

ثمّ ناقش عليه الجواهر بأن حرمة الفعل في الآدمى بل وفي غيره ـ كما عـن نهاية الأحكام نسبته إلى علمائنا ـ لا تنافي زيادة المال من جهته، مع أنه ربما لا يكون البايع فاعلاً له، بل قيل: إن المصرّح بجوازه في غير الآدمي كثيرون، خلافاً للقاضي والتقي خاصة، فلم يجوّزاه.

ونقول: لا ينبغي التأمل في أن الإخصاء في الحيوان المملوك الغير الآدمي لا إشكال [فيه]، كما لا يخفىٰ عن من راجع الأخبار الواردة وكلمات العلماء في هذا

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٢٤٣، جواز الرد لو كان العيب الحادث قبل القبض.

المقام. وقد نقلها في البحار في أواخر مجلّد السماء والعالم.

وأما في خصوص الآدمي من جهة أن المنفعة المترتبة عليه من قبيل الأغراض الفاسدة، والمصنف تصدى لنقل هذا الإشكال، **وحاصله**: أن ما يترتب على الخصاء من المنفعة إنما يوجب زيادة القيمة / ١٧٧ / عند بعض الناس، كالحكّام والسلاطين لأغراض فاسدة. وردّ بأنه يكفي في زيادة القيمة كثرة بذل الثمن بإزائه عند أهله إما من جهة أغراض أنفسهم أو من جهة بيعه على من له غرض فيه، وصحة الغرض وفساده لا يضرّ بماليته بعد أن له منفعة محلّلة، بل وأغراض صحيحة أيضاً.

ثمّ لا يخفىٰ أن من يناقش في هذا المثال فيقول هنا أيضاً: ثبوت الأرش وطريق تأريشه حينئذٍ إلغاء ما يترتب على الخصاء من المنفعة، ثمّ تقويمه فحلاً صالحاً للنسل ولما يقدر عليه الفحول من الأشغال. ولا ريب في حصول النقص حينئذٍ لو لم يكن الخصي حيواناً يراد لحمه وكان الخصاء موجباً لكثرة لحمه وشحمه.

في بيان الصور التي لا يكون المعيب أنقص قيمة من الصحيح، فلا يتصور الأرش هنا؛ نعم قد يدعىٰ أن المعيب ما نقصت ماليته

قوله: أحدهما: العلم بالعيب قبل العقد[1] .. اه.

أقول: لو كان مدرك ثبوت خيار الرد والأرش في بيع المعيب قاعدة الضرر فلا تجري مع علم المشتري بالعيب قبل العقد؛ لأنه مع العلم يقدم على الضرر، وتقدم أن قاعدة الضرر لا يرفع ضرراً يقدم الشخص عليه.

وأما لو كان مدرك هذا الخيار الأخبار، فنقول: إن الأخبار بين ما يكون بصدد

---

١) كتاب المكاسب ٣٢٠/٥، العلم بالعيب قبل العقد.

بيان أحكام هذا الخيار وليس بصدد بيان نفس هذا الخيار، فمن جهة نفس هـذا الخيار يكون إطلاقها وارداً مورد حكم آخر، فلا يتمسك بإطلاقها لإثـبات هـذا الخيار / ١٧٨ / في الصور المشكوكة وبين أن يكون منصرفاً إلى صورة عدم علم المشتري بذلك العيب أولاً أو أنه المتيقن من مساق الكلام، فلا تجري مـقدمات الحكمة لإثبات الإطلاق لغيره.

وإذا لم يتمّ دليل على ثبوت هذا الخيار، فنقول: قد تقدم أن مقتضىٰ الأصـل اللزوم وعدم الأرش إلا أن يقال: إنه قد يستصحب الخيار الثابت للحيوان أو غيره كما تقدم في نظائر المقام، فلابدّ أن يثبت بدليل أن خيار العيب ليس فـي هـذه الصورة، والظاهر أن عدم خيار العيب مع علم المشتري بالعيب قبل العقد مسلّم، ولا إشكال فيه أيضاً، بل يحصل القطع به من سيرة المتشرّعة واتفاق الفقهاء.

وأما التمسك له بمفهوم صحيحة زرارة في الرياض[1]، قال المصنف (ره): إنه محل النظر.

وتوضيح المقام يتوقف على نقل الصحيحة هنا، فنقول: في مفتاح الكـرامـة: روى الشيخ (ره) عن الحسين، عن فضالة، عن موسى بن بكر، عن زرارة، وفي الرياض: أنه ضعيف بموسى بن بكر، ولكن ضعفه مجبور بعمل الأصحاب.

وفي مفتاح الكرامة بعد الإعتراف بالمجبورية أنه: إما صحيح لمكان فضالة أو حسن قوي معتبر.

أقول: ذكرنا في محلّه أن الإجماع الذي يكون في أصـحاب [الإجـماع] لا يقتضي بأزيد من وثاقة أصحاب الإجماع، فكون فضالة في السند لا يقتضي كون الخبر صحيحاً.

نعم، ما قيل في موسى بن بكر في كتب الرجال يوجب وثاقته وإن كان واقفياً، وهو كافٍ في اعتبار السند، مضافاً إلى أن هذا الخبر مجبور.

---

١) رياض المسائل ٢٥٩/٨، مسقطات الرد بالعيب.

عن أبي جعفر عليه السلام في هذه الصحيحة: «أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار ولم يتبرء إليه ولم ينبّه، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً وعلم بذلك العوار وبذلك العيب، فإنه يمضى عليه البيع ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»[1].

ونحن نقول: قد أثبتنا في مفهوم الشرط أن كل قيد أخذ في الشرط يعتبر ذلك القيد / ١٧٩ / في المفهوم، فلا يدل على انتفاء الجزاء إلّا عند انتفاء ذلك القيد أيضاً. وفي المقام أخذ عدم التبري من العيوب وعدم تنبيه المشتري بالعيب من قيود الشرط.

فحينئذٍ لو فرضنا أن الجزاء للقضية الشرطية في المقام هو أن للمشتري الخيار وأنه مقدّر، فيدلّ بالمفهوم على أنه عند علم المشتري بالعيب ليس له الخيار. وعلى هذا فلابدّ من أن يقال: إن قوله «فأحدث».. اه قضية شرطية أخرىٰ ذكرت بعد القضية الشرطية الأولى مع جوابه وإن القضية الشرطية الثانية تدلّ على أنه بعد تحقق الخيار للمشتري إذا أحدث بعد القبض شيئاً في المبيع، فذلك يوجب سقوط خيار الرد، دون الأرش.

هذا كلّه في تقريب المفهوم المدعى في المقام. ووجه الإشكال عليه أن الجزاء الأول الذي هو العمدة في المقام غير مذكور في الكلام، وإنما ذكر نفس الشرط الأول، ونفرّع عليه حدوث الشرط الثاني ثم ترتب ما هو جواب للشرط الثاني.

هذا، ولكنّا نقول: إنه يظهر من سياق الكلام أن ما ذكره في الشرط الأول بيان لموضوع ما فيه الخيار وإنه تفرع عليه بعده حكم أن إحداث الحدث / ١٨٠ / مسقط للرد دون الأرش، وكل قيد ذكر في مقام تجديد الموضوع أو تحديد شيء آخر يكون له المفهوم على ما حقّقناه في مفهوم الوصف.

ثم إنه مع عدم خيار العيب في هذا الفرض لو شرط المشتري لنفسه الخيار أراد

---

١) الكافي ٢٠٧/٥، باب الرجل يبيع البيع ثم يوجد فيه عيب، ح ٣.

مجرد الخيار، فيكون من خيار الشرط ولحقه أحكامه. ولو أراد خيار العيب فيدخل في الشرط المخالف للكتاب والسنة، وهو فاسد.

ومثل هذا الشرط الفاسد ليس مفسداً لنفس العقد على ما سيأتي في محله ـ إن شاء الله تعالى شأنه ـ، بل اندراج هذا الشرط في الشرط المخالف للكتاب والسنة أيضاً لابدّ من أن يعلم ممّا يأتي في محله ـ إن شاء الله ـ.

في أن التبري من العيوب مسقط للرد والأرش وأنه لا فرق بين التبري إجمالاً أو تفصيلاً

قوله: الثاني: تبرئ البايع عن العيوب[1] .. اه.

أقول: ما تقدم من التمسك بأصالة اللزوم بعد منع جريان أدلّة الخيار من الضرر والأخبار لإثبات الخيار يمكن إجراؤه هنا أيضاً كما أن القطع من الإجماع والسيرة وغير ذلك بسقوط الخيار مع فرض التبري من العيوب أيضاً جارٍ هنا. وكذا التمسك بمفهوم صحيحة زرارة جارٍ هنا.

هذا مضافاً إلى أن مكاتبة جعفر بن عيسى[2] كالتصريح في المدعى لو لم يناقش عليها من حيث السند، كما عن الأردبيلي[3] (ره).

---

١) كتاب المكاسب ٣٢٠/٥، التبري من العيوب.

٢) تهذيب الأحكام ٦٧/٧، باب ابتياع الحيوان، ح ٢٩، والرواية هي: الصفار عن محمد بن عيسى عن جعفر بن عيسى قال: كتبت إلى أبي الحسن ـ عليه السلام ـ: جعلت فداك! المتاع يباع فيمن يزيد فينادي عليه المنادي فإذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلا نقده الثمن فربما زهد، فإذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً وأنه لم يعلم بها فيقول له المنادي: قد برئت منها، فيقول له المشتري: لم أسمع البراءة منها، أيصدق فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب ـ عليه السلام ـ: عليه الثمن.

٣) مجمع الفائدة والبرهان ٤٣٧/٨، حكم ما لو ادعى البايع البراءة من العيوب.

ومضافاً إلى قوله عليه السلام «**المؤمنون عند شروطهم**»[1] على ما سيوضح ـ إن شاء الله ـ، فلا إشكال في كون التبري من العيوب في ضمن العقد في الجملة من المسقطات.

[فروع]

إنما الكلام في بعض فروع هذه المسألة:

/ ١٨١ / **منها** أن التبري من العيوب إجمالاً يكفي في المسقطية أم لابدّ من التبري منها تفصيلاً بذكر كل عيب ولو ما كان موجوداً فيه؟ المشهور على الأول.

والوجوه المذكورة في أصل المسألة سوى الإجماع يقتضي قول المشهور.

مثلاً في صحيحة زرارة نقول: لا مانع من التمسك بمفهوم القيد الوارد فيه في مقام بيان موضوع الخيار، فان إطلاقه يشمل المقام، لاسيّما أن المتعارف في مقام التبري من العيوب هو التبري عنها إجمالاً.

ومنها التبري من العيوب التي توجد في المبيع بعد العقد مما كان حدوثها بعد العقد سبباً للخيار، مثل ما يحدث فيه قبل القبض مثلاً بناءً على أنه موجب لحدوث الخيار للمشتري كالعيب الذي كان قبل العقد كما تقدم تفصيل الكلام فيه في المسقط الرابع لمسقطات الرد فقط.

وهنا نقول: ليس الكلام في أن التبري من العيوب يشمل لما يحدث من العيب بعد العقد، وإنما الكلام في أنه لو صرح بالتبري من العيوب التي يحدث بعد العقد، فذلك يقتضي لأن لا يوجب العيب الحادث للخيار أم لا. وهنا نقول: إن الوجوه التي ذكرت في أصل المسألة لا يأتي شيء منها هنا بعد فرض وجود الدليل على أن العيب الحادث أيضاً / ١٨٢ / موجب للخيار سوى قوله عليه السلام: «**المؤمنون عند**

---

١) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسرى، ح ٤.

شروطهم».

نعم، يجوز أن يقال هنا أيضاً: إن ما دل على أن العيب الحادث بعد العقد موجب للخيار، منحصر بالإجماع ـ كما تقدم ـ، ولا يأتي في صورة تبرئ من العيوب التي يحدث بعد العقد.

ثمّ إن هنا إشكالين:

أحدهما يختص بالتبري عن العيوب التي يتجدّد بعد العقد، وثانيهما يختص بالتبري من العيوب التي يكون فيه حال العقد؛ والمصنف خلط بينهما:

أما الأول فهو أن التبري من العيب الحادث براءة مما لم يجب ولم يثبت بعد؛ وإرجاع ذلك إلى التبري من الخيار الذي يثبت من العيب الحادث كما في الجواهر[1] حيث قال: إن التبري من الخيار الثابت بسبب العيوب الحادثة بمقتضى العقد، فليس براءة مما لم يجب.

وفي التذكرة[2]: إنما التبري من الخيار الثابت بمقتضى العقد، لا من العيب.

تبعاً لما عن التذكرة، لا يرفع الإشكال ـ كما ذكره المصنف ـ، لأن المفروض أن الخيار لا يثبت بنفس العقد، بل بنفس العيب الحادث. فإسناد البراءة إلى الخيار أيضاً لا يرفع الإشكال، وإن كان هذا الكلام من المصنف منافياً لما قاله سابقاً في خيار الرؤية وغيره.

ونحن نقول: تقدّم هنا سابقاً أن إسقاط ما لم يجب ليس بصحيح إلّا أن البراءة من العيب الحادث بقوله «أنا بريء من العيب الحادث» ليس إسقاطاً لشيء وانما هو بمثل اشتراط نفي الخيار في العقد أو إثباته فيه. وتقدم في مسألة / ١٨٣ / خيار الرؤية وغيره أنه لا مانع في اشتراط مثل هذا في العقد وأن مرجعه إلى الإلتزام بالآثار.

---

١) جواهر الكلام ٢٣٨/٢٣، سقوط الرد بالتبري من العيوب.

٢) تذكرة الفقهاء ٩٠/١١، حكم ما لو شرط البراءة عن العيوب الكائنة والتي تحدث.

وعلى ما ذكرناه ليس تنافٍ بين كلامي العلامة حيث حكى المصنف (ره) أنه قال في المقام بعدم جواز إسقاط خيار الرؤية بعد العقد وقبل الرؤية. وفي التذكرة قال بجواز اشتراط نفي خيار الرؤية في العقد، وقد تقدم التفصيل هنا.

هذا، مع أنه لاقتضاء التبري من العيب الحادث بعد العقد لعدم حدوث الخيار، كان لنا مدرك آخر غير ما دل على وجوب الوفاء بالشرط، وهو ما تقدم من عدم إجماع على كون العيب الحادث في مثل الفرض موجباً للخيار بعد أن الدليل على كونه موجباً للخيار كان منحصراً به.

في أن التبري من العيب الحادث يمنع من اقتضائه الخيار وأن هذا التبري ليس من قبيل الإسقاط مما لم يجب

وأما الثاني فهو أن التبري من العيوب الموجودة في المبيع حال العقد يوجب لأن يصير أصل البيع غررياً حيث إن رفع الغرر مع احتمال كون المبيع معيوباً إنما هو للإتكال على أصالة السلامة التي كانت أمارة عند العقلاء على كون المبيع صحيحاً، وبعد التبري من العيوب تسقط أصالة السلامة عن الإعتبار، فيصير البيع غررياً كما / ١٨٤ / تقدم شرح ذلك مفصلاً في مسألة خيار الرؤية.

ثم لا يخفى أنه على القول بأن حدوث خيار الرؤية يكون بعد الرؤية وبعد العقد، ففي اشتراط سقوط خيار الرؤية في ضمن العقد يكون الإشكال من الجهتين بخلاف مسألتنا؛ فإن أحد الإشكالين في البراءة من العيب الحادث كان هنا بعد العقد، وثانيهما في البراءة من العيب الموجود حال العقد. والمصنف (ره) لم يوضّح محلّ كل من الإشكالين في المقامين؛ فافهم.

وعلى كل حال بالنسبة إلى البراءة من العيب الموجود حال العقد مقتضىٰ النص والإجماع أنه لا يوجب بطلان البيع من جهة لزوم الغرر، بل على فرض لزوم الغرر

بذلك لابدّ من أن يخصّص دليل الغرر بالنص والإجماع، إلا أنه تقدم في مسألة خيار الرؤية أن لزوم الغرر في البيع بالتبري من العيوب، منحصر بصورة كان غرض المشتري متعلقاً بشراء العين الصحيحة بالخصوص وصار قول البايع «أنا بريء من عيوب المبيع» موجباً لتزلزل المشتري في سلامة المبيع حيث لا بناء من العقلاء على الإتكال بأصالة السلامة في مثل / ١٨٥ / الفرض.

وعلى هذا لو قلنا: إن ما دلّ على صحة العقد مع التبرى من العيوب يشمل هذه الصورة، فحينئذٍ يقع التعارض بين دليل الغرر وما دل على صحة المبيع مع التبري من العيوب، فلابدّ من الرجوع إلى ذي المرجح منهما في مقام الجمع، إلّا أن الذي يهون الأمر أن ما ورد في التبري من العيوب من صحيح زرارة وغيره ليس له إطلاق بحيث يشمل مثل هذه الصورة.

هذا، ولكن يظهر من المصنف (ره) هنا ومما يذكره بُعيد ذلك قبل مسألة اختلاف المتبايعين أن التبري من العيوب لا يرفع اعتماد المشتري على أصالة السلامة. وعليه لا يلزم الغرر من جهة التبري من العيوب رأساً إلّا أن ما ذكره بإطلاقه محل الإشكال، حيث إنه ربما يظنّ المشتري من قول البايع «أنا بريء من عيوب المبيع» أن غرض البايع إخفاء العيب ورفع الخيار عن المشتري، وليس في مثله اتكال على أصالة السلامة.

فلو تعلق غرض المشتري إلى شراء العين الصحيحة في هذا الفرض، فيصير البيع غررياً، لكن تقدم أن ما دل على صحة البيع مع التبري من العيوب يشكل شموله لهذا الفرض، / ١٨٦ / فيشكل صحة البيع في هذا الفرض.

نعم، تقدم في خيار الرؤية ظاهراً أنه لو ادعى المشتري بطلان البيع من هذه الجهة، فلا يسمع قوله إذا لم يكن البايع معترفاً بأن البيع وقع كذلك؛ لأن دعواه منافٍ لأصالة الصحة كما تقدم في أول خياري الرؤية والعيب.

في معنى التبري من العيوب في ضمن العقد وأن مرجعه على التباني على بيع المبيع على تقدير العيب وعدمه

قوله: الأول عهدة العيوب[1] .. اه.

أقول: هذا يتمّ بناءً على أنه في صورة عدم التبري كان متعهداً وملتزماً بوصف الصحة. وعلى هذا نقول: تقدم في خيار الرؤية أن اعتبار وصف في المبيع يوجب لأن يصير الداعي للمشتري على الشراء وجود الوصف وأن التباني منهما على وجود الوصف.

فحينئذٍ يكون التبري مع العيوب مقتضاه رفع ذلك الداعي والتباني والبيع على كل تقدير كما ذكره المصنف (ره)، إلّا أن مبنى المصنف وما تفرّع عليه في خيار الرؤية فاسد كما تقدم.

وأما كون المراد من التبري هو التبري من ضمان العيب حتى يكون مقتضاه رفع الأرش دون الخيار ـ لو لم نقل إن الخيار أيضاً منشأه ضمان العيب كما تقدم عند التعرض للعيب الحادث قبل القبض وشبهه ممّا يكون مضموناً على البايع ـ فمنافٍ لما هو المجمع عليه ودلّ عليه الأخبار من أن مقتضاه رفع الخيار وأنه ليس تعبّد محض / ١٨٧ /، بل إنه من اقتضاء ذلك التبري.

هذا، مع ما تقدم أن التبري يرفع ما كان ثابتاً من دون التبري.

وأما كون المراد من التبري من العيب هو التبري من حكمه وهو الخيار، فمنافٍ لظاهر لفظ التبري من العيب ومنافٍ للإعتبار الذي تقدم في ترجيح الوجه الأول.

---

١) كتاب المكاسب ٣٢٣/٥، الإحتمالات في ما يضاف إليه التبري.

[الكلام في سائر الأحكام]

قوله: أما سائر أحكامه فلا[1] .. اه.

أقول: بعد فرض قيام الدليل على أن التلف قبل القبض كان من البايع، سواء كان التلف بعيب كان في المبيع أم بغيره، نقول: إن ما قام في التبري من العيب من الإجماع والنص لم يكن مقتضاهما بأزيد من أن التبري من العيب مسقط للخيار. فيبقى إطلاق ما دل على أن التلف قبل القبض من مال البايع بحاله مع أنه حكم شرعي لم يعلم أن يكون أمره بيد البايع، فلا وجه لما نقل عن الدروس[2] من أن التلف إذا كان بذلك العيب أم بعيب علم به المشتري أولاً، أو رضي به بعد البيع، فيكون تلفه على المشتري.

وكذا لا وجه للإشكال في كون التلف بذلك العيب وعيب متجدّد على البايع.

[زوال العيب قبل العلم به]

قوله: منها: زوال العيب قبل العلم به.. اه.

أقول: إذا زال العيب السابق / ١٨٨ / بعد العقد إما قبل علم المشتري به أو بعد علمه وقبل ردّه أو أخذ الأرش، فنقول: أولاً إن زوال العيب بعد العقد كنماء حدث في ملك المشتري، بل عينه، فلا مانع من بقاء خيار الرد والأرش بعده.

نعم، الحكم ببقاء الخيار أو الأرش يتوقف على اقتضاء دليل خيار العيب لذلك أو اقتضاء الأصل له. أما الأول فبعدُ لم نظفر في أخبار خيار العيب على إطلاق معتنىٰ به يمكن التمسك به لمثل المقام حيث إن الأخبار ليست بصدد بيان نفس هذا الخيار ليقال بشمول إطلاقها لأمثال المقام من الفروض التي يكون المتقين من الأخبار غيرها أيضاً.

---

١) كتاب المكاسب ٣٢٤/٥، التبري من العيوب مسقط للخيار فقط.

٢) الدروس ٢٨٣/٣، مسقطات خيار العيب.

وأما الأصل، فبعد علم المشتري بالعيب ثبت خيار الرد والأرش، فلو زال العيب بعده وقبل الرد، فلا مانع من استصحاب بقاء خيار الرد والأرش.

وما ذكره المصنف (ره) من أن الشك هنا في الموضوع من جهة أن الردّ ثبت في المتلبس بالعيب، مردود بما ذكرناه كراراً من أن الموضوع العرفي الذي يكون بقاؤه شرطاً في جريان الإستصحاب، يكون موجوداً في مثل المقام حيث إنه يصدق الرفع لو ارتفع الخيار هنا. فحال خيار الرد كحال / ١٨٩ / خيار الأرش الذي اعترف المصنف (ره) بأنه لا مانع من إجراء الإستصحاب فيه.

وأما لو زال العيب قبل علم المشتري بالعيب وقبل الرد، فهنا نقول: لو قلنا: إن خيار العيب يحدث من أول العقد ولو لم يعلم المشتري بالعيب ـ كما تقدم الكلام فيه في أوائل مسألة خيار العيب، فحينئذٍ يكون حال زوال العيب قبل علم المشتري بالعيب كحال زوال العيب بعد علمه الذي قد عرفت أنه لا مانع من جريان استصحاب الخيار فيه.

وأما لو قلنا: إن خيار العيب يحدث بعد علم المشتري بالعيب، فحينئذٍ إذا زال العيب قبل علم المشتري بالعيب، فيستصحب هنا عدم الخيار وعدم الأرش، فيكون المرجع أصالة اللزوم لأنه على هذا لا يصح جريان استصحاب الخيار إلا بنحو الإستصحاب التعليقي؛ لأنه قبل زوال العيب كان بحيث لو علم بالعيب يحدث الخيار، لكن نحن أبطلنا الإستصحاب التعليقي في محله؛ فراجع وافهم.

في أنه لو زال العيب قبل العلم به أو قبله هل يوجب سقوط خيار الرد والأرش أم لا؟

قوله: ومنها: التصرف بعد العلم بالعيب[1] .. اه.

---

١) كتاب المكاسب ٣٢٦/٥، التصرف بعد العلم بالعيب.

أقول: التصرف الذي كان مسقطاً لخصوص الرد قد تقدم الكلام فيه وهو ما يصدق عليه أنه إحداث شيء / ١٩٠ / في المبيع وهو كان أعمّ من أن يكون قبل العلم بالعيب أو بعده.

وأما التصرف الذي جعل هنا مسقطاً للأمرين في صورة كان بعد العلم بالعيب هو مطلق التصرف، وعلى هذا نقول: أما كونه مسقطاً للرد في غير ما تقدم أنه مسقط للرد ولو قبل العلم بالعيب، فللوجوه التي تقدمت عند التعرض لكون الإلتزام بالبيع مسقطاً للرد من أن هذا التصرف رضاء بالبيع ومن دعوى أنه يكون هذا التصرف إسقاطاً ومن دعوى أنه كان للمشتري إختيار الرد أو البقاء وبالتصرف في المعيب إختار البقاء، ولا دليل على كون خيار الرد له مستمرّاً، لكن تقدم هناك منّا المناقشة على جميع الوجوه المشار إليها.

وأما كون التصرف بعد العلم بالعيب مسقطاً للأرش، فلا دليل عليه إلا أن يكون التصرف بقصد سقوط الخيار مع أن مقتضىٰ الأصل بقاء الأرش بعد ثبوته، بل قد يدّعىٰ أن مقتضىٰ صحيحة زرارة ثبوت الأرش بعد تصرف المشتري.

ولكن فيه: أن تعميم الصحيحة لصورة كان التصرف بعد العلم بالعيب مشكلٌ كما أن تلك الصحيحة ـ كما تقدم ـ لا تشمل مطلق التصرف.

[التصرف في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالعيب]

قوله: ومنها: التصرف في المعيب الذي لم ينقص قيمته[1] .. اه.

/ ١٩١ / **أقول**: أما الأرش فقد تقدم أنه غير ثابت في هذا الفرض، سواء قلنا: إن مثل هذا يعدّ عيباً أم لا. وأما الرد، فعلى فرض ثبوته في هذا الفرض من دون تصرف من المشتري في المبيع نقول: إن سقوط الرد بالتصرف لو كان ذلك التصرف من التصرف الذي تقدم في المسقط الثاني أنه مسقط، فلا إشكال لو لم نخصّص

---

١) كتاب المكاسب ٣٢٦/٥، التصرف في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالعيب.

المسقطية بمورد ثبت الأرش كما سيأتي.

وأما سائر التصرفات، فلو كان بعد العلم بالمعيب فتقدم في المسقط السابق أن الوجوه الثلاثة التي يمكن أن يقال: المسقطية للرد كلّها مخدوشة. وأما لو كان قبل العلم بالعيب، فلا وجه لتوهّم أن مثل هذا التصرف مسقط للرد كما تقدم.

قوله: وقد يستشكل[1] .. اه.

أقول: ليس في عدم الرد في المقام ضرر على المشتري أما الضرر المالي، فواضح، وأما الضرر من جهة تخلف الغرض فقد تقدم في خيار الغبن ظاهراً أنا قلنا: إن مجرد تخلف الغرض لا يعدّ ضرراً ليشمله قوله ﷺ «لا ضرر».

قوله: إلا أن يقال[2]: .. اه.

أقول: تخصص كون الرد مسقطاً بصورة كان الأرش ثابتاً لعله من جهة أن صحيحة زرارة ومرسلة جميل الدالَّتين على كون التصرف مسقطاً إنما كانتا في مورد كان الأرش ثابتاً بعد سقوط الرد بالتصرف. ونحن نقول: لو قلنا: إن المعيب ما كان قيمته وماليته أقلّ / ١٩٢ / من الصحيح، فواضح أنه ليس هنا خيار الرد أيضاً حتى يحتاج إلى كون التصرف مسقطاً له. وأما لو قلنا: إن المعيب ما كان ناقصاً عن مقتضىٰ الخلقة الأصلية فيمكن منع دليل يدل على خيار الرد في مطلق بيع المعيب.

نعم، لو سلّمنا يكون الإشكال وارداً. وسيأتي تحقيق الكلام في المقامين ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وأما ما ذكره المصنف (ره) بقوله: «نعم، لو اقتصر في التصرف المسقط على ما يدل على الرضاء كان مقتضىٰ عموم ما تقدم سقوط الرد بالتصرف مطلقاً»، ففيه:

---

١) كتاب المكاسب ٣٢٦/٥، التصرف في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالعيب.

٢) كتاب المكاسب ٣٢٧/٥، التصرف في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالعيب.

أنه لو كان المراد من عموم ما تقدم هو التعليل الوارد في خيار الحيوان بأن ذلك رضىً منه، فمع الغمض عن كل شيء يرد عليه أنه تقدم أن المصنف قال: إنه لا يدلّ بأزيد من كون التصرف الكاشف عن الرضاء نوعاً مسقطاً، ولذا يقتصر في التصرف المسقط بذلك.

وأما لو كان المراد من عموم ما تقدم، هو ما ورد في صحيحة زرارة ومرسلة جميل في مسقطات خيار العيب، ففيه:

أولاً أن مفروض الكلام أنه ليس فيهما دلالة على كون التصرف مسقطاً في مورد عدم ثبوت الأرش، كما في المقام.

وثانياً لو كان مقتضاهما سقوط الرد بمطلق التصرف، فلا فرق في ذلك بين أن نقتصر في التصرف المسقط للرد في غير المقام بما يدلّ على الرضاء، أم لا، إلا أن يكون مراده بالتصرف مطلقاً، هو التصرف الكاشف عن الرضاء الذي قلنا بمسقطيته.

في مورد لم يكن الأرش ثابتاً وما يقال فيه

/ ١٩٣ / قوله: ومنها حدوث العيب المذكور[1] .. اه.

أقول: العيب الحادث إذا كان منقّصاً للقيمه وكذلك العيب السابق، فهذا تقدم حكمه.

بقي الكلام فيما لو كانا غير منقّصين أو كان السابق غير منقّصٍ دون الحادث أو بالعكس، فهنا مسائل:

الأولى أن يحدث في المبيع المعيب ـ الذي لم يوجب الأرش كالخصي ـ عيبٌ موجب لنقصان المالية مما يكون مضموناً على المشتري، كما لو كان حدوث العيب

---

١) كتاب المكاسب ٣٢٧/٥، حدوث العيب في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب.

بعد القبض وانقضاء زمان الخيار، فهنا يدعى عدم الأرش والرد للمشتري؛ أما عدم الأرش فلما تقدم من أن العيب الذي كان حال البيع إذا لم يوجب نقصان المالية، فليس هناك أرش. وأما سقوط الرد فلحدوث العيب المضمون على المشتري التي تقدمت أنه مسقط للرد.

ونحن نقول: بعد فرض أن العيب المذكور يصير موجباً لخيار الرد، كون حدوث العيب المضمون على المشتري مسقطاً له لو كان لمرسلة جميل، فيرد عليه بعد تسليم أن مفاد المرسلة ليس أن التصرف المغيّر مسقط، بل أن حدوث التغير بنفسه مسقط أنه تقدم في المسقط السابق أن المرسلة تدل على سقوط الرد بحدوث العيب في مورد كان الأرش ثابتاً وفي المقام الذي يكون / ١٩٤ / المفروض أن الأرش غير ثابت.

وأما لو كان الدليل على أن حدوث العيب هنا مسقط للخيار هو قاعدة الضرر أو الإجماع، فنقول: إن قاعدة الضرر تقتضي المسقطية، وليس من تعارض الضررين حتى يرجع إلى استصحاب الخيار؛ لأن في الرد ضرراً على البايع بورود النقص المضمون على المشتري عليه، وليس في عدم الرد هنا ضرر على المشتري، حيث إن العيب السابق لم ينقّص مالية المبيع، وتخلف الغرض تقدم أنه لا يعدّ ضرراً عرفاً.

فقاعدة الضرر تقتضي كون العيب الحادث هنا مسقطاً للرد وإن لم تقتض ذلك في غير المقام لتحقيق تعارض الضررين كما تقدم الكلام فيه، فلا نحتاج إلى التمسك بالإجماع لمسقطية العيب الحادث هنا ليمنع كما يلوح من المصنف (ره).

الثانية أن يحدث العيب الذي لا ينقص / ١٩٥ / المالية في المبيع المعيب بعيب ينقص المالية، فهذا العيب الحادث مانع من الرد بالعيب السابق؛ لأن مرسلة جميل تدل على سقوط الرد هنا لعدم قيام المبيع بعينه ولو كان حصول ذلك من قبل نفسه، لا بالتصرف كما رجّحناه سابقاً، إلّا أن في عدم الرد ضرراً على المشتري. ولا

يعارض ذلك بأن في الرد ضرراً على البايع؛ لأن المفروض أن العيب الحادث لا ينقص المالية، ومجرد تخلف الغرض تقدم أنه لا يعدّ ضرراً عرفاً.

الثالثة أن يكون كل من العيب السابق والعيب الحادث مما لا ينقص المالية.

وحاله يعلم مما تقدم.

[ثبوت أحد مانعي الرد فيما لا يؤخذ الأرش فيه]

قوله: ومنها: ثبوت أخذ مانع الرد[1].. اه.

أقول: الظاهر أنه وقع تصحيف في عبارة المتن ولابدّ أن تكون العبارة هكذا: ومنها ثبوت أحد مانعي الرد.. إلخ.

والمراد من المانعين للرد، التصرف في المعيب من المشتري وحدوث عيب فيه مضمون على المشتري. ومراده من الأول، التصرف ومراده من الثاني، حدوث عيب فيه مضمون على المشتري.

وإذا عرفت ذلك فأقول: تقدم منا جواز أخذ الأرش في بيع الربويين.

ومن العجب أن المصنف (ره) هنا في ضمن كلامه استدلّ لعدم جواز أخذ الأرش بأن المشتري لمّا أقدم على معاوضة الربويين أقدم على عدم مطالبة مال أزيد على ما يأخذه، بدلاً عن ماله.

وفيه: أنه لو ثبت بدليل آخر عدم جواز أخذ الأرش، فلا يحتاج إلى التمسك بأنه أقدم على عدم أخذ الأرش.

وأما لو لم يثبت عدم جواز أخذ الأرش، فليس إقدام المشتري على بيع / ١٩٦ / أحد الربويين بالآخر إقداماً منه على عدم أخذ الأرش، مع أن الإقدام لا يتحقق إلا بعد العلم بالحكم والموضوع.

---

١) كتاب المكاسب ٣٢٨/٥، وقد صحّت العبارة في المتن المصحّح هكذا: «ثبوت أحد مانعي الرد فيما لا يؤخذ الأرش فيه».

وعلى كل حال نقول على القول بعدم الأرش في بيع أحد الربويين بالآخر: إذا حصل مانع من الرد أيضاً فيسقط الرد والأرش وما تعرّض له من موانع الرد هنا التصرف وحدوث العيب.

أما الأول فنقول: لو كان التصرف مغيّراً للعين، فتقدم أنا قلنا بكونه مسقطاً للرد مطلقاً إلا أنه تقدم قُبيل ذلك أن صحيحة زرارة ومرسلة جميل الدالتين على كون مثل هذا التصرف مسقطاً، يختصان بمورد ثبوت الأرش، والمفروض أنا نتكلّم على فرض عدم ثبوت الأرش للربوي.

وأما التمسك لمسقطية التصرف بالضرر، ففيه: أن في عدم الرد أيضاً ضرراً على المشتري ـ كما تقدم تفصيل الكلام فيه في محله ـ؛ بل الضرر على البايع ليس ضرراً مالياً[1].

وتقدم الإشكال في صدق الضرر فيه بخلاف الضرر على المشتري، فلابدّ أن يكون له الرد.

وأما التصرف الغير المغيّر للعين فمنعنا كونه مسقطاً ولو كان كاشفاً عن الرضاء. وعلى القول بكونه مسقطاً إذا كان كاشفاً عن الرضاء حقيقة أو كان له كشف نوعي ـ كما قاله المصنف (ره) ـ، فنقول: إذا / ١٩٧ / كان التصرف قبل العلم بالمعيب، فليس مسقطاً، وأما إذا كان بعد العلم بالعيب، فمبني على تحقق موضوعه من كون التصرف له كشف فعلي أو نوعي عن الرضاء.

وأما الثاني وهو حدوث عيب في المبيع مضمون على المشتري ونحن نقول: لا يخفى عليك أولاً أنه تقدم منّا أنه في بيع أحد الربويين بالآخر لا مانع من الأرش حيث لو قلنا: إن الربا بأخذ الزيادة في المعاوضة ابتداءً، فنقول:

إن أخذ الأرش يكون باختيار المشتري له بعد المعاوضة والعلم بالعيب كما أنه لو قلنا: إن الأرش غرامة لفقدان وصف الصحة، فالأمر أوضح؛ لأن المعاوضة لم

---

١) في المخطوطة: ضرر مالي.

تقع إلا مثلاً بمثل والأرش بمنزلة جرم خارج عن المعاوضة.

ولو قلنا: إن الأرش في مقابل وصف الصحة، فنقول: إن الربا هو أخذ الزيادة في مقابل العين، لا في مقابل الوصف، ودعوى أن مقتضىٰ أدلّة الربا أنه لا يؤخذ في مقابل الوصف شيء، تقدم أنه دعوى / ١٩٨ / بلا دليل.

كما أن دعوى أن شيئاً من الثمن يقع في مقابل وصف الصحة، فيصير ما يقع من الثمن بإزاء نفس المعيب أقلّ منه، ففيه: أن الأرش لا يتوقف ثبوته على ذلك، بل لو قلنا بذلك يقتضي عدم ثبوت الأرش في شيء من المقامات.

[أخذ الأرش لا يستلزم الربا]

فتلخّص أن أخذ الأرش لا يستلزم الربا، وإذا ثبت الأرش فنقول: إن حال العيب في الربويات كحال العيب في غيرها في أن حدوث العيب المضمون على المشتري مانع عن الرد لمرسلة جميل، بل لقاعدة الضرر والإجماع اللتين تقدم شرحهما أيضاً.

ثمّ لو تنزّلنا عمّا حقّقناه وقلنا: إنه في بيع أحد الربويين بالآخر ليس أرش من جهة لزوم الربا في أخذ الأرش، فحينئذٍ نقول: إذا أحدث في المبيع عيب مضمون على المشتري، فلا تدل مرسلة جميل على كونه مانعاً من الرد باعتقاد المصنف (ره)؛ لأن المتيقّن منه كونه مانعاً من الرد في مورد ثبوت الأرش كما أن التمسك بقاعدة الضرر لكون حدوث العيب مانعاً من الرد مشكل على هذا التقدير؛ لأنه معارض بأن في عدم الرد أيضاً ضرراً على المشتري، والمفروض أنه لا أرش هنا ليقال / ١٩٩ / بأن ورود الضرر على المشتري يرفع خيار الرد والأرش معاً، والمفروض أن الأرش ثابت كما قلنا بذلك في غير هذا المقام؛ فيكون في المقام تعارض الضررين محقّقاً، فلا يتمسك بقاعدة الضرر لكون العيب الحادث مانعاً من الرد في صورة كان في عدم الفسخ ضرر على المشتري. والتمسك بالإجماع لكون

العيب الحادث مانعاً من الرد في خصوص المقام مشكل.

بقي الكلام في أنه نقل عن التذكرة[1] وجهاً آخر في خصوص المقام لكون العيب الحادث مانعاً من الرد، وهو أن الرد لو كان بدون أرش العيب الحادث، فيلزم الضرر على البايع.

وأما لو كان مع أرش العيب الحادث، فيلزم الربا.

ويوجّه كون رد أرش العيب الحادث مستلزماً للربا بعد تسلم أن مقتضىٰ أدلّة حرمة الربا وفساد المعاوضة الربوية أنه لابدّ من أن لا يؤخذ في مقابل وصف الصحة شيئاً، كما لا يؤخذ في مقابل / ٢٠٠ / الأوصاف الكمالية التي يشترط وجودها ويكشف كون المبيع فاقداً لها.

ووجه لزوم الربا بعد أخذ هذه المقدمة بأحد الوجهين:

الأول أن نقول: إن الفسخ معاوضة بين الثمن والمثمن كما قيل بذلك في التقايل، فحينئذٍ إذا رد أرش العيب الحادث مع أصل المبيع فيقع مجموعهما في مقابل الثمن، بل بناءً على كون الفسخ معاوضة لا يحتاج لزوم الربا في رد الأرش إلى أخذ المقدمة السابقة أيضاً.

الثاني أن نقول: مقتضىٰ الفسخ رد ما قابل الثمن من دون زيادة ولذا يبطل التقايل مع اشتراط الزيادة من أحد الطرفين.

وعلى هذا فإذا فرضنا أن المشتري يرد في مقابل العيب الحادث شيئاً، فنقول: إن العيب الحادث لو لم يكن وصف صحته مضموناً في نفس المعاوضة بشيء، فلا وجه لهذا الأرش؛ لما عرفت أن الفسخ رد خصوص ما قابل الثمن من دون زيادة. فإذا رد الأرش، لابدّ من أن يكون باعتبار أن وصف / ٢٠١ / صحة هذا العيب الحادث كان مضموناً عليه في أصل البيع بجزء من الثمن، فيلزم وقوع الثمن بإزاء مجموع المثمن ووصف صحته، فينقص الثمن عن نفس المعيب حيث إن جزءً من

---

١) تذكرة الفقهاء ١١/١٢٦، فيما يتعلق برضا البايع بالمبيع معيباً مجاناً.

الثمن بإزاء وصف الصحة.

أقول: لا يخفىٰ أن الصحيح والمعيب جنس واحد ـ كما تقدم ـ، فلابدّ أن لا يكون لأحدهما زيادة على الآخر حتى يكون مثلاً بمثل كما هو حكم الربويات، إلّا أن ذلك لا يقتضي بأزيد من أن يكون ما هو فاقد لوصف الصحة حال البيع بمثل الصحيح في أن وصف صحته غير مضمون بشيء من الثمن، ولا بغيره أيضاً.

وهذا لا ينافي مع أن مقتضىٰ الفسخ رد تمام ما أخذه المشتري حتى مع وصف صحة التي يكون المفروض أنها كانت موجودة حال البيع.

وثانياً نقول: على فرض وقوع الثمن في أصل البيع في مقابل المثمن ووصف صحته التي كانت موجودة حال البيع، فهذا لا يقتضي لزوم الأرش إذا فقد هذا الوصف بعد ذلك إلا بالوجه الذي ذكرناه، فلا مدخلية فيما ذكر للحكم بوجوب رد الأرش حتى يدعىٰ أن رد الأرش / ٢٠٢ / موقوف على اعتبار الربا في أصل المعاوضة.

كيف، والمصنف صار مختاره في أول المسألة أن وصف الصحة لا يقابل بالثمن كما في الأوصاف الكمالية، ومع ذلك هو معترف في غير الربويات بأنه بعد الفسخ يرد أرش العيب الحادث.

في أن كون ضمان العيب الحادث على المشتري غير متوقف على انفساخ العقد قبل حدوث العيب

قوله: إلا بعد تقدير رجوع العين[1] .. اه.

أقول: في العيب الحادث الذي يكون مضموناً على البايع يحتاج إلى القول بفرض انفساخ العقد أو تقديره كما تقدم تفصيل الكلام فيه ليكون تلف الوصف في

---

١) كتاب المكاسب ٣٣٠/٥، ما أفاده العلامة في وجه امتناع الرد.

ملك البايع، فيكون ضمانه وخسارته على البايع.

وأما العيب الحادث الذي يكون مضموناً على المشتري فلا يحتاج فيه إلى القول بأن العقد ينفسخ قبل ذهاب وصف الصحة ليكون تلف مال البايع في يد المشتري ليكون مضموناً على المشتري، بل هنا نقول: إن الفسخ الذي يكون المفروض أنه يقع بعد حدوث هذا العيب، مقتضاه رد تمام ما أخذه المشتري من البايع إليه كما شرحنا بعض الكلام / ٢٠٣ / في ذلك في مسقطات خيار الغبن.

وعلى هذا، فإذا كان المفروض أن المبيع الذي أخذه المشتري من البايع قد فقد وصف الصحة منه قبل الفسخ، فلابدّ أن يرد عوضه كما في صورة تلف أصل العين قبل الفسخ، ولزوم رد أرش العيب غير متوقف على أن يكون وصف صحته مضموناً بجزء من الثمن في أصل البيع ـ كما تقدم ـ؛ بل نقول: إن ما تسلّمه المصنف (ره) من عدم الأرش في زوال أوصاف الكمالية كنسيان الكتابة، لا وجه له؛ لأن وصف الكمال ليس له أرش إذا شرط وجوده في المبيع. وأما إذا كان وصف الكمال موجوداً في المبيع وتلف مضموناً على المشتري، فيكون حاله كحال الأوصاف[1] الكمالية التي تزول في يد الغاصب.

هذا كله أولاً، **وثانياً نقول**: أفرض أن كون ضمان العيب الحادث على المشتري يكون متوقفاً على أن نقول: إن العقد ينفسخ قبل حدوث العيب، حتى يكون زوال وصف الصحة في مال البايع الذي يكون في يد المشتري، إلا أنه نقول: إن رد الأرش من المشتري غير مستلزم للربا في أصل المعاوضة أيضاً / ٢٠٤ / على هذا التقدير؛ إذ لا يلزم على هذا أيضاً أن يكون وصف الصحة مضموناً بجزء من الثمن في أصل المعاوضة، بل لا مدخلية في هذه المضمونية في ثبوت الأرش حتى يقال: ثبوت الأرش باعتبار الربا في أصل البيع.

---

١) في المخطوطة: أوصاف.

ومما ذكرنا ظهر صحة ما نقل عن المحقق الثاني[١] من أن الأرش من باب الضمان وليس الربا ممنوعاً في باب الضمان وأنه كأرش عيب العين المقبوضة بالسوم إذا حدث في يد المستام وإن كانت ربوية.

فتلخّص أن رد الأرش إلى البايع لا مانع منه كما عن الدروس[٢] والتحرير[٣] أيضاً، فلا نحتاج لرفع الضرر عن المشتري من التكليف بأنه ينفسخ العقد ويجعل المبيع بمنزلة التالف حيث إنه وجد المانع في ردّه بلا أرش ومع الأرش فيلزم المشتري ببذله من غير الجنس معيباً بالعيب القديم وسليماً عن الجديد.

في أن تأخير الرد والأرش لا يوجب لسقوط شيء منهما

قوله: ومنها تأخير الأخذ[٤].. اه.

أقول: بعد تأخير المشتري للرد أو أخذ الأرش يقول: إن مقتضى الأصل بقاؤهما. وتقدم هنا وفي الخيارات السابقة أنه لا إشكال في هذا الأصل بعد وضوح أنه لا دليل على سقوط / ٢٠٥ / شيء منهما بمجرد التأخير.

ثمّ لا يخفىٰ أن المصنف في ضمن كلماته هنا يلوح منه منع كون التصرف الكاشف عن الرضاء مسقطاً للرد.

وهذا كأنه رجوع منه ممّا كان ملكه سابقاً من أن التصرف الكاشف عن الرضاء مسقط للخيارات كلّها.

---

١) جامع المقاصد ٣٦٥/٤، أحكام تتعلق بما إذا باع الوكيل فظهر بالعين عيب.
٢) الدروس ٢٨٨/٣، فروع في تنازع البايع والمشتري.
٣) تحرير الأحكام ٣٧١/٢، في أحكام العيوب.
٤) كتاب المكاسب ٣٣٢/٥، تأخير الأخذ بمقتضى الخيار.

في أنه هل يلزم على البايع مع علمه بالعيب إظهاره أم لا

قوله: والظاهر ابتناء الكل على دعوى صدق الغش[١] .. اه.

أقول: يتصدى المصنف (ره) في أواخر كلامه على أن يجمع بين كلمات الأصحاب حتى من نقل عنه القول باستحباب ذكر العيب بأن من يقول بعدم وجوب إظهار العيب يكون مراده هو العيوب الظاهرة، ومن يقول بوجوب إظهار العيب من البايع يكون مراده العيب الخفي.

وفي الجواهر[٢] أن إخفاء العيب وبعض الصفات الذميمة من الغش إحتمال، بل صرح به بعض، وفيه بحث؛ إنتهى. وأنت خبير بما من التنافي بين الكلامين.

ونحن نقول: إن إثبات وجوب إظهار العيب على البايع العالم به للمشتري مطلقاً أو في الجملة، لابدّ من أن يكون إما بصدق الغش على ترك إظهار العيب مطلقاً أو في الجملة، حيث إن حرمة غشّ المسلمين ممّا لا إشكال فيه، وإما / ٢٠٦ / بدعوى أن خصوص بعض الأخبار الواردة في تلك المسألة تدلّ على وجوب إظهار العيب مطلقاً أو في الجملة.

فكلّ مقدار ثبت وجوب إظهار العيب بهذين الوجهين فهو، والمرجع فيما سواه البراءة كما أوضحنا ذلك في مسألة البراءة في الشبهة التحريمية.

فنقول: أما الغشّ فخلاف تمحيض النصح بأن أظهر خلاف ما أضمر كما يستفاد من مجمع البحرين[٣].

---

١) كتاب المكاسب ٣٣٦/٥، مسألة: هل يجب الإعلام بالعيب.

٢) جواهر الكلام ١١٢/٢٢، في حرمة الغش.

٣) مجمع البحرين ٣١٢/٣، مادة «غشش» وفيه: «غشه: لم يمحضه النصح وأظهر له خلاف ما أضمر».

والظاهر منه عند العرف.

ويوافق مع ما في المجمع أيضاً أنه عبارة عن تلبيس الأمر على الغير وإيراد نقص عليه، فشوب الماء في اللبن من الغش كما أنهم يذكرونه مثلاً للغش المحرّم.

كما يصدق الغش على إظهار الصفة الجيّدة المفقودة واقعاً، وهو التدليس أيضاً.

وبالنسبة إلى العيب الموجود في المبيع، فإن كان البايع بصدد إخفاء العيب على المشتري وتلبيس الأمر عليه، فيصدق الغش في هذا الفرض من غير فرق بين العيب الجلي والخفي وبين أن يتبرّى من العيب أم لا.

وأما مجرد وجود العيب وعلم البايع به وعدم إظهاره /٢٠٧/ لا يوجب صدق الغشّ ولو كان العيب خفياً ولم يتبرء منه.

ومجرد اتكال المشتري على أصالة السلامة في عدم وجود العيب لا يوجب لأن يصير البيع غشاً من البايع ما لم يتصد البايع بوجهٍ لإخفاء العيب ولو بأن لا يذكره لأن يطلع المشتري. فتصدّيه للبيع مع علمه بالبيع وعدم إظهار ذلك العيب لهذا الفرض يوجب صدق الغشّ.

ولا يخفى أنه يلوح من المصنف (ره) في المكاسب المحرمة أنه يمكن القول بأنه لا يستفاد مما ورد في حرمة الغش بأزيد ممّا ذكرناه، لكنّا ذكرنا في المكاسب المحرمة وجود الفارق بين الخليطين وبين العيوب حيث إنه في الخليطين عنوان المبيع هو السالم من النقص والإعلاء، وكذلك في العيوب إذا تصدى البايع لإخفاء العيب على المشتري وخفي العيب عليه أيضاً. وهذا بخلاف ما لو لم يتصدّ لإخفاء عيب في المبيع وإن زعم المشتري أنه لا عيب فيه؛ إتكالاً على أصالة السلامة.

وأما الأخبار:

منها ما نقله المصنف (ره) هناك من صحيحة إبن مسلم، عن أحدهما ـ عليهما السلام ـ: «أنه سئل عن الطعام يخلّط بعضه ببعض وبعض أجود من بعض؟ قال:

إذا رئيا جميعاً فلا بأس ما لم يغط الجيّد الرديء»[١].

ونقول: إن الغالب أنه في صورة الخلط يكون الغرض إخفاء الرديء مع فرض أنه لم يكن الرديء مرئياً أو أنه يريد أن لا يطلع عليه المشتري مع فرض خفاء الرديء وعدم بيان البايع له.

/ ٢٠٨ / ولما كان الغالب المتعارف في الخلط الإختياري مع عدم رؤية الرديء غير خارج عن هذين الفرضين اللذين تقدم صدق الغشّ عليهما، فشمول إطلاق الخبر لغيرهما بمقدمات الحكمة يصير مشكلاً.

ثم إنه على ما ذكرنا لا فرق بين صورة تبرّي البايع من العيوب وغيره؛ فإن مناط الحرمة ما ذكرناه.

نعم، لو كان صدق الغشّ مع عدم إظهار العيب من جهة جريان أصالة السلامة ومع تبري البايع من العيوب لم تجر أصالة السلامة، فحينئذٍ يحسن التفصيل بين صورة تبرى من العيوب وغيره لكن تقدمت المناقشة فيهما.

في مسألة تعارض الوصف والإشارة والإشارة إلى ما هو الحق في كل من البيع وصلاة الجماعة

قوله: توجه ما ذكروه في بعض الموارد[٢].. اه.

أقول: الظاهر أن المراد ما ذكروه في مسألة تعارض الوصف والإشاره كما تعرض له في صلاة الجماعة وتقدم منه في مسألة حرمة الغشّ وأشار إليه في خيار الرؤية وتقدم تفصيل الكلام منا في خيار الرؤية.

وإجماله: أنه بالنسبة إلى بيع المعيب لو فرضنا أنه تعلق الإنشاء والقصد إلى بيع

---

١) الكافي ١٨٣/٥، باب الرجل يكون عنده ألوان من الطعام فيخلط بعضها ببعض، ح ١.

٢) كتاب المكاسب ٣٣٨/٥، مسألة: هل يجب الإعلام بالعيب.

الحنطة الصحيحة الكلية وكانت الاشارة إلى العين الموجودة بتخيل أنها صحيحة، فيقع ذلك الشخصي أداءً لما في ذمّته. فهنا يكون المبيع صحيحاً ويكون للبايع أداء فرد آخر على كل تقدير.

وأما لو تعلق الإنشاء بفرد صحيح وأشار إلى فرد خاص بتخيّل أنه ذلك الفرد الصحيح، فظهر أن الفرد الذي قصده، لم يكن له الوجود وأن المشار إليه غيره، فيكون المبيع فاسداً؛ لأن ما قصده ليس بموجود وما كان موجوداً ليس بمقصود.

وفيه: أنه لو كان المقصود مفهوم الفرد الصحيح فهو من البيع الكلي ولا مانع من صحته، ولو كان المقصود هو الفرد الخارجي الموجود بزعم أنه الصحيح، فهو [من] قبيل تخلف الداعي والصحيح، ولا يتصور شقّ آخر لذلك.

وأما لو تعلق الإنشاء بالعين الخارجية المخصوصة / ٢٠٩ / وكان الداعي له على ذلك الإنشاء تخيّل أنه لا عيب فيه، فظهر أنه كان معيوباً، فهنا يكون البيع المتعلق بهذه العين الشخصية صحيحة، ولكن يكون للمشتري خيار العيب في المقام وفي الأوصاف الكمالية التي يؤخذ في المبيع يكون خيار الرؤية كما تقدم في محله.

وأما بالنسبة إلى صلاة الجماعة بعد فرض أن صحة الجماعة يتوقف على أن يقصد المأموم لشخص الإمام الذي وقع الإقتداء به في الخارج، فنقول: لو قصد الإقتداء بزيد وكان إشارته إلى عمرو الذي كان حاضراً بتخيّل أنه زيد، فهنا لم يقصد الإقتداء بهذا الشخص الحاضر فلا يتعقد الجماعة.

وأما لو كان مقصوده الإقتداء بخصوص هذا الشخص الحاضر الذي كان عادلاً عنده أيضاً، إلا أنه تخيّل أن هذا الشخص الحاضر هو زيد، فبان أنه عمرو، فهنا يتعقد الجماعة لفرض أنه قصد الإقتداء بخصوص هذا الشخص الذي اقتدى به، والمفروض انه ليس أزيد من ذلك شرطاً. ومجرد تخيل أنه زيد لا يضر بتحقق ما كان شرطاً لتحقق الجماعة من قصد الإقتداء بالشخص الذي يقع الإقتداء به في الخارج كما هو واضح.

[اختلاف المتبايعين في تعيب المبيع]

قوله: الأولى: ولو اختلفا في تعيب المبيع[1] .. اه.

أقول: المدعي للعيب مدّعٍ للخيار وعليه البيّنة، ومع عدم البنية يكون القول قول منكر الخيار مع يمينه.

وكونه منكراً مما لا إشكال / ٢١٠ / فيه سوى أن المنكر من يكون قوله مطابقاً للأصل أو الظاهر أو عرفنا المدعي بأنه لو تَرك تُرك، أو أنه الذي قام بـه إنشـاء الخصومة في حق له أو خروج من حق عليه، وأن المنكر من يقابل ذلك كما تقدم في خيار الغبن مفصلاً.

وذلك لأنك عرفت أن اللزوم مقتضىٰ الأصل حتى في الشبهات الموضوعية التي كلامنا فيها بمقتضى استصحاب الملكية. وأيضاً مقتضىٰ أصالة السـلامة المـعوّل عليها في أصل المسألة أن لا يكون المبيع معيباً.

نعم، ربما يوجد أصل حاكم على أصالة اللزوم كما ستأتي الإشارة إليه بُـعيد ذلك.

لو كان النزاع في وجود سبب الخيار كالعيب

قوله: الثانية: لو اختلفا في كون الشيء عيباً[2] .. اه.

أقول: جميع ما تقدم في المسألة السابقة يجري هنا إلّا أن أصالة السلامة غير جارية هنا، ولكنّه لا يغيّر أصل المطلب بعد أنه يكفي في كون الشخص منكراً كون قوله مطابقاً للأصل فقط أيضاً.

---

١) كتاب المكاسب ٣٣٩/٥، في اختلاف المتبايعين.

٢) كتاب المكاسب ٣٣٩/٥، لو اختلفا في كون الشيء عيباً.

قوله: نعم لو علم كونه نقصاً[1] .. اه.

أقول: إذا فرض كون الشيء نقصاً، فالشك في كونه عيباً يكون فرضه مشكلاً بعد أن المراد هو النقصان في المالية، ومنه يرفع احتمال الأرش بأصالة البراءة، لأن النقصان / ٢١١ / الذي يفرض في المبيع، لو كان بلحاظ غالب أفراده مما يكون على البايع، فيكون ذلك عيباً، ونقصان صفة الكمال لا يوجب الخيار.

وسيأتي توضيح ذلك في معنى العيب الذي يوجب الخيار والأرش.

ثمّ لو فرض كون الشيء نقصاً ويشك في كونه عيباً، فحينئذٍ نقول: إنه لا يمكن الخيار فيه لأجل العيب؛ لأن المفروض أنه مشكوك، فلابدّ أن يكون إثبات الخيار لأجل الضرر، فيرد عليه أن مجرد النقصان في المبيع غير موجب لكون وجوب الوفاء بالعقد ضررياً إلا في صورة كان الثمن المقابل له أزيد من ثمن المثل.

وعلى هذا الفرض لا فرق بين أن يكون النقصان، أم لم يكن.

في وجه كون مدعي عدم الخيار منكراً بأقسامه

قوله: كان القول قول منكر تقدمه للأصل[2] .. اه.

أقول: ما تقدم من أصالة اللزوم جارٍ هنا أيضاً.

نعم، هنا يكون في البين أصل لو جرى يكون حاكماً عليه إلّا أن هذا الأصل الحاكم إنما يعارض مع أصالة اللزوم في صورة علم تاريخ حدوث العيب وجهل تاريخ العقد، فيستصحب عدم صدور العقد قبل حدوث العيب / ٢١٢ / إلّا أن هذا الأصل يجري في صورة كان الأثر مترتباً على مجرد الأمر العدمي.

وفيما نحن [فيه] ليس كذلك، بل الأثر مترتّب على وقوع العقد على المعيب،

---

١) كتاب المكاسب ٣٣٩/٥، لو اختلفا في كون الشيء عيباً.

٢) كتاب المكاسب ٣٤٠/٥، لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البايع.

وهو ملازم مع عدم صدور العقد قبل حدوث العيب بعد أنا نعلم بأن العقد صدر منه، فيكون الأصل مثبتاً، وليس يجري هنا أصل آخر معارض مع أصالة اللزوم حتى يكون مقدماً عليه.

في دعوى صيرورة المشتري المدعي للعيب في الجملة منكراً وبيان وجهه وحدّه وقائله وصحته وعدمه

قوله: وعن المختلف[1] أنه حكى عن إبن جنيد[2] .. اه.

أقول: المحكي عن إبن جنيد مخالف لما تقدم من كون منكر الخيار منكراً، فإنه جعل مدعي الخيار منكراً؛ لأن مراده من دعوى البايع حدوث العيب الموجود عند المشتري هو حدوثه بنحو يكون مضموناً على المشتري، فلا يوجب الخيار، والمشتري ينكر ذلك فيدعي الخيار، مع أنه جعل الحلف مع المشتري، فجعله منكراً، وهو مخالف لما تقدم.

ثمّ إن المصنف[3] قال: إنه نظير ما إذا ادعى البايع تغيّر العين عند المشتري وليس المراد من التغير إلا ما يوجب النقيصة، فيكون عين ما ذكره إبن جنيد.

هذا، مع أنا لم نر من المصنف (ره) ذكراً لهذه المسألة سابقاً. وعلى كل حال / ٢١٣ / ذكر المصنف (ره) لصيرورة المشتري ـ مع كونه مثبتاً للخيار ـ منكراً حتى يكون الحلف عليه، بأن قول المشتري مطابق للأصل، أعني أصالة عدم تسليم البايع العين إلى المشتري على الوجه المقصود، وأصالة عدم استحقاق البايع الثمن كلاً وأصالة عدم لزوم العقد.

---

١) مختلف الشيعة ١٧٢/٥، لو اختلفا في زمن حدوث العيب.

٢) نفس المصدر السابق.

٣) انظر هامش كتاب المكاسب ٣٤٠/٥؛ لأن هذه العبارة ليست في بعض نسخ المكاسب.

ونحن نقول:

أما الأول أعني: أصالة عدم تسليم البايع.. اه، فنقول: إن المبيع تقدم أن العيب الحادث فيه قبل القبض يكون مضموناً على البايع وموجباً للخيار للمشتري.

فلو قلنا: إن القبض في الجملة رافع لهذا الضمان، فهذا الأصل لا ينفع شيئاً. وأما لو قلنا: إن القبض الرافع للضمان هو القبض الصحيح، فالظاهر أنه لا مانع في هذا الأصل.

هذا كلّه أولاً؛ وثانياً نقول: ما نقله في المختلف عن إبن جنيد هكذا: إن ادعى البايع أنه حدث عند المشتري أي العيب أحلف المشتري إن كان مكيلاً، فنقول: إن تقييد إحلاف المشتري بصورة كان مكيلاً، لا نرى له وجهاً إلا أن يكون المراد أن يكون كل من الثمن والمثمن مكيلاً؛ يعني من الربويات. وحينئذٍ يجوز أن يكون نظره إلى ما تقدم أن المصنف[1] نقله عن التذكرة عند التعرض للرافع من الأمور، قال: يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد والأرش، فإنه نقل هناك عن التذكرة[2] في صورة كان المبيع معيباً، ثم حدث فيه عيب آخر مضمون على المشتري: أن الرد بدون أرش العيب كحادث ضرر على البايع ومع الأرش يوجب الربا.

إن قلت: لو حملنا كلام إبن جنيد على هذا الفرض الخاص بقرينة قوله «وإن كان مكيلاً» ثمّ فرضنا صحة ما قاله في التذكرة أيضاً، لا يوجب ذلك لأن يصير المشتري منكراً حتى يقبل قوله مع يمينه.

قلت: لعل مدّعاه أن سقوط خيار المشتري خلاف الأصل، والعيب الحادث خلاف مضموناً على البايع لا يسقط خيار المشتري.

وأما الثاني أعني: عدم استحقاق.. اه، **فهو** مبني على أن نقول: إن الثمن يقسط على وصف الصحة كما يقسط على أجزاء المبيع. وقد تقدم منعه في العيب

---

١) كتاب المكاسب ٣٢٤/٥، ما قيل بكونه مسقطاً للرد والأرش.

٢) تذكرة الفقهاء ٨٦/١١، مسقطات الرد والأرش معاً وحكم التبري من العيوب.

الموجود حال العقد. ومنه قلنا: إن الأرش على خلاف القاعدة، فضلاً عن العيب الحادث بعد العقد.

وأما الثالث فنقول: قد تقدم أن الأصل الأولي في المعاملة، اللزوم لاستصحاب / ٢١٤ / الملكية، إلا أنه تقدم أن استصحاب الخيار لو جرى، يكون حاكماً عليه. وعلى هذا نقول: كلّ مورد كان الخيار ثابتاً أولاً ولو من جهة أسباب أخر وعند ارتفاع هذا الخيار احتمل حدوث الخيار من جهة العيب الحادث أو القديم، فلا مانع من استصحاب الخيار. وليس ذلك من الإستصحاب الكلي، بل الخيار شيء واحد يتعدد سبب وجوده، وقد تقدم أنا رفعنا كلّ إشكال ذكروه على هذا الأصل.

في الإشارة إلى بعض موازين القضاء وأنه تارة يسمع دعوى المدعي بعد التزام الحاكم وتارة لا يسمع

قوله: هذا إذا لم تشهد القرينه القطعية[1] .. اه.

أقول: لا بأس بأن نتعرض هنا لبعض الأحكام المتعلقة بالقضاء لتوضيح بعض ما ذكر في المقام، فنقول: إن القاضي ربما يصالح المتخاصمين على أن يحلف أحدهما أو غير ذلك كما تعرضنا لذلك في صحيحة أبي ولاد في المقبوض بالعقد الفاسد فهنا وإن لم يسمع الدعوى بعد الحلف أو مثله، إلا أنه خارج عن إلزام القاضي بشيء.

وأما إذا حكم وألزم، فتارة يقضي بفصل الخصومة وهنا ليس بعد الحكم لأحد من المترافعين تجديد الدعوى؛ نعم، لكل منهما أن يدعي دعوى أخرى.

وتارة يلزم على شيء لا من باب القضاء، بل من باب النهي عن المنكر مثلاً وهنا يكون دعوى كل واحد مسموعاً بعد ذلك في نفس هذه الدعوى أيضاً.

---

١) كتاب المكاسب ٣٤٠/٥، لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البايع.

والمقصود هنا بيان القسم الأول حيث إنه يكون له ميزان معين، فنقول: إذا حكم القاضي بالبينة أو اليمين / ٢١٥ / فيفصل الخصومة من البين في الجملة بخلاف ما لو قضى بغيرهما كما لو قضى بالإقرار لقوله ﷺ: إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان*[1].

---

*) ثم اعلم أنا ذكرنا في آخر مسألة الإجزاء أن نقض الحكم بالحكم في بعض الموارد واجب وفي بعض الموارد جائز وفي بعض الموارد يكون الحكم السابق على نحو لا يتوقف نقضه على حكم آخر، بل قلنا: إن نقض الحكم بالحكم من حيث هو، لا مانع فيه بعد ما أحرز - ولو بالإجتهاد الظني المعتبر - أن الحكم السابق لم يكن صحيحاً إما لما قيل من أن رد الحكم الذي يكون فيه الخطر ما كان بلا سبب ولا جهة، بل مجرد ميل النفس وأنه لا يستفاد مما دل على أن الرادّ عليه كالرادّ على الله بأزيد من ذلك لما قلنا من أن النهي في صورة حكم بحكمنا أي بحكم الائمة وفي الصورة لم يعلم كون الحكم السابق حكمهم أو أحرز عدمه.

نعم، لا يتمّ ما قلنا إلا بعد الجواب عن دعوى الإجماع على حرمة رد حكم الفقهاء التي من الشواهد عليه أنهم يقولون بوجوب تنفيذ الحكم من حاكم آخر كما أنه يتوقف على دفع إشكال آخر وهو جواز أن يسمع الدعوى من الحاكم الثاني بعد حكم الحاكم الأول.

وفي أوائل كتاب القضاء من الجواهر [٢٣/٤٠ - ٢٤، هل يشترط رضاء الخصمين بالحكم بعده] يدعي أنه لو تراضى المتخاصمان بذلك، فلا بأس وعن الأستاد أنه لا بأس بذلك مطلقاً لما نقلنا عنه في آخر مسألة الإجزاء وعن بعض الأساتيد أنه لو كان الحكم السابق عن طبق البيّنة أو اليمين، لا يسمع الدعوى بعده، بخلاف ما لو كان الحكم من جهة علم الحاكم أو إقرار المدعى عليه أو غير ذلك كالأمر بالمعروف.

نعم، لو كان الحكم لإقامة المنكر البينة ابتداءً بناءً على القول بأنه يحكم بهذه البينة، فمحل الإشكال وأن الأقوى أنه لا يسمع، لأنه ليس خارجاً عن ميزان القضاء، لأن قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ليس مقيّداً لقوله « إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان » لأن مفاد قوله « البيّنة » .. اه ليس بأزيد من أن مطالبة البينة من المدعي ولا ينافي ذلك مع أن يكون الحكم على طبق بيّنة المنكر على طبق ميزان القضاء.

أقول: بعد ثبوت أن للحاكم أن يحكم على علمه، فنقول: إن هذا حكم مسلّماً كما أن الحكم بالإقرار أيضاً حكم مسلّماً، فما دل على الحكم بها يكون مخصصاً لقوله « إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان »، وعلى هذا لو كان دليل على أنه لا يجوز سماع الدعوى بعد الحكم، فيشمل ذلك للحكم بالعلم والإقرار ولو لم يكن لنا دليل على عدم جواز سماع الدعوى بعد

وإنما الإشكال في أن فصل الخصومة بالقضاء بالبينات والأيمان منحصر بصورة كان القضاء بالبينة من طرف المدعي وبالحلف من طرف المنكر لقوله عليه السلام «البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر»[٢] أو أن فصل الخصومة يتحقق إن قضي بالبينة أو اليمين مطلقاً لأن قوله عليه السلام «البيّنة على المدعي».. اه ليس مقيداً لقوله عليه السلام «إنما أقضي بينكم».. اه، وإنما هو بصدد بيان مطلب آخر، وهو أن مطالبة البيّنة تكون من المدعي ومطالبة الحلف تكون من المنكر وإن كان الحكم فيهما مطلقاً رافعاً للخصومة.

نعم، إثبات أن البيّنة من المنكر والحلف من المدعي يحكم عليها يحتاج إلى قيام دليل آخر ولو مثل العمومات التي يثبت حجية البينة مطلقاً. وقد تقدم منا في الخيارات السابقة أن بينة المنكر تسمع ولو في غير مقام التعارض مع بينة المدعي أيضاً.

[الاختلاف في حدوث العيب في ضمان البايع]

قوله: هذا إذا لم تشهد القرينة[٣].. اه.

أقول: إذا علم الحاكم بكون العيب في زمان كان مضموناً على البايع فيحكم

الحكم، فلا يبقى أيضاً وجه لهذا التفصيل.

نعم، ما كان من إلزامات الحاكم من باب الأمر بالمعروف مما كان خارجاً عن ميزان القضاء، فخارج عن الحكم رأساً و خارج عن محل النزاع. (منه قدس سره).

١) الكافي ٤١٤/٧، باب أن القضاء بالبينات والأيمان.

٢) نجد مضمون هذه العبارة المشهورة ـ لا نصها ـ في الكافي ٣٦١/٧ ـ ٣٦٢، باب القسامة، ح ٦، والرواية هي: «أبوعلي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان بن يحيى عن إبن بكير عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إن الله عزّ وجلّ حكم في دمائكم بغير ما حكم به في أموالكم. حكم في أموالكم أن البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه وحكم في دمائكم أن البينة على من ادعى عليه واليمين على من ادعى لكيلا يبطل دم امرئ مسلم».

٣) كتاب المكاسب ٣٤٠/٥، لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البايع.

بمقتضى علمه، لكنه لا مانع من تجديد الدعوى فيه بنحو لما تقدم من أن مثل ذلك ليس فصلاً للخصومة بحيث لا يجوز تجديد الدعوى بعده.

قوله: قال في التذكرة[١]: ولو أقام أحدهما بيّنة عمل بها[٢].

أقول: هذا مبني على سماع بيّنة المنكر حتى / ٢١٦ / في غير مقام التعارض مع بينة المدعي حتى يسقط الحلف عنه ونحن أثبتنا ذلك في مسألة خيار الغبن بمناسبته.

قوله: ثم قال: ولو أقاما بيّنة عمل ببيّنة المشتري لأن القول قول البايع.. اه.

أقول: هذا مبني على تقديم بيّنة الخارج حيث جعل القول قول البايع فيصير البايع منكراً. والمراد من الخارج هو المدعي، والمراد من الداخل هو المنكر كما صرّح به في الجواهر قبل مسألة تعارض البينات في القضاء، ويستفاد من كلام المحقق أيضاً.

في أنه مع إمكان الحلف على البتّ لا يكفي على نفي العلم

قوله: فلابدّ من حلفه، أي البايع على عدم تقدم العيب أو على نفي استحقاق الرد أو الأرش[٣].. اه.

أقول: المراد أنه لا يكفي الحلف على عدم العلم بها، بل لابدّ من الحلف على

---

١) تذكرة الفقهاء ٢١٠/١١، حكم اختلاف المتابعين في قدم العيب عند البايع وحدوثه عند المشتري.

٢) كتاب المكاسب ٣٤٠/٥، لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البايع.

٣) كتاب المكاسب ٣٤١/٥، لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البايع.

البتّ.

ونحن نقول: إن الحلف على نفي العلم لو لم يصر محتاجاً إليه، ففي بعض كلماتهم يلوح عدم الخلاف في عدم كفاية الحلف على نفي العلم، لكن المصنف (ره) يظهر منه منع ذلك، فيقول في هذا الفرض: لا حاجة إلى عنوان مسألة اليمين على نفي العلم، لا أنه يكفي وإن كان فرض ذلك في مورد خاص من موارد عدم الحاجة إلى اليمين الكذائي في كلماتهم.

ثم لا يخفىٰ أن عدم الحاجة إلى الحلف على نفي العلم إما من جهة يكون المنكر عالماً يمكن له الحلف على البتّ أو لقيام أمارة أو أصل قلنا بجواز الحلف على نفس الواقع / ٢١٧ / بتّاً بعد قيام أحدهما؛ وذلك بأن نفرض في المقام أن البايع اختبر المبيع وقلنا بكفاية الإختبار في جواز الحلف على البتّ، كما أنّه يشهد بالإعسار والعدالة بالإختبار الظاهري أو قلنا بكفاية أصالة عدم العيب أو عدم تقدمه في جواز الحلف على البتّ، نظير جواز الحلف على طهارة المبيع عند الشك وإن فرّق بينهما بأن الطهارة في استعمال المتشرعة ما يعمّ غير معلوم النجاسة، لا خصوص الطاهر الواقعي كما أن المراد من الملكية والزوجية ما استند إلى سبب شرعي ظاهري متمسكاً للمقيس عليه بخبر حفص بن غياث أو قلنا بجريان أصالة السلامة هنا وكفايته في جواز الحلف على الواقع بتّاً.

وأما لو لم يتمكن من الحلف بتّاً بوجه، بأن صار الحلف على نفي العلم محل الحاجة، فهنا:

قول بعدم كفاية الحلف على نفي العلم، بل المنكر لو ادعى عدم العلم، فيؤخذ الحق منه لو قلنا بالقضاء بمجرد النكول.

وقول بعدم الكفاية أيضاً، إلا أنه يقول: على المنكر أن يردّ اليمين على المدعي وإلا يحكم بالنكول أو بعد ردّ اليمين على المدعي لو لم نقض بمجرد النكولُ؛ لكن القولين في غير مورد الدعوى على الوارث. وكل مورد كان أصل الدعوى أنه عالم

بالحق.

وقول ثالث بكفاية الحلف على نفي العلم هنا / ٢١٨ / مطلقاً حتى أنه لا يسمع الدعوى بعده ولا يسمع إلى بيّنة من المدعي بعد ذلك.

وقول بأنه يكفي في إسقاط الدعوى فعلاً إلا أنه لا مانع من تجديد الدعوى بعده، فلو أقام المدعي بيّنة، فيسمع بعد ذلك كالحكم على الغائب.

وقول رابع بأن دعوى نفى العلم ليس إنكاراً، فدعوى المدعي من الدعاوي التي لا منكر لها، فينحصر طريق إثباتها بالبيّنة كالحكم على الغائب.

فتلخّص أنه على القول بعدم كفاية الحلف على نفي العلم صار ثلاث احتمالات، وعلى القول بالكفاية إثنان.

وما ذكر للقول بالكفاية على ما يستفاد مما نقله في الجواهر[1] قبل مسألة الحكم على الغائب في القضاء في الموضع المشار إليه وجوه:

في الوجوه التي ذكرت لكون الحلف على نفي العلم جائزاً مع الحاجة إليه بأن لم يتمكن من الحلف على البتّ

الأول أنه منكر، فيكون الحلف عليه لقوله ﷺ «**البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر**».

وفيه: أنا نمنع كونه منكراً؛ لأن المنكر هو المدعىٰ عليه الذي ينكر ما يدعيه المدعي، وهذا الشخص يكون المفروض أنه يقول: لا أعلم أن ما يدعيه المدعي صدق أو كذب.

الثاني أن هذا الشخص لا إشكال في أنه يدعى عليه، فيكون اليمين عليه لما ورد في بعض الأخبار أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

---

١) جواهر الكلام ٤٠/١٣٦، عدم لزوم إحضار الخصم لو كان غائباً.

وفيه: أنا نسلّم أنه مدعى عليه وأن اليمين عليه، إلا أن اليمين الذي عليه هو اليمين على منع ما يدعيه المدعي وإنكاره، لا على عدم علمه به؛ لوضوح أنه / ٢١٩ / ليس المراد من اليمين الذي يكون عليه هو اليمين على أي شيء كان، ونقول: والمتيقّن اليمين على الإنكار كما هو واضح، فلا يدل على أنه عليه اليمين على نفي العلم أيضاً.

الثالث أن العلماء قديماً وحديثاً حصروا أيضاً أحوال المنكر في الثلاثة: الإقرار والسكوت والإنكار. وفي صورة قال «لا أعلم» لا يمكن إدراجه في الأولين، فيكون من الثالث.

فإذا صار قوله «لا أعلم» إنكاراً، فلا مانع من التخلف عليه.

وفيه: بعد فرض صحة التمسك بذلك، أنه لا يدل على ما ذكرت؛ لأنه لا مانع من أن يكون سكوتاً عما يدعيه المدعي. ومجرد قوله بكلام برّاني لا يخرجه عن السكوت. فإن المراد من السكوت أن لا يعترف ولا ينكر، وهنا يكون الأمر كذلك.

الرابع أن نفي سبب الإستحقاق نفي للإستحقاق، ومع عدم علمه يكون شاكاً، فليس عليه استحقاق للبراءة.

وفيه: أن الشك منه سبب لعدم وجوب الأداء عليه في تكليف نفسه، لا أنه سبب لنفي الإستحقاق واقعاً وصيرورته منكراً بنفي الإستحقاق واقعاً.

الخامس أنه مع عدم علمه لا يجب عليه الأداء للأصل، فيكون قوله مطابقاً للأصل.

[و]**فيه**: أن الأصل ينفع لأخذ الحاكم بقوله إذا أنكر، ولعدم وجوب الأداء عليه ابتداءً. وأما كون اليمين عليه فمبنيّ / ٢٢٠ / على صيرورته منكراً، وهو لا يتحقق بمجرد دعوى عدم العلم بالحق، كما أن عدم وجوب الأداء عليه ابتداءً لا ينفع، لا في صيرورته منكراً ولا لعدم الحكم عليه بالأداء إذا اقتضاه ميزان القضاء.

السادس أنه يستدلّ لكون المدعى عليه منكراً بقوله «لا أعلم»، فيتوجّه عليه

اليمين أو ردّها بما هو المسلم عندهم من حلف الوارث على نفي العلم. وليس هذا إلا من جهة أن الوارث يكون منكراً وإن كان جوابه «لا أعلم».

ومن هنا كان له ردّ اليمين على المدعي، فيثبت به الحق بلا خلاف ولا إشكال.

وعن روض الجنان أنه أجاب عن ذلك بأن اكتفاءهم في الوارث بالحلف على نفي العلم إنما هو من جهة أن الوارث الذي يكون منكراً ليس طرفاً لأصل الدعوى على الغير، وهو المورّث؛ وإنما الوارث يكون طرفاً لدعوى أخرى من المدعي، وهي كونه عالماً بالمدعى وثبوته على الغير في الدعوى الأولى، فحلفه على نفي العلم حقيقة حلف لما ادعي عليه على القطع في هذه الدعوى.

وأما في مقامنا، فدعوى المدعي ثبوت الحق في ذمّة المنكر وربما لا يدعي علمه بذلك، فحينئذٍ يمينه على نفي العلم فيما نحن فيه لا ربط له بما يدعيه المدعي وليس على ما تعلق به الدعوى، فيكون لاغياً.

وفي الجواهر[1] يمنع ان حلف الوارث على نفي العلم من جهة دعوى العلم عليه. ومنه يرجّح أن الوارث يحلف على نفي العلم وإن لم يدع المدعى عليه العلم.

أقول: أولاً نقول: توجّه اليمين على نفي العلم على الوارث إن لم يدع عليه العلم، ليس مسلّماً، بل محل الخلاف.

وثانياً على تسليم ذلك نقول: قد تقدّم أن ما ذكر لكون المدعى عليه منكراً بقوله «لا أعلم» يكون فاسداً. وعليه نقول: إن الحلف على نفي العلم على الوارث يكون خارجاً عن ميزان القضاء في المدعي والمنكر، وتقدم أن من يمنع الحلف على نفي العلم يستثني حلف الوارث على نفي العلم حيث ثبت ذلك تعبداً، كما أنه يستثنى صورة يكون دعوى المدعي هو علم المدعى عليه بالمدعى به.

فتخلّص أنه لا يتوجه اليمين على نفي العلم على المدعى عليه الواقع بقوله «لا أعلم» الواقع، وإجراء ما ذكر من الأحكام بصورة سكوت المدعى عليه لو تمّ هناك

---

١) جواهر الكلام ٤٠/٢٥٠، كفاية الحلف أنه لا يعلم لو ادعي على الوارث العلم بموت المورّث.

يكون في المقام مشكلاً، فينحصر قطع الدعوى هنا بالبيّنة.

في اختلاف المتبايعين في وجود سبب الخيار فيما لو وقع النزاع بين الوكيل وبين الموكل أو المشتري

قوله: فرع: لو باع الوكيل[1] .. اه.

أقول: في خيار المجلس وإن فصل في مسألة الوكيل وثبوت الخيار له بين الوكيل في إجراء الصيغة وبين الوكيل في أصل المعاملة، لكنه لا تفصيل من هذه الجهة هنا. نعم، لو كان الثمن عند الوكيل يردّه إلى المشتري بعد الفسخ؛ لأنه يعلم أنه مال المشتري كما أن للمشتري أن يردّ المبيع إلى الوكيل لو كان وكيلاً من جميع الجهات.

قوله: فيحلفه الموكل على عدم التقدم[2] .. اه.

أقول: هذا مبني على أن الأصل مع البايع مطلقاً وتقدم الكلام فيه عند بيان كلام إبن جنيد، وإقرار الوكيل على التقدم لا يقبل لأنه أجنبي، إلا أنه إذا كان الثمن بيد الوكيل يكون له أن يرده إلى المشتري وإن كان للموكل بعد ذلك أن يطالب منه الثمن دون نفس المبيع، كما يأتي الكلام فيه في الفرع الآتي.

قوله: وإذا كان المشتري جاهلاً بالوكالة[3] .. اه.

أقول: لا بأس أن نتصدى لشرح كلام المصنف (ره) فيما ذكره في أوائل هذا

---

١) كتاب المكاسب ٣٤٢/٥، لو باع الوكيل فوجد المشتري به عيباً.
٢) كتاب المكاسب ٣٤٣/٥، لو باع الوكيل فوجد المشتري به عيباً.
٣) كتاب المكاسب ٣٤٣/٥، اختلاف الموكل والمشتري.

الفرع فنقول في صورة كان المشتري جاهلاً بالوكالة ولم يتمكن الوكيل من إقامة البيّنة على وكالته، ثم ادعى المشتري على الوكيل / ٢٢١ / تقدم العيب ليكون له رد المعيب، فحينئذٍ إما أن يعترف الوكيل بقدم العيب أم لا.

فعلى الأول يرد المشتري المعيب إلى الوكيل بمقتضى ظاهر يده المقتضي لكونه مالكاً واقعاً، لا وكيلاً عن الغير.

ثم ليس للوكيل أن يرد المعيب إلى الموكل؛ لأن إقرار الوكيل دعوى في حق الموكل يحتاج إثباته إلى البيّنة.

نعم، للوكيل إحلاف الموكل على عدم تقدم العيب؛ لأن دعوى الوكيل تقدم العيب مسموعة بعد أنه يريد دفع الظلم عن نفسه بهذه الدعوى.

إن قلت: إن الظلم عليه من المشتري.

قلت: باعتقاد الوكيل وصل هذا الظلم إليه من الموكل، ولذا يرتفع هذا الظلم عنه باعتراف الموكل على تقدم العيب، فيكون للوكيل أن يحلفه على إنكاره لتقدم العيب.

ثمّ إن الموكل لو امتنع عن الحلف، فله أن يرد الحلف على الوكيل. فإذا حلف الوكيل على تقدّم العيب، ألزم الموكّل بقبول المعيب.

وعلى الثاني ـ وهو أن ينكر الوكيل سبق العيب ـ فللمشترى أن يحلفه وإنما يكون للوكيل أن يحلف مع أن أصل المال للموكل من جهة دفع حق يثبت بظاهر الشرع عليه لو اعترف بتقدم العيب ولم يتمكن من الرد إلى المشتري، فيكون له الحلف على إنكاره.

نعم، هنا / ٢٢٢ / كلام آخر من أنه هل يكون للمشتري إحلاف الموكل أخذاً بإقرار الموكل من أن المعيب ماله أم لا؟ فيه خلاف، كما تعرض له في المتن؛ فراجع.

قوله: مبني على كونه كبيّنة الرادّ[١] .. اه.

أقول: مع الغمض عن الإيراد الذي ذكره المصنف (ره) عليه يرد عليه أنه لا يمكن أن ينسب بمثل المحقق الثاني أنه يقول: إن اليمين المردودة كبيّنة الرادّ، لأن الرادّ لليمين هو الوكيل المنكر لكون العيب سابقاً واليمين المردودة يثبت كون العيب سابقاً، فكيف يمكن أن يقال: إنه بمثل بيّنة الوكيل، مع أنه يردّ قول الوكيل ويثبت خلافه.

إن قلت: ليس المراد من بيّنة الرادّ هو بيّنة الرادّ للقسم في مقامنا، أعني الوكيل ليرد ما ذكرت، بل المراد أن بيّنة المنكر لا يوجب إلا إلزام نفسه كإقراره ولا يثبت نفس الواقع.

قلت: هذا لا مدرك [له]؛ لأنه على القول بمسموعية بيّنة المنكر ابتداءً ـ يعني ولو في غير مقام تعارض البينات ـ لا فرق بين بيّنة المدعي والمنكر من جهة إثبات نفس الواقع به.

في أنه لو رد المشتري سلعة وقال البايع إنه ليس سلعتي إما لأجل أن يمنع الخيار أو كان الخيار مسلماً

قوله: الرابعة: لو رد سلعته بالعيب[٢] .. اه.

أقول: نحن نتكلم هنا في مسألتين مع قطع النظر عما ذكروه هنا، لعلّه[٣] يعلم في ضمن ذلك حال ما ذكروه:

الأولى لو رد المشتري سلعة معيبة إلى البايع ويدعي أنها سلعة البايع حتى

---

١) نفس المصدر السابق.

٢) كتاب المكاسب ٣٤٤/٥، لو رد سلعة بالعيب فأنكر البايع أنها سلعته.

٣) في المخطوطة: لعلّ.

يكون الخيار له والبايع يقول: إن سلعتي غير هذه وهي صحيحة فلا خيار لك، فهنا يكون القول قول البايع المنكر للخيار، لأصالة اللزوم في البيع الجاري عند الشك، كما تقدم تفصيل الكلام في ذلك.

وبعد ذلك لا نحتاج لإثبات ذلك إلى التمسك بما نقل عن الإيضاح من أصالة عدم الخيار / ٢٢٣ / وعدم حدوث العيب وصحة القبض ليناقش على الأول بأنه ليس له حالة سابقة بالنسبة إلى هذا العقد والعدم الأزلي لا ينفع لإثبات حال هذا العقد إلا بالأصل المثبت الذي لا نقول به، لو لم نقل بأن حدوث الخيار في بيع المعيب بعد العلم بالعيب بعد العقد وأصالة عدم حدوث الخيار أعني العدم الأزلي لا تنفع بحال هذا العقد الذي محل (؟) إلا بالأصل المثبت الذي لا نقول بحجيته.

وعلى الثاني أيضاً بعدم الحالة السابقة ولو فرض أن ما كان مبيعاً كان قبل العقد صحيحاً وكان زمان العقد معلوماً دون زمان حدوث العيب، فأصالة عدم حدوث العيب إلى بعد زمان صدور العقد لا يثبت وقوع العقد على الصحيح إلا بالأصل المثبت.

وأما إثبات عدم وقوع العقد على المعيب، فلا أثر له؛ لأن عدم ترتب الأثر عند عدم تحقق السبب عقلي كما ذكرنا في أصالة الصحة قبل التعرض لجريانها في الأقوال مع أنه لا يثبت وقوع العقد على الصحيح إلا بالأصل المثبت.

وعلى الثالث بأن قبض المعيب أيضاً صحيح.

المسألة الثانية لو كان ثبوت الخيار بالعيب أو غيره مسلماً إلّا أن المشتري يرد سلعته إلى البايع بعنوان أن المبيع هو هذا وينكر البايع كون المبيع ذلك، فهنا يتمسك لتقديم قول البايع وأنه يقبل قوله مع اليمين بأن الأصل عدم كون هذا المال الخاص هو المبيع.

وفيه: أن هذا الأصل ليس له حالة سابقة، ومثل هذا الأصل أصالة عدم كون السلعة هي التي وقع العقد عليها. ثم لو كان المراد من هذين الأصلين أصالة عدم

وقوع العقد على مدّة السلعة المعيّنة، ففيه:

أولاً أنه معارض بأصالة عدم وقوع العقد على غير هذه السلعة.

وثانياً هذا الأصل لا يثبت وقوع العقد على غير هذه السلعة كما أن الأصلين الأولين لا يثبت عيناً أخرى.

نعم، هنا أصل آخر يجري من طرف البايع وهو أصالة عدم رد سلعته بردّ هذه السلعة المعينة ويتمسك لتقديم قول المشتري وأنه يقبل قوله مع اليمين بوجهين:

الأول: أصالة بقاء الخيار على المشهور من أن تلف المبيع المعيب موجب لسقوط خيار العيب. **وفيه**:

أولاً أنه ليس مفروض الكلام في خصوص صورة كان خيار المشتري خيار العيب وسائر الخيارات ثابتة مع تلف العين أيضاً.

وثانياً أصالة بقاء الخيار لا يثبت وجوب قبول هذه السلعة على البايع كما هو محل الكلام إلا بالأصل المثبت الذي لا نقول به.

وثالثاً ليس المفروض أن البايع يدعي تلف العين، بل يقول موجودة ولكنها غير هذه السلعة التي يريد أن يردّها المشتري.

/ ٢٢٤ / **الثاني**: أصالة عدم خيانة المشتري.

وفيه: أنه لا يثبت كون المبيع هذه السلعة الموجودة إلا أن يكون المراد منه الأصل العقلائي الذي يكون مثبته حجة.

وفيه: منع كون بناء العقلاء على هذا الأصل.

ثم لو كان المراد من هذا الأصل عدم صدور العيب من المشتري، **ففيه**: بعد فرض الكلام في صورة كان ذلك من المشتري من العمد أن أصالة الجواز في الأفعال والأقوال لا يثبت منها إلا عدم صدور المعصية، ولا يترتب عليها سائر الآثار قبل أن هذه السلعة مال البايع أم لا.

. **وثانيا لو قيل**: إن هذا الأصل يترتب عليه سائر الآثار أيضاً، فنقول: إن هذا

الأصل يجري في حق كل واحد من البايع والمشتري، بل هذا الأصل بهذا المعنى منافٍ لقوله «البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر»؛ لأن الأصل لهذا المعنى يجري في حق المتخاصمين في جميع الموارد، فكيف يعين المدعي والمنكر بهذا الأصل.

إن قلت: لو لم يتمّ تقديم كل من البايع أو المشتري في هذه الدعوى بجعله منكراً، فما يصنع؟

قلت: يجوز الرجوع إلى القرعه إما ابتداءً أو بعد التحالف أو إيقاف الدعوى أو غير ذلك، لكنك عرفت جريان الأصل من طرف البايع.

في اختلاف المتبايعين في وجود المسقط للخيار أو مسقطية ما يكون وجوده محرزاً في الجملة من البراءة عن العيب وغيرها

قوله: الأولى لو اختلفا في علم المشتري.. اه.

أقول: لو كان المشتري عالماً بالعيب حال العقد، فلا يحدث له الخيار حال العقد أو حال علمه بالعيب بعد ذلك بناءً على أن الخيار يحدث بعد العلم بالعيب إذا كان حال العقد جاهلاً.

وعلى كل حال مقتضىٰ الأصل عدم حدوث الخيار للمشتري مضافاً إلى استصحاب الملكية بعد قول المشتري «فسخت» المقتضي للزوم، إلّا أن هذين الأصلين مسبّبان عن الشك في كون المشتري عالماً بالعيب حال العقد. فإذا استصحب عدم علمه بالعيب إلى زمان صدور العقد يثبت الخيار حيث إن الخيار ثابت للمشتري في بيع المعيب الذي يكون المشتري فيه جاهلاً وغير عالم بالعيب حال العقد.

[الاختلاف في زوال العيب قبل علم المشتري أو بعده]

قوله: الثانية: لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري أو بعده[1].. اه.

أقول: هنا مقتضىٰ الأصل الأولي لو قلنا: إن الخيار يحدث بعد علم المشتري، أصالة عدم الخيار، مضافاً إلى استصحاب الملكية المقتضي للزوم.

وأما لو قلنا: إن الخيار يحدث عند بيع المعيب وأنه يسقط الخيار بزوال العيب قبل علم المشتري به، فمقتضى الأصل عدم زوال الخيار / ٢٢٥ / وهو مقدم على استصحاب الملكية المقتضي للزوم.

نعم، هنا أصل آخر لو جرى يكون مقدماً على هذا الأصل أيضاً، وهو الأصل الذي يحرز الموضوع وإن كان الأصل الموضوعي أيضاً مثبتاً للخيار، بل يثبت الخيار على القولين، وهو أصالة عدم زوال العيب قبل علم المشتري به. ولكن فيه: أنه على القول بأن زوال العيب بعد العلم به لا يسقط الخيار ـ كما هو محل الكلام ـ لو كان المراد أن سبب الخيار أو شرطه هو علم المشتري بالعيب حال وجود العيب، فأصالة بقاء العيب لا يثبت علم المشتري به حال وجوده ليثبت به الخيار.

وإذا عرفت عدم تمامية هذا الأصل الموضوعي، فإذاً المرجع أصالة بقاء الخيار على القول بأن الخيار يحدث من أول زمان صدور العقد وأصالة عدم حدوث الخيار على القول بأنه يحدث بعد العلم بالعيب.

[الاختلاف في كون الزائل هو القديم أو الحادث]

قوله: فمقتضى القاعدة بقاء القديم[2].. اه.

أقول: في صورة حدث عيب آخر وزال أحدهما وكان مفروض الكلام في صورة لا يؤثر العيب الجديد في الخيار ـ بخلاف بقاء العيب القديم ـ فالأصول

---

١) كتاب المكاسب ٣٤٧/٥، لو اختلفا في زوال العيب قبل علم المشتري أو بعده.

٢) كتاب المكاسب ٣٤٧/٥، لو اختلفا في كون الزائل هو القديم أو الحادث.

الأولية التي تقدمت في المسألة السابقة تجري هنا في الجملة إلا أن الكلام في جريان هذا الأصل الموضوعي الذي ذكره المصنف (ره)، حيث إنه لو جرى يكون مقدماً عليها، فنقول: إن هذا الأصل يجري لو كان ثبوت الخيار أو بقاؤه أثراً لمجرد بقاء العيب القديم من دون اشتراط العلم به حال وجوده التي تقدمت الكلام فيه. وتقدم أن العلم به من المشتري حال وجوده سبب أو شرط لحدوث الخيار، فكلام المصنف هنا منافٍ لما تقدم.

ثم هذا الأصل لو جرى، فلا يعارض بأصالة بقاء العيب الجديد بعد أنه لا أثر للمستصحب بنفسه ولا يحرز به زوال العيب القديم إلا بالأصل المثبت الذي لا نقول به؛ لأن أصالة عدم أحد الضدين لا يثبت / ٢٢٦ / وجود الضد الآخر إلا من جهة الملازمة الواقعية، فيصير الأصل مثبتاً.

[لو ادعى البايع حدوث العيب عند المشتري]

قوله: بل المسقط هو حدوث العيب[1] .. اه.

يعني أن الأصل لا يثبت التأخر.

إن قلت: لو كان النزاع في زيادة الأرش، فنفس أصالة عدم التقدم يثبت عدم زيادة الأرش؛ لأنه أثر لنفس عدم التقدم، وعليه نقول: ان عدم زيادة الأرش ملازم لسقوطه.

قلت: لا مانع من التفكيك بين المتلازمين بالأصول، ونفس الأصل لا يثبت اللازم.

[فروع في تنازع البايع والمشتري]

قوله: ثم قال في الدروس[2] .. اه.

---

١) كتاب المكاسب ٣٤٩/٥، لو ادعى البايع حدوث العيب عند المشتري.

٢) الدروس ٢٨٩/٣، فروع في تنازع البايع والمشتري.

أقول: لو كان مراد الشهيد (ره) أن يكون فى نفس الزيادة، فلا إشكال في جريان أصالة عدم الزيادة، فلا يحتمل إلا تقدم قول المشتري كما قاله المصنف وإن كان مراده ما حمل المصنف كلامه عليه من أنه يكون عيب زائد غير المتفق عليه موجوداً ويكون الإختلاف في سبقه وتأخره.

وعليه فاحتمال تقدم قول المشتري من جهة احتمال عدم جريان أصالة عدم التقدم هنا ـ كما منعه المصنف سابقاً أيضاً ـ فحينئذٍ يجري الأصل الحكمي وهو أصالة عدم المسقط؛ لكن نظر الشهيد ليس إلى ما تقدم من المصنف؛ إذ عليه يرتفع الفرق بين هذا الفرض وفرضه السابق.

ولعلّ نظر الشهيد إلى أنه في الفرض السابق واللاحق كان الكلام في التقدم والتقدم بالنسبة إلى العيب الموجود كان غير العيب المتفق عليه، إلّا أن العيب في السابق كان من غير جنس العيب المتفق عليه، وهنا كان من جنسه. ومنه عبّر عنه بالزيادة.

وفي صورة كان من جنسه احتمل أن الزيادة لم يكن مؤثراً في سقوط الخيار رأساً، ومنه وجد الإحتمالان.

[اختلاف البايع والمشتري في البراءة]

قوله: الرابعة: لو اختلف في البراءة[1] .. إلخ.

أقول: بعد أن مقتضىٰ القاعدة ثبوت الخيار من جهة أصالة عدم البراءة من العيوب يورد على الخبر إشكالان:

الأول أنه دل على تقديم منكر الخيار، وتوجيه أن منكر الخيار في مورد الخبر يكون قوله مطابقاً للظاهر الذي دلّ نفس هذا على حجيته، فليس الخبر على خلاف القاعدة كما قاله الأردبيلي.

---

١) كتاب المكاسب ٣٤٩/٥، لو اختلفا في البراءة.

نعم، لا يناسب جعل الخبر مؤيداً لقاعدة «البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر» كما عن صاحب الكفاية، لوضوح أن مجرد أن الخبر ينطبق مع القاعدة ليس مؤيداً للقاعدة بعد أنه ليس في الخبر إشارة إلى القاعدة بوجه؛ فتأمل.

الثاني أن ظاهر الخبر صحة شرط التبري ولو لم يذكر في متن العقد، بل ذكر قبله.

وجوابه الأول عن هذا الإشكال أن نلتزم بكفاية تقدم الشرط على العقد بعد وقوع العقد مبنياً عليه كما تقدم في باب الشروط.

أقول: لو قلنا في الشروط التي من قبيل الإلتزام بالفعل أو الترك أو أنه يرجع إلى ذلك من أنه لا يصح ما لم يذكر في متن العقد أيضاً لا نقول بمثل ذلك في المقام الذي يكون الفرض من الشرط مجرد رفع تعهد البايع بصحة المبيع الذي كان مقتضى أصالة السلامة؛ لوضوح أنه لا فرق في ذلك بعد أن يذكر مثل هذا الشرط قبل العقد، ثمّ وقع العقد مبنياً عليه وبين أن يذكر في متن كما أن الأخبار التي تدلّ على صحة شرط التبري يكون لها الإطلاق من هذه الجهات، بل المتعارف ذكر ذلك قبل العقد.

وليس في كلمات العلماء تعرض لاشتراط أن يكون ذكر هذا الشرط في متن العقد، بل من قال باشتراط أن يكون الشرط مذكوراً في متن لا يشمل لوضوح أنه ليس المراد إلا ما يكون فيه التزام على فعل أو ترك بوجه من الوجوه، لا كلّ ما يعبر عنه بالشرط ولو في بعض الموارد أو يطلق عليه لفظ الشرط.

[الحلف على نفي العلم]

قوله: ثمّ الحلف هنا على نفي العلم.. اه.

أقول: أولاً لا يخفىٰ أنه لو كان نفي الخيار معلقاً على عدم علم المشتري بالبراءة، فالحلف على نفي العلم حلف على البتّ، فيكون على طبق القاعدة،

وليس من الحلف على نفي العلم الذي لم يثبت إلا في بعض الموارد أو لم يثبت مطلقاً كما فعله في الجواهر عن روض الجنان ظاهراً.

وثانياً لابدّ أن يكون المراد الحلف على نفي العلم بالبراءة في زمان صدور العقد؛ لوضوح عدم مدخلية نفي العلم في زمان الحلف في الحكم.

وثالثاً إن مقتضى الأخبار والإجماع أن البراءة من العيوب موجب لرفع خيار المشتري.

نعم، من الواضح أن المراد هو البراءة التي يسمعها المشتري. وعليه فلابدّ أن يكون الحلف على المقيد أي البراءة المعلومة.

[ادعاء رضى المشتري]

قوله: لو ادعى البايع رضى المشتري.. اه.

أقول: كلامه مبني على أن رضى المشتري مسقط للخيار، وكذلك مطلق التصرف ولولم يكن مغيراً كسائر المسقطات التي أشار إليها، وتقدم الكلام في ذلك. وبناءً على عدم كون الرضى مسقطاً أو مطلق التصرف، فادعوا أنه من البايع غير مثمر لا يحتاج إلى حلف المشتري أيضاً.

قوله: ولو وجد في المعيب عيباً اختلف.. اه.

أقول: تقدم حكم ذلك وأن المرجع الأصل الموضوعي أو الحكمي، لكن تقدم أن كون الأصل الحكمي هو استصحاب الخيار مبني على القول بأن حدوث الخيار عند العقد، وأما لو كان حدوثه بعد العلم بالعيب فيكون الأصل مع البايع من وجهين.

قوله: وفي الدروس[1] أنه يمكن جعل إقراره إنشاءً.. اه.

أقول: يحتمل أن يكون نظره إلى ما ذكره المصنف من أنه كان مبنياً على قاعدة «**من ملك شيئاً ملك الإقرار به**» التي كتب المصنف فيها رسالة، والمراد أنه لما يكون المشتري مالكاً لإنشاء الفسخ فيكون إخباره عن الإنشاء حجة في ثبوته. ويحتمل أن يكون نظره إلى أن نفس إقراره إنشاء، وهو الأظهر من عبارته نظير ما يقولون: إن الزوج لو قال في العدة «إني رجعت إلى الزوجة» قُبل ذلك. فهذا الكلام منه رجوع وإن لم يصدر منه الرجوع سابقاً؛ لأنه يفهم منه عرفاً التزامه بها.

[ادعاء علم المشتري بالفسخ]

قوله: إن ادعى عليه علمه بالفسخ.. اه.

أقول: يجوز أن يكون مراده لما يكون الدعوى على فعل الغير، فلا يسمع الدعوى بدون البيّنة ما لم يدّع المدعي علم المنكر بهْ وحينئذٍ يحلف المنكر على عدم علمه به، فيقطع الدعوى.

نظير ما لو ادعى على المورّث فلا يحلف الوارث إلا أن يدعى علم الوارث به، فيحلف الوارث على نفي العلم وإن قلنا إنه يمكن له الإدعاء على نفس الوارث بوجه صحيح ولو كان منشأه ما يعلم من نفسه من مورّثهم. ويجوز أن يكون نظره إلى مجرد أنه لو ادعى علم البايع بالفسخ، فيحلف البايع على نفي العلم وإلا يكون له دعوى نفس الفسخ أيضاً.

فحينئذٍ لو أجاب البايع بعدم الفسخ، فلابدّ أن يحلف على البتّ، وأما لو أجاب البايع بأني لا أعلم الفسخ، فهنا مورد النزاع المعروف من أنه هل يجوز الحلف على نفي العلم أم لا؟ وأنه على عدم الجواز، أي شيء يصنع؟ وتقدم الكلام فيه مفصلاً.

إن قلت: إنه في نفس الفرض الأول يكون انحلال العقد بنفس الفسخ، فأي

---

١) الدروس ٣/٢٨٦، التراضي في خيار العيب وأحكام الفسخ به.

فائدة في الحلف على نفي العلم؟

قلت: يجوز أن يكون ما وجهه ما ذكره بعضهم في تصحيح الحلف على نفي العلم كما تقدم، وهو أن للمدعي دعويين:

أحدهما نفس الفسخ، وهو يقتضي ثبوت نفس الواقع على المنكر، ولا يقتضي ثبوت التكليف الفعلي، حيث إن الأصل مع المنكر، وهو يقتضي نفي التكليف الفعلي عليه.

وثانيهما علم البايع بالفسخ، وهو يقتضي ثبوت التكليف الفعلي أيضاً على البايع. فإذا حلف على نفي العلم، فهذا يرفع مجرد التكليف الفعلي عنه ولا يرفع نفس الواقع عنه حتى لا يجوز الدعوى بعده.

[لو ادعى المشتري الفسخَ والبايع عدم العلم به]

قوله: إن ادعى عليه[1].. اه.

أقول: وأما لو ادعى المشتري نفس الفسخ وادعى البايع عدم علمه بالفسخ، فهنا محل النزاع من أن هنا مورد الحلف على نفي العلم أم لا وأنه على فرض عدم صحة الحلف على نفي العلم أي شيء يفعل؟

وتقدم الكلام فيه.

في النزاع في الفسخ أو تقدمه حتى يؤثر في رفع العقد أو تأخره

قوله: أم لا، لإقراره بالفسخ.. اه.

أقول: المشتري لمّا ادعى الفسخ، فيكون هذا منه إقراراً بعدم ثبوت اختيار الأرش له، فليس له اختيار الأرش بمقتضى إقراره والأرش لا يثبت للمشتري إلا

---

١) كتاب المكاسب ٣٥٣/٥، لو كان الخيار منقضياً.

بعد اختياره للأرش.

نعم، لو قال «اخترت» ولو لم يكن له ذلك، فيحصل العلم الإجمالي بأحد الأمرين واقعاً من لزوم دفع البايع إليه الأرش والثمن إذا لم يحتمل إسقاط حق الرد والأرش.

ولعله لأجل هذا العلم الإجمالي حكم في الدروس بلزوم دفع أقلّ الأمرين من الأرش ومن زيادة الثمن على قيمة المبيع إليه.

قوله: لأصالة بقاء العقد.. اه.

أقول: أما ما يثبت اللزوم حتى يصير البايع منكراً أصل اللزوم التي تقدم الكلام فيه، ويعبّر عنه بأصالة بقاء العقد. وكذا أصالة عدم حدوث الفسخ في الزمان الأول.

وليس هذا الأصل مثبتاً بعد أنه ليس المطلب متوقفاً على إثبات نفس تأخر زمان الفسخ /٢٢٧/ لأن التأخر لا أثر له في المقام وإنما الأثر مترتب على مجرد عدم صدور الفسخ في الزمان الأول، نظير ما استصحب الطهاره في الزمان الأول لتترتب صحة الصلاة التي وقعت فيه من دون حاجة إلى إثبات أنه كان ارتفاع الطهارة في الزمان المتأخر في صورة علم بارتفاع الطهارة في أحد الزمانين.

وأما ما يثبت ارتفاع العقد ليصير المنكر هو المشتري، فأصالة صحة الفسخ.

ولا يخفىٰ أن أصالة الصحة لو جرت، فتكون مقدمة على الأصلين الأولين كما أوضحناه في محله، إلّا أن الإشكال في أصل جريانها؛ لأن الفسخ لو صدر بعد الزمان الأول فذلك ليس بفسخ، فيكون الشك في وجود الفسخ، لا في صحته.

وإن شئت قل: إن الشك في الصحة هنا ناشٍ من الشك في الأركان، ونحن منعنا في مسألة أصالة الصحة جريان هذا الأصل مع الشك في الأركان في أمثال المقام.

[النزاع في تأخر الفسخ عن أول الوقت]

قوله: ولو كان منشأ النزاع[١] .. اه.

أقول: في صورة علمنا زمان الفسخ وشككنا في زمان العقد وعلمنا أنه لو صدر العقد في الزمان المتأخر فكان الفسخ مؤثراً في رفع العقد، نقول: أما الفسخ لما علم زمان / ٢٢٨ / حدوثه، فلا يجري فيه الأصل، وأما العقد لما يكون تاريخه مشكوكاً فيمكن إجراء الأصل فيه، إلا أن جريان الأصل فيه موقوف على أن يثبت به ما كان الأثر مترتّباً عليه من صدور الفسخ في أول زمان الإلتفات إلى العيب كما هو المفروض من أن ارتفاع العقد بذلك.

وعلى هذا نقول: أصالة عدم صدور العقد في الزمان الأول لا يترتب عليه أن الفسخ وقع في الزمان الأول الذي التفت إلى العيب بالملازمة الواقعية التي نعلم وجودها في البين، فيصير الأصل مثبتاً، فيصير المرجع أصالة اللزوم، وهو من طرف البايع. ولا تعارضه أصالة صحة الفسخ لما تقدم ما فيها في الفرض الأول من المسألة.

في منع كون الظاهر مطلقاً مقدماً على الأصل في باب القضاء

قوله: الثالثة: لو ادعى المشتري الجهل[٢] .. اه.

أقول: حكم نفس هذا المسألة قد علم من نظائره فيما تقدّم.

وأما ما ادعي فيها من أنه لا يقبل قول المشتري في الجهل بالخيار إلا إذا أنشأ في بلد لا يعرفون الأحكام فنقول: أما لو حصل العلم بكذبه وإلا فيصر مبنيّاً على تقدم الظاهر على الأصل مطلقاً وليس عليه دليل، بل تقدّم الظاهر على الأصل في

---

١) كتاب المكاسب ٣٥٤/٥، لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت.

٢) كتاب المكاسب ٣٥٤/٥، لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته.

صورة قام الدليل على حجيته بنحو الإطلاق كما في ظواهر الألفاظ أو في خصوص المورد، كما ادعى ذلك فيما يختص بكل واحد من الزوجين عند النزاع في متاع البيت.

/ ٢٢٩ / نعم، في المقام لو حصل الإطمينان بكذب المشتري أيضاً لم يبعد بناء العقلاء على العمل بمثله.

إن قلت: توقف الحكم على العلم به أو الجهل به يوجب الدور، وعليه نقول: توقف الفورية على العلم بها دور.

نعم، توقف الفورية على العلم بنفس الخيار ليس بدور لاختلاف النسبة.

قلت: يمكن رفع الدور في أصل مسألة التخطئة والتصويب كما تعرضنا له في مسألة الإجزاء بالتزام شيء سوى الحكم الفعلي تحكي الأمارة عنه ويتعلق العلم أو الظن به كمصلحة الحكم أو كتبه أو إنشاءه. فيصير تعلق الأمارة به أو العلم أو الظن به سبباً لوجود الحكم فعلاً.

ومنه قلنا هناك: إنه يمكن أن يكون النزاع بين الفريقين لفظاً لوضوح عدم حكم فعلي قبل ذلك والمصوبة لا ينكرون المصوبة شيئاً آخر قبل ذلك. وعلى ذلك يمكن رفع الدور في المقام.

ثمّ المقصود هنا مجرد رفع الإستحالة، وإلا فنحن قلنا بثبوت الخيار مطلقاً، سواء أخر الفسخ أم لا، مع العلم بالخيار وجهله.

في ماهية العيب التي يترتب عليه الخيار والأرش

قوله: القول في ماهية العيب إلى قوله: فالظاهر من اللغة والعرف[1] .. اه.

أقول: نحن في المقام:

---

١) كتاب المكاسب ٣٥٥/٥، القول في ماهية العيب.

إما أن نقول باعتبار مرسلة السياري[١] الحاكية لقصة إبن أبـي ليـلى بـدعوى انجبار ضعفه بعمل الأصحاب نظراً إلى أن كل من قال من أن ما كان مـن أصـل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب أو قال بما يرجع إلى ذلك، يكون اتكاله على هذه المرسلة كما يدعيه في الجواهر[٢]، ونقول بعد اعتبار سنده: إنه لا إشكال في دلالته على أن المدار على الزيادة والنقيصة عن الخلقه الأصلية.

وإما أن نقول بعدم اعتبار سند هذا الخبر أو عدم دلالته على ما ينافي أن العيب هو ما يصدق العيب عليه عرفاً كما يدعيه المصنف (ره).

أما على الأول فنقول: إن الخبر يتعرض لما يكون مخلوقاً من الإنسان والحيوان وغيرهما في الجملة بعد عدم الحصر فيه، دون ما كان من قـبيل الأراضـي التـي يضرب عليها الخراج أو يكون معرضاً لبعض الآفات التي لا دخـل لهـا بـخلقته الأصلية، فإن الظاهر عدم تعرض هذا الخبر لحال أمثال ذلك.

---

١) الكافي ٢١٦/٥، باب من يشتري الرقيق فيظهر به عيب وما يرد منه وما لا يرد، ح ١٢، والرواية هي: «الحسين بن محمد عن السياري قال: قال: روي عن ابن أبي ليلى أنه قدم إليه رجل خصماً له فقال: إن هذا باعني هذه الجارية، فلم أجد على ركبها حين كشفتها شعراً وزعمك أنه لم يكن لها قط.

قال: فقال له إبن أبي ليلى: إن الناس ليحتالون لهذا بالحيل حتى يذهبوا به فما الذي كرهت؟

قال: أيها القاضي إن كان عيباً فاقض لي به.

قال: حتى أخرج إليك فإني أجد أذىً في بطني.

ثم دخل وخرج من باب آخر فأتى محمد بن مسلم الثقفي، فقال له: أي شيء تروون عن أبي جعفر عليه السلام في المرأة لا يكون على ركبها شعر، أيكون ذلك عيباً؟

فقال له محمد بن مسلم: أما هذا نصاً فلا أعرفه ولكن حدثني أبوجعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: كلما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب.

فقال له إبن أبي ليلى: حسبك.

ثم رجع إلى القوم فقضى لهم بالعيب».

٢) جواهر الكلام ٢٥٨/٢٣، في بيان ما هو الضابط في العيوب.

وعلى هذا نقول: أما فيما يكون الخبر متعرضاً له مما يكون مخلوقاً، يكـون المدار في تحقق العيب على الزيادة والنقصان عن مقتضىٰ الخلقة الأصلية.

نعم، بعض الزيادات كزيادة بعض الأسنان أو الثالول أو زيادة شعر الأهـداب والحواجب وشبه ذلك / ٢٣٠ / لا يعدّ زيادة عن الخلقة الأصلية عرفاً، كما أن بعض النقايص أيضاً لا يعدّ نقصاناً عن الخلفة الأصلية لمسامحة العرف في أشباه ذلك ولا يعتنىٰ بوجودها وعدمها.

في بيان العيب بمقتضى الخبر ومقتضى العرف وأن الإختلاف بينهما ثابت وأن المرجع العرف

لكن على هذا، ففيما يعدّ زيادة ونقيصة عن الخلقة الأصلية عرفاً لو كان موجباً لنقصان المالية، فلا إشكال في أنه يوجب الرد والأرش، سواء كانت العادة الغالبة على عدم هذه الزيادة والنقيصة أم لا، بل كانت الغلبة بالعكس كالثيبوبة في الإماء.

نعم، قد يدعى أن غلبة الثيبوبة في الإماء مع فرض إطلاق العقد بمنزلة تبري البايع من هذا العيب، فلا يوجب ثيبوبة الإماء للخيار والأرش.

نعم، لو اشترط البكارة، فيثبت خيار العيب مع التخلف، لا خيار تخلف الشرط. وتقدم الكلام في شرط عدم العيب فى أول مسألة خيار العيب.

وأما ما يعدّ زيادة ونقيصة عن الخلقة الأصلية، لو لم يوجب نقصان المالية أو يوجب زيادة المالية كالختان في العبيد والخصاء فيهم وعدم شعر العانة للإماء ـ لو فرضنا ـ يوجب زيادة المالية، فلا إشكال في عدم الأرش هنا لما تقدم من أنه غير ممكن هنا.

[ثبوت خيار الرد]

وأما خيار / ٢٣١ / الرد فمقتضى القاعدة ثبوته إلا أن يكون الفرض في صورة

كانت العادة الغالبة ثبوت هذه الزيادة والنقيصة وقلنا: إن الغلبة مع إطلاق العقد بمنزلة التبري من هذا العيب.

وأما فيما لا يكون الخبر متعرّضاً له، مثل الأراضي بالنسبة إلى الخراج وكونها معرضاً للآفات، فهنا يلاحظ صدق العيب عرفاً وعدمه؛ لأنه ليس شيء آخر هنا، وهنا يلاحظ العادة الغالبة، فإنه مع وجودها لا يعدّ عيباً.

وهل المدار على ملاحظة الغلبة في النوع أو الصنف؟ الظاهر الثاني لصدق العيب مع تخلفه مما يوجب نقصان المالية. والمدار على ملاحظة صدق العيب عرفاً، ومنه لا يعدّ عيباً هنا كل عارضة لا يوجب نقصان المالية بوجه من الوجوه.

وأما لو طرحنا المرسلة وقلنا إنه ليس بحجة أو إنه لا يدل على خلاف ما يفهمه العرف من لفظ العيب، فنقول: إنه يصير المدار في تحقق العيب في المخلوق أيضاً على صدق العيب عرفاً.

فعلى هذا نقول: كل زيادة أو نقيصة عن الطبيعة الأصلية إنما يكون عيباً إذا أوجب نقصاً في المالية ولو من جهة غلبة الرغبات دون ما لايوجب ذلك بوجه / ٢٣٢ / فضلاً عما يوجب منها زيادة المالية كالختان والخصاء.

وكذلك لا يعدّ عيباً ما يوجب نقصان المالية مما تكون العادة* الغالبة على

---

*) فتلخّص أن الفرق بين أن نقول: إن العيب موضوع شرعي ثبت بالمرسلة وبين أن نقول: إنه لابدّ من الرجوع إلى العرف في أصل صدق العيب في موضعين:

الأول أنه في النقيصة أو الزيادة في نفس الخلقة لا يلاحظ كون ذلك على طبق العادة الغالبة أو خلافها في إجراء حكم العيب عليه، بناء على كون الموضوع شرعياً مستفاداً من المرسلة. وهذا بخلاف ما لو كان المرجع العرف في أصل صدق العيب، فلا يصدق العيب إذا كانت الزيادة أو النقيصة على طبق العادة الغالبة كالثيبوبة في الإماء.

وما يستفاد من المصنف من أن غلبة الثيبوبة من إطلاق العقد يرجع إلى الإلتزام بالبراءة من العيب المشار إليه، فمع ما فيه من المنع، أن ذلك لم يرفع الإختلاف بين الطريقتين في معنى العيب.

الثاني أنه بالنسبة إلى مورد تصدى الخبر له من الزيادة والنقيصة عن الخلقة الأصلية لو

فرضنا صدق الزيادة والنقيصة عرفاً ، فلا فرق بين أن يوجبا ذلك لنقصان في المالية على كون الموضوع شرعياً . وأما على كون الموضوع عرفياً ، فلابدّ أن يوجبا ذلك لنقصان في المالية .

فتارة أورد عليه بأنه مع عدم كونهما موجباً لنقص المالية أيضاً يصدق العيب عرفاً ؛ لأن ما كان في أصل الخلقة إذا كان مما يرغب فيه نوعاً بحيث إذا زاد أو نقص لا يرغب إليه النوع ، فهو معنى العيب عرفاً . وهو صادق في الخصي ولو لم يوجب الخصاء لنقصان ماليته لو صرح أن الخصاء لا يرغب فيه النوع ، بل الراغب فيه قليل كالأمراء والسلاطين لأغراض صحيحة أو فاسدة .

وفيه : أنه لو كان الغرض إثبات أن كل ما نقص عن الخلقة الأصلية يصدق عليه العيب عرفاً أيضاً ، لعدم رغبة النوع فيه ، فيرد عليه : أنه لا يجري في الأمة التي ليس لها شعر العانة إلى غير ذلك ، غير الخصي .

وثانياً ليس المدار في رغبة النوع حاجة كل شخص إليه بنفسه ، بل يكفي في ذلك رغبة النوع إليه للتجارة .

وهو يحصل بأن يبذل طائفة معتنى بها الثمن الكثير بإزائه فيصير ذلك سبباً لبذل الثمن لنوع الناس بإزائه لأن يبيعوا منهم . وهذا يوجب لزيادة ماليته ، سواء كان غرض تلك الطائفة أغراض فاسدة أو أغراض صحيحة بعد أنه تكون أغراض صحيحة كما تقدم ذلك في شرح كلام المصنف سابقاً .

وتارة أورد عليه المصنف بعكس الإيراد السابق ، وهو أنه يسلّم أن العيب عرفاً هو الزيادة أو النقيصة الموجبة لنقصان القيمة ، إلا أنه يقول : إن مفاد الخبر أيضاً ذلك وأن المراد ليس كل زيادة ونقيصة عن أصل الخلقة ، بل ما يوجب منهما لنقص القيمة ، لوضوح أن الختان وحدّة البصر ومعرفة الصنعة والطبخ وحلق الرأس ليس عيباً .

وفيه : أن معرفة الصنعة والطبخ مما يكون من قبيل فعلية القوى الموجودة في الإنسان لا يعدّ أنه زائد عن الخلقة الأصلية ، كما أن الختان لا يصدق عليه النقيصة ، حيث إنه من قبل الإصلاح .

ومنه يكون عدم الختان عيباً ولو في الكبير . ومثله حلق الرأس في الرجل .

وأما حدّة البصر ، فهو ضد العيب ، فلا يتوهم كون الخبر شاملاً له ، لوضوح أن بيان الميزان للعيب إنما هو للموارد الغير الواضحة .

نعم ، الظاهر من الخبر هو الزيادة أو النقيصة عن أصل الخلقة إذا كانت تلك الزيادة أو النقيصة موجبةً لنقص في ذلك المخلوق ، سواء صار ذلك موجباً لزيادة القيمة لبعض

ثبوت ذلك النقصان كالثيبوبة في الإماء.

في عدم انجبار مرسلة السياري وأنها تدلّ على خلاف العرف لكن المرجع العرف لعدم اعتبار المرسلة

بقي الكلام في المبنى المشار إليه من أن مرسلة السياري معتبرة، وتدل على خلاف ما هو معنى العيب عرفاً أم لا؟ فنقول:

أما اعتبارها فبدعوى انجبارها بعمل الأصحاب كما في الجواهر[1] نظراً إلى أن كل من فسّر العيب بما هو مضمون الخبر أو بما يرجع إليه يكون عاملاً بهذا الخبر، ولكن فيه ـ مع أن كثيراً منهم لا يرجع ما ذكروه في معنى العيب إلى ما هو مضمون هذا الخبر، كما لا يخفى على المتأمل فيما ذكرناه في معنى الخبر وفيما ذكروه في معنى العيب كما أن المصنف (ره) نقل كثيراً من كلماتهم هنا إلى قبل التعرض لأفراد العيوب ـ أن من المحتمل أن من عبّر بما هو مضمون الخبر أو بعض منهم، نظرهم إلى أن المعنى العرفي للعيب ذلك كما أن المصنف (ره) فسّر معنى العيب بذلك في كلامه وادعى أن مراد القوم ذلك وإن اختار في آخر كلامه مدخلية نقصان المالية في تحقق معنى العيب عرفاً، بل ادعى أن الخبر أيضاً ليس منافياً للمعنى العرفي للعيب في المقامين.

/ ٢٣٣ / ثمّ إنه بعد أنه ثبت أنه عيب، فلا فرق بين ترتب الخيار عليه أو سائر أحكام العيب حيث إن الخبر مطلق وإن كان تمسك إبن أبي ليلى به في خصوص

الدواعي أم لا.

وأما العيب العرفي، فلا يحقق بمجرد ذلك ما لم يوجب قلّة المالية أو قلّة الرغبات. (منه قدس سره).

١) جواهر الكلام ٢٣/٢٥٨، في بيان ما هو الضابط في العيوب.

الخيار.

في أن المرض عيب وفي بعض أفراده تأمل

/ ٢٣٤ / **قوله: مسألة: لا إشكال ولا خلاف في كون المرض**[١] .. اه.

أقول: أغلب الأمراض التي يعدونها في المقام يكون من العيوب، سواء قلنا: إن العيب هو معناه العرفي أو قلنا: إنه ما نقص أو زاد عن الخلقة الأصلية، بعد أن المرض مطلقاً ليس من مقتضىٰ الطبيعة التي تكون الخلقة الأصلية عليها.

نعم، مثل حمّى يوم لاسيما بعض المراتب الضعيفة منه مع فرض أنه يزول من يقومه لا يعدّ عيباً على الطريقين؛ لأنه لا يعدّ عيباً عرفاً والعرف أيضاً يتسامح، فيقول: إنه لم ينقص عن الخلقة الأصلية.

وعلى هذا فلو كان إجماع على ثبوت الخيار به، وإلا فهو ممنوع.

في أن الحمل عيب لو كان للبايع ولا ينافي مع عدم كونه مانعاً من الرد

قوله: مسألة: الحمل عيب في الإماء[٢] .. اه.

أقول: الحبل في الإماء مانع عن بعض الخدمات وعن الحمل في زمان يكون حاملاً، بل ومعرض للهلاك ولكن مع ذلك ليس ذلك نقصاً في خلقتها الأصلية، فليس ذلك عيباً بمقتضى المرسلة السابقة إلا أنه يعد ذلك عيباً عند العرف الذي عرفت أنه المرجع ولو من جهة الممنوعية عن بعض الخدمات والممنوعية عن الحمل.

---

١) كتاب المكاسب ٣٦٥/٥، مسألة: عدم الخلاف في كون المرض عيباً.

٢) كتاب المكاسب ٣٦٦/٥، مسألة: الحبل عيب في الإماء.

[الفرق بين الإنسان والحيوان في الحمل والحبل]

والظاهر انه لا فرق في ذلك بين الإنسان والحيوان كما عن المحقق (ره).

نعم، لو كان الحمل / ٢٣٥ / داخلاً في المبيع، فلا يعد الحمل عيباً، لا أنه عيب وزيادة من جهة أخرى، بل الزياة مانعة من صدق العيب عرفاً على هذا المبيع.

ثم إنه بناءً على كون الحمل عيباً قد يقال: إنها لو حملت عند المشتري، فلابدّ من أن يمنع ذلك من الرد بالعيب السابق مع أن كثيراً ممّن صرّح بكون الحمل في المبيع عيباً بنفسه، منع من كون الحمل عند المشتري مانعاً من الرد بالعيب السابق، إلا أن يحصل فيها نقص من جهة الحمل والولادة أو وقع التصرف من المشتري لكون الوطي من المشتري أو أنه أهمل المراعاة حتى ضربه الفحل، ولازم ذلك أن لا يكون نفس الحمل عيباً، بل العيب هو النقص الحادث بالحمل والولادة.

/ ٢٣٦ / فملخص الإشكال أن قولهم بجواز الرد لو لم ينقص بالحمل ولم يقع التصرف من المشتري منافٍ للأخبار المتقدمة في ردّ الجارية الحامل الموطوءة لدلالتها على كون الحمل عيباً، فلابدّ أن يكون الحمل عند المشتري أيضاً مانعاً من الرد وللإجماع على كون الحمل عيباً يردّ منه، فلابدّ من أن يمنع من الردّ أيضاً إذا حدث عند المشتري.

في أن الحمل عند المشتري بنفسه مانع عن الرد بمقتضى قول المشهور وما ذكر على خلافه فاسد بنفسه أو بمبناه

ثمّ لا يخفىٰ أن مقتضىٰ القاعدة ـ كما أشار إليه المصنف (ره) ـ أن نقول: كل مورد قلنا بكون الحمل عيباً في الأمة أو هي مع البهيمة ـ كما تقدم ـ فلابدّ من أن نقول: ليس للمشتري الرد في زمان الحمل قطعاً. وأما بعد وضع الحمل وعدم حصول النقص للمبيع بالحمل والولادة، فمبني على القول بأن العيب الحادث إذا

زال يعود الخيار أم لا؟

ثم لا يخفىٰ أن الحمل وإن قلنا إنه / ٢٣٧ / ربما لا يكون عيباً إلا أنه من جهة صيرورة الحمل جزء المبيع، وعلىٰ هذا فالحمل في المقام دائماً يكون عيباً، لأن الحمل هنا للمشتري ولا وجه لرجوعه إلى البايع، فيكون ردّ الحامل إلى البايع ضرراً على البايع كما هو احد الوجهين لكون حدوث الحدث عند المشتري مانعاً من الرد.

وأما وجهه الآخر وهو عدم قيام العين بحالة ـ كما هو مقتضىٰ مرسلة جميل ـ فلا يجري في القيام؛ لأنه بعد الحمل أيضاً يكون العين بحالها؛ فتأمل.

ومما ذكرنا ظهر من أنه لو قلنا بأن الحامل يرد إلى البايع مع حمله، إما على قول الشيخ (ره) من أن المبيع في زمان الخيار لم يخرج من ملك البايع أو بغير هذا الوجه، فلابدّ من أن نقول: إن مجرد الحمل لم يمنع من الرد.

وأما ما عن الإيضاح للوجه لعدم كون الحمل عند المشتري مانعاً من الرد من قياس الحمل بالثمرة المتجددة على الشجرة وبما لو أطار الريح الثوب في الدار المبتاعة فهو كما ترى*.

---

*) ومرجع كلام الإيضاح إلى منع كون الحمل عيباً مثل ظاهر التعليل المنقول عن القواعد بقوله، لأن الحمل زيادة يعني زاد في المبيع شيئاً فهو ليس بنقص وعيب.

ويمكن أن يكون كلام الإيضاح مبنيّاً على رجوع الحمل أيضاً إلى البايع كما أنه كان وجهاً آخر لعدم كون الحمل عند المشتري عيباً نظير صورة كان الحمل جزء المبيع. وتقدم في المتن أنه على هذا الفرض ليس عيباً فى المبيع في أصل البيع.

ثمّ بعض كلماتهم قابل لتوجيه ثالث وهو أن الحمل في غير الأمة ليس عيباً رأساً، لا في صورة كان في المبيع أولاً ولا في صورة حدث عند المشتري، فلا يمنع بنفسه من الرد إلا أن يوجب نقصاً.

وقد يوجّه كلماتهم بتوجيه رابع وهو أن الحمل على القول بكونه عيباً أيضاً إنما كان عيباً من جهة كون الحامل معرضاً للهلاك أو أنها تضعف في الخدمة وغير ذلك من العوارض. وعليه لا مانع من تعليل المانعية من الرد بالنقص الحاصل من الحمل.

في أن الثيبوبة ليست عيباً في الكبيرة، فلا يوجب الخيار

قوله: مسألة: الأكثر على أن الثيبوبة[1] .. اه.

أقول: الثيبوبة في الصغيرة التي كان الغالب فيها البكارة / ٢٣٨ / تكون عيباً بالمسلكين السابقين؛ أعني بمقتضى مرسلة السياري ويصدق العيب عليه عرفاً.

وأما الكبيرة التي كان الغالب فيها الثيبوبة تكون الثيبوبة فيها عيباً بمقتضى المرسلة، ونمنع كون غلبة الثيبوبة فيها بمنزلة علم المشتري بالعيب أو بمنزلة تبري البايع من العيب؛ لكنك عرفت ضعف المرسلة.

وأما على المسلك الحق من لزوم صدق العيب عرفاً، فغلبة الثيبوبة في الإماء يصير منشأً لعدم صدق العيب عرفاً على الثيبوبة في الإماء. فلو اشترط البكارة وظهر التخلف، فيثبت خيار تخلف الشرط ولا أرش.

نعم، خبر يونس ـ لو كان معتبراً بأن لم يكن عيب في سنده ولم يحصل الإعراض عنه من المشهور ـ يدلّ على ثبوت الأرش في هذا الفرض، فيخصّص القاعدة.

وأما رواية سماعة، فلا تدلّ على أن الثيبوبة ليست عيباً في الإماء كما أشار إليه مع أنه على فرض الدلالة مطابق لما قلنا من أن القاعدة تقتضيه.

ثمّ إن الثيبوبة كما لم يكن وجودها عيباً، فكذلك عدمها بطريق أولىٰ. / ٢٣٩ / فلو اشترط الثيبوبة فظهر[ت] البكارة، أيضاً يثبت خيار تخلف الشرط بعد أن هذا

وفيه: أنه من يجعل الحمل عيباً فإنما يجعل لأمور ملازم له مما لا ينقل عنه. وعليه لا يناسب أن يقال كما في عبارتهم « فإن تضصت بالحمل فلا ردّ وإلا يكون له الرد. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٣٧٢/٥، مسألة: هل الثيبوبة عيب في الإماء؟

الشرط من الشروط العقلائية؛ لأنه ربما يتعلق الغرض الصحيح بكون الأمة ثيّبة.

في أن كون عدم الختان عيباً مختصّ بمن كان الغالب فيه الختان

قوله: مسألة: ذكر في التذكرة[1][2].. اه.

أقول: أما الغير المجدّر فليس عيباً بالمسلكين، وليس خوف التلف فيه احتمالاً معتنى به. وأما الغير المختون فكونه عيباً ليس من جهة خوف التلف بل من جهة أن الختان يتوقف على مؤنة وفوات منافع أيام منه.

ثمّ إن عدم الختان ليس عيباً بمقتضى المرسلة، بل مدرك كونه عيباً من جهة صدق العرف، وصدق العيب علة عرفاً ناشٍ من جهة غلبة الختان في العبيد. ففي صورة لم تكن هذه الغلبة، فليس عيباً في نظر العرف أيضاً كما في الصغير الذي لم يغلب الختان فيه وكما في المجلوب من بلاد الشرك جديداً مع علم المشتري به، فإن هذا الصنف لم يغلب الختان فيهم، فلا يعدّ عدمه عيباً في نظر العرف.

في أن عدم الحيض عيب والمدار على أن يعدّه العرف عيباً

قوله: مسألة: عدم الحيض[3].. اه.

أقول: عدم الحيض ـ ممن شأنه الحيض ـ عيب بالمسلكين؛ مضافاً إلى الخبر الذي ذكره. فليس في الخبر دلالة على اعتبار عدم الحيض / ٢٤٠ / في ستة أشهر كما أشار إليه المصنف، فالمدار في ذلك أيضاً على ما يعدّه العرف عيباً.

---

١) تذكرة الفقهاء ١١/١٩٤، حكم الجارية لو كانت غير مختونة.

٢) كتاب المكاسب ٥/٣٧٥، مسألة: هل عدم الختان عيب في العبد؟

٣) كتاب المكاسب ٥/٣٧٧، مسألة: عدم الحيض ممن شأنها الحيض.

ثمّ إن من مسقطات الخيار التصرف، وتقدم منا أنه كل تصرف يصدق معه أنه أحدث في المبيع شيئاً، وكون الأمة عند المشتري ستة أشهر غير مستلزم لمثل هذا التصرف.

وأما من ادعى أن كل تصرف مسقط حتى مثل الأمر بإغلاق الباب، فهذا الخبر ردّه نظراً إلى أن بقاء الأمة عند المشتري ستة أشهر لا يخلو من مثل هذه التصرفات ـ كما تقدم الكلام فيه ـ.

في كون الإباق عيباً موجباً للرد والأرش

قوله: مسألة: الإباق عيب[1] .. اه.

أقول: هنا نتكلم تارة بمقتضى ما تقدم من القاعدة، وتارة بمقتضى الأخبار الواردة في خصوص الإباق:

أما الأول فنقول: إن مرسلة السياري لا تدل على كون الإباق عيباً؛ لأنه ليس في الآبق نقصان عن الخلقة الأصلية إلا بتعميم النقصان بنقصان الصفات أيضاً كما يلوح من الجواهر[2].

وفيه: أن النقصان عن الخلقة ظاهر في غير نقصان الصفات، كيف ويلزم التعميم القول بأن كل من ساء خلقه / ٢٤١ / من جهة، يعدّ معيوباً، ولا يلتزمه أحد.

نعم، تقدم أن هذا الخبر لا دلالة فيه على حصر العيب بالنقصان عن الخلقة الأصلية، فلا ينافي مع أن يكون شيئاً آخر عيباً.

وعلى هذا نقول: إن العبد الآبق يعدّ عند العرف معيوباً، فيكون الإباق عيباً في نظر العرف وهو كافٍ؛ لأن العيب الوارد في النصوص يؤخذ بمعناه العرفي.

---

١) كتاب المكاسب ٣٧٨/٥، مسألة: الإباق عيب بلا خلاف.

٢) جواهر الكلام ٢٥٨/٢٣، في بيان ما هو الضابط في العيوب.

ثمّ إن الإباق الذي يعدّ عيباً موجباً للخيار، هو ما لو حصل قبل البيع، وأما بعده فيكون حكمه حكم العيب الحادث عند المشتري.

ثمّ إن الإباق مرّة واحدة عند البايع من دون جهة معتنى بها من شدّة ضرب أو توعيد بعقوبة شديدة يكفي في عدّه عيباً.

وأما الثاني فنقول: في مرسلة إبن أبي حمزة «**ليس في الإباق عهدة**»، وظاهره نفي كونه في عهدة البايع بحيث يوجب خيار الرد أو الأرش للمشتري.

وأظهر منه خبر محمد بن قيس بلحاظ الإستثناء، حيث قال فيه: «**ليس في الإباق عهدة إلا أن يشترط المبتاع**»[1] إلا أنه ورد في خبر أبي همام[2] ـ وهو صحيح على ما قاله المصنف[3] (ره) ـ والجواهر[4] بعد السؤال من أن الإباق / ٢٤١ / من أحداث السنة أم لا، بأنه «**ليس الإباق من هذا، الا أن يقيم البيّنة أنه كان آبقاً عنده**».

وهذا الخبر لما يظهر منه التفصيل من أنه ليس من عيوب السنة ولكنّه عيب إن كان آبقاً عند البايع، فيكون أظهر من الخبرين الأولين اللذين أطلق فيهما بأنه ليس في الإباق عهدة، فيحملان على أن حدوث الإباق عند المشتري إلى سنة ليس على عهدة البايع كما في أحداث السنة.

---

١) الكافي ٢٠١/٦، باب الإباق، ح ١٠.

٢) الكافي ٢١٧/٥، باب من يشتري الرقيق فيظهر به عيب وما يرد منه وما لايرد، ح ١٧، والرواية هي: «محمد بن يحيى وغيره عن أحمد بن محمد عن أبي همام، قال: سمعت الرضا عليه السلام يقول: يرد المملوك من أحداث السنة من الجنون والجذام والبرص.

فقلنا: كيف يرد من أحداث السنة؟

قال: هذا أول السنة، فإذا اشتريت مملوكاً به شيء من هذه الخصال ما بينك وبين ذى الحجة رددته على صاحبه.

فقال له محمد بن علي: فالإباق من ذلك؟

قال: ليس الإباق من ذلك إلا أن يقيم البيّنة أنه كان آبقاً عنده».

٣) كتاب المكاسب ٣٧٨/٥، مسألة: الإباق عيب بلا خلاف.

٤) جواهر الكلام ٢٨٠/٢٣، لو أبق العبد عند البايع كان للمشتري رده.

في أن الثقل عيب إذا كان زائداً على العادة

قوله: مسألة: الثقل الخارج عن العادة[1] .. اه.

أقول: ما يكون من الثقل غير خارج عن العادة التي تكون في غالب الأفراد لا يعدّ عيباً في المبيع ـ كما تقدم عند التعرض لمعنى العيب ـ وكذا لا يعدّ نقصاً في كمّ المبيع، مثلاً إذا كان المتعارف أن يكون في كل منّ من الحنطة عشرة مثاقيل أو أقلّ من الرمال والتراب، فاشتمال الحنطة على هذا المقدار لا يصير منشأً لأن يقال: إن المبيع وزنه ناقص أو أن وزن الحنطة مجهول.

وأما ما يكون من الثقل وشبهه خارجاً عن العادة، فيكون ذلك نقصاناً في المبيع.

في أن الثقل تارة يوجب نقص الصفة وتارة نقص الكمّ وبيان حكم كلّ حال جهل المشتري وعلمه

ثم إنه تارة يوجب لنقصان صفة المبيع / ٢٤٣ / بأن يقال: إن هذا السمن مثلاً معيوب بكثرة الثقل.

وتارة يوجب لنقصان كم المبيع كأن يبقى تحت الظرف بعد إخراج السمن منه ثقلاً كثيراً لا يعدّ سمناً بنفسه ولا بانضمامه، مع ما كان فيه من السمن، فيكون بمثل حجر موضوع في السمن.

وعلى التقديرين إما أن يكون المشتري حال البيع عالماً بتلك الثقل أم لا. أما لو كان الثقل موجباً لنقص الصفة وكان المشتري عالماً به حال البيع، فالبيع صحيح

---

١) كتاب المكاسب ٣٨٠/٥، مسألة: الثقل الخارج عن العادة.

من دون خيار للمشتري لما تقدم من أنه مع علم المشتري بالعيب حال البيع ليس له الرد ولا الأرش.

ثم إنه في هذا الفرض لو كان المشتري جاهلاً بالثقل، فيكون له خيار العيب لما تقدم من أن هذا عيب.

ولا يتوهم أن الخيار هنا خيار تخلف الوصف؛ لأن ذلك في تخلف الأوصاف الزائدة الكمالية التي يقع البيع في حال تباينهما على وجودها.

ثم إن خبر ميسر[1] بن عبدالعزيز[2] الذي يحكم فيه بالخيار مع الجهل بالدردي وبالصحة من دون خيار مع العلم به يحمل على الدردي الذي يوجب تغيّر الصفة كما هو مقتضىٰ ظاهره أيضاً. فيكون بكلا جزئيه على طبق القاعدة.

وأما خبر السكوني فسيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله ـ.

وأما لو كان الثقل موجباً لنقص الحكم، فحينئذٍ لو كان المشتري عالماً به، فجهله بوزن الثقل / ٢٤٤ / الذي لا مالية له، يصير منشأً للجهل بوزن السمن الذي يكون فيه هذا الثقل مع أن الذي يصح بيعه هو السمن دون الثقل، وما يصح بيعه لابدّ أن يكون وزنه معلوماً. فمقتضى القاعدة هنا بطلان البيع.

وما في الجواهر[3] من أنه يكفي في صحة البيع علمه بمجموع السمن والثقل ـ كما أنه يكفي العلم بوزن الظرف مع المظروف في صحة بيعهما ـ، ففيه: أن الظرف هناك له مالية، ولذا يكون جزء المبيع. والثقل في المقام لا مالية له، فيكون بمثل أن

---

١) في المخطوطة: عيسى.

٢) تهذيب الأحكام ٦٦/٧، باب العيوب الموجبة للرد، ح ٢٧، والرواية هي: «أحمد بن محمد بن عيسى عن محمد بن أبي عمير عن جميل بن دراج عن ميسر، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يشتري زق زيت فيجد فيه درديا.

قال: إن كان شيء يعلم أن الدردي يكون في الزيت، فليس له أن يرده وإن لم يكن يعلم فله أن يرده».

٣) جواهر الكلام ٢٨٢/٢٣ ـ ٢٨٣، الدردي في الزيت عيب موجب للرد.

يكون في السمن صخرة.

وأما لو كان الثقل موجباً لنقص الكم وكان المشتري جاهلاً به، فحينئذٍ لو اشترى المجموع من حيث المجموع باعتقاد أن المجموع سمن، فيكون حكمه حكم بيع ما يملك وما لا يملك.

وأما لو اشترى كلّ منّ منه بدرهم، فقد يتوهم صحة البيع من دون خيار نظير بيع كلّ منّ من الصبرة بدرهم في صورة كان وزن الصبرة معلوماً.

وفيه: أن بيع كلّ منّ من الصبرة بدرهم ليس بصحيح وإنما يصح بيع نفس الصبرة كلّ منّ منها بدرهم، فالمبيع هو المجموع هنا أيضاً، وقوله «كلّ منه بدرهم» بيان لمقدار ثمن المجموع بهذه العبارة.

/ ٢٤٥ / وفي المقام لو بيع جميع ما في الظرف كلّ منّ منه بدرهم، فيدخل في بيع ما يملك وما لا يملك كالصورة السابقة.

بقي الكلام في توجيه خبر السكوني[1] في المقام، فنقول: إن ثبوت مقدار وزن الثقل من جنس المبيع على ذمّة البايع إنما يناسب لو كان المبيع كلياً، فالخبر بظاهره مُعرَض عنه، فليس بحجة على ما قلنا في محله.

نعم، يمكن توجيهه على فرض أن يكون الثقل مما يوجب نقص الصفة مما ذكره في الجواهر[2] من أن المراد أنه يرجع من الثمن ما يقابل الثقل لو كان سمناً مثلاً. وأما على فرض أن يكون الثقل مما يوجب نقص الكمّ، فيمكن التوجيه بأن

---

١) تهذيب الأحكام ٦٦/٧ ـ ٦٧، باب العيوب الموجبة للرد، ح ٣٠، والرواية هي: «علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: أن علياً عليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها رباً فخاصمه إلى علي عليه السلام، فقال له علي عليه السلام: لك بكيل الرب سمناً.

فقال له الرجل: إنما بعته منك حكرة.

فقال له علي عليه السلام: إنما أشتري منك سمناً ولم يشتر منك رباً».

٢) جواهر الكلام ٢٨٣/٢٣، الدردي في الزيت عيب موجب للرد.

المراد من قوله «لك بكيل الرب ثقل سمناً» بيان تقسيط الثمن على ما يملك وما لا يملك بفرض الثقل أيضاً سمناً وتقسيط الثمن عليه وعلى ما كان سمناً؛ فتدبّر جيّداً.

في ما يكون من عيوب السنة من الجنون والبرص والجذام والقرن ورفع الإشكال من غير القرن

قوله: مسألة: قد عرفت[1] .. اه.

أقول: عيوب السنة وإن كان الحكم فيها بالخيار إذا حدث شيء منها إلى سنة على خلاف القاعدة الثابتة في العيوب، إلا أنه بعد ورود الأخبار التي عمل الأصحاب بها واعتبار سند بعض منها بالخصوص، فلا إشكال في أصل الحكم في الجملة.

وإنما المناسب البحث هنا عن الأمور الأخر المتعلقة بهذه المسألة:

منها في عددها. ولا ينبغي التأمل فيما اشتمل عليه صحيح أبي همام[2] وهو الجنون والجذام / ٢٤٦ / والبرص.

وعن الأردبيلي[3] أنه تأمّل في البرص مما في حسنة عبدالله بن سنان: أن «العهدة فيه ثلاثة أيّام»[4] وهو غير معمول به على ما يستفاد مما نقله في الجواهر[5]

---

١) كتاب المكاسب ٣٨٣/٥، مسألة: ثبوت الخيار في الجنون والبرص والجذام والقرن إلى السنة.

٢) الكافي ٢١٧/٥، باب من يشتري الرقيق فيظهر به عيب وما يرد منه وما لا يرد، ح ١٧.

٣) مجمع الفائدة والبرهان ٤٥٠/٨، بيان أحداث السنة التي يثبت بها العيب.

٤) الكافي ١٧٢/٥، باب الشرط والخيار في البيع، ح ١٣، والرواية هي: «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عهدة البيع في الرقيق ثلاثة أيام إن كان بها خبل أو برص أو نحو هذا وعهدته السنة من الجنون فما بعد السنة فليس بشيء».

٥) جواهر الكلام ٢٩٨/٢٣ ـ ٢٩٩، يرد المملوك من أحداث السنة.

من كلماتهم، والخبر المعرض عنه ليس بحجة، فلا نحتاج إلى تكلف أن البرص مصحَّف المرض.

ونوقش في الجذام من وجهين:

الأول أن ظاهر خبر محمد بن علي أن عيوب السنة منحصر في غيره، ومنه تأمل فيه الأردبيلي.

وفيه: بعد أنه صرح في غيره من الصحيح وغيره بأنه من عيوب السنة، لا يبقى وجه للتامل؛ لأن ما دلّ على الحصر قابل للتصحيح؛ إذ التقييد الثاني أن حدوث الجذام يوجب الإنعتاق، فلا يبقى بعده موضوع للخيار والرد.

وفيه: أن المفروض أنه في الأخبار من الصحيح وغيره صرّح بكونه من عيوب السنة والأصحاب عملوا بها ولا يلزم من الأخذ بها إلا تخصيص بعض العمومات والقواعد الشرعية، ولا مانع من الإلتزام بذلك في مقابل التصريح في النص المعتبر. فيجوز أن يقال بتخصيص ما دل على أن الجذام يوجب الإنعتاق بأنه في غير المقام، سواء قلنا بعد ذلك بأنه لو فسخ المشتري لم ينعتق على البايع أيضاً، لأنه موقوف على قيام دليل آخر على عدم تملك المجذوم ـ كما يميل إليه المصنف (ره) ـ أو قلنا بأن الفسخ كاشف عن حدوث الجذام في ملك البايع وانعتاقه عليه، فللمشتري الفسخ والرجوع إلى البايع بالثمن أو الإمضاء ومطالبة الأرش.

/ ٢٤٧ / وما عن المسالك[1] ـ لو صح ـ يرفع به الإشكال، وليس فيه إلا تخصيص بعض القواعد، فلا يرد عليه ما ذكره المصنف (ره) وصاحب الجواهر[2] إلّا أن ما ذكره في المسالك خلاف ظاهر الأخبار أيضاً.

توضيح المقام أنه ليس المراد تصحيح ما ذكره في المسالك، بل المقصود ما أشرنا إليه أولاً من أنه بعد ما دل الخبر المعتبر المعمول به بين الأصحاب على أن

---

١) مسالك الأفهام ٣٠٥/٣، أحداث السنة في المملوك.

٢) جواهر الكلام ٢٩٩/٢٣، يرد المملوك من أحداث السنة.

الجذام يوجب الرد لو حدث إلى سنة بعد البيع، فنقول: لابدّ من الأخذ به ولا يرفع اليد عن هذا الخبر الذي يكون حاله كذلك، بل على طبقه أخبار أخر بمجرد أنه يلزم عليه تخصيص بعض القواعد الشرعية؛ يعني لابدّ أن يقال: إن للمشتري الرد وأخذ الثمن لو ظهر الجذام إلى سنة بعد البيع وبعد الأخذ بهذا المقدار يمكن أن نمنع انعتاق هذا العبد رأساً كما يلوح من المصنف ويظهر مما نقل عن الحدائق، فيملكه البايع بعد الرد أيضاً.

ويمكن أن يقال: إن العبد ينعتق بمجرد ظهور الجذام قبل فسخ المشتري، ولكن مع ذلك للمشتري أن يرجع إلى البايع بالثمن، ويمكن القول بأن فسخ المشتري يكشف عن انعتاق العبد على البايع حين ظهور الجذام إما لأن العيب المذكور كان مضموناً عليه أو لتقدم سبب الخيار، وهو نفس الجذام على سبب الإنعتاق. وهو ظهور الجذام كما يدعيه في المسالك إلى غير ذلك من الإحتمالات.

ولسنا هنا في مقام أن أي واحد من هذه الإحتمالات فاسد أو مرجوح وأن المعنى أي واحد منها.

وأما الأرش للمشتري مع عدم الرد أو بعد مانع من الرد، فلا دليل عليه من الأخبار بعد فرض أن هذه العيوب لم يكن موجوداً حال البيع، وإنما حدث عند المشتري. فثبوت الأرش ـ على ما قلنا ـ يتوقف على ثبوت الإجماع عليه في الجذام أيضاً كما يدعى في سائر أحداث السنة، أو قلنا بكشف ظهور الجذام إلى سنة عن وجوده حال البيع.

وأما القرن؛ فعن المسالك أن المشهور يعدّونه من عيوب السنة. ونوقش عليه بأنه ليس القول به إلا من الشهيدين وأبي علي[1] ونحن نقول: إن خبر محمد بن علي ـ لو تمّ سنده ـ فالظاهر أنه لا مانع من الأخذ به في عدّ القرن من عيوب السنة؛ لأن إعراض المشهور عن هذا الخبر غير معلوم.

---

١) أنظر: كتاب المكاسب ٣٨٧/٥، عدم ذكر القرن في كلام الأكثر.

ثمّ إن القرن مذكور في أخبار أخر أيضاً، لكن الظاهر عدم اعتبار أسانيدها وإلا يجري فيها ما قلنا في خبر محمد بن علي أيضاً.

وأما الحدبة؛ وإن ورد في خبر إبن فضال[1] أنه من عيوب السنة، إلا أنه مع الغمض عن السند لم ينقل القول به عن أحد، فيكون الخبر معرضاً عنه أيضاً.

وأما ما عن الكافي[2] من تفسير القرن بالحدبة، وإن يوافق مع الخبر من حيث إنه في صدر الخبر يذكر أن العيوب أربعة، ثم يذكر خمسة إلا أنه خلاف قول أهل اللغة والفقهاء في معنى القرن. وبمعنى الحدبة ليس عليه الفتوى.

في أن التصرف مسقط للردّ في عيوب السنة

ومنها أن المشهور على ما في المتن وغيره أن التصرف كما يمنع من الرد في سائر العيوب، يمنع من الرد في عيوب السنة أيضاً، وأن للمشتري جواز الأرش قبل التصرف وتعينه بعده.

أما الأول فيشكل بأن إطلاق أخبار هذا الباب يقتضي جواز الرد ولو بعد التصرف، ولا يمكن التقييد بصورة لم يقع التصرف في طول السنة لاستلزام ذلك تخصيص الإطلاقات بفرد نادر. وهذا الإشكال متّجه على قول مثل المصنف (ره) / ٢٤٨ / من أن مطلق التصرف مسقط.

وأما على [ما] قدّمناه بانحصار المسقط بتصرف الغير للعين وألحقنا به الوطي أيضاً، فلا استبعاد في تقييد هذه الإطلاقات بما دل على أن التصرف مسقط للرد؛

---

١) تهذيب الأحكام ٦٤/٧، باب العيوب الموجبة للرد، ح ٢١، والرواية هي: «عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: تردّ الجارية من أربع خصال: الجنون والجذام والبرص والقرن والحدبة لأنها تكون في الصدر تدخل الظهر وتخرج الصدر.

٢) الكافي ٢١٦/٥، باب من يشتري الرقيق فيظهر به عيب وما يرد منه وما لا يرد، ح ١٥.

فتأمل*.

وأما الثاني فنقول: إن استفدنا من هذه الأخبار أو غيرها أن موادّ هذه الأمراض قبل سنة من حدوثها ـ كما قاله في المسالك[١] وغيره ـ فحينئذٍ يكون الحكم بالأرش في الجملة على طبق القاعدة لأن نفس المواد أيضاً عيب فيثبت بها الأرش بما تقدم من الدليل على ثبوت الأرش في بيع المعيوب، وإلا فثبوت الأرش في طول السنة لا نرى له مدركاً إلا ما نقل من فتوى المشهور بذلك، [و]بالنسبة إلى الجذام في سائر ما يعدّ من أحداث السنة يدعون الإجماع.

ومنها أنه قال في الجواهر[٢]: وربما يوهم بعض العبارات أن مبدأ السنة ليس من حين وقوع البيع، بل من المحرم حتى أنه لو وقع البيع في ذي الحجة يكون السنة بأن يتمّ ذي الحجة. ولعل التوهم من خبر محمد بن علي.

وفيه: أنه ظاهر في المثالية وفرض أنه وقع البيع في أول المحرم.

نعم، في خبر أبي همام لم يذكر أن أول السنة المحرم ومع ذلك قال: «**ما بينك وبين ذي الحجة**»[٣]، لكنه أيضاً مجمل لا يوجب رفع اليد عن إطلاق سائر الأخبار؛

---

*) ***إلا أن يقال: عدم وقوع الوطي في الأمة إلى سنة أيضاً بعيد، لكنه لا مانع من تخصيص الأخبار بصورة لم يقع الوطي على الأمة لو كان المبيع هو الأمة. وحينئذ مع قطع النظر عن دعوى أن الإتفاق ثابت على أن الوطي في الأمة هنا أيضاً مسقط للرد، نقول: إن الأمر دائر بين تخصيص ما دل على الرد بصورة لم يقع الوطي على الأمة وبين تخصيص ما دل على أن الوطي مانع من الرد بغير صورة كان العيب في المبيع من أحداث السنة وحدث بعد البيع وقبل السنة.***

ثم إنه على القول بأن مطلق التصرف مسقط إنما يشكل جريانه في أحداث السنة لو قلنا بأن مطلق التصرف مسقط، من غير فرق بين التصرف الواقع قبل ظهور العيب وبين الواقع بعده كما هو كذلك على ما تقدم منّا بالنسبة إلى التصرف المغيّر للعين.

وأما لو قلنا: إن المسقط ما يقع بعد ظهور العيب، فلا إشكال. (منه قدس سره).

١) مسالك الأفهام ٣٠٥/٥، أحداث السنة في المملوك.

٢) جواهر الكلام ٣٠٣/٢٣، يرد المملوك من أحداث السنة.

٣) تهذيب الأحكام ٦٤/٧، باب العيوب الموجبة للرد، ح ١٩.

فتأمل.

ثم المراد من ذي الحجة تمامه حتى تكمل السنة أو أنه لا يوجب الإجمال من هذه الجهة أيضاً لرفع اليد عن مقتضىٰ الأخبار أيضاً، بل مقتضىٰ نفس هذين الخبرين أيضاً بدعوى أن خصوص هذه الفقرة منها غير معمول به عند الأصحاب؛ فتأمل.

في عيوب متفرقة والضابط في ما يكون عيباً موجباً للرد وغيره

[الكفر]

قوله: خاتمة في عيوب متفرقة[1] .. اه.

أقول: أما الكفر فمن غير فرق بين العبد والأمة يكون حاله حال ما تقدم منا في عدم ختان العبد حيث قلنا: إن كون ذلك عيباً ليس من جهة النقصان عن الخلقة الأصلية، بل من جهة صدق العيب لوجود صفة منقصة للمالية فيه، وفي مثله قد تقدم أنه يلاحظ حال الغالب.

ومقتضىٰ ذلك أنه في المجلوب من بلاد الكفر ليس الكفر عيباً فيهما وفي غيره يكون عيباً موجباً للرد والأرش.

وأما ما يلوح من المصنف (ره) من ثبوت الرد هنا دون الأرش لعدم صدق العيب ولا النقصان / ٢٤٩ / والزيادة عن الخلقة الأصلية، فهو شبه التناقض؛ لأنه لا دليل على الرد أيضاً إلا صدق العيب على ذلك.

وأما كون الأمة المبتاعة محرماً بالرضاع أو غيره على المشتري أو كونها ممن ينعتق عليه، فلا ينطبق على ما تقدم في تعريف العيب في نفس العبد أو الأمة. ومجرد كون الشراء مضرّاً بحال المشتري أو غير نافع له أو مضرّاً بما هو غرضه من

---

١) كتاب المكاسب ٣٨٩/٥، هل الكفر عيب في العبد والجارية؟

البيع، لا دخل له بكون المبيع معيباً.

وأما سائر العيوب التي نقلها المصنف (ر) إلى آخر كلامه وأشباهها، فنقول فيها: إن الضابط الذي نقله عن التذكرة[1] في آخر كلامه مطابق لمعنى العيب الذي قلنا سابقاً إنه موجب للخيار والأرش، فلابدّ أن يلاحظ كل واحد منها.

فإن اندرج تحت ذلك الضابط فيلحقه أحكام العيب، ولو لم يندرج فلا يلحقه أحكام العيب، ولو شككنا في الإندراج أيضاً يكون المرجع أصالة اللزوم وأصالة عدم الأرش.

في عدم جواز التفكيك بين الرد والأرش في المعيب مع الإمكان

ثمّ لو فرضنا أن شيئاً منها يصدق العيب عليها إلا أنه ليس موجباً لنقصان القيمة، فيثبت به الرد دون الأرش لعدم إمكانه حيث إنه التفاوت بحسب القيمة بين الصحيح والمعيب.

وأما الحكم بثبوت الرد دون الأرش / ٢٥٠ / في غير الفرض ـ كما يلوح من المصنف ـ لا وجه له كما تقدم ردّه سابقاً، إلا أن يثبت الخيار لشيء منها أو من غيرها، لا من جهة العيب، بل من جهة سائر الخيارات التي لا أرش فيها كما لو ثبت الخيار لتخلف الشرط، كما لو اشترط صفة ليس فقدانه عيباً، فظهر التخلف.

وكما لو ثبت الخيار بالتدليس كما في تصرية الشاة وغيرها أو دلّس بغير التصرية كما لو أظهر في المبيع صفة كمال ليس فيه بتحمير وجهه أو وصل الشعر ونحوهما على المشهور من ثبوت الخيار بالتدليس مطلقاً، سواء كان بالتصرية أو غيرها.

---

١) تذكرة الفقهاء ١١/١٩٧ ـ ١٩٨، حكم ما لو اشترى مملوكاً فخرج مرتداً أو كافراً أصلياً.

[القول في معني الأرش]

قوله: القول في الأرش[١] .. اه.

أقول: الأرش في الإصطلاح ـ كما ذكره ـ ما يؤخذ بدلاً عن نقص مضمون.. اه، فلا يثبت إلا مع ضمان النقص والضمان ـ كما ذكرناه في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد ـ له عند الفقهاء إطلاقان:

أحدهما صرف تلف الشيء من مال الشخص كجلّ أموال الناس، فإنها إذا تلفت يخرج من كيسهم، لا من كيس غيرهم، ويعبّرون عن هذا المعنى بالضمان. وعلى هذا المعنى قوله عليه السلام: الخراج / ٢٥١ / بالضمان[٢]؛ لأن معناه مرجعه إلى أن المنافع لمن يتلف العين من ماله «من له الغنم فعليه الغرم» وإطلاق الضمان على هذا المعنى قليل.

وثانيهما ـ وهو الشايع لإطلاق الضمان عليه ـ هو ثبوت شيء في عهدة المكلف للغير بحيث لابدّ له من أن يعطيه أو بدله.

في بيان كلّ من ضمان اليد والضمان المعاوضي

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن المصنف[٣] (ره) قال: إن ضمان النقص تابع لضمان المنقوص في الكيفية، فإن كان أصل المنقوص مضموناً بقيمته كالمغصوب وأشباهه ويسمّى ذلك بضمان اليد، كان النقص مضموناً بما يخصّه من القيمة إذا وزّعت على الكل. وإن كان أصل المنقوص مضموناً بالعوض بمعنى أن فواته يوجب عدم تملك عوضه المسمّى في المعاوضة، ويسمى ذلك بضمان المعاوضة، كان النقص مضموناً

---

١) كتاب المكاسب ٣٩١/٥، الأرش لغة واصطلاحاً.

٢) عوالي اللئالي ٢١٩/١، الفصل التاسع، ح ٨٩.

٣) كتاب المكاسب ٣٩٢/٥، عدم ثبوت الأرش إلا مع ضمان النقص.

بما يخصّه من العوض إذا وزّع على مجموع الناقص والمنقوص؛ انتهى.

ونحن نقول: إن الضمان المعاوضي ليس من الضمان المصطلح بإطلاقه الشايع لما عرفت من أنه عبارة عن ثبوت شيء في العهدة وليس في الضمان المعاوضي ذلك.

في بيان أن شيئاً من الثمن لا يقع في مقابل وصف الصحة كما لا يقع في مقابل سائر الأوصاف والشرط

وتوضيح ذلك: / ٢٥٢ / أنه في مورد كان النقص في أجزاء المبيع قبل البيع بأن كان جزؤه ملكاً لغير البايع، فهنا لم ينعقد البيع للبايع بالنسبة إلى هذا الجزء من أول الأمر، فلم يملك البايع من الثمن ما يوزع على هذا الجزء الناقص؛ لأن العقد بلحاظ أجزاء المبيع يرجع إلى عقود متعدّدة.

فإذا كان جزؤه ناقصاً، فلم ينعقد البيع بالنسبة إليه.

وكذا إذا تلف جزء المبيع قبل القبض أو في زمان خيار كان تلفه فيه على البايع، ينفسخ العقد الإنحلالي المتعلق بالجزء التالف.

وكون الأرش ـ فيما نحن فيه ـ ضمانه ضماناً معاوضياً مبني على أن نقول: إن الثمن كما يقابل الأجزاء، كذلك يقابل وصف الصحة. فإذا كان المبيع فاقداً لوصف الصحة، فيبطل العقد الإنحلالي الذي وجد بين وصف الصحة وجزء الثمن، كما أنه لو صار معيوباً في زمانٍ كان ضمانه على البايع، فينفسخ ذلك العقد الإنحلالي.

وعلى هذا نقول:

أولاً إنه على هذا لا يكون الضمان المأخوذ في معنى الأرش بمعناه الإصطلاحي / ٢٥٣ / الشايع؛ لأنه لا يجيء شيء في ذمة البايع.

وثانياً نقول: قد تقدم في أول المسألة أن صيرورة شيء من الثمن في مقابل

وصف الصحة خلاف التحقيق، وأنه لا فرق بين وصف الصحة والأوصاف الكمالية. وكذلك الشرط في أن شيئاً منها لا يقابل شيئاً من الثمن، وأن الثمن يكون في مقابل العين فقط كما هو قول المشهور أيضاً على ما نسب إليهم، ويكون للقول بمقابلة وصف الصحة للثمن لوازم فاسدة ذكرناها في أوائل المسألة.

إن قلت: إن الفقهاء يقولون: إنّ للشرط قسطاً من الثمن، فكيف نقول: إن الثمن عندهم ليس موزّعاً على الشرط؟!.

قلت: مراد الفقهاء من أن للشرط قسطاً من الثمن ـ على ما أشرنا إليه في مسألة تبعّض الصفقة في بيع ما يملك وما لا يملك ـ أن الشرط يوجب زيادة قيمة العين التي يكون الثمن في مقابلها، وكذلك حال الأوصاف الكمالية ووصف الصحة.

ثمّ إن المصنف (ره) أيضاً في ما بعد ذلك يصرح بأن الضمان المأخوذ في معنى الأرش ليس ضماناً معاوضياً لفساد مبناه من مقابلة شيء من الثمن في مقابل وصف الصحة، ويشير إلى بعض وجوه فساد القول بمقابلة شيء من الثمن / ٢٥٤ / في مقابل وصف الصحة. وتقدم توضيح سائر وجوه فساد ذلك في أوائل المسألة.

في بيان أن الضمان المأخوذ في الأرش ليس معاوضياً

فتلخّص من جميع ما ذكرنا: أن الضمان المأخوذ في معنى الأرش ليس ضماناً معاوضياً بمعنى تملك البايع لما يقابل من الثمن لوصف الصحة، لكنه لا يثبت من ذلك كون الضمان فيه قيمياً بمعنى أنه يؤخذ قيمة نفس العيب، أي قيمة الوصف المفقود وإن صار[ت] قيمته أزيد من ثمن المسمّى لأصل المبيع ـ كما نسب ذلك إلى ظاهر جماعة من القدماء ـ.

وتوضيح المقام: أن أسباب الضمان التي تقتضي مجيء قيمة الشيء على الذمة على ما يستفاد من الفقهاء في أول كتاب الغصب منحصر[ة] باليد والغصب

والتسبيب، وليس شيء منها في المقام بعد فرض صحة العقد.

في بيان مبنى فاسد للقولين في المسألة ووجه فساده

فتلخّص أن ما ذكرناه من بطلان كون الضمان معاوضياً، لا يثبت كون الضمان قيميّاً أيضاً.

وقد يقال: إن تعيين أن الضمان المأخوذ في معنى الأرش بأي كيفية مبنيّ على أنه لو قلنا: إن البايع يملّك عيناً صحيحاً للمشتري بحيث لو نقص يكون ضامناً، فعلى هذا لابدّ من رد قيمة العيب أي وصف الصحة / ٢٥٥ / بأي مقدار صار.

وأما لو قلنا: إن البايع يملّك عيناً صحيحاً بإزاء الثمن المعين بحيث لا يكون ضامناً لشيء من هذه العين إلا بما وقع بإزائه من الثمن، فحينئذٍ نقول: يقوّم الصحيح والمعيب، وتلاحظ النسبة بينهما ويؤخذ بهذه النسبة من الثمن.

في أن الأرش نسبة التفاوت بين الصحيح والمعيب بالنسبة إلى الثمن

ونحن نقول: إن هذا مبني على القول بوقوع الثمن في مقابل وصف الصحة أو على صورة يكون المبيع كلياً، لا عيناً شخصية.

وهما فاسدان.

وذلك لأن مقتضىٰ البيع في المقام على ما تقدم في أوائل المسألة ليس إلا المبادلة بين العين الشخصية والثمن الشخصي، وأن مقتضىٰ القاعدة عدم ثبوت الأرش بوجه من الوجوه، وأن القول بثبوت الأرش لمجرد التعبد بالنصوص، وليس على طبق القاعدة.

وعلى هذا فلابدّ من أن يعين كيفيته وخصوصياته أيضاً من النصوص. والنزاع

في المسألة تارة في مقدار الأرش وتارة في أنه يثبت في ذمة البايع، سواء قلنا بأنه مكلف في أداءها من عين الثمن أم لا، أو لا يثبت في ذمة البايع، بل يملك المشتري من عين الثمن ولو عند اختياره الأرش.

أما المقام الأول، فنقول: مقتضىٰ النصوص مختلفة؛ فمن رواية إبن سنان ـ وقيل إنها صحيحة و[جعلها صاحب] الجواهر جابرةً ـ: «**ويوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها**»[1] يظهر أنه يؤخذ التفاوت بين / ٢٥٦ / الصحيح والمعيب بالنسبة إلى الثمن؛ فتأمل.

وكذلك يظهر ذلك من صحيحة أبي جعفر عليه السلام التي تقدمت في أول المسقطات حيث قال فيه: «**ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن**»[2].

ومن مرسلة جميل المتقدمة هناك يظهر خلاف ذلك، وأنه تؤخذ القيمة السوقية التي تكون للوصف الناقص حيث قال فيها: «**رجع بنقصان العيب**»[3] لأن ظاهرها أخذ القيمة ولو زاد من ثمن نفس المبيع.

نعم، مقتضىٰ الجمع ـ كما أشار إليه المصنف (ره) ـ أن يحمل مثل هذه المرسلة على الغالب من كون ثمن المسمّى للمبيع مساوياً لقيمته السوقية.

ويشهد عليه أيضاً بعد الإلتزام بأخذ القيمة السوقية لنفس الوصف الفاقد ولو زاد عن أصل ثمن المبيع أيضاً، فإن الإستبعاد في نظر العرف لمفاد أحد المتعارضين شاهد جمع على لزوم التصرف فيه في مقام الجمع، بل نفس الإستبعاد بنفسه يوهن الإطلاق عن الإعتبار ولو لم يكن معارضاً أيضاً*.

---

١) الكافي ٢١٤/٥، باب من يشتري الرقيق فيظهر به عيب وما يرد منه وما لا يرد، ح ٢.

٢) الكافي ٢٠٧/٥، باب الرجل يبيع البيع ثم يوجد فيه عيب، ح ٣.

٣) من لا يحضره الفقيه ٢١٧/٣، باب البيوع، ح ٣٨٠٣.

*) ***نقل عن بعض القدماء أنه يؤخذ التفاوت بين قيمة الصحيح والمعيب، لكن المشهور أنه نلاحظ النسبة بين قيمة الصحيح وقيمة المعيب، ثم يؤخذ بتلك النسبة من الثمن. مثلاً لو كانت قيمة***

المعيب أنقص من قيمة الصحيح بالخمس ، فيؤخذ مقدار خمس الثمن .

وعلى الأول وهو الأخذ بنفس التفاوت بين القيمتين قد يتفق أن التفاوت يكون أزيد من تمام الثمن ، فيلزم الجمع للمشتري بين الثمن والمثمن ، وهو محظور للنهي في النبوي عن الجمع بين العوض والمعوّض .

ومنه حمل إطلاق كلام من قال من القدماء بذلك على الغالب من مساواة الثمن لقيمة المثل كالنصوص التي يدعى ظهورها في أن الأرش نفس التفاوت بين القيمتين إما لنفس الغلبة ـ كما في كلام المصنف ـ أو للإستبعاد الذي كان في هذا الإطلاق كما في الجواهر .

ونحن نقول : بل دعوى أن أكثر النصوص موافق مع هذا القول أيضاً خلاف مع هذا القول أيضاً خلاف الواقع وليس قائل صريح أيضاً بهذا القول .

وأما النصوص فمرسلة جميل ظاهر[ة]في ذلك ، ونحتاج فيها إلى الحمل على الغالب .

وأما الأخبار المشتملة على مجرد لفظ الأرش ، فلا نرى لها ظهوراً في أحد القولين ، بل الصحيح ظاهر في القول المشهور أعني صحيحة أبي جعفر عليه السلام ولأن قوله « من ثمن ذلك » إما متعلق بقوله « يردّ » أو بقوله « ينقص » .

أما على الأول فتدلّ على أن ما يردّ إلى المشتري لابدّ أن يكون من عين الثمن ، ولكنه ساكت من أن الأرش نفس التفاوت بين القيمتين أو بتلك النسبة من الثمن .

وأما على الثاني بعكس ذلك حيث إنه ساكت من أن المردود من الثمن ، لكن يكون ظاهراً في قول المشهور في أن المردود ليس بمقدار نفس التفاوت بين القيمتين ، بل تلاحظ هذه النسبة من الثمن .

ثم إنه يعيّن الإحتمال الأخير مضافاً إلى الأقربية والإعتبار ، بل العقل قوله « لو لم يكن به » لأن قوله « من ثمن ذلك لو لم يكن به » ظاهر في أن المراد من ثمن مبيع غير مشتمل على العيب .

وأما على الإحتمال الأول التي كان المفروض أنه بصدد بيان أن المردود لابدّ أن يكون من الثمن ، فلا يوجد لذكر قوله « لو لم يكن به » مناسبة بوجه من الوجوه .

ثمّ إن في صحيحة إبن سنان أنه يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها .

نقول : إن قوله « بقدر العيب » لو كان المراد بقدر نفس العيب ، فيصير بمثل مرسلة جميل في أن إطلاقها يقتضي أخذ التفاوت ولو كان أزيد من الثمن ، لكن يوهن هذا الإحتمال أن الظاهر من الخبر أن الموضوع بعض الثمن ، فلا مفرّ إلا من أنه لابدّ أن يحمل على صورة كان ثمن المسمّى بقدر ثمن المثل ـ كما حملت المرسلة عليه ـ أو يقال : إن المراد بمقدار ينقص من الثمن عند تقسيط الثمن عليه .

وأما المقام الثاني، فنقول: ظاهر صحيح إبن سنان المشار إليه في المقام السابق أن الأرش من عين الثمن.

وأما سائر الأخبار فساكتة عن ذلك*.

في أن الأرش بأي مقدار يؤخذ من نفس الثمن

/ ٢٥٧ / ثمّ إن المصنف يورد على صحيحة إبن سنان بأنها محمولة على الغالب من كون الثمن كلياً في ذمة المشتري، فإذا اشتغلت ذمة البايع بالأرش حسب المشتري عند أداء الثمن ما في ذمّته عليه. والأولى أن يقول: إنه يقع التهاتر بينهما كما هو الميزان في اشتغال ذمتين كلٌ للآخر.

هذا، إلّا أن ما ذكره المصنف مخدوش بأنه لو كان المراد أن الغالب أن الثمن يكون كلّياً لا يبذل عند البيع، بل بعد الإطلاع على العيب واختيار الأرش فذلك ممنوع، لاسيّما الغلبة التي تصير منشأً لانصراف اللفظ.

وأما لو كان المراد أن الغالب أن الثمن يكون كلياً في الذمة وإن كان الثمن موجوداً فعلاً ـ كما هو المتداول من أن من يكون النقد الغالب حاضراً عنده ـ يشتري أولاً في الذمة، ثمّ يعطي النقد الحاضر عنده عوضاً عما في ذمته في نفس مجلس البيع، فنسلّم الغلبة، لكنه لا ينفع في مسألتنا؛ لأن الغالب أن الإطلاع على

فحينئذٍ يصير دليلاً على قول المشهور من أنه بمقدار النسبة بين القيمتين يؤخذ من الثمن. (منه قدس سره).

*) *والمصنف في صدر كلامه تصدى لبيان أن ما عن بعض القدماء مطابق مع الضمان اليدي وما عن المشهور مطابق مع الضمان المعاوضي، ولكنا قلنا: إن أصل الضمان هنا على خلاف القاعدة، ولا يجري شيء من القاعدتين هنا، بل الدليل عليه الأخبار، فلابدّ أن تستفاد كيفية الضمان أيضاً من الأخبار من أن الأرش هنا مطلق التفاوت بين القيمتين أو بتلك النسبة بين القيمتين يؤخذ من الثمن. (منه قدس سره).*

العيب واختيار الأرش بعد التفرق عن مجلس البيع. / ٢٥٨ / فعند اختيار المشتري الأرش، ليس في ذمّته شيء حتى يحسب البايع ما يجيء في ذمته من جهة الأرش عليه.

نعم، عليه البيع الذي يكون ثمنه كلّياً على هذا الوجه ينفع في مقامات أخر، مثل أنه لو كان ما يعطي المشتري عوضاً عما في ذمته مالَ الغير، فلا يمنع ذلك من أن يصير مالكاً للمبيع، بخلاف ما لو اشتري بعين مال الغير*.

في أنه على القول بأن الأرش في الذمة هل يتعين من النقدين

قوله: ثمّ على المختار من عدم تعينه من عين الثمن فالظاهر تعينه من النقدين[1].. اه.

أقول: لابدّ من أن نتكلم على القول بأن الأرش ليس معيناً من أن يكون من

---

*) *ولقائل أن يقول: ـ كما أن التمسك بلفظ «يرد التفاوت لكون الأرش من الثمن» يكون إيراد المصنف وارداً عليه من أن الغالب أن الثمن من النقدين والأرش أيضاً يكون منهما والأرش غالباً يكون بعد قبض الثمن والتعبير بلفظ «يرد» باعتبار النوع، لا باعتبار الشخص كما في مثل «وهذا يوم تبرّكت به بنو أمية».*

والحاصل أن لفظ «يردّ» ليس ظاهراً في ردّ عين الثمن؛ فتدبّر ـ إنه تقدم أن صحيحة أبي جعفر لم يدل على أن الأرش من الثمن ـ كما شرحناه في الحاشية ـ، فينحصر ما يكون ظاهراً في ذلك بصحيحة إبن سنان.

وحينئذٍ لو سلّم أن الغالب أن الثمن يكون كلّياً وأن المطلق يحمل عليه، فحينئذٍ نقول: ظاهر صحيح إبن سنان أنه بعد لم يقبض المشتري الثمن من البايع لظهور قوله «يوضع عنه من ثمنها» في ذلك، وحينئذٍ تقدم في المتن أنه يسقط عن الدلالة على كون الأرش من الثمن.

هذا مضافاً إلى أنه لقائل أن يقول: إنه لو سلّمت دلالته على أن الأرش من الثمن، فنقول: إنه في ثمن الجارية. ولا نقطع بعدم الفرق بين ثمن الجارية وغيرها. ومجرد عدم تفصيل الأصحاب لا يصير دليلاً على عدم التفصيل واقعاً. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٣٩٧/٥، الظاهر تعين الأرش من النقدين.

عين الثمن، بل يكون في ذمة البايع من أنه هل يتعين ما في الذمة من النقدين كما في سائر الضمانات أم لا؟

ثمّ إنا نتعرّض لتعيين ذلك في ضمن التعرض لحكم مسألة أخرى يستفاد في ضمنها اختلاف العلماء في أن الأرش متعين في النقد الغالب أم لا؟ فنقول:

لو باع أحد درهماً بدرهم، فهنا لابدّ من أن يكون القبض قبل التفرق؛ لأنه بيع الصرف ولابدّ من أن لا يكون أحدهما أزيد من الآخر ولو بانضمام الأرش الذي يأخذه المشتري لو كان المبيع معيباً على القول بأن الأرش جزء العوض أو أن له حكم جزء / ٢٥٩ / العوض ـ كما تقدم الكلام فيه في مسقطات الأرش ـ؛ لأنه بيع مجانس بمجانس، فيصير ربوياً.

وأما لو باع دراهم بدنانير، فهنا لابدّ أن يكون القبض قبل التفرق ولا يضرّ أن يصير أحدهما أزيد من الآخر. فهنا لو وقع القبض قبل التفرق ثم علم المشتري عيباً فيه بعد التفرق، فهنا نسب المصنف (ره) إلى المحقق الثاني[1] أنه استظهر من عبارة القواعد[2] والتحرير[3]، بل الدروس[4] من أن للمشتري أن يختار الأرش من غير النقدين ولم يجز منهما.

فيما لو وجد في المبيع غيره، في بيع الصرف وحكم أرشه

والوجه في ذلك أنه لو اختار من النقدين، فيصير الأرش جزء المبيع بالبيع السابق وحينئذٍ لما لم يتحقق القبض في المجلس، فيبطل البيع في الجملة. وهذا

---

١) جامع المقاصد ٤/١٩٢ ـ ١٩٤.

٢) قواعد الأحكام ٢/٧٤، في أحكام العيب.

٣) تحرير الأحكام ٢/٣٧٠، في أحكام العيوب.

٤) الدروس ٣/٣٠٤، أحكام الربا في النقدين.

بخلاف ما لو أخذ الأرش من غيرهما؛ لأنه حينئذٍ وإن يصر هذا الشيء جزء المبيع إلا أنه لما لم يكن هذا بيع الصرف، فلم يبطل البيع.

وفي الجواهر[1] أنه لا يجوز الأخذ من النقدين بلا خلاف ممن تعرض له.

ثم إنه أورد على ذلك من وجهين متعاكسين:

الأول القول بالبطلان ولو اختار الأرش من غير النقدين، / ٢٦٠ / وذلك لما ذكرناه في المسألة المقبوض بالبيع الفاسد من أن ضمان المضمونات بعد تعذر المثل يكون بالنقد الغالب؛ لأنه أجمع لتمام خصوصيات المضمون.

في بيان أن في الأرش حق التضمين لا الضمان وعلى هذا لاختيار المحق مدخلية لمجيء شيء في ذمة البايع

ثم هذا الإيراد هو ما نقله في الجواهر في باب الصرف عن الروضة[2] كما أن همّ المصنف في المقام دفع خصوص هذا الإيراد.

ويجاب عن ذلك بأن ذلك يصح في صورة كان الضمان محققاً، وفي المقام ليس ضمان، وإنما للمشتري حق التضمين حيث كان مختاراً بين رد المبيع وأخذ الأرش.

إن قلت: نفرض الكلام في صورة كان الأرش معيّناً بأن سقط خيار الرد بشيء من مسقطاته.

قلت: هنا أيضاً ليس في البين ضمان، بل يكون حق التضمين؛ لأنه لو لم يضمن البايع، فليس على البايع شيء.

إن قلت: نسلّم أن هنا حق التضمين دون الضمان، لكنه لا فرق بينهما من جهة

---

١) جواهر الكلام ٢٠/٢٤، بطلان البيع إذا اشترى دراهم بمثلها معينة فوجدها من غير جنسه.

٢) الروضة البهية ٣٩٥/٣، الفصل الخامس: في بيع الصرف.

اقتضاء النقد الغالب.

قلت: إذا كان الضمان فيكون اقتضاؤه من حيث ذاته، فيقتضي ما هو الأقرب إلى المضمون. وأما إذا كان حق التضمين، فلاختيار المحق مدخلية في مجيء شيء في ذمّة البايع. فإذا لم يختر النقد الغالب، فلم يكن وجه لمجيء النقد الغالب / ٢٦١ / في ذمة البايع.

إن قلت: فعلى هذا ليس لرضاية البايع مدخلية في صورة عين الأرش من غير النقد الغالب، مع أنه من المسلم ظاهراً من أنه لو لم يرض البايع بغير النقد الغالب، فليس للمشتري تعيينه فيه.

قلت: لا مانع من أن يكون لرضاية البايع مدخلية لو ضمنه المشتري في غير ما كان له أن يضمن فيه من النقد الغالب الذي كان أجمع لمالية الوصف وخصوصياته، وكون الحق حق التضمين إنما يثمر في أن لاختيار المشتري لشيء مدخلية في مجيء ذلك الشيء في ذمة البايع.

في الثمرات بين الضمان وحق التضمين

أقول: حق التضمين يمكن أن يكون على نوعين:

الأول أن يكون له أن يطالب مقدار التفاوت بين الصحيح والمعيب، وهذا حاله حال الضمان في أنه بعد اختيار الأرش يعين بنفسه في النقد الغالب بالعلة التي يقولون بذلك في نفس الضمان.

الثاني أن يكون له أن يطالب مقدار التفاوت في شيء يريده المشتري ولو مع رضاء البايع.

فعلى هذا لابدّ من أن يلاحظ الدليل الذي دلّ على ثبوت حق التضمين له، فنقول / ٢٦٢ / على القول بأنه يستقرّ الأرش في الذمّة وعلى القول بأن ما يستقرّ

في الذمّة لو كان من النقدين فيبطل البيع.

قلنا: إن تقل: لو شككنا في أنه بعد اختيار الأرش من النقدين من أنه هل يجيء النقدين في الذمة حتى يبطل البيع أم لا، إن نستصحب صحة البيع، حيث إنه على هذا القول باختيار الأرش يوجد في البين احتمال بطلان البيع بالنسبة إلى مقدار الأرش وإلا كان صحيحاً.

إن قلت: مقتضىٰ الأصل عدم تملك ما يختاره من غير النقدين على هذا القول أيضاً.

قلت: الشك فيه ناشٍ من الشك في بقاء صحة البيع، فأصله مسببي إلا أن يقال: إن صحة البيع تتوقف [على] أن يكون اقتضاء الأرش له اختيار غير النقدين، لا أن يكون من آثارها، واستصحاب بقاء الصحة لا يثبت ما يتوقف عليه صحة البيع. فاستصحاب عدم تملك ما يختاره من غير النقدين من الأرش في حكم البطلان بالنسبة إلى مقدار الأرش.

نعم، قد يقال في الفرق بين الضمان وحق التضمين: إنه لو كان حق التضمين فلابدّ أن يلاحظ التفاوت بين القيمتين يوم التضمين ويؤخذ بتلك النسبة من الثمن.

وأما لو كان حق الضمان، فيلاحظ التفاوت بينهما من حين البيع أو يلاحظ أعلى مقدار التفاوت من زمان البيع إلى زمان أخذ الأرش أو يلاحظ هذه النسبة من حين القبض على الخلاف الذي يكون في سائر الضمانات كما أنه بناءً على الضمان ـ لو رد العين يذهب موضوع الضمان. وأما لو رضي بالمعيب، فلابدّ من أن يرجع إلى إبراء ذمة البايع من الأرش وإن لم يلتزم به أحد.

في أنه لو اختار الأرش من النقدين في بيع الصرف أيضاً لا يفسد البيع

الثاني من الإيرادين المتعاكسين على التفصيل السابق أن نقول بصحة البيع

/ ٢٦٣ / ولو اختار الأرش من الدراهم والدنانير أيضاً. وذلك لأنه لا دخل للأرش بالمبيع وإنما هو غرامة للوصف كما تقدم مثل ذلك في مسقطات الأرش لمنع لزوم الربا في أخذ الأرش في الربويات.

ويلوح ذلك من المحقق الثاني[1] في مسألتنا أيضاً حيث يدعي أن الأرش من توابع العوضين، وأن شرط بيع الصرف تقابض نفس العوضين قبل التفرق كما نقله عنه في الجواهر[2].

وأجيب عن ذلك من وجوه:

الأول أن الأرش على طبق القاعدة وأن الثمن يقابل وصف الصحة كما يقابل أجزاء المبيع.

وفيه: أنه تقدم في أوائل المسألة فساد ذلك.

في دعوى أن الثمن مقابل وصف الصحة وأن الأرش على القاعدة وأن ما يؤخذ أرشاً يكون جزء المبيع حقيقة

الثاني بما تقدم نظيره في مسقطات الأرش من أنه نسلّم منك أن الأرش غرامة للوصف وليس أخذه على حسب القواعد، وإنما هو حكم تعبدي إلّا أن الشارع أجرى حكم جزء المبيع عليه حيث عيّن مقداره بما يقابله بحسب القيمة من الثمن.

وفيه: أنك بعد ما اعترفت من أنه حكم تعبدي، فنقول: لابدّ من أن تقتصر على مقدارٍ نزّله الشارع منزلة الجزء، والشارع إنما نزّله منزلة الجزء في أخذ ما يقابل / ٢٦٤ / من الثمن بإزاء وصف الصحة، لا في أن يصير جزء المبيع بحيث يلزم قبضه قبل التفرق في باب الصرف.

---

١) جامع المقاصد ١٩٢/٤ ـ ١٩٤، حكم ما لو وجد عيب في الثمن أو المثمن.

٢) جواهر الكلام ٢٦/٢٤، بطلان البيع إذا اشترى دراهم بمثلها معينة فوجدها من غير جنسه.

الثالث ما نقلناه من بعض الأساتيد من دعوى كون الأرش على مقتضىٰ القاعدة بغير الطريقة التي يقولون من أنه على طبق القاعدة، وهو أنه يقول في بيع المعيب: إن البايع يبيع عيناً صحيحةً، فإذا كان وصف الصحة منتفياً، فلابدّ له من أن يجبر مالية الوصف الناقص حتى يصير المعيب صحيحاً، فيتحقق الوفاء بالعقد حيث كان ملتزماً بالعين الصحيحة.

وعلى هذا فيصير الأرش بمنزلة الجزء للمبيع حقيقة، فلابدّ أن يجري عليه جميع أحكام جزء المبيع*.

ولذا نقول: إنه لو تلف الأرش قبل قبضه بالمشتري يكون البايع ضامناً له كما أنه كان ضامناً لنفس المبيع وأجزائه.

إن قلت: إن أرش جزء المبيع ليس مضموناً على البايع قبل القبض فيه ما فيه، فكيف تقول بأن أرش الوصف يكون مضموناً عليه؟!.

قلت: أرش الوصف قد عرفت أنه يصير بمنزلة نفس جزء المبيع وأما أرش الجزء فيكون / ٢٦٥ / بمنزلة بدل الجزء، وذلك لأن أرش الجزء إنما يؤخذ في صورة كان المبيع صحيحاً وتامّ الأجزاء حين العقد؛ غاية الأمر أنه تلف بعض أجزائه قبل القبض، فيكون ضامناً له، ولابدّ من أن يعطي بدله. فأرش الجزء بدل الجزء بخلاف أرش الوصف، فإنه نفس الجزء.

---

*) *جزء المبيع كان في مقابل جزء من الثمن وهنا لو كان المراد أن وصف الصحة أيضاً كذلك، فهذا راجع إلى دعوى أن الأرش على طبق القاعدة، فلابدّ أن يرجع ما يقابله من الثمن. وقد تقدم فساد ذلك.*

وأما لو كان المراد أن وصف الصحة ملكها من دون أن يكون في مقابل الثمن، فهذا اعتراف بأنه ليس بمثل جزء المبيع، والذي كان قبضه لازماً قبل التفرق في باب الصرف هو نفس أجزاء المبيع.

والحاصل أن هذا الوجه الثالث لا يرجع إلى محصل، والجواب الذي ذكرناه عمن يقول «إن الأرش على طبق القاعدة» كافٍ في رفع هذه الإحتمالات والتخيلات أيضاً. (منه قدس سره).

أقول: إن قلت: إن الأرش الذي يعطيه إلى المشتري من الواضح أنه ليس نفس الوصف الذي ملكه إياه وإنما هو بدله، فكيف نقول: إن أرش الوصف جزء المبيع.

قلت: الذي ملكه البايع مالية الوصف، فيكون بالنسبة إلى الأرش الذي يعطى إليه من قبيل الكلي والفرد، والمبيع كان كلياً، وعين في فرد يترتب جميع أحكام المبيع على ذلك الفرد؛ لأن تشخيص الكلي يكون تعييناً لعين ما كان في الذمة.

في إبطال دعوى أن البايع يملك مالية وصف الصحة وأن مقتضاه كون الأرش جزءاً للمبيع، لا بدلاً عنه

هذا غاية التوضيح في بيان مرام القائل بهذا الوجه الثالث. ونحن نقول فيه:

أولاً إن المفروض / ٢٦٦ / أن المبيع ليس كلياً مثل أن يبيع منّاً من الحنطة الغير المعيبة على الذمة، وإلا فلابدّ من أن يردّ فرداً آخر غير هذا المعيب، عوضاً عما في ذمّته، فيكون خارجاً عن مفروض الكلام، بل المبيع هنا هو الجزء الحقيقي الذي صار مشاراً إليه، والمفروض أنه معيب.

نعم، كان التباني على كونه صحيحاً، فظهر أنه كان معيباً. وهذا من قبيل تخلف الغرض في أنه لا يؤثر في شيء كسائر الدواعي التي كانت في المبيع ويظهر خلافه.

نعم، يكون فرق بين هذا الداعي وسائر الدواعي على ما تقدم في محلّه، ولكنه لا ينفع في صيرورة مقتضى المبيع عليك وصف الصحة.

وثانياً لو فرضنا أنه ملك وصف الصحة بالمشتري، فيكون مقتضاه أن لا يكون للمشتري أن يرضى بالمعيب بدون الأرش إلا أن يبرء ذمة البايع عن وصف الصحة التي ملكه به.

وثالثاً قرّبناه لصيرورة الأرش جزء المبيع، لا بدلاً بعد تسليم مبناه من أن أداء

الدين وما في الذمة تعيين لعين ما كان / ٢٦٧ / في الذمة من الكلي، والإغماض مما ذكرناه في أواخر كتاب الرهن من احتمال كون أداء الدين معاملة جديدة، نقول: لا وجه لأن يقال: إن البايع يملك مالية الوصف الذي مرجعه إلى بيع شيء من النقدين في الذمة عند قوله «بعتك هذا الحمار».

بل لو لم نقل إنه ينقل المعيب؛ فغاية الأمر أن ينضمّ إلى ذلك نفس وصف الصحة، فيكون الأرش بدلاً عنه وبدل العوضين لا يعتبر فيه القبض قبل التفرق في باب التصرف، بل كيف تقول: إن البايع يملك غير نفس المعيب شيئاً آخر مع أنه لو كان ذلك، فلابدّ أن يكون ذلك بقصد البايع؛ لأنه إنشاء منه، مع أنه في أكثر المعاملات التي يكون المبيع فيه معيباً، يكون البايع مطّلعاً على العيب ويكون غرضه إخفاء العيب على المشتري.

في أن العيب المستوعب لقيمة المبيع حال البيع يوجب بطلانه، وحدوثه قبل القبض يوجب الإنفساخ أو ردّ تمام الثمن فقط

قوله: ثم إنه قد تبيّن ممّا ذكرناه[1] .. اه.

أقول: لو استوعب العيب لتمام القيمة بأن لا يبقى للمبيع إلا الملكية فقط كما لو كان المبيع هو البيضة وكانت فاسدة أو صارت فاسدة في زمان كان تلفه على البايع كما قبل القبض / ٢٦٨ / أو لا يبقى له الملكية أيضاً، بل يكون فيه حقية فقط.

وذلك كما لو باع خلّاً فانكشف كونه خمراً أو صار خمراً قبل القبض، فإن الملكية أيضاً هنا تزول حيث لا يصير المسلم مالكاً للخمر؛ نعم، يبقى حق التخليل فيه لمالكه.

وفي هاتين الصورتين لو علم أن هذا العيب كان سابقاً على البيع، فيكشف هذا

---

١) كتاب المكاسب ٣٩٨/٥، هل يعقل استغراق الأرش للثمن؟

من فساد البيع لاشتراط المالية في المبيع؛ لأنه مبادلة مال بمال، فلا يعقل صحة البيع هنا.

وأما لو كان حدوث هذا العيب بعد البيع في زمان كان تلفه على البايع كزمان قبل القبض أو زمان خيار المشتري في الجملة، فهنا قد يقال بانفساخ البيع؛ إذ لا معنى لأخذ الأرش هنا؛ لأن الأرش عبارة عن جزء الثمن، وعلى هذا يصير حق التخليل أو الملكية للبايع لأنه يردّ عين ماله إليه بالإنفساخ.

وقد يقال بأنه ليس في المقام لفظ الأرش ليقال إنه جزء الثمن لإتمامه، بل مقتضىٰ الدليل ليس بأزيد من أن تلف المبيع في كل واحد من الزمانين على البايع، ولا يقتضي ذلك بأزيد / ٢٦٩ / من أن دركه وخسرانه عليه بردّ تمام الثمن إليه.

وأما العقد فلا ينفسخ للشك فيه، فيستصحب بقاء صحة العقد وعدم انفساخه، فيبقى أصل العين على حالها السابقة، فتكون الملكية وحق التخليل للمشتري.

أقول: وفيه: أنه لم يكن مقتضىٰ الأدلة أن المبيع إذا تلف قبل القبض أو في زمان خيار المشتري، فلابدّ أن يكون خسرانه على البايع حتى يقال: إنه يكفي في كون خسرانه عليه بأن يردّ الثمن إلى المشتري.

فلا ينافي مع بقاء العقد على صحته فتستصحب صحته، بل مقتضىٰ الأدلة أن نفس تلف المبيع يكون من مال البايع.

ثمّ إنه لما كان تلف المبيع من مال البايع مع أنه ملك للمشتري غير معقول، فألزموا بأن العقد قبل التلف بآنٍ ما ينفسخ، فيدخل المبيع في ملك البايع، فيكون التلف من ماله.

بل تقدم أنا نقلنا عن المصنف (ره) في أحكام الخيار أنه التزم بتحقق نظير هذا الإنفساخ في العيب الحادث قبل القبض أيضاً.

في حكم بيع العبد الجاني خطأ أو عمداً إذا استوعب الجناية قيمته أو لم تستوعب قيمته

وعلى كل حال قد علم مما تقدم أن العيب إذا استوعب قيمة المبيع وكان موجوداً حال البيع، فلا يعقل صحة البيع بعد أنه عبارة عن مبادلة مال بمال / ٢٧٠ / إلا أن المصنف[١] (ره) نقل عن العلامة[٢] عبارات في مسألة بيع العبد الجاني تدل على صحة البيع في هذا الفرض.

ونحن نتعرض هنا لحكم مسألة بيع العبد الجاني بمقتضى القواعد أولاً، ثمّ نتعرّض لحال الإشكال الوارد على كلام العلامة (ره) فنقول: إن جناية العبد إما أن يكون عن الخطأ أو العمد؛ ففي الأول يكون الإختيار لمولى العبد بين الفداء بأقلّ الأمرين من أرش الجناية أو قيمة العبد؛ لأن الجاني لا يجني على أكثر من نفسه وبين دفع الجاني إلى المجني عليه أو وليه ليسترقه بقدر جنايته.

ثم إنه لو تصرف المولى في العبد ببيعه، فقيل: إنه لا مانع فيه إما مطلقاً أو إذا كان المولى موسراً وأنه التزام بالفداء.

وقيل: إنه ليس التصرف التزاماً بالفداء.

وعلى الثاني يكون الإختيار لولي المجنيّ عليه أو نفس المجنيّ عليه بين القتل لو كانت الجناية موجبة له وبين الإسترقاق للمجني عليه أو وليه.

وعلى كلّ حال لا يخرج عن ملك مولاه قبل ذلك كلّه.

---

١) كتاب المكاسب ٣٩٩/٥، كلمات العلامة في الأرش المستوعب في العيب المتقدم على العقد.
٢) تذكرة الفقهاء ٢٠٦/١١، حكم بيع الجاني خطأً أو عمداً وقواعد الأحكام ٧٦/٢، في أحكام ا لعيب.

[الجناية المستوعبة وغير المستوعبة]

وإذا عرفت ذلك فنقول: لو لم تكن الجناية مستوعبة لقيمته، فلا إشكال في أصل صحة بيعه من المولى.

وأما لو كانت الجناية مستوعبة لقيمته، فلو كانت / ٢٧١ / الجناية عن الخطأ وقلنا: إن التصرف من المولى فيه التزام منه بالفداء والمفروض أنه كان له ذلك، فلا مانع أيضاً من أصل صحة البيع.

وأما لو لم يكن ذلك منه التزاماً بالفداء فحكمه حكم الفرض الآتي.

ولو كانت الجناية عن عمد فنقول: قد يقال هنا: إنه لما يكون لوليّ المجنيّ عليه أن يقتله أو يسترقه، فيسقطه عن المالية، فلا يصح بيعه.

ولكن فيه: أن مجرد كون العبد في معرض ذلك لا يسقطه من المالية رأساً ما لم يقتله أو يسترقه؛ لأن احتمال الفك والعفو يكون موجوداً كاحتمال أن يرضى بفداء المولى أو المشتري، فعند البيع لما يكون أمره مردداً بين هذه الإحتمالات فيصير عبداً معيباً، ولمثل هذا العبد المعيب الذي يكون في معرض التلف أيضاً قيمة عند العرف؛ لأنه يبذل بإزائه مال ولو كان في منتهى القلّة. وإذا حصلت له المالية عند البيع، فلا مانع من صحة البيع.

نعم، لو كان المشتري جاهلاً بعيبه فيكون له الخيار كما أنه لو وقع القتل أو الإسترقاق في زمان كان تلفه على البايع كزمان قبل القبض أو في زمان خيار المشتري / ٢٧٢ / فللمشتري أن يرجع بالثمن، سواء قلنا بانفساخ العقد أيضاً أم لا، على الخلاف الذي تقدم الكلام فيه.

وأما لو كان القتل أو الإسترقاق في زمان كان ضمانه على المشتري وكان المشتري عالماً بالعيب أولاً.

فلا خيار ولا أرش ولا انفساخ.

في الإشكال على العلامة حيث حكم بالرجوع إلى تمام الثمن في الجناية الخطائية المستوعبة للقيمة فقط

وإذا عرفت ذلك فلنرجع إلى إشكال المصنف (ره) على العلامة، فنقول: يستفاد من العبارات المنقولة عن العلامة (ره) أنه في القتل الخطأي الذي كان فيه الخيار مع مولى العبد وكانت الجناية مستوعبة أن العلامة اعترف بصحة البيع ورجوع المشتري إلى البايع بتمام الثمن، وفي الجناية العمدية التي يكون الإختيار لوليّ المجني عليه ويختار القتل أو الإسترقاق، اختار صحة البيع وإن لا يرجع المشتري إلى تمام الثمن، بل التفاوت بين الصحيح والمعيب كبيع المريض والمرتدّ.

ولذا أورد المصنف (ره) عليه بأن العبد المعلّق برقيته حق المجني عليه حقّاً يستوعب قيمته، إما أن يبذل ما بإزائه حتى يعدّ مالاً أم لا.

على الأول لا وجه للرجوع إلى تمام الثمن إلى البايع كما اشتمل عليه كثير من عباراته.

وعلى الثاني يبطل البيع / ٢٧٣ / لعدم المالية للمبيع، والبيع مبادلة مال بمال.

إن قلت: إنا نختار الشق الأول وإنه يبذل بإزائه مال، لكن نقول: إن الرجوع إلى البايع بتمام الثمن من جهة أن تلف المبيع كان بحق عليه عند البايع، فتلفه عليه.

قلت: مع أنه لا وجه له فلابدّ أن يكون كذلك فيما لو اقتص من الجاني عمداً مع أنه قال هنا بتقسيط الثمن.

أقول: يمكن تصوير صحة البيع أولاً مع رجوع المشتري إلى تمام الثمن فيما لو كان الإسترقاق قبل القبض الذي كان تلفه فيه من مال البايع إلّا أن كلام العلامة آبٍ من أن يحمل على ذلك.

[طريق معرفة الأرش]

قوله: مسألة: يعرف الأرش.. ـ إلى قوله: ـ وهو قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند أهل البلد[1].. اه.

أقول: نقلت في رسالتي في مسألة الأرش عن بعض الأساتيد أنه قال: إن المقوّم من يكون مطلعاً على القيمة التي يباع بها فعلاً فيخبر عنه، فيكون خبره عن الحس، ويكفي فيه عدل واحد في مقام المرافعة التي تصير شهادته موضوعةً لحكم الحاكم.

ونحن نقول: لابدّ أن نتكلّم تارة في كفاية كل واحد من أقسام العارف التي ذكرها المصنف (ره) في مقام تعيين قيمة الصحيح والمعيب / ٢٧٤ / وتارة في اعتبار التعدد وغير ذلك من الشرائط في ذلك العارف الذي[2] يخبر عن القيمة.

في أن المقوّم من يخبر عن القيمة المتعارفة والبحث في اعتبار التعدد فيه من جهة أنه شهادة

فنقول: أما القسم الأول الذي يكون خبره عن الحس ولا مدخلية للرأي فيه، فالظاهر أنه المراد من المقوّم التي في كلمات العلماء حيث إنهم عند تعارض المقوّمين يعبّرون بتعارض البيّنات كما لا يخفى على المراجع إلى الجواهر وغيره.

ولفظ «البيّنة» ظاهر في القسم الأول؛ لأن الأخيرين يناسب بأن يعبّر عن تعارضهم بتعارض أهل الخبرة.

وعلى كل حال، لا ينبغي التأمل في أن الأرش الوارد في النصوص يكون هذا القسم الأول منه مراداً قطعاً كما لو علم القيمة المتعارفة لكل من الصحيح والمعيب

---

١) كتاب المكاسب ٤٠٣/٥، مسألة: طريق معرفة الأرش.

٢) في المخطوطة: التي.

فيؤخذ مقدار التفاوت بينهما من الثمن.

وأما اعتبار التعدد أو سائر الشروط فيه، فتوضيحه مبني على نقل بعض الكلمات ليوضح مبنى المسألة، فيقول في الدروس[١]: إنه يعتبر في المقوّم العدالة والمعرفة والتعدد / ٢٧٥ / والذكورة وارتفاع التهمة.

وفي الجواهر[٢] بعد نقل هذه العبارة عن الدروس وغيره ناقش على اعتبار هذه الشروط بأنه مع ابتناء ما ذكروه على أن التقويم من باب الشهادة، لايخلو اعتبار بعض هذه الشروط عن النظر.

وفي الجواهر[٣] في باب مواقيت الصلاة: أن استفادة اعتبار التعدد في الأخبار عن دخول الوقت مما دل على اعتبار التعدد في كل شهادة مع دعوى أن المقام منها أي من الشهادة لا الخبر.

وفي باب القبلة[٤] ينقل عن كاشف اللثام[٥] أنه قال: لم أرَ من اشترط التعدد يعني فيمن يخبر عن القبلة، فهو خبر، أي يكتفي فيه بما يكتفي به في الأحكام الشرعية وإلا فكل خبر شهادة، لكن خصّ ما فيه زيادة تحقيق وتدقيق للنظر باسم الشهادة.

في بيان الفرق بين الخبر والشهادة وأنه قام دليل على اعتبار واحد منها مطلقاً أم لا، ونقل مسالك العلماء

أقول: على هذا يكون الفرق بين الشهادة والخبر أن كل ما ثبت فيه اعتبار

---

١) الدروس ٢٨٨/٣، التراضي في خيار العيب وأحكام الفسخ به.
٢) جواهر الكلام ٢٩٠/٢٣، كيفية طريق معرفة مقدار الأرش.
٣) جواهر الكلام ٢٦٨/٧، هل يجوز التعويل على شهادة العدلين إذا كان له طريق إلى العلم أم لا؟
٤) جواهر الكلام ٣٩١/٧، تقديم خبر العدل على الإجتهاد.
٥) كشف اللثام ١٧٢/٣، المطلب الثالث: في المستقبل.

التعدد يكون شهادة، وكل ما لم يثبت فيه ذلك يكون خبراً يكفي فيه عدل واحد بعد الإعتراف بقيام الدليل على حجية كل خبر عادل مثل آية النبأ، إلّا أن صاحب الجواهر[١] في أوائل كتاب القضاء عند التعرض / ٢٧٦ / لأن مترجم الحاكم يعتبر فيه التعدد والعدالة يدّعي أن تميز الشهادة عن الخبر ليس بأن ما ثبت فيه التعدد يكون شهادة، بل الشهادة والخبر مفهومان متغايران.

وحيث يريد إثبات شيء بذلك فيسمّى شهادة ويعتبر فيها التعدد بقوله تعالى ﴿ فاستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾[٢]. وعند الشك في موضوع الشهادة والرواية لابدّ من اعتبار التعدد أخذاً بالمتفق عليه. وليس لك أن تتمسك بإطلاق آية النبأ لكفاية الواحد بعد أن مفاد الآية حجية الخبر، والمفروض أنّا نشك في أن الموضوع من الخبر أو الشهادة.

ثمّ إنه في الجواهر بعد تسليم أن الخبر صادق على شهادة كل واحد من الشهود يقول: إن الآية لا تدل على حجية خبر العادل [من] غير حاجة إلى ضمّ شيء آخر ـ أعني خبر عدل آخر ـ إليه حتى يقال: إن مقتضىٰ القاعدة كفاية العدل الواحد حتى يثبت اعتبار التعدد في مورد.

ثمّ على تسليم دلالة الآية على اعتبار خبر[٣] العادل مطلقاً، يقول بأنه يمكن التخصيص باعتبار التعدد في كل ما كان له مدخلية في القضاء / ٢٧٧ / بقوله: «**إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان**»[٤*].

---

١) جواهر الكلام ٤٠/١٠٧، اعتبار التعدد والعدالة في المترجم.

٢) البقرة: ٢٨٢.

٣) في المخطوطة: الخبر.

٤) الكافي ٧/٤١٤، باب أن القضاء بالبينات والأيمان، ح ١.

*) ***وفي القوانين في مسألة حجية خبر الواحد يتعرض لبيان الفرق بين الخبر والشهادة وكذا في غيره؛ فراجع؛ لكنا نقول: لوكان دليل دلّ بوجه على أن كل شهادة يحتاج الى العدلين، فحينئذٍ لوكان الدليل على كفاية الواحد فيما يعدّ خبراً ورواية، فحينئذٍ يحتاج إلى التميز بين معنى***

أقول: ما نقلناه عن الجواهر كلّها أو أغلبها محل نظر واضح.

ثمّ إن هنا مسالك أخرى:

منها أنه ليس لنا دليل على حجية خبر العادل مطلقاً ولا على حجية شهادة العدلين. وعلى هذا فكل مورد ثبت اعتبار شيء منهما فنقول به وكل مورد لم يقم الدليل على اعتبار شيء منهما نقول بأنه لا يكفي غير العلم.

ومنه تأمّل في الجواهر في مسألة القبلة والوقت في إثباتهما بقول العدلين أيضاً.

ومنها أن الدليل ـ وهو آية النبأ ـ يدل على حجية خبر العادل وأنه لا فرق بين الخبر والشهادة إلا أنه في كل مورد ثبت اعتبار التعدد فيسمّى باسم الشهادة، فيكون مقتضىٰ القاعدة حجية خبر العادل إلا في كل مورد ثبت اعتبار التعدد. وكالبينة التي تكون موضوعة لحكم الحاكم والهلال وإثبات العدالة ظاهراً وإثبات حرمة ما يشك في حرمته أو نجاسته.

الرواية والخبر وبين معنى الشهادة.

بل على هذا التقدير لو قلنا: إن كل خبر ورواية شهادة أيضاً، يقع التعارض بين الدليلين المفروضين، لكن الذي يسهل الأمر أنه ليس لنا دليل على أن كل ما يعدّ شهادة يحتاج الى التعدد، لوضوح أن مجرد إطلاق الشهادة على ما ثبت فيه التعدد غير كافٍ في إثبات أن كل شهادة يحتاج إلى التعدد.

إن قلت: يظهر من مجرد ابتنائهم اعتبار التعدد في بعض الموارد على أنه شهادة أو رواية تسلمهم [على] أن الشهادة يحتاج الى التعدد.

قلت: أولاً هذا الإبتناء ليس من الكل.

وثانياً لو كان من المسلّم اعتبار التعدد في كل شهادة، فلا يحسن ما عن بعضهم من أن كل خبر شهادة وأن ما اعتبر فيه زيادة تحقيق وتدقيق كما في حقوق الناس يسمّى باسم الشهاده.

وثالثاً نحن نعلم أو نحتمل أن يكون مدركهم مجرد إطلاق الشهادة على ما اعتبر فيه التعدد وغير ذلك مما يكون مداركه بأيدينا، فلا يكشف قولهم عن مدرك آخر.

وفي مترجم القاضي في الجواهر [٢٦٨/٧، هل يجوز التعويل على شهادة العدلين إذا كان له طريق إلى العلم أم لا؟] *يتمسك لإثبات التعدد في كل ما يتعلق بباب القضاء من المترجم وغيره بحديث «إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان». (منه قدس سره).*

ومنها أن الدليل دلّ على حجية شهادة العدلين مطلقاً، ولا دليل على حجية العدل الواحد مطلقاً، فلابدّ أن نقول بكفاية العدلين في كل مورد وأنه لا يكفي العدل الواحد / ٢٧٨ / إلا في مورد ثبت ذلك فيه بالخصوص.

في نقل ما يستدلّ به على قول العدلين مطلقاً

ثمّ إن الدليل على حجية شهادة العدلين مطلقاً هو الإستقراء في موارد الشرع مما ورد في باب القضاء وفي مسألة الهلال وغيرها، وبقوله في موثقة مسعدة بن صدقة «**والأشياء كلّها على ذلك حتى تبيّن لك أو تقوم به البينة**»[١]، وبقوله في صحيح إبن سليمان[٢] «**كل شيء لك حلال حتى يجيئك شاهدان يشهدان عندك أن فيه ميتة**»[٣].

وفيه: أن الخبرين إنما يدلان على عدم اعتبار غير البيّنة وكفاية البيّنة في الشهادة على حرمة الشيء المشكوك الحرمة ونجاسة الشيء المشكوك النجاسة. ومنه يقول القائل بثبوت الدليل على حجية خبر العادل على نحو الإطلاق: إنه في الإخبار عن التطهير يكفي عدل واحد، وفي التنجيس لا يكفي إلا عدلان، كما ينقل في البرهان القاطع في ذيل مسألة الشبهة المحصورة هذا التفصيل عن بعض الكتب، منها كشف الغطاء.

/ ٢٧٩ / ثمّ إن ما نقلناه شطر من كلماتهم المختلفة التي يقولون بها في أمثال المقام، ونحن نقول: لا مجال لنا للتكلّم فيما نقلناه في المقام إلا أنه نقول: قد ذكرنا في محلّه عدم دلالة آية النبأ على حجية خبر العادل، ولا تدل على عدم حجية خبر الفاسق على نحو الإطلاق أيضاً.

---

١) الكافي ٣١٣/٥ ـ ٣١٤، باب النوادر من كتاب المعيشة، ح ٤٠.

٢) في المخطوطة: ابن سنان.

٣) الكافي ٣٣٩/٦، باب الجبن، ح ٢.

وعدم القول من العلماء بحجية غير خبر العادل في إثبات الموضوعات ـ لو سلّم ـ إنما هو لعدم قيام دليل في نظرهم على ذلك أو لقيام الدليل في نظرهم على عدم الحجية كما يوضح مما نشير إليه؛ بل وضح شطر منه مما تقدم.

فليس عدم قولهم بحجية خبر الفاسق من جهة إجماع منهم على ذلك بعد ما نرىٰ كلماتهم مع أن احتمال المدرك أيضاً كافٍ.

في أنه لا يتمّ دليل على اعتبار الشهادة أو الخبر مما ذكروه

وأيضاً لا يخفى أنه لا يتمّ عندنا دليل بالخصوص على حجية قول العدلين في جميع الموارد ولا على عنوان الشهادة، وأنه يعبّر فيها التعدد كما ادعاه في الجواهر، بل المصنف[1] (ره) حيث تسلّم اعتبار التعدد في المقام بعد دعوى أنه من الشهادة، وبعد ذلك لا نحتاج إلى بيان الفرق بين الشهادة والرواية كما أنه لو كان لنا دليل عام على حجية خبر العادل، فنقول بما قال كاشف / ٢٨٠ / اللثام[2] الذي مرجعه إلى أن مقتضىٰ القاعدة كفاية العدل الواحد إلا في موارد ثبت فيه التعدد بالخصوص.

في بيان حجية الثقة ومقداره ودليله

وإذا عرفت ذلك فنقول: قد ذكرنا عند التعرض لحجية خبر الواحد وقول اللغوي والإجماع المنقول وغيرها أن بناء العقلاء على العمل بخبر الثقة عند الحاجة وتعذر تحصيل العلم أو تعسره بعسر شديد مع عدم المعارض ما لم يطرء عليه وهن شخصي ولا نوعي، ولا تشترط فيه العدالة.

---

١) كتاب المكاسب ٤٠٤/٥، مسألة: طريق معرفة الأرش.

٢) كشف اللثام ١٧٢/٣، المطلب الثالث: في المستقبل.

وذكرنا عند التعرض لآية الإذن وفي مسألة أصالة الصحة والنفاس وغيرها أن حسنة اسماعيل بن أبي عبدالله عليه السلام تدل على حجية كل خبر مسلم؛ نعم، خرج عن هذا العموم كل خبر فاسق كان الظن الحاصل عن خبره بمقدار الظن الحاصل من خبر الفاسق قبل التبيّن الوثوقي بمقتضى تعليل آية النبأ، ومنطوق آية النبأ لا يدلّ على عدم حجية خبر الفاسق بأزيد من ذلك. ولو ثبت في مورد قيد آخر نقيد إطلاق الخبر به في ذلك المورد ونقول بالحجية فيما سواه.

مثلاً ثبت عدم حجية غير قول العدلين في الشهادة على العدالة أو غيرها فيقيد الإطلاق بذلك، لكن بنفس هذا الخبر نقول بحجية قول العدلين كما تعرّضنا لذلك عند التعرض للأمارات التي يثبت الأرض المفتوحة العنوة به، كما أنه لو لم يثبت التقييد حتى بحصول الظن الذي يكون بأزيد من الظن الحاصل من قول الفاسق قبل التبيّن في مورد، نقول به كما في الإخبار عن فقر نفسه وغير ذلك مما لا يجري تعليل آية النبأ من إصابة القوم بجهالة حيث لا يصير فيه إلا شخص واحد كما أشرنا إلى ذلك عند التعرض لحجية أخبار الآحاد، كما أنه في مسألة حجية خبر العادل وغير ذلك أشرنا إلى أن آية الركون لا تدل على عدم حجية خبر الفاسق.

في أنه إذا وقع موضوعاً لحكم الحاكم يحتاج إلى التعدد

فعلى ما ذكرنا كل مورد قام دليل خاص على اعتبار العدالة في إثبات شيء من الموضوعات نقول به / ٢٨١ / كما أنه في كل مورد قام الدليل على اعتبار العدلين وعدم كفاية غيره ـ كما في البيّنة التي تكون موضوعة لحكم الحاكم لقوله «إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان» وغير ذلك، وكما في إثبات الهلال، وكما في إثبات التحريم والنجاسة للخبرين السابقين ـ نقول هناك بعدم كفاية غير العدلين، وفيما لم يثبت فيه شيء بالخصوص نقول بكفاية خبر الثقة التي له يعرض عليه الوهن في

موزدٍ تقدم.

وإذا عرفت ذلك فنقول في مسألتنا: إذا وقع النزاع بين المتبايعين في قيمتي الصحيح والمعيب ورجعوا إلى الحاكم ليحكم بينهم ويريد الحاكم أن يحكم على طبق قول المقوّم، فنقول هنا بأنه يعتبر في المقوّم ما يعتبر في البيّنة التي تكون موضوعاً لحكم الحاكم من اشتراط التعدد وغيره. وأما إذا رجعوا إلى الفقيه ليبيّن لهم حكم المسألة من دون نزاع، فله أن يفتي لهم بالرجوع إلى المقوّم الثقة التي لم يعرض عليه وهن، وأنه يؤخذ بالتفاوت / ٢٨٢ / بين القيمتين اللتين يقوّمها هذا المقوّم من الثمن.

في أنه ليس إجماع على اعتبار التعدد في المقوّم بأي معنىً كان إذا لم يصر موضوعاً لحكم الحاكم وحجية قول أهل الخبرة

إن قلت: يظهر من المصنف (ره) ومما نقله في الجواهر[1] عن الدروس وغيره تسلم اعتبار التعدد والعدالة في المقوّم.

قلت: ليس هذا من باب إجماع في خصوص هذه المسألة؛ أما المصنف (ره) فلدعوى أنه من الشهادة، فيعتبر فيه التعدد كما في كل شهادة، فيبنى على المبنى الذي أفسدته سابقاً. ومنه اعترف بعدم اعتبار التعدد فيما اعترف أنه يكون مقوّماً، وهو القسم الثاني.

وأما كلام الشهيد (ره) وغيره، فقد عرفت أن الجواهر ادعى أن ذلك مبني على جعله شهادة مع أن من المحتمل أن يكون مراد الشهيد (ره) اعتبار التعدد في صورة يصير المقوّم موضوعاً لحكم الحاكم حيث إن الغالب أن أشباه ذلك يقع النزاع فيه. ولعل من ذلك اعتبر الذكورة وغير ذلك من الشرايط التي يعتبرونها بعضهم في

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٢٩٠، كيفية طريق معرفة مقدار الأرش.

خصوص البيّنة التي تكون موضوعاً لحكم الحاكم، لا في كل ما يعدّونه شهادة.

وأما القسم الثاني والثالث فنعرض أولاً للأخير منهما، وهو أن يعين العارف نفس الجيّد والرديء من مثل الفضة / ٢٨٣ / وغيرها بعد أن قيمة كل منهما محفوظة في محله.

وهنا لا إشكال من جهة كفاية ذلك، حيث إن القيمة هي القيمة المتعارفة عند الناس؛ غاية الأمر أن الجنس ليس معلوماً، فيرجع في تعيينه إلى قول أهل الخبرة.

ونحن ذكرنا عند التعرض لحجية قول اللغوي وغيره في هذا المقام أن قول واحد من أهل الخبرة في صورة لم يكن قوله موهوناً نوعاً ولا في خصوص المورد ولم يكن لكلامه معارض من أهل الخبرة، يكون حجة في كل مورد صار تعيين الواقع محل الحاجة ولم يمكن تحصيل العلم بنفس الواقع أو كان في تحصيل العلم به مشقة شديدة لبناء العقلاء على الأخذ بقول أهل الخبرة في هذا الفرض ولو لم يحصل لهم العلة بنفس الواقع من قولهم. وقد أثبتنا حجية بناء العقلاء على نحو الإطلاق عند التعرض لحجية بناء العقلاء.

في إبطال ما تمسك به المصنّف لحجية خبر العادل من أهل الخبرة

وعلى هذا لا يلزم التعدد والعدالة في الأخذ بقول أهل الخبرة في هذا الفرض.

وأما تمسك المصنف (ره) لاعتبار قول / ٢٨٤ / واحد من أهل الخبرة إذا كان عادلاً في مقامنا بما دل على حجية خبر العادل من آية النبأ[1] وبالحرج وبدليل الإنسداد، فغير مرضي عندنا لوجوه عديدة نشير إلى شطر منها هنا، فنقول:

أما آية النبأ، فذكرنا في محله أنها لا تتمّ دلالتها على حجية خبر[2] العادل مع

---

١) الحجرات: ٦؛ والآية هي: ﴿ يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبيّنوا.. ﴾.

٢) في المخطوطة: الخبر.

أن قول أهل الخبرة ناشٍ عن الرأي والحدس، والمصنف (ره) في مسألة الإجماع المنقول يكون مدعاه عدم دلالة آية النبأ على حجية الخبر الحدسي للعادل بعد تسليم دلالتها على حجية الخبر الحسي منه.

وأما الحرج، فعلى تسليم أن تحصيل العدلين من أهل الخبرة يكون فيه الحرج، فذلك لا يقتضي كفاية العدل الواحد؛ لأنه لا مانع من الرجوع إلى البراءة.

إن قلت: إن الرجوع إلى البراءة يكون فيه الحرج على المشتري.

قلت: أولاً إن الحرج فيه ليس في العمل، بل مشقة نفسية عليه في الإكتفاء بالأخذ بالمقدار المعلوم / ٢٨٥ /.

وثانياً ثبوت الحرج على المشتري لا يقتضي لإثبات تكليف على البايع أو الحاكم.

وثالثاً إن ذلك لا يعين التكليف في الأخذ بقول عدل واحد من أهل الخبرة والمفروض أنه لا دليل على حجيته إلا دليل الحرج.

وأما الإنسداد فنقول: نحن تعرّضنا لدليل الإنسداد الصغير الجاري في كل واحد من الموضوعات عند التعرض لما يثبت به موضوع الأراضي الخراجية وقلنا: إن جريانه متوقف على أن يتمّ فيه مقدمات دليل الإنسداد الكبير أو ما يقوم مقام كل واحد من تلك المقدمات.

فعلى هذا نقول: إن من المقدمات إبطال الرجوع إلى البراءة، وتقدم أنه لا مانع فيه بعد أنه لا دليل على بطلانه إلا الحرج، مع أنه على التسليم لا يعين الحجة في حصول خبر عدل واحد، كما لا يخفى.

في صيرورة قول أهل الخبرة موضوعاً لحكم الحاكم

بقي الكلام في صيرورة قول أهل الخبرة في هذا الفرض موضوعاً لحكم

الحاكم كما في مقام الترافع، فنقول: لو قلنا بعدم اعتبار الحس في تحقيق موضوع الشهادة والبيّنة كما يلوح من بعض الكلمات حيث يقولون بنحو الإطلاق بصدق الشهادة على المقوّم كما في أول كتاب الشهادات / ٢٨٦ / من الجواهر[١] ومما نقله في القوانين في مسألة حجية خبر الواحد وغير ذلك، فعلى هذا نقول بصيرورته موضوعاً لحكم الحاكم، لكن في هذا الفرض يعتبر في المقوّم التعدد والعدالة.

وأما لو قلنا باعتبار الحس فيه ـ كما يلوح من المصنف[٢] (ره) تسلم ذلك في الجملة في مسألة الإجماع المنقول ـ، فحينئذٍ نقول: لو كان الإجماع على جواز الحكم به ولو لم يكن شهادة كما يقولون بذلك في الشياع الظني كما يستفاد من الجواهر في كتاب الشهادات ونقلنا كلامه عند التعرض لإثبات الأراضي الخراجية بالشياع.

فعلى هذا لابدّ من أن نقول: إن هذا الإجماع مخصص لمثل قوله «إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان»[٣] أو نقول ـ وإن كان بعيداً ـ: إن قول المقوّم بمنزلة معلومية الواقعة كما يقولون بذلك في الحكم على طبق الإقرار، فيكون الحكم من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وهو مجرد إلزام منه، فلا مانع من تجديد الدعوى بعد هذا الحكم كما نقلنا هذا المسلك عن بعض الأساتيد.

لكنّه تقدمت المناقشة على ذلك في أوائل المسائل المتعلقة باختلاف المتبايعين في تعيب المبيع وعدمه.

---

١) جواهر الكلام ٨/٤١، الأصوب إيكال ذلك إلى العرف.

٢) كتاب المكاسب ٤٠٣/٥ ـ ٤٠٤، مسألة: طريق معرفة الأرش.

٣) الكافي ٤١٤/٧، باب أن القضاء بالبينات والأيمان، ج ١.

في أن الخبر الحدسي الذي كان حجة في غير مقام الترافع أي فائدة يترتب عليه في مقام الترافع

وأما لو / ٢٨٧ / منعنا قيام الإجماع على الحكم على طبق قول المقوّم، فنقول: إن قول المقوّم يثمر في صيرورة من يكون قول المقوّم على طبق قوله من المترافعين منكراً، فيثبت مدعاه بعد التحلف لو قلنا: إن المنكر عبارة عمن يكون قوله مطابقاً لأصل معتبر أو أمارة معتبرة.

وأما القسم الثاني وهو أن يعين المقوّم قيمة للصحيح والمعيب من عند نفسه بمعنى أنه يناسب أن يباع بهذا المقدار من دون أن يكون لهما قيمة معيّنة في الخارج، فهنا نقول: نحن مأمورون بأخذ التفاوت المحقق بين الصحيح والمعيب من الثمن. فعلى هذا لو أعرض المتاع صحيحة ومعيبة على الناس ويعين بأنهم بأي مقدار يشترون كلاً من الصحيح والمعيب، فيؤخذ بتلك النسبة من الثمن وإلا نقول: إن مقتضى الأخبار أن التفاوت الذي كان بينهما يؤخذ بتلك النسبة من الثمن، وليس في مفروض الكلام واقع يعينه أهل الخبرة. ومجرد قوله «ينبغي أن يباع بثمن كذائي»، ليس له أمارية إلى ما كان الحكم مترتباً عليه.

وبتعبير آخر نقول: ليس في الأخبار أنه يرجع إلى المقوّم ليتصدى؛ لأن المقوّم يصدق عرفاً على أي شخص، بل المستفاد منها أخذ التفاوت ما بين قيمتي الصحيح والمعيب وهو ظاهر في القيمة التي يكون لهما في الخارج.

وكلمات الفقهاء لابدّ أن يحمل عليه، مع أنا نرىٰ أنهم لايدرون صدق المقوّم عرفاً.

ومنه تسلّم المصنف صحة ما منع صدق لفظ المقوّم عليه، وعليه نقول: مجرد أن يجعل المقوّم قيمة للمبيع من عند نفسه ليس موضوعاً للحكم.

نعم، لو قال المقوّم: إن التفاوت بالربع أو الخمس أو غيرهما، فلا مانع من الأخذ به.

/ ٢٨٨ / نعم، لو قال المقوم: ان التفاوت بين الصحيح والمعيب بالعشر أو الثمن مثلاً، فلعله لا مانع من الأخذ بقوله.

في أنه لو تعذر العلم وفقد المقوّم يكون المرجع البراءة

قوله: ثم لو تعذر معرفة القيمة لفقد[1] .. اه.

[تعذّر معرفة القيمة]

أقول: عند فقد أهل الخبره وتعذر العلم كل أصل أو أمارة يكون حجة ومرجعاً في غير مقام المرافعة. ففي مقام المرافعة والنزاع يصير المنكر من كان قوله مطابقاً لذلك الأصل أو الأمارة بناءً على أن المدعي عبارة عمن يكون قوله مخالفاً للأصل أو الظاهر كما تقدم شطر من الكلام في ذلك في خيار الغبن.

وهنا نقول: إن الواجب على البايع مردّد بين الأقل والأكثر الغير الإرتباطي حيث لو أدى الأقل فيبرء ذمّته بتلك المقدار. فعلى هذا يكون القول قول البايع المنكر للزيادة. وأما دعوى أن المرجع هنا هو الظن، فمبني على إثبات اعتباره بدليل الإنسداد، وعرفت فساده فيما تقدم.

في أنه ليس متعلق الأمر المفهوم الكلي فيكون الفرد مقدمة للواجب

وأما دعوى أن المرجع أصالة الإشتغال، فبدعوى أن المأمور به هو المفهوم الكلي من تدارك العيب أو شبه ذلك وأن الترديد بين الأقل والأكثر في الأفراد

---

١) كتاب المكاسب ٤٠٤/٥، لو تعذر معرفة القيمة.

ووجوبها من باب المقدمة لامتثال الأمر بالمفهوم الكلي كما أشار المصنف (ره) إلى هذا المسلك من المسألة الرابعة من مسألة الشبهة التحريمية والوجوبية نظير ما يقوله / ٢٨٩ / المصنف (ره) في الأمر بمثل الوضوء من أن متعلق الأمر هو الطهارة، وهو أمر بسيط والوضوء يكون محققاً لها.

فإذا تردّد الوضوء بين الأقل والأكثر، فلا تجري البراءة في المشكوك على القول بجريان البراءة في الأقل والأكثر الإرتباطي؛ لأن نفس الواجب ليس مردداً بين الأقل والأكثر.

وأما المحقق فوجوبه مقدمي ليس مجرى للبراءة عند بقاء وجوب ذي المقدمة بحاله.

وعلى كل حال، نحن أفسدنا المبنى في المسألتين المشار إليهما وأنه لا معنى لتعلق الأمر والنهي بالمفهوم الكلي، بل أفسدنا ما ذكره المصنف أيضاً في مسألة البراءة.

في تقدم قول منكر الزيادة مع عدم المقوم أو التعارض

ونلخّص أنه في مورد النزاع يكون المنكر منكر الزيادة كما هو مقتضىٰ ظاهر لفظ المنكر أيضاً وهو البايع، فيكون الحلف عليه.

ولكن قد يورد على ذلك بأن مقتضىٰ صحيحة أبي ولاد[1] الواردة في دابة

---

١) الكافي ٥/٢٩٠ ـ ٢٩١، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها العد أو يردها قبل الإنتهاء إلى الحد، ح ٦. والرواية هي: «عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد عن إبن محبوب عن أبي ولاد الحناط، قال: اكتريت بغلاً إلى قصر إبن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم لي فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه إلى النيل فتوجهت نحو الذيل، فلما أتيت النيل خبرت أن صاحبي توجه إلى بغداد، فأتبعته وظفرت به وفرغت مما بيني وبينه ورجعنا إلى الكوفة وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذري

وأردت أن أتحلل منه مما صنعت وأرضيه فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة، فأخبرته بالقصة وأخبره الرجل، فقال لي: وما صنعت البغل؟

فقلت: قد دفعته إليه سليماً.

قال: نعم، بعد خمسة عشر يوماً.

فقال: ما تريد من الرجل؟

قال: أريد كرى بغلي، فقد حبسه علي خمسة عشر يوماً.

فقال: ما أرى لك حقاً؛ لأنه اكتراه إلى قصر إبن هبيرة، فخالف وركب إلى النيل وإلى بغداد، فضمن قيمة البغل وسقط الكرى، فلما رد البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكرى.

قال: فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع فرحمته مما أفتى به أبوحنيفة فأعطيته شيئاً وتحللت منه. فحججت تلك السنة، فأخبرت أبا عبدالله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة.

فقال: في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركتها.

قال: فقلت لأبي عبدالله عليه السلام: فما ترى أنت؟

قال: أرى له عليك مثل كرى بغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل ومثل كرى بغل راكباً من النيل إلى بغداد ومثل كرى بغل من بغداد إلى الكوفة توفيه إياه.

قال: فقلت: جعلت فداك! إني قد علفته بدراهم فلي عليه علفه.

فقال: لا، لأنك غاصب.

فقلت: أرأيت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني.

قال: نعم، قيمة بغل يوم خالفته.

قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز؟

فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده إليه.

قلت: فمن يعرف ذلك؟

قال: أنت وهو، إما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، فإن رد اليمين عليك فحلف على القيمة لزمه ذلك أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا وكذا، فيلزمك.

قلت: إني كنت أعطيته دراهم ورضي بها وحللني.

فقال: إنما رضي بها وحللك حين قضى عليه أبوحنيفة بالجور والظلم ولكن إرجع إليه فأخبره بما أفتيتك به، فإن جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك.

اكترى إلى قصر إبن أبي هبيره التي تقدم نقلها عن المصنف (ره) في مسألة المقبوض بالبيع الفاسد عكس ذلك فإنه جعل الحلف فيه أولاً مع صاحب الدابّة مع أنه مدعٍ للزيادة.

/ ٢٩٠ / **وفيه**: أن من المحتمل أن يكون تقديم قول صاحب الدابّة من جهة أنه أعرف بحال دابّته، فيكون الظاهر معه، وهذا الظاهر حجة.

ولو كانت استفادة حجيته من نفس هذا الخبر والمنكر من يكون قوله مطابقاً للأصل أو الظاهر الحجة، نظير ما يقولون في تقدم قول الزوجة مثلاً في متاع البيت بالنسبة إلى ما يختص منه بالنساء مع أن في الصحيحة احتمالات أخر يخرجها عن كونها مخالفة للقاعدة، ذكرناها في محله؛ فراجع.

في حدّ حجية قول أهل الخبرة عند التعارض ومدركه

قوله: مسألة: لو تعارض المقوّمون[1] .. اه.

أقول: نحن هنا لتوضيح المقام تارة نتكلم في تعارض المقوّمين بمقتضى الأصل الأولي والقاعدة الأولية، وتارة على مقتضىٰ أقوال الفقهاء في مسألة تعارض البيّنات التي ذكروه في كتاب القضاء، وتارة فيما يكون قابلاً لأن يكون مستنداً لقول جماعة نقل عنهم في الجواهر[2] أنهم قالوا بالجمع العملي في تعارض المقوّمين.

قال أبو ولاد: فلما انصرفت من وجهي ذلك، لقيت المكاري فأخبرته بما أفتاني به أبو عبد الله عليه السلام، وقلت له: قل ما شئت حتى أعطيتكه.

قال: قد حببت إلى جعفر بن محمد عليهما السلام ووقع في قلبي له التفضيل وأنت في حل وإن أحببت أن أرد عليك الذي أخذت منك فعلت».

١) كتاب المكاسب ٤٠٥/٥، مسألة: لو تعارض المؤمون.

٢) جواهر الكلام ٢٩٠/٢٣، كيفية طريق معرفة مقدار الأرش.

أما المقام الأول فنقول في كل مورد تقدم سابقاً: إن قول المقوّم يكون اعتباره / ٢٩١ / من باب اعتبار قول أهل الخبرة، فهناك نقول: إن قول أهل الخبرة يسقط عن الإعتبار بمجرد التعارض إلا أن يصير أحدهما بالخصوص موهوناً بحيث يسقط عن الإعتبار ولو في حال التعارض وبلحاظه كما أن من دخل في أهل الخبرة من الطب أو غيره وكان له المرتبة الأدنى، فيرجع إليه في صورة لم يعلم المعارض لكلامه.

وأما لو عارض قوله مع قول من يكون كاملاً في هذا الفن بمنتهى الكمال، فيأخذون بقول هذا الكامل ولا يضرّه المعارض المشار إليه.

وبالجملة، لو صار وهن المعارض بأي جهة كان بحيث لا يعتني العقلاء بتلك المعارض ولو عند المعارضة، فيصير الآخر حجة.

وأما إثبات مجرد مرجح لأحدهما لا يصير منشأً لحجية قوله، كما هو ظاهر الأصحاب على ما يظهر منهم في مسألة مفهوم الوصف وفي تعيين معنى الصعيد والكعب في باب الوضوء إلى غير ذلك من موارد كلماتهم.

والدليل على ما قلناه: أن الدليل على اعتبار قول أهل الخبرة ـ كما ذكرته في مفهوم الوصف وعند التعرض لحجية قول اللغوي ـ منحصر ببناء العقلاء، / ٢٩٢ / وبناء العقلاء على العمل بقول أهل الخبرة بأزيد مما ذكرته غير معلوم.

وأما كل مورد تقدم أن قول أهل الخبرة يكون من باب أنه خبر الثقة أو خبر المسلم، فنقول: لو كان مدركه البناء، فحاله كحال الصورة السابقة، وأما لو كان مدركه الحسنة التي ينقل فيها حكاية إسماعيل بن أبي عبدالله عليه السلام فنقول ـ بعد فرض التعارض المحقق بين قول المقوّمين ـ: إنا ذكرنا في آخر الإستصحاب وفي قاعدة الضرر أن دليل الحجية مثل «صدّق العادل» أو «صدّق المسلم» لا يشمل المتعارضين.

في عدم شمول الدليل للمتعارضين والمتزاحمين وأن الأخذ بأحدهما أو التبعيض في الآخر بحكم العقل واللفظ قاصر

ومما ذكرنا ظهر حكم كل مورد تقدم أن قول أهل الخبرة من البيّنة الشرعية كما في موارد الترافع والقضاء، فإن دليل الإعتبار لا يشمل المتعارضين. ولا فرق في ذلك بين أن يكون الخبر أو البيّنة حجة من باب الطريقية أو السببيّة لما ذكرنا في الموضعين المشار إليهما من أن كل عام يمتنع اجتماع فردين منه في تحته للتعارض الموجود بينهما، فلا يشمل ذلك العام لشيء منهما بوجه.

نعم، بناءً على كون الخبر أو البيّنة حجة من باب الطريقية، فبعد عدم شمول دليل الإعتبار لها يرجع إلى الأصل، ومقتضاه أنه الأقل.

نعم، البيّنة التي يجعل التفاوت بين القيمتين أقلّ من الأخرى، لا معارض لها وبالنسبة إلى الزائد يرجع إلى الأصل.

وأما بناءً على كون الخبر أو البيّنة حجة من باب السببية، فلمّا يكون ذلك مبنياً على إحراز ثبوت المصلحة التامة في العمل بهما حتى في مورد التعارض وأن / ٢٩٣ / عدم شمول دليل الحجية لهما لأجل عجز المكلف عن العمل بهما كما في «أنقذ الغريق» بالنسبة إلى الغريقين اللذين لا يمكن إنقاذهما معاً، وعدم شموله لواحد منهما إنما هو لعدم قابلية دليل الإعتبار لأن يشمل واحداً منهما بحسب القواعد اللفظية كما ذكرنا ذلك في آخر الإستصحاب وقاعدة الضرر.

وعلى هذا نقول: بعد وجود المصلحة التامة في كل منها يستقلّ العقل بلزوم العمل بمقدار المقدور حيث إن عدم اقتضاء اللفظ لذلك من جهة قصور اللفظ عن أدائه، لا من جهة عدم المطلوبية.

وعلى هذا نقول في المقام: لا مانع من التخيير بين العمل بكل واحد منهما وبين

التبعيض بالعمل ببعض المضمون من كل منهما كما في تزاحم المستحبات كزيارة العاشوراء مع صلاة الليل، وكما في أداء الديون في صورة كان عليه الدين من شخصين ولا يمكنه أداؤهما معاً.

وعلى هذا لو علم أن الأهم هو التخيير، فيأخذ به / ٢٩٤ / كما أنه لو علم أن التبعيض أهمّ ـ كما في أداء الديون ـ، فيأخذ به، ولو علم التساوي فيكون مخيّراً بين التخيير والتبعيض.

وإن احتمل الأهمية في أحد الطرفين، فإن لم يكن معيناً، فيكون أيضاً مخيراً بين التخيير والتبعيض. وأما لو كان معيناً، فإن كان احتمال الأهمية من قبيل التكليف الجديد، علم مطلوبية القدر المشترك وكان الشك في تكليف جديد نظير أنه يعلم مطلوبية الصلاة في أيّ مكان كان ويحتمل تعلق تكليف جديد بنحو تعدد المطلوبي في إثبات الصلاة في المسجد، فلا مانع من إجراء البراءة عن هذا التكليف الجديد.

وأما لو لم يكن احتمال الأهمية من قبيل احتمال تكليف جديد، بل يحتمل تعين التكليف الأول فيما يحتمل أهميته، فيبنى المسألة على مسألة دوران المكلف به والواجب بين التخيير والتعيين.

وإذا عرفت هذا، فنقول في المقام: على كون حجية الخبر أو البيّنة من باب السببية، كون المصلحة في العمل بهما لو كان ـ كما هو الظاهر ـ من جهة أن المصلحة التامّة كان في العمل بقول المسلم أو العادل، فحينئذٍ / ٢٩٥ / يشكل إحراز أهمية واحد من التخيير أو التبعيض في نظر الشارع من نفس هذه الجهة.

نعم، بالنسبة إلى نفس الواقعة ـ لو فرض هذه الدوران ـ يمكن دعوى كون التبعيض أهمّ نظراً إلى أن الحق بين شخصين وتنصيفه بينهما أولى وأهمّ من حرمان أحدهما بإعطائه إلى الآخر حيث إنه خلاف الإنصاف والعدل.

ولعل نظر الشهيد الثاني في تمهيد القواعد إلى هذا، وجعله مرجّحاً في نفس

العمل بالبيّنتين أيضاً.

في حكم المتزاحمين من جهة التبعيض والتخيير وأن المرجح للتبعيض بلحاظ الخارج، لا بلحاظ نفس البيّنتين

وأما المقام الثاني، فنقول فيه: إن مما يقولون في تعارض البينات: إنه إن أمكن التوفيق بين الشهادتين وفّق بينهما، كما لو قال المعدّل: إن فيه ملكة العدالة و[في] الخارج رأيت منه فسقاً، فإنه ليس بينهما تكاذب حيث إن ارتكاب الفسق يجتمع مع ملكة العدالة.

وفيما نحن فيه أيضاً قد يصير بحيث ليس بين الشهادتين تكاذب كأن يقول واحد البيّنتين: رأيت هذا الجنس يشتريه أهله بعشرة، ويقول الآخر: رأيت يباع بثمانية، فهنا لابدّ أن يؤخذ بالأكثر حيث إنه يبذل بإزائه فعلاً عشرة.

وبالجملة، مع إمكان التوفيق لا ينبغي التأمل في أنه يوفق بينهما في مسألتنا أيضاً وإن / ٢٩٦ / لم يصر جوابه هنا، حيث إن هذا الفرض في الحقيقة خارج عن تعارض البيّنتين.

ومنه قال المصنف[1] (ره) في وجه عدم تقدم بينة المثبت على النافي في المقام بإثبات التعارض بينهما من جهة أن بيّنة النفي يشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعاً وأن بذل الزيادة في مقابل المبيع سفه.

في إجراء حكم تعارض البيّنتين في المقام من تقدم المثبت على الناقل والترجيح لسائر المرجحات وتقديم بينة الخارج

وأيضاً مما يقولون في تعارض البيّنتين أن بيّنة المثبت مقدمة على النافي، لأن شهادته مستندة إلى الحس، بخلاف بيّنة النفي.

---

١) كتاب المكاسب ٤٠٧/٥، مسألة: لو تعارض المقومَون.

وفيما نحن فيه أيضاً قد يصير مرجع بيّنة الأقلّ إلى النفي، فلابدّ أن يكون بينة الأكثر مقدمة لاستنادها إلى الحسن. والظاهر أنهم لا يقولون بذلك في المقام ـ كما تقدم التصريح بذلك عن المصنف (ره) ـ وهو الظاهر ممن لم يقل في المقام إلا بالجمع العملي بين البيّنتين.

ولعلّ السرّ في ذلك أن كون مستند شهادة المثبت إلى الحس من المرجّحات لبيّنة الأكثر، فيكون حاله كحال سائر المرجّحات كالأعدلية والأكثرية. ونقول فيها: إنه ليس حال الشهادة كحال الخبر حتى يكتفى فيه في مقام الترجيح على قوّة الظن كما هو المشهور هناك، بل جعل شيء مرجّحاً لإحدى / ٢٩٧ / البيّنتين يحتاج إلى دليل خاص، فلا يؤخذ بمطلق المرجح هناك أيضاً.

ومنه يقول في الجواهر[1]: إنه لو رجح إحدى البيّنتين على الأخرى بشهادة جملة من الفسّاق على مضمون أحدهما، لكان من منكرات الفقه، بل هناك في بعض المرجّحات لا يجعلونه مرجّحاً حقيقة، وانما يقدّمون قول من كان لبينته رجحان مع يمينه، مع أنه لو كان يوجب الترجيح، فلم يكن تقدم قوله محتاجاً إلى اليمين أيضاً.

وإذا عرفت ذلك فنقول: كل مرجح يمكن إثبات وجوب الترجيح به في باب تعارض البينات لا يعمّ نفس دليله للمقام، والمفروض أن العلماء أيضاً لم يتعدوا إلى مقامنا أيضاً، وليس الترجيح على طبق القاعدة أيضاً على الطريقية، مقتضىٰ القاعدة تساقط المتعارضين في صورة لم يكن المرجح مرجّحاً لدخول أحدهما تحت دليل الإعتبار دون الآخر كما في تعارض استصحاب السببي مع استصحاب المسببي.

وأيضاً ما يقولون في تعارض البيّنتين: إن بينة الخارج مقدمة على بينة الداخل، ومرادهم بالداخل من يكون قوله مطابقاً للأصل المعوّل عليه في المسألة أو الظاهر

---

١) جواهر الكلام ٤٠/٤١٦، الحكم بالتنصيف عند تعارض البينتين وكون العين في يدهما.

المعتبر / ٢٩٨ / والخارج من لا يكون قوله مطابقاً لأحدهما بحيث لو ادعى يصير مدعياً، فيقدّم بينته لأن مطالبة البيّنة منه.

وفيما نحن فيه يكون القائل بالأكثر قوله مخالفاً للأصل، فلابدّ أن تكون بينته مقدمة.

وبالجملة، من يقدّم بينة الخارج هناك، مقتضىٰ القاعدة أن يقدم بينة الأكثر هنا إلا أن يكون محل الكلام هنا في غير مورد النزاع والمرافعة.

في إجراء أحكام تعارض البيّنتين في المقام من تقديم أحدهما بالقرعة أو القرعة بعد التساقط

وأيضاً مما يقولون في تعارض البينات ترجيح أحدهما بالقرعة، سواء قلنا: إن القرعة لتعيين الأخذ بمضمون إحدى البيّنتين وعليه ينقطع الدعوى بالقرعة وليس لأحدهما بعد انقطاع الدعوى أن يقيم الدعوى، فلا يسمع الحاكم دعواه بعد ذلك، أو قلنا: إن القرعة لتعيين الواقع، وعليه لم ينقطع الدعوى بالقرعة؛ لأن انقطاع الدعوى إما بالبينة أو اليمين لقوله عليه السلام «**إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان**»[1] والحاكم وإن يحكم بالإقرار، إلا أنه يحكم معلومية الواقعة كما قيل.

بقي الكلام في جريان القرعة في مسألتنا، فنقول: أما ما ورد من أخبار القرعة في خصوص مسألة تعارض البيّنتين، / ٢٩٩ / فلا يجوز التمسك به في مسألتنا، لاختلاف موردها مع المقام، وليس إطلاق لتلك الأخبار بحيث يشمل المقام، والمفروض أن العلماء أيضاً لم يتعدوا من موارد الأخبار إلى مقامنا.

وأما أصل قاعدة القرعة بمقتضى أدلتها العامة، فنقول: قد ذكرنا في محله أنه لا يجوز التمسك بقاعدة القرعة في مورد كان في البين أصل عملي يعين حكم الواقعة

---

١) الكافي ٤١٤/٧، باب أن القضاء بالبينات والأيمان، ح ١.

في غير موارد الأدلة الخاصة للقرعة في مقامات مخصوصة.

وعلى هذا فلمّا يكون الأصل نافياً للأكثر، فلا يبقى مجال لأن يقرع.

نعم، لو قلنا باعتبار البيّنة من باب السببيّة، فحينئذٍ ليس لنا أصل يعين نفس العمل بإحدى البيّنتين، فلا مانع من أن يقرع لتعيين ما يجب العمل به فعلاً على ما حقّقناه في قاعدة القرعة من أن مجراها أعمّ من أن يكون في البين واقع مجهول، فيقرع لتعيينه أو لم يكن في البين واقع مجهول كما في التسابق في المشتركات التي ليس قبل القرعة مجهول.

في إجراء أحكام تعارض البيّنتين في المقام وكذلك الحكم بثبوت التخيير للحاكم وشبه ذلك

/ ٣٠٠ / نعم، الإشكال في المبنى من كون البيّنة حجة من باب السببية.

ثمّ إن مما يقولون في المقام: تخيير الحاكم بين العمل بإحدى البيّنتين، كما قاله المصنف (ره) وكذلك في الجواهر هنا وفي كتاب الغصب ـ كما تقدم نقل ذلك عنه عن كتاب الغصب في خيار الغبن ـ، ولكن لم نر التعرض له في تعارض البيّنات في كتاب القضاء.

وعلى كل حال، الظاهر أن المدرك له على القول بحجية البيّنة ـ من باب السببية، لا الطريقية ـ هو أن المانع عن العمل بهما هو العجز، حيث لا يمكن تصديقهما وتصديق كل في بعض تكذيب لكل منهما.

ثم لمّا لم يكن مرجّح لتصديق واحد بالخصوص، فيكون التخيير بينهما، لأنه القدر الممكن.

ثمّ إن التخيير للمترافعين يورث النزاع، فلابدّ أن يكون الخيار للحاكم.

وفيه: مع أنه بعدُ لم يقم دليل على الأصل المسببي من كون حجية البيّنة من

باب السببية، ومع أن كون التخيير للحاكم يورث العداوة عليه، أن الإحتمالات ليست منحصرة فيما ذكرت، بل يمكن وقوع الصلح القهري أو الإختياري / ٣٠١ / إلى غير ذلك من القواعد التي نقلته في أول مكتوباتي في الرهن، مما يمكن إجراؤها في المقام.

ومما يقولون في تعارض البينات هو الحكم بالتصنيف في صورة كان المتنازع فيه في يدهما وهو خارج عن المقام.

وتلخّص أن الأخذ بالأقل لا مانع فيه للأصل بعد تساقط البيّنتين بعد ما عرفت من أن غير ذلك مما ذكر في المقام لم يتمّ شيء منها ولو لعدم الدليل على مبنى بعضٍ مِن كون البينة حجة من باب السببية.

نعم، نحن لم نتصد في المقام لصحة ما ذكروه من تقدم بيّنة الداخل وسقمه*.

---

*) يلوح من المصنف ترجيح أن المقوّمين قولهم حجة من باب البيّنة، وعليه يرجّح الجمع العملي.

وفيه: أولاً أنه لا دليل على السببية، ومجرد الشك كافٍ في عدم آثار السببية.

هذا، مع أنه يقدم أن السببية معناها بإحراز المصلحة التامّة في العمل بقول المقوّمين كما أحرزنا المصلحة التامّة في إنقاذ الغريقين أو أداء الدينين مع عجز المكلف عن العمل بهما معاً. وحينئذٍ لا ترجيح للأخذ ببعض كل منهما على الأخذ بواحد وترك الآخر.

وما يتراآىٰ من رجحان التبعيض في المقام إنما هو بالنسبة إلى متعلق البيّنتين، لا بالنسبة إلى نفس العمل بالبيّنتين.

وبالجملة لا دليل على السببية. وأما على الطريقية مقتضى الأصل التساقط والرجوع إلى الأصل، وهو أصالة عدم الزيادة بمقتضىٰ أصالة البراءة.

ثمّ في غير مقام القضاء لم يعلم رافع لهذا الأصل كما تقدم. وأما في مقام القضاء فمع غمض العين عن تقدم بينة الخارج التي لم نرجح هنا فيه شيئاً، نقول أيضاً: المرجع الأصل، ودعوى تخيير الحاكم ـ كماترى ـ بعد أن فيه المفسدة حيث يوجب عداوة الحاكم، مع أنك عرفت أنه لو تمّ فإنما يتمّ على السببية التي لا دليل عليها، كما أن الصلح القهري أو الإختياري بالإلزام به لا يتمّ في مورد كان الأصل لو صححناه بنفسه.

ثمّ لما يكون الكلام في الترجيح مع عدم ضمّ اليمين، بل المصنف يقول: إنه غير ممكن لأنهما جاهلان، فلا يناسب دعوى أن هنا مورد القرعة أو سائر المرجحات مما يجعلونه

[هل يكون للجمع العملي مدرك؟]

وأما المقام الثالث وهو أنه هل يكون للجمع العملي مدرك غير ما تقدم وتقدم فساد مدركه أم لا؟

وفي الجواهر يستدل له بالقاعدة التي تقدم بعض الكلام فيها في خيار الغبن.

وفيه: أن الحكم بالأخذ بالأقلّ لأصالة البراءة عن الزيادة ليس خلاف العدل وإلا يشكل الرجوع إلى البراءة في كثير من الموارد.

هذا، مع أنه يكفينا الشك في ذلك أيضاً. وأيضاً استدل بالخبر الوارد في الأضحية / ٣٠٢/ حيث حكم فيه في صورة تعذر الأضحية أن يتصدق بثلث من الثلث قيم التي كانت أولاً لها.

وفيه ـ بعد تسليم سند الخبر ـ: أن مورد الأضحية ليس له إطلاق يشمل المقام.

ودعوى تنقيح المناط موهون؛ لأن القطعي منه غير حاصل لنا والظني منه ليس بحجة، بل القياس مع الفارق لأن في المقام ليست القيمة الواقعية معلومة، وإنما هي مرددة بين أمور، وفي مورد الخبر الوارد في الأضحية لم يكن الشك في القيمة الواقعية وإنما اختلفت القيمة بحسب الأزمان السابقة قبل تعذر الأضحية.

فيما يقال لإثبات الجمع العملي من الأدلة الخاصة

ومما ذكرنا ظهر فساد إثبات الجمع العملي في المقام من الأخبار الواردة في إيداع الدرهم والدرهمين وشبهه وإن كان صاحب الجواهر في كثير من الموارد مدّعياً لاستفادة القاعدة الكلية منها.

مرجّحاً لإحدى البينتين مع اليمين بعد فرض رفع التعارض عن الأخبار الواردة فيها.

وأما الأدلة العامة للقرعة فقد تقدم أنا قلنا بعدم جريانها في مورد يجري الأصل إلا بدليل خاص ليس في المقام. (منه قدس سره).

[اختلاف حاصل الجمع]

قوله: وهو ناقص عن الثلث بنصف خمس[1] .. اه.

أقول: بل بنصف نصف نصف من خمس الثلث؛ لأن الثمن إذا كان مأة وعشرون، فثلثه أربعون، وأما على الطريقة الأخرى فثمنه خمسة عشر وخُمسه أربعة وعشرون، والمجموع أنقص من الأربعين بواحد.

وهو ما ذكرناه من نصف نصف نصف خمس من الثلث.

وإنما جعلنا أصل الثمن مأة وعشرين؛ لأنه أقل عدد يخرج منه الكسور /٣٠٣/ صحيحاً لأن الكسرين اللذين كانا في الطريقة الثانية من الثمن والخمس يكون بين مخرجهما التباين، فيضرب الثمانية في الخمسة، فيصير أربعين.

ولما يكون النسبة بين الأربعين ومخرج الثلث الذي كان في الطريقة الأولى التباين أيضاً، ونحن نريد أن نقايس أحدهما بالآخر بعدد صحيح، فيضرب مضروب الأول في الثلاثة، فيصير مأة وعشرين.

فعلى الطريقة الأولى ثلثه أربعون وعلى الطريقة الثانية ثُمنه خمسة عشر وخُمسه أربعة وعشرون، والمجموع أنقص من الثلث، وهو الأربعون بواحد، والواحد نسبته إلى خمس الثلث وهو ثمانية ثمن.

فعلى الطريقة الثانية يصير أنقص بثمن خمس من الثلث.

في بيان الإختلاف بين طريقة المشهور والشهيد في الجمع العملي والسرّ في اختلاف طريقة المشهور مع طريقة الشهيد

قوله: توضيح هذا المقام أن الإختلاف[2] .. اه.

---

١) كتاب المكاسب ٤١٠/٥، قد يختلف حاصل الجمع.

٢) كتاب المكاسب ٤١٠/٥، صور اختلاف المقوّمين.

/ ٣٠٤ / **أقول**: على طريقة المشهور بعد جمع القيم التي كانت للصحيح وجمع القيم التي كانت للمعيب، لا فرق بين أن ينسب مجموع القيم التي كانت للصحيح إلى مجموع القيم التي كانت للمعيب أو ينسب نصف أحدهما إلى نصف الآخر أو ثلث أحدهما إلى ثلث الآخر حيث إن كل عددين كان بينهما نسبة، يكون عين تلك النسبة ثابتة بين كسرهما من النصف والثلث والربع وغيرها مع اتخاذ الكسرين من الطرفين كأن ينسب نصف أحدهما إلى نصف الآخر أو ثلث أحدهما إلى ثلث الآخر وهكذا.

/ ٣٠٥ / ففي العشرين مع خمسة عشر يكون التفاوت بالربع، فكذلك بين نصفها وهو العشرة وسبعة ونصف. وهذا بخلاف مالو نسب بين أجزائها بالإختلاف كما لو أخذ بالتفاوت التي كان بين اثني عشر مع العشرة بالسدس وبين ثمانية وخمسة بثلاثة أثمان، فلا يلزم اتحاد النسبة بين المجموعين وبين أجزائها على الإختلاف. وهذا هو السرّ في اختلاف الطريقين.

وأما أنه مع الإتفاق في الصحيح تتفاوت الطريقتان بالزيادة أو النقيصة ومع الإتفاق في المعيب لا تتفاوتان، فلم نظفر على ميزان في ذلك حتى يعلم منه صحة هذه الدعوى كما أنه لم نظفر على ميزان لصورة التفاوت بالزيادة أو النقيصة غير أنه لابدّ من أن يلاحظ كل مثال ويلاحظ التفاوت على الطريقين وأنه يزيد أحدهما على الآخر أو ينقص أو يتساوى الطريقان.

في الجمع العملي وأن الحق طريقة الشهيد

قوله: ثمّ إن الأظهر[1] .. اه.

أقول: أصل الجمع العملي إما للجمع بين العمل بالبيّنتين بإعمال كل في نصف

---

١) كتاب المكاسب ٤١٢/٥، المتعين هو الطريق المنسوب إلى الشهيد والوجه فيه.

يؤودها وتقدم أنه مبني على كون حجية البيّنة من باب السببية، وعلى دعوى /٣٠٦/ أنه مع عدم إمكان العمل بها يكون التبعيض بالعمل بنصف من كل منهما أهمّ من العمل بواحد وطرح الآخر.

وإما للجمع بين الحقين في صورة صار مال أو شيء آخر مردّداً بين أن يكون لأحد الشخصين كما في درهم الودعي وغيره.

في وجه رجحان طريقة الشهيد على طريقة المشهور

وإذا عرفت هذا، فنقول: على التقديرين يكون مقتضىٰ القاعدة الأخذ بطريقة الشهيد (ره) في المقام. أما على الأول فلأنه وإن يكن مقتضاه الجمع بين نصفي قيمتي الصحيح والجمع بين تعين قيمتي المعيب، إلا أنه لا ينسب مجموع أحدهما إلى مجموع الآخر كما هو طريق المشهور؛ لأنه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الأخرى وجبت ملاحظة التفاوت بالنسبة إلى كل من النصفين صحيحاً ومعيباً.

وعلى هذا نقول: إنه في طريق المشهور يلغى ذلك من البين، وعلى طريق الشهيد لا يلغى ذلك كما بيّنه في المتن.

في رفع الإشكال عن طريقة الشهيد، سواء كان الجمع لسببية البينة أو للجمع بين الحقين

قوله: لأنه أخذ من مقابل الجارية[1] .. اه.

أقول: توضيح المقام: /٣٠٧/ أنه يقوّم أولاً مجموع العبد والجارية بعشرة، ثمّ

---

١) كتاب المكاسب ٤١٤/٥، توهم ودفعه.

يقوّم العبد بأربعة ونسبته إلى المجموع خمسان وإذا أخذ الخمسان من الثمن وهو اثنى عشر، يصير أربعة وأربعة أخماس، ثم يقوّم الجارية بستة ونسبته إلى المجموع وهو عشرة نصف ونصف خمس، وإذا أخذ النصف ونصف خمس من نفس الثمن وهو اثنى عشر، يصير سبعة وخمس.

وإذا عرفت ما يصير قسمة كل من العبد والجارية من الثمن حيث إنه يقسط عليهما على حسب قيمتها فنقول: قد عرفت أن التفاوت بين الصحيح والمعيب في العبد كان بثلاثة أثمان، فإذا أخذ الثلاثة أثمان مما وزع من الثمن على العبد وهو أربعة وأربعة أخماس يصير واحداً وأربعة أخماس.

وعرفت أن التفاوت بين الصحيح والمعيب في الجارية كان بالسدس، فإذا أخذ السدس مما وزّع من الثمن على الجارية وهو سبعة وخمس، يصير واحداً وخمساً.

فظهر مما ذكرنا أنه في شراء شيئين متفاوتين في القيمة* /٣٠٨/ لو جمع بين

---

*) *إن قلت: إنه في مختلفي القيمة مثل العبد والجارية التي تمثله نسلّم أنه يجب مراعاة اختلاف وقوع الثمن في مقابل الجزءين وأن ذلك يقتضي أن يؤخذ التفاوت بين الصحيح والمعيب من العبد بما يخصه من الثمن عند التقسيط كما بيّنته وكذلك الأمة. ونسلّم أن هذا بحسب الخارج مطابق ينطبق مع ما لو جمعت بين القيمتين الصحيحين من العبد والأمة وبين القيمتين منهما كما هو طريق المشهور في أصل المسألة، وهو صورة كان الإختلاف بين النصفين في مجرد التقويم. ونسلّم حينئذٍ أن مثال العبد والجارية لا يصير بقضاء على إختيار طريقة الشهيد في صورة كان الإختلاف بين النصفين في مجرد التقويم ولكن ذلك كلّه لا يصير شاهداً على اختيار طريقة المشهور في مختلفي القيمة دائماً كما هو مرام المصنف؛ إذ غاية ما يستفاد مما ذكرته أن في خصوص الفرض الذي ذكر في العبد والجارية طريقة المشهور منطبق مع ما اقتضاه القاعدة في هذا الفرض حيث إن كلاً منهما اقتضى أن يؤخذ من الثمن الذي فرض أنه اثنى عشر ثلاثة بخلاف ما لو عمل فيه بطريقة الشهيد، فإن مقتضاه أن يؤخذ ثلاثة وربع من اثني عشر، لكن المثال الخاص لا يثبت حكم الكلية.*

قلت: الغرض الأصلي في المقام رفع الإشكال عن اختيار طريقة الشهيد في الجمع بين المقوّمين في صورة كان الإختلاف بين النصفين في مجرد التقويم، لا في وقوع الثمن بإزائهما

قيمتي المعيب وبين قيمتي الصحيح ونسبة مجموع قيمتي المعيب إلى مجموع قيمتي الصحيح وأخذ بتلك النسبة من الثمن، وهو الربع في مثال المصنف (ره)، فقد روعي ما تلزم مراعاته من اختلاف قيمتي جزءي البيع في صورة يختلف ما يقابل من الثمن لكل من الجزءين.

وأما لو أخذ نفس التفاوتين من الثمن كالسدس وثلاثة أثمان، فيلغى ذلك من البين كما هو واضح.

وهذا بخلاف ما لو كان ما يقابل من الثمن لكل من النصفين اللذين كانا متفاوتي القيمة على حدٍّ سواء كما في المقام حيث إن اختلاف قيمة الجزءين نشأ من مجرد اختلاف المقوّمين، وإلا فقيمتهما واقعاً على حدٍّ سواء، ولذلك ينصف الثمن عليهما عند تقسيط الثمن على أجزاء المبيع؛ فتدبّر.

[شهادة البيّنات بالقيم أو نفس النسبة]

قوله: زدنا على السدس[1] .. اه.

أقول: التفاوت في إحدى القيمتين كان بالسدس وهو اثنان من الثمن المفروض

بالنقص بمثال العبد والجارية في صورة كانا مختلفي القيمة، والجواب عن ذلك يكون بمجرد اختلاف قيمتي النصفين هنا.

وأما حكم نفس مختلفي القيمة، فما شرحناه فيه من أخذ التفاوت بين الصحيح والمعيب من كل من الجزءين كالعبد والجارية بما يخصّ نفس ذلك الجزء من الثمن يكون على طبق القاعدة كما هو واضح.

وعلى هذا، فإن قام برهان على أن طريقة المشهور، وهو أن يجمع بين القيمتين للصحيح منهما وبين القيمتين للمعيب منهما ثم ينسب أحدهما إلى الآخر ويؤخذ بتلك النسبة من الثمن ينطبق دائماً مع الطريقة التي شرحناه، فيجوز العمل بكل منهما، وإلا فالمتعين في المختلفي القيمة ما ذكرنا شرحه في المتن، إلا إذا علم التطابق، فيكون التخيير بين الطريقين. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٤١٦/٥، لا فرق بين شهادة البيّنات بالقيم وبين شهادتها بنفس النسبة.

اثنى عشر، وفي الأخرى بثلاثة أثمان وهو أربعة ونصف من اثني عشر ويزيد /٣٠٩/ على الأول باثنين ونصف.

ومقتضىٰ التعديل للجمع بين الحقين أن ينصف ذلك، ونصفه واحد وربع وهو نصف سدس وثمن سدس من اثني عشر. وإذا زيد هذا النصف على السدس وينقص ذلك من ثلاثة أثمان، فيصير كل من التفاوتين سدس ونصف سدس وثمن سدس. وإذا أخذ أحدهما من اثني عشر، يصير ثلاثة وربع.

وهذا مطابق مع طريقة الشهيد كما تقدم في المثال الأول، ذكره المصنف لاختلاف طريقة المشهور مع طريقة الشهيد.

ثمّ هذا لو شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب، وأما لو شهدتا بنفس القيمتين، فهنا أيضاً وإن كانت النسبة في أحدهما بالسدس وفي الآخر بثلاثة أثمان، إلا أنه بعد ما يزيد على الأول وينقص من الثاني على حدٍّ سواء ـ كما هو مقتضىٰ التعديل للجمع بين الحقّين ـ يصير التفاوت بين الصحيح والمعيب في كلا القيمتين بسدس ونصف سدس وثمن سدس أيضاً.

[قاعدة الجمع بين البيّنات]

ثمّ اعلم أن قاعدة الجمع بين البيّنات أيضاً ما هو طريقة الشهيد في اختلاف المقوّمين، لكنّك عرفت أنه في مختلفي القيمة يكون الجمع على طريقة المشهور في تعارض المقوّمين، بل قد يرجّح طريقة المشهور في تعارض المقوّمين في غير مختلفيالقيمة أيضاً كما هو محل الكلام على ما يظهر من الجواهر، إما لدعوى أن تعدد القيَم الذي تعدد قيمة كل نصف منه واقعاً باعتبار تفاوت الرغبات، وهو الذي تعدد قيمة كل نصف منه واقعاً بمثل تعدد المقوّم في الشيء الواحد وإما للخبر الوارد في الأضاحي التي يكون العمل على طبقه.

وهما كما ترىٰ.

قوله: نعم، لو لم يكن بينة أصلاً[1] .. اه.

أقول: رجحان طريقة الشهيد (ره) على ما نسب إلى المشهور كان من وجهين:

الأول من جهة لزوم العمل بكل من البيّنتين في قيمة نصف المبيع وعليه يلزم اختلاف قيمة كل نصف مع أن بذل الثمن على كل من النصفين على حدٍّ سواء ومراعاة اختلاف قيمتي النصف مع كون بذل الثمن عليهما على حدٍّ سواء قد عرفت أنه في طريقة الشهيد، لا ما نسب إلى المشهور.

الثاني من جهة الجمع بين الحقين، وعليه نقول: إن الحق هو مقدار التفاوت بين الصحيح والمعيب، فلابدّ أن يكون التعديل بنحو ذكره فيه، لا في القيمتين المحتملتين. وفي صورة لم يكن بيّنة، لكن علمنا / ٣١٠ / أن القيمة إما هذا أو ذا، يأتي الوجه الأخير لتصحيح طريقة الشهيد (ره) دون الأول، لعدم البيّنة وعدم اختلاف قيمة النصفين واقعاً أيضاً.

في أن ما ذكر لإثبات أن الشرط بمعنى الإلزام القدر المشترك بين التبعي وغيره أو خصوص الأخيرتين

قوله: القول في الشروط إلى قوله: **أحدهما المعنى الحدثي** .. اه.

أقول: يعني المعنى الحدثي الذي هو عليه مصدر ويكون الإشتقاقات منه.

وحاصل كلام المصنف (ره) أن للشرط معنيين عرفيين ومعنيين إصطلاحيين، ويكون له بعض الإطلاقات على سبيل المسامحة والمجاز أيضاً.

أما المعنى الأول من المعنيين العرفيين هو المعنى الحدثي المشار إليه، وعليه يكون بمعنى الإلزام والإلتزام المطلق كما رجّحه المصنف (ره) هنا أو خصوص الإلزام والإلتزام التابع كما رجّحه قبل مسألة الخيارات.

---

١) كتاب المكاسب ٤١٧/٥، نقل هذه العبارة في هامشه.

وفي العناوين أن الشرط بمعنى الربط، وأنه لا يطلق على الإلزام المستقل الذي لا ربط له بشيء آخر.

وليس مراده مجرد الربط، بل ما يكون له ربط، فيتّحد مع ما رجّحه المصنف (ره) قبل الخيارات.

ومن العجب أن المصنف (ره) يتمسك في المقامين بالتبادر، ونحن نقول:

أولاً إن الوجوه التي ذكره المصنف (ره) لتعيين كل من المعنيين غير التبادر هيّن. أما ما ذكره قبل مسألة الخيارات لترجيح أنه بمعنى الإلزام والإلتزام / ٣١١ / التابع من التمسك بقول صاحب القاموس[1] من أنه الإلزام والإلتزام في البيع ونحوه، ومن التمسك بما ورد من إطلاقه على الإلزام والإلتزام التابع في دعاء التوبة والندبة، فيرد على الأول منها:

أولاً أنه لا دلالة في كلام القاموس على أنه لا يطلق على الإلزام والإلتزام المطلق؛ غاية الأمر أنه يدل على أنه لم يظفر على إطلاقه على الأعم.

وذكرنا في محله أنه ليس شأن اللغوي إلا نقل موارد الإستعمالات وأنه لا ينقل غير ذلك أيضاً، بل لو أراد أن يعيّن الحقيقة من المجاز فليس هو أهل الخبرة في ذلك من حيث إنه لغوي.

وثانياً لا حجية في قول صاحب القاموس مع معارضته بقول غيره من أهل اللغة. وفي الفصول في مفهوم الشرط أنه صرّح غير واحد من أهل اللغة أن الشرط بمعنى إلزام شيء والتزامه.

وعلى **الثاني** منهما بعد تسليم أصل الإستعمال، أن هذا لا ينافي مع كون معناه مطلق الإلزام والإلتزام؛ لأن الإلزام والإلتزام التبعي أيضاً فرد منه، فلا مانع من أن يراد من اللفظ صرف القدر المشترك وتراد الخصوصية من القرينة بحيث كانا دالين ومدلولين، ولما يمكن إثبات أنه أراد الخصوصية من نفس اللفظ.

---

١) القاموس المحيط ٣٦٨/٢، مادة «شرط».

في رد ما استدل لكون لفظ الشرط حقيقة في الإلزام والإلتزام التابع أو القدر المشترك

هذا، مع أن الاستعمال أعمّ من الحقيقة. وأما ما ذكره في المقام لترجيح أن معنى الشرط مطلق الإلزام والإلتزام، فمنها استعماله في الأخبار في الإلتزام الإبتدائي.

وفيه: أولاً أن الإستعمال أعمّ من الحقيقة.

وثانياً أن الأخبار التي ذكرها يكون / ٣١٢ / لفظ الشرط فيها مستعملاً في الحكم الشرعي، مثل الخيار والحكم بفساد الشرط وثبوت الولاء لمن أعتق، ومثل هذا مجاز قطعاً؛ لأن هذه الأحكام ليست من الإلزام والإلتزام إلا ببعض المسامحات والتصرفات.

ومنها إطلاق لفظ الشرط على النذر والعهد والوعد.

وفيه: أن الإستعمال أعمّ.

ومنها التمسك في الأخبار النبوي[1] «**المؤمنون عند شروطهم**»[2] على النذر أو العهد.

وفيه: أولاً أن ما يكون منهما مسلّم الصحة ما لو كان معلّقين على أمر شكراً أو زجراً، كأن يقول «إن رُزقت ولداً فلله عليّ هكذا» والإلتزام فيه تبعي.

وثانياً لو سلّمنا صحة النذر الغير المعلق، فنقول: إن الإستدلال بالنبوي كان للمعلق منه مثلاً.

---

١) كذا في المخطوطة.

٢) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسرى، ح ٤.

ومنها أنه نقل عن الدروس أن إطلاق الشرط على البيع كثير في الأخبار[1].

وفيه: بعد تسليم الإطلاق: أن الإستعمال أعمّ من الحقيقة، وما قال من أن الإشتراك المعنوي أولى من الحقيقة والمجاز، فعلى تسليم ذلك نقول: إن هذا لو لم يكن لفظ الشرط متبادراً في خصوص الإلزام والإلتزام التابع ـ كما هو الحق ـ وإلا فتبادر الغير علامة للمجاز وأمارة / ٣١٣ / عليها، ومعه لا ينفع الأصل.

في بيان المعاني للفظ الشرط والفرق بين المعنى الجامدي والحدثي من جهات

ومنها دعواه أن المتبادر من قوله «شرط على نفسه كذا» ليس إلا مجرد الإلزام والإلتزام. ونحن نقول: إن ما يستعمل من لفظ الشرط في الموارد الخاصة لابدّ من أن يكون إما تبعياً أو غير تبعي. وعلى هذا فلو كان المراد أن المتبادر هو الإلتزام الغير التابع، فلا ينتج ذلك كونه حقيقة في القدر المشترك، بل ينتج كونه حقيقة في غير التابع.

نعم، لو صار المتبادر من نفس اللفظ صرف القدر الجامع، وأما التبعية والإستقلالية كانا من قرينة خارجية فيكونان دالين ومدلولين كما في مطلق الموارد التي أطلق اللفظ الموضوع للكلي على الأفراد، فيثبت المطلوب.

إلّا أن دعوى مثل هذا التبادر مشكل بعد أنه يكون من المعلوم أن المراد هو الفرد.

هذا، ولكن لا يخفىٰ أن الحق أن المتبادر من لفظ الشرط في موارد استعمالاته هو الإلزام التابع، وفرق بين لفظ الإلزام والإلتزام وبين لفظ الشرط، فإن المتبادر منه

---

١) نقل هذه العبارة في كتاب المكاسب ١٢/٦ عن صاحب الحدائق ٧٣/٢٠، في أنه يجوز الجمع في عقد واحد من المختلفات.

أنه في مورد عمل عملاً آخر التزم في ضمنه / ٣١٤ / أو ألزم في ضمنه، فعلى ما ذكرنا لو فرضنا من أن لفظ الشرط كان في اللغة الإلزام والإلتزام القدر المشترك أيضاً، فنقول: إن العرف مقدم على اللغة والتبادر الذي ذكرناه يعيّن المعنى العرفي.

إن قلت: إن المعنى العرفي منقول عن المعنى اللغوي، وعليه نقول: إن مقتضى التبادر ثبوت المنقل في زماننا، ولم يعلم النقل في زمان صدور الأخبار، والأصل تأخر النقل كما هو كذلك لو كان الشك من جهة زمان تحقق النقل إلى معنى آخر مثل الحقيقة الشرعية.

قلت: في المقام لم يعلم التبادر في خلاف المعنى الذى يكون متبادراً في زماننا، فبعد التبادر في زماننا معنى معين تجري أصالة تشابه الأزمان الذي يكون بناء العقلاء على العمل عليه، وليس المراد من دعوى التبادر عند العرف في زماننا أنه علم خلافه في شيء من الأزمنة السابقة؛ فتدبّر جيّداً.

ثم لا يخفىٰ أن تعبير المصنف (ره) من المعنى الأول ـ وهو الإلزام والإلتزام ـ بالعرفي ليس من جهة أنه ليس المعنى اللغوي ذلك لينافي قوله مع ما في الفصول وغيره من أنه المعنى اللغوي، بل التعبير بالعرفي من جهة أنه لما يذكر معنى آخر ويسميه بالعرفي، فلو عبّر عن الأول باللغوي فيتوهم منه كونه مهجوراً عند العرف وأن الدائر عند العرف هو المعنى الثاني كما في أغلب الموارد التي يذكرون المعنى اللغوي في مقابل العرفي، فعبّر المصنف (ره) عن المعنى الأول أيضاً بالعرفي حتى يرتفع توهم مهجوريته عند العرف.

أما المعنى الثاني من المعنيين العرفيين فما نقله في الحاشية عن أستاده ـ كاشف الغطا[ء] ـ وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء مطلقاً، وعبّر عنه المصنف (ره) بما يلزم من عدمه العدم سواء لزم من وجوده الوجود أم لا، ونقلنا في مسألة مفهوم الشرط عن الأستاد (ره) أنه أنكر ثبوت هذا المعنى للشرط عند العرف / ٣١٥ /.

والحق ثبوته؛ لما نرى أنه في العرف العام وألسنة الناس يطلق لفظ الشرط على

كل واحد من علة الشيء وأجزاء العلة وأجزاء نفس ذلك الشيء.

ثم إنه لمّا ليس جامعٌ قريب بين المعنى المصدري والجامدي، فلابدّ أن يقال: إن لفظ الشرط مشترك لفظي بين المعنى الأول والثاني كما أن مقتضىٰ كون المعنى الثاني جامدياً عدم اشتقاق شيء منه على الأصل كما قاله المصنف (ره). ومنه يكون الشارط والمشروط على خلاف الأصل، ولابدّ أن يكون بإضمار معنى حدثي فيه كالجعل والصيرورة وشبه ذلك.

ولما لم يكن الإشتقاق على الأصل فليسا متضايفين في الفعل والإنفعال، فالشارط جاعل الشرط والمشروط ما حصل له الشرط كالصلوة المشروطة بالوضوء، لا مثل نفس الوضوء الذي يكون مجعولاً.

وأما المعنيان الإصطلاحيان:

فأولهما في ألسنة النحاة على جملة «وليت أدوات الشرط» ويظهر من المصنف (ره) أن نفس ذلك الجملة شرط بالمعنى الثاني العرفي للجزاء، ونحن قلنا في محله: إن الظاهر من الجملة الشرطية أن الشرط يعني ما وليت للإداءة علة للجزاء إن علّق الجزاء على الشرط كما هو الغالب، وأما إذا لم يعلّق عليه مثل قولك «إن ضربك زيد فلا تؤذه» فليس بعلة له ولا شرط / ٣١٦ / له بالمعنى الثاني العرفي.

وثانيهما على ما ذكره المصنف[1] (ره) إصطلاح أهل الأصول والمعقول، وهو عبارة عما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود، ولكن فيه: أن الشرط في اصطلاح أهل المعقول عبارة عن الأمر الخارج عن الشيء مما يتوقف عليه وجود ذلك الشيء ولا يؤثر فيه، بل الشرط بهذا المعنى يكون دائراً عند تمام أهل العلوم وإن كان أصل الإصطلاح من أهل الحكمة حيث يقولون: إن للعلة التامة أجزاء ثلاثة: المقتضي والشرط وعدم المانع؛ مثلاً السيف سبب ومقتضٍ[2] للقطع

---

١) كتاب المكاسب ١٣/٦، الشرط في اصطلاح النحاة وأهل المعقول.

٢) في المخطوطة: مقتضى.

وإصلاح السيف بحيث يقطع شرط له، وعدم حائل بينه وبين ما يراد قطعه من عدم المانع له.

في بيان اصطلاح أهل الأصول والعقول والنحو والفقه في معنى لفظ الشرط وسائر الإستعمالات له

ثمّ إن للشرط إصطلاحاً خاصّاً عند الفقهاء أيضاً مع أن كثيراً من سائر الإصطلاحات أيضاً يكون متداولاً بينهم حيث يقولون: إن العقد قد يعلق على الشرط وقد يعلق على الصفة، ومرادهم من الصفة كما تقدم من المصنف (ره) عند بيان شرائط العقد التي منها التنجز ما كان معلوم الحصول في المستقبل، والشرط غير معلوم الحصول / ٣١٧ / فيه أو مطلقاً.

ثم إنا نقلنا في مسألة مفهوم الشرط إطلاقات أخر للفظ الشرط أيضاً كالسبب والخيار وغيرها، ولكنها بين أن يرجع إلى الإطلاقات السابقة ولم يعلم إرادة الخصوصية من نفس اللفظ وبين أن يكون من المعاني المجازية كاستعمال لفظ الشرط في الملتزم به.

[معنى الشرط في قوله «المؤمنون عند شروطهم»]

قوله: إن المراد بالشرط في قولهم[1] .. اه.

أقول: بعد أن المفروض أن كل لفظ ورد في الأخبار وغيرها كالكتاب لابدّ من أن يحمل على المعنى اللغوى والعرفي، فنقول: إن المعنى الثاني من المعنيين العرفيين غير مناسب إلا بتصرف فيه كأن يكون المراد من الشرط جعله شرطاً أو شبه ذلك. وهذا مجاز لا يصار إليه كجعل الشرط بمعنى الملتزم به، فتعين أن يكون

---

١) كتاب المكاسب ١٤/٦، المراد بالشرط، في «المؤمنون عند شروطهم».

المعنى أن المؤمنين عند التزامهم التبعية حيث تقدم أنه حقيقة في الإلزام والإلتزام التبعيين.

إن قلت: إنك نقلت في أول باب الأوامر أن المصادر لا تجمع.

قلت*: إنما لا تجمع إذا يراد منها صرف الطبيعة، فإن الطبيعة لا تتعدد فلا تثنى ولا تجمع. وهذا الوجه سارٍ في /٣١٨/ كل اسم جنس، وأما إذا يراد منها الفرد، فتثنّى وتجمع، ومنه لا مانع من التثنية والجمع إذا كان بمعنى المرّة كالصدمات، ومثله التدابير والتفاصيل إلى غير ذلك.

في اشتراط عدم كون الشرط خارجاً عن تحت القدرة

قوله: أحدها أن يكون داخلاً[1] .. اه.

أقول: أما صفة خارجة عن قدرته كصيرورة الزرع سنبلاً أو فعلاً كذلك كجعل الزرع سنبلاً، والمصنف يدعي أن المراد جعل الله الزرع سنبلاً حيث إن فعل غير العاقد خارج عن تحت قدرته إلا أن جعل فعل الغير شرطاً، متعارف بين العقلاء فتعرضوا لحكمه، وليس المراد جعل المشروط عليه الزرع سنبلاً؛ لأن هذا لما يكون محالاً فلم يصدر من العقلاء ليتعرضوا لحكمه.

ثم يوجه عبارة من كان ظاهر كلامه ذلك بأن المراد إعمال مقدمات الجعل على وجه توصل مع الإلتزام بالإيصال.

أقول: ولعل المراد مع الإلتزام بإيصال الله حتى يكون الشرط مركباً من فعل نفسه وفعل غيره، وإلا لو كان المراد إيصال المشروط عليه فيرجع إلى ما ادعي استحالة /٣١٩/ صدوره من العقلاء.

---

* ***وسيأتي في أواخر ما كتبته في حكم الشرط الصحيح تتميم لهذا المطلب. (منه قدس سره).***

١) كتاب المكاسب ١٥/٦، شروط صحة الشرط: الأول: أن يكون الشرط مقدوراً.

ثمّ إن ما ادعي من استحالة صدور جعل المشروط عليه الزرع سنبلاً من العقلاء لو كان وجه الإستحالة عدم تمكن العاقل من قصد الإنشاء كما ينقل ذلك عن بعض في خاتمة البراءة أيضاً، ففيه: أنا ذكرنا هناك أنه لا مانع من إنشاء الأمر المحال؛ لأن الإنشاء إيجاد إعتباري، ولا يتوقع منه لوازم الوجود الخارجي ومرجعه إلى قصد حصول المعنى باللفظ.

ولو كان مراده من عدم تصور القصد منه أنه لا يمكن أن يكون مريداً لتحقق مضمون الشرط لكونه مستحيلاً، ففيه: أن غاية الأمر أن يصير ذلك دليلاً على فساد هذا الشرط حيث لم يكن قاصداً لتحقق مضمونه، ولم يكن كلام في فساده.

تنبيه

لا يخفىٰ أن الشرط الذي محل الكلام بمعنى التزام شيء في البيع ونحوه زائداً عما يقتضيه نفس البيع من تبادل العوضين لا على وجه يعلق إنشاء البيع عليه كما في الجواهر[1]، وتعليق الإنشاء كما يمكن أن يكون بأدوات الشرط يمكن أن يكون بلفظ الشرط بأن يقصد حصول البيع على تقدير وجود الشرط فقط.

في أن الشرط تارة يذكر لتعليق الإنشاء عليه وتارة لبيان صفة المبيع وتارة بمعنى الإلتزام وأنه على قسمين

ومنه قلنا في محله: إنه ليس الإنشاء معلقاً في مثل التدبير والوصية؛ لأنه أنشأ فيهما أمراً معلقاً، لا أنه أنشأ وعلقه. والأول ليس من التعليق في الإنشاء. ومنه يقولون: إن التعليق موجود في مثل «أنت وكيلي إذا جاء رأس الشهر» دون ما لو

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٢٠٣، عدم جواز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره.

قال «أنت وكيلي في أن تبيع رأس الشهر» وإن كان مرجعهما إلى شيء واحد.

وعلى كل حال، تقدم حكم التعليق في الإنشاء في محله.

ثم إنه / ٣٢٠ / في صورة ليس التعليق في الإنشاء أيضاً، تارة يذكر لفظ الشرط لبيان خصوصيات العوضين حيث إن بيان أوصاف العوضين تارة يكون بذكر أوصافه، وتارة يكون بذكر لفظ الشرط كما تقدم تفصيل الكلام في ذلك في مسألة خيار الرؤية، حيث إن خيار الرؤية عند تخلف الأوصاف التي تعتبر في المبيع مثلاً، وذكرنا هناك أنه لا معنى لكون ذكر الشرط في مثل هذا المقام بمعنى الإلزام والإلتزام مع أنه في مقام البيع، تلك العين الشخصية التي إما كانت واجدة للصفة أم لا بحيث لا يمكن إيجاد الصفة لو لم تكن واجدة لها، وأنه على فرض التخلف يوجب الخيار كما تقدم في محله.

وتارة يذكر لبيان الإلزام والإلتزام بإيجاد شيء ولو في نفس المبيع بحيث كان الغرض بين العين المتصفة بما يلتزم بإيجاده فيه كبيع الزرع الذي يصير سنبلاً، وهذا محل الكلام هنا.

ويظهر من المصنف أن هذا أيضاً على قسمين:

لأنه تارة يبيع الزرع المتصفة بصفة يلتزم بإيجاده فيه من جعله سنبلاً، وتارة / ٣٢١ / يبيع الزرع الموجود ويلتزم في ضمن العقد أن يجعله سنبلاً كما لو التزم بفعل آخر في ضمن العقد.

في عدم الفرق بين الوصف الحالي والمستقبل من جهة الغرر

قوله: عدم القدرة على تسليمه ولا على تسليم المبيع إذا أخذ متصفاً به[1] .. اه.

أقول: أما لو جعل المبيع متصفاً به كما لو باع الزرع المتصفة بصفة التزم بجعله

---

١) كتاب المكاسب ١٧/٦، الأول أن يكون الشرط مقدوراً.

فيه من جعله سنبلاً فنقول بعد فرض صحة بيع العين المتصفة بما يوجد بعد ذلك فيه في نفسه: إن الصفة لا تكون من فعل نفسه، فلا تكون مقدورة له، فحينئذ لو فرضنا الشك في أنه تتحقق تلك الصفة فيه فيصير المبيع مجهولاً للجهل بالصفة التي كان البيع مبنياً على وجودها، فيصير البيع غررياً فيفسد البيع كما تقدم الكلام فيه في خيار الرؤية، ولكن على هذا لا وجه للفرق بين ذلك وبين ما لو اشترط وصفاً حالياً مع أنه حكم المصنّف (ره) بالصحة فيه دون المقام، بل جعل ذلك مسلَّماً.

ونحن نقول في صورة اشترط الوصف الحالي الموجود في المبيع حين البيع وفي صورة اشترط الوصف التي لابدّ أن يتحقق في المستقبل: لو كان البيع والإنشاء مقيداً ومعلقاً على وجود ذلك الوصف أو تحققه / ٣٢٢ / فهذا خارج عن محل كلامنا.

وأما لو كان الإشتراط للوصف الذي أخذ في المبيع ويكون وجوده أو تحققه كما تقدم في خيار الرؤية بعد ذلك مشكوكاً، فمن جهة لزوم الغرر لا فرق بين المقامين.

نعم، تقدم في خيار الرؤية في اشتراط الوصف الحالي أن الإشتراط ربما يكون في مقام إخبار البايع بوجود الوصف فيه وأن خبره حجة وبه يرتفع الغرر، ونظيره يأتي في اشتراط الوصف التي يتحقق في المستقبل إلا أن تمنع حجية خبره في هذا الفرض أو كون البايع في مقام الإخبار، فيصير النزاع صغروياً، وإلا لا فرق بين الوصفين من جهة الغرر مع كون الإشتراط فيهما على نهجٍ واحد*.

---

*) *إذا كان الشرط بمعنى الإلتزام، لا الإخبار عن حال المبيع فما نذكره بعد ذلك من عدم الدليل على صحة الشرط الغير المقدور يجري في صورة كان الشرط الغير المقدور قيداً للمبيع أيضاً بأن يبيع متصفاً به أيضاً إلا أن صيرورة ذلك منشأ لفساد نفس البيع من جهة الغرر كما أنه لو رفع الغرر من جهة العلم أو الوثوق بحصول الشرط، فمع فرض انكشاف الخلاف يمكن إثبات الخيار لو كان أصل المعاملة ضررياً. (منه قدس سره).*

وأما لو لم يجعل المبيع متصفاً به، بل باع نفس الزرع والتزم في ضمن العقد بجعله سنبلاً كما لو اشترط في ضمن العقد فعلاً آخر، فحينئذ نقول: لا غرر في نفس البيع.

وأما الغرر في الشرط فلا دليل على أن الغرر فيه يوجب البطلان كما سيأتي ـ إن شاء الله ـ.

وأما ما نقله في الجواهر[1] لبطلان هذا الشرط من دعوى إلحاق / ٣٢٣ / أحكام المبيع والثمن له لاندراج كل شرط في اسم كل عقد وقع فيه ومن دعوى استلزام جهالة الشرط الجهالة في الثمن والمثمن، فيرد على الأول منهما: أنه فيه منع واضح، وعلى الثاني منهما: أنه سيأتي ـ إن شاء الله ـ أن جهالة الشرط لا يوجب جهالة نفس المبيع مثلاً، وإنما يوجب جهالة مقدار قيمته.

وتقدم في المسقط الثاني من مسقطات خيار الغبن أن الجهل بقيمة المبيع لا يوجب صدق الغرر، وليس حال الشرط كحال الصفة في أن يكون الشك في أنه في نفس البيع أي شيء يأتي بيده، فلا يتحقق الغرر في نفس البيع.

في الدليل على فساد الشرط الخارج عن تحت قدرة المشروط عليه

هذا كله؛ ولكن لنا أن نقول: إن الشرط الذي كان خارجاً عن تحت قدرة المشروط عليه لا دليل على صحته، فيكون باقياً تحت أصالة الفساد لأن الدليل العام لصحة الشرط على ما سيأتي في حكم الشرط الصحيح أمران:

الأول النبوي «المؤمنون عند شروطهم». وتقدم أن الشرط بمعنى الإلزام

---

١) جواهر الكلام ٢٠٢/٢٣، كل شرط لم يكن مؤدياً إلى جهالة المبيع أو الثمن ولا مخالفاً للكتاب والسنة فهو جائز.

والإلتزام، وهما لا يتعلقان إلا بعمل. ومفاد الحديث وجوب العمل بما التزمه. ومن الواضح أن الوجوب لا يتعلق بغير المقدور حتى ينتج صحة الشرط، والشرط فيما نحن فيه ليس مقدوراً، لا بنفسه ولا بآثاره.

الثاني قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾؛ نظراً إلى أن العقد / ٣٢٤ / الذي يكون في ضمنه الشرط عقد مقيد*، والعموم كما يشمل العقود المطلقة، يشمل المقيدة لأنها من أفراد العقد أيضاً.

وعلى هذا أيضاً لا يمكن أن يتعلق وجوب الوفاء بالأمر الغير المقدور حتى ينتج صحته.

في حد اقتضاء ما ذكر من الدليل على فساد الشرط الغير المذكور

ثم لا يخفىٰ أن هذا الوجه الذي ذكرنا لفساد الشرط يكون مقتضاه الفساد من جهة كون الشرط غير مقدور كما هو محل عنوان القوم من دون أن يرجع إلى عنوان آخر من الغرر وغيره.

نعم، يكون مقتضىٰ ما ذكرنا فساد نفس الشرط الغير المقدور، وأما اقتضاؤه لفساد العقد فمبني على ثبوت القاعدة الكلية من كون الشرط الفاسد مفسداً كما أنه لو صحّ البيع وتخلف الشرط يمكن إثبات الخيار.

وهذا بخلاف سائر الوجوه التي نقلناها لفساد هذا الشرط؛ فإن مقتضىٰ بعض منها فساد نفس العقد، بل وأن فساد الشرط لفساد العقد.

---

*) *تقدم أن العقد مقيد لكن العموم شمل كلاً من العقد والشرط. وعلى كل حال لما كان الشرط غير مقدور بنفسه ولا بآثاره فلا يشمله العموم. (منه قدس سره).*

في بيان محتملات كلام الشيخ والقاضي
لو أردنا التوجيه ورفعنا اليد عن الظاهر

قوله: خلافاً للمحكي عن الشيخ والقاضي فحكما[1] .. اه.

أقول: في اشتراط أن يحمل قالا باللزوم لو حمل وإلا ثبت له الخيار مع أن مقتضىٰ ما تقدم الفساد. ومنه / ٣٢٥ / حمله المصنف (ره) على صورة اشترط صفة حالية توجب لأن تحمل بعد ذلك.

أقول: لو كان المراد من اشتراط صفة حالية هو الإخبار عن وجود تلك الصفة فيه فعلاً حيث إن الشرط يطلق في مقام الإخبار عن الصفة كما تقدم في خيار الرؤية، فحينئذٍ لو قلنا بحجية هذا الخبر فيخرج عن كونه غررياً فيصير كلاً من الحكم باللزوم مع عدم انكشاف الخلاف والحكم بالخيار في صورة انكشاف الخلاف على القاعدة.

ويسمى هذا الخيار بخيار الرؤية.

وأما لو كان المراد من اشتراط صفة حالية مجرد الإلتزام بذلك مع الشك في وجودها فنقول: كما أن الحمل في الزمان المستقبل غير مقدور له، كذلك إيجاد صفة توجب الحمل غير مقدور له، ولا يجوز أن يحمل كلامهما على صورة تعليق البيع والإنشاء على الشرط المذكور لأنه لو كان التعليق موجباً للفساد كما يقول الفقهاء، فلابدّ أن يقولا بالفساد مطلقاً.

وعلى القول بصحة التعليق أيضاً ينتج الصحة مع عدم كشف الخلاف والفساد لو انكشف الخلاف.

---

١) كتاب المكاسب ١٨/٦، الأول: أن يكون الشرط مقدوراً.

في أن التعذر بعد العقد لا يوجب الفساد
وبيان ما كان مقدوراً من العقود وآثارها

[قوله:] ثمّ إن عدم القدرة على الشرط[1] .. اه.

أقول: يناسب التنبيه على أمور لشرح المقام وتتميم المرام:

منها أنه لو تجدّد العجز /٣٢٦/ عن الشرط بعد العقد فلا يوجب فساد الشرط والعقد لعدم تزلزلٍ حين العقد، فلم يكن شيئاً من البيع والشرط غررياً. وأيضاً كان الشرط حال العقد مقدوراً، فيتعلق وجوب العمل به ويوجب صحته؛ وأما أن تعذر العمل بعد ذلك به يوجب الخيار أو شيئاً آخر، فخارج عن محل الكلام.

نعم، لو انكشف بعد العقد عدم مقدورية الشرط حال العقد فذلك يوجب فساد الشرط، لا للغرر لعدم تزلزل حال العقد، بل لعدم الدليل على صحة الشرط بعد أن وجوب العمل والوفاء لا يتعلقان بما ليس مقدوراً واقعاً، وتقدم أن دليل الصحة منحصرة بالآية والرواية.

نعم، يمكن إثبات الخيار في نفس البيع لو كان البيع ضررياً.

ومنها أن الأسباب الشرعية من العقود والإيقاعات وغيرهما مما يكون من الأفعال، لا إشكال في مقدورية ما كان منها غير محتاج إلى الطرفين كالإيقاعات. وكذا لا إشكال في مقدورية خصوص الإيجاب فيما يحتاج إلى الطرفين.

وأما المركب من الإيجاب والقبول فليس بمقدور للمشروط عليه بعد فرض أن القبول جزؤه، وهو فعل الغير، وليس فعل الغير مقدوراً للشخص.

فلو اشترط عليه بيع الشيء /٣٢٧/ بشخص وكان الشرط هو المركب من الإيجاب والقبول، فيكون الشرط فاسداً بمقتضى ما تقدم، وتقدم أنه ربما يوجب

---

١) كتاب المكاسب ١٨/٦، أنحاء عدم القدرة على الشرط.

الخيار.

ومنها أنه لا يخفى عليك أن بعضاً من الأسباب الشرعية من العقود والإيقاعات وغيرهما يكون سبباً للنقل فقط كالبيع، وبعضاً منها يكون سبباً لإيجاب فعل على المكلف كالنذر؛ وأما الشرط فلا إشكال في أنه يكون سبباً لإيجاب فعل على المكلف، وإنما الإشكال في أنه يكون سبباً للنقل أيضاً كأن يقول «وشرطت أن يكون فلان ملك لك».

وسيأتي عند التعرض لحكم الشرط الصحيح أن الحق أنه يكون سبباً للنقل أيضاً ـ إن شاء الله تعالى ـ وليس هذا شرطاً للنتيجه؛ لأن شرط النتيجه عبارة عن اشتراط أثر عقد خاص من دون تحقق ذلك العقد كما يأتي.

ومنها أن ما يكون من أثر شيء من العقود، تارة لا يكون دليل على انحصار ذلك الأثر بذلك العقد كالملكية، فإنها أثر للهبة / ٣٢٨ / إلا أنه لم يقم دليل على انحصار سببها بالهبة، فعلى القول بأن الشرط يكون سبباً للنقل، لا مانع من أن يشترط ملكية شيء في ضمن العقد، فيوجب النقل.

في أن شرط النتيجة عبارة عن اشتراط أثر عقد خاص بدون ذلك العقد مع أنه قام الدليل على انحصار سببه به وفي دليل فساده

وتارة يكون لنا الدليل على انحصار سبب هذا الأثر بذلك العقد، نظير قطع العلاقة الزوجية الذي قام الدليل على أنه ليس له سبب إلا الطلاق. فاشتراط حصول ذلك الأثر هو المسمى بشرط النتيجة بحيث يلزم منه حصول ذلك الأثر بسبب آخر، وهو الشرط.

ثم إنه لو علم أنه ليس لذلك الأثر سبب آخر، فمرجعه إلى القطع بأن الشرط لا

يؤثر كاشتراط أن تصير[1] العين مبيعة لا بالبيع، مع أنه يستحيل أن تصير العين مبيعة من دون البيع. وأما لو كان مجرد أنه قام دليل على أن ذلك الأثر سببه منحصر بعقد أو إيقاع خاص كالطلاق مثلاً، فحينئذٍ لما قلنا: إن دليل صحة الشرط يشمل ما كان من قبيل النقل وشبهه، / ٣٢٩ / فيقتضي عموم دليل الشرط أن يتحقق ذلك الأثر بالشرط أيضاً، وما دل على انحصار سببه بالطلاق يقتضي عمومه أن لا يتحقق ذلك الأثر بالشرط، فيقع التعارض. والنسبة عموم من وجه، والمرجع أصالة الفساد كما في الجواهر.

ويمكن أن يقال لبطلان شرط النتيجة مطلقاً وجه آخر، وهو اندراج هذا الشرط في الشرط المحلّل للحرام والمحرّم للحلال والمخالف للكتاب والسنة كما سيأتي* ـ إن شاء الله ـ. واستدل المصنف (ره) لبطلانه بأنه من الشرط الغير المقدور.

وفيه: أنه ليس من الأفعال ليحرز خروجه عنه تحت القدرة.

ولو كان المراد خروجه عن القدرة بأن يوجده بالشرط، **ففيه**: أن هذا مبني على تقدم الدليل الذي دل على انحصار سبب هذا الأثر بعقد خاص على ما دل على صحة الشرط مطلقاً.

في شرح عبارتي العلامة وأن ما قاله يمكن انطباقه على طريقة المصنف

ومنها أن ما نقله عن التذكرة[2] من الجزم بصحة اشترا! بيعه على زيد.. اه.

أقول: لو حمل على صورة كان الجزم أو الوثوق الرافع للغرر بأن زيداً يشتريه،

---

١) في المخطوطة: يصير.

*) *عند التعرض للشرط المخالف للكتاب وعند التعرض لحكم الشرط الصحيح. (منه قدس سره).*

٢) تذكرة الفقهاء ١٠/٢٥٣، حكم ما لو شرط أن يبيعه على زيد فامتنع زيد من شرائه.

فعلى ما ذكره المصنف (ره) من أن الدليل على بطلان الشرط الغير المقدور لزوم الغرر، / ٣٣٠ / فلا إشكال في صحة الشرط حيث لم يكن تزلزل في حال العقد ليتحقق الغرر، فيفسد. ولا فرق من جهة صحة الشرط بين أن نقول: إن الشرط هو النتيجة، لا بمعنى حصول النتيجة بنفس الشرط، بل بمعنى[1] انتقاله إلى زيد بصيغة البيع أو نفس عقد البيع ـ المركب من الإيجاب والقبول أو بيعه منه إن اشتراه.

نعم، في الأخير يكون التعليق في الشرط وبطلان الشرط من جهته لو قلنا به، غير البطلان من جهة الغرر.

ثمّ إن زيداً في المثال المفروض، لو لم يقبل البيع، فحينئذ لو كان الشرط هو المركب من الإيجاب والقبول أو النتيجة الحاصلة بالصفة، فيثبت الخيار لو قلنا بأن تعذر الشرط يوجب الخيار. وأما لو كان الشرط بيعه إن اشتراه، فلم يتعذر الشرط، بل لم يوجد ما علق عليه الشرط.

وأما بناءً على ما قلنا سابقاً من أن الدليل على عدم صحة الشرط الخارج عن القدرة هو أصالة الفساد لعدم شمول دليل صحة الشرط لما هو خارج عن تحت القدرة، فيفسد الشرط في صورة كان الشرط تمام عقد البيع أو النتيجة الحاصلة من بيعه من زيد.

ومما ذكرنا ظهر حال ما لو اشترط إقامة كفيل ولم يتكفل أحد في أنه مع العلم بأنه يتكفل أحد يصح الشرط على مبنى المصنف (ره) وإذا تعذر يوجب الخيار. وعلى ما قلنا يكون الشرط فاسداً.

في بيان فساد الشرط إذا لم يكن فيه غرض معتدّ به

/ ٣٣١ / **قوله: الثالث: أن يكون مما فيه غرض**[2] .. اه.

---

١) في المخطوطة زيادة «أعني».

٢) كتاب المكاسب ٢٠/٦، الثالث: أن يكون فيه غرض معتدّ به عند العقلاء.

أقول: إذا كان في نفس الشرط غرض معتدّ به عند العقلاء نوعاً صح الشرط، وكذا لو تعلق غرض معتدّ به لخصوص المشروط له كما في الدروس[١] وغيره.

وأما لو لم يكن كذلك فلا يصح لعدم شمول دليل الصحة له حيث عرفت أن الدليل العام لصحة الشرط قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾[٢] والنبوي «المؤمنون عند شروطهم»[٣]، وشمولهما موقوف على صدق الإلزام والإلتزام على الشرط عرفاً أو صدق العقد الخاص كذلك.

وإذا لم يكن في الشرط غرض معتدّ به بأحد الوجهين، فلا يصدق على ذلك الشرط أحد العنوانين في نظر العرف حيث يجعلون مثل هذه الإلتزامات كالعدم، فلا يشمل دليل الصحة له.

وقد يتوهم أن عدم كون الشرط عقلائياً غير مضرٍّ بصحة الشرط بعد أن اشتراط هذا الشرط يكون عقلائياً دائماً. فإن الإشتراط يصير منشأً للخيار، فالتفات المشترط إلى أن هذا الإشتراط يصير منشأً للخيار يصيّر الإشتراط عقلائياً ولو لم يكن الشرط عقلائياً لا شخصاً ولا نوعاً بأن لا يتعلق به بنفسه غرض بوجه.

في الجواب عمن توهم أن مقتضى القاعدة صحة الشرط الذي لم يكن فيه غرض معتدّ به عند الشرط

وفيه: أولاً بعد تسليم كل شيء / ٣٣٢ / أن ما ذكر لا يجعل الإشتراط عقلائياً بنحو الإطلاق؛ لأن الشرط الغير العقلائي إذا كان في منتهى السهولة للبايع الذي يكون الشرط عليه فحينئذٍ لو لم يرد البايع فسخ العقد يأتي بالشرط عادة، فلا

---

١) أنظر: الدروس ٣/٢١٥، في الشرط.

٢) المائدة: ١.

٣) الإستبصار ٣/٢٣٢، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسرى، ح ٤.

يحصل غرض المشترط عادة، فيصير الإشتراط أيضاً لغواً.

نعم، إذا فرض كون الشرط الغير العقلائي تحصيله متعسّراً كإتيان منّ من البق، فكثيراً ما لا يأتي البايع به، فيحصل غرض المشتري كما نسب صحة الشرط في هذا الفرض إلى بعض.

وثانياً يرد عليه ما أشار إليه المصنف (ره) من أن ترك إتيان الشرط الغير العقلائي لا يوجب الخيار؛ لأن هذا الخيار ليس من الخيارات المنصوصة، فثبوته متوقف على جريان قاعدة الضرر.

فعلى هذا نقول: إن الشرط الغير العقلائي لا يعدّ حقاً للمشروط له حتى يتضرر بتعدده حتى يثبت به الخيار، بل الملحوظ الضرر في نفس المعاملة فيما لم يقدم عليه، فحينئذٍ يمنع ثبوت الخيار في عدم الإتيان بالشرط بنحو الإطلاق حتى فيما يعدّ حقاً أيضاً كما أشرنا إليه في محله.

وثالثاً نقول: إن الخيار من أحكام الشرط الصحيح، فلا تثبت صحة نفس الشرط بالخيار، فنقول كما تقدم: إنه بعد عدم صدق الإلتزام على الشرط الغير العقلائي، لا يدلّ الدليل على صحة هذا الشرط، / ٣٣٣ / فيبقى تحت أصالة الفساد، فلا يترتب عليه أحكام الشرط الصحيح من ثبوت الخيار في صورة التعذر وغيره*.

ثمّ إن المصنف (ره) ادعى أن عدم إمضاء الشارع لشرط لم يكن فيه غرض متعدّ به يكون نظير عدم إمضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتدّ بها عند العقلاء، ونحن نقول كما أشرنا إليه عند التعرض لشرايط العوضين في البيع: إنه تتحقق المالية للشيء في صورة كان له منفعة موجبة لأن يبذل نوع العقلاء بإزائه

---

*) *ويمكن منع كون الخيار من أحكام الشرط الصحيح بالخصوص، بل المدار كما تقدمت الإشارة إليه أن تكون المعاملة ضررية بضرر لم يقدم عليها كما لا يخفى على المراجع بما كتبنا في خيار الغبن. (منه قدس سره).*

المال.

لا يقال: إن هذا التعريف للمال يكون دورياً.

لأنا نقول: إن المالية من أظهر المفاهيم العرفية، وليس الغرض من هذا التعريف إلا تشخيص بعض الأفراد الخفية بعد كون المال في الجملة معلوماً.

فعلى ما ذكرناه لا تتحقق المالية للشيء بأن يبذل شخص واحد من العقلاء بإزائه المال / ٣٣٤ / ولو كان له غرض عقلائي في ذلك.

وعلى هذا نقول: لو تعلق غرض عقلائي لشخص لبذل المال بإزاء ما ليس بمال، فإن كان ذلك بعقد البيع، فلا يصح لأنه عبارة عن مبادلة مال بمال. وأما لو كان بعقد آخر لم يؤخذ فيه كون العوضين فيه مالاً كالصلح، فلا مانع فيه بعد فرض أن الغرض العقلائي موجود في هذا البذل كما تعرّضنا له في شرايط العوضين، وفي صحة الشرط يكفي مطلق الغرض العقلائي فيه ليوجب صدق الإلزام والإلتزام عليه عرفاً كما تقدم.

تنبيه

في فساد اشتراط ضمان درك المبيع لا لما نقلته عن الأستاذ، بل لما ذكره وإشارة إلى المراد منه

نحن نقلنا عن الأستاذ (ره) في كتاب الرهن أنه قال: ذكروا من أمثلة كون الشرط بلا فائدة أن يشترط كون درك المبيع على البايع، فإن الدرك يكون عليه بلا شرط أيضاً.

نعم، لو جعل الدرك على غير البايع فلا محظور فيه.

وفيه:

أولاً أنه يظهر منهم أن الشرط المؤكد ليس بلا فائدة كاشتراط صحة المبيع كما تقدم في أول خيار العيب.

وثانياً أنه تقدم في المسقط الأول من مسقطات خيار الغبن أن المراد من درك / ٣٣٥ / المبيع لو كان أن يضمن ضامن بعقد الضمان للمشتري الثمن الذي أعطاه إلى البايع لو ظهر المبيع مستحقاً للغير، فصحته مبنيّة على صحة ضمان الأعيان مطلقاً أو في خصوص هذا الفرض كما يظهر منهم دعوى الخصوصية في كتاب الضمان.

وفي الجواهر ينقل بعض الفوائد لهذا الضمان لو كان الضامن نفس البايع، ولكن هذا خارج عن مفروض الكلام لأنه لا دخل له بشرط ضمان الدرك في ضمن العقد.

وأما لو كان المراد ضمان الثمن المذكور بالشرط في ضمن العقد فمع فساد أصل العقد بظهور المبيع مستحقاً للغير، لا يصح الشرط لأنه لا معنى لفساد العقد وصحة

الشرط في ضمنه؛ لأن الشرط كما تقدم الإلتزام التابع، وهو ليس في حال ارتفاع متبوعه.

ومنه قلنا: إنه لا يعقل كون الشرط في ضمن العقد الجائز لازماً كما تقدم في مسقطات خيار المجلس، وأما لو كان المراد ضمان المبيع الذي يظهر أنه مال الغير فلا وجه لصحته لأنه ليس فيه نقل ما في / ٣٣٦ / ذمّة إلى ذمة أخرى كما يقوله الخاصة في معنى الضمان، بل ولا ضمّ ذمة إلى ذمة أخرى كما يقوله العامة في معناه؛ لأن الضمان في الأعيان ـ لو قلنا بصحة ضمان فيها ـ بمعنى العهدة، ولا معنى لتعهد شخص لشخص آخر عهدة مال شخص أجنبيّ عنها.

فيما لو شك في أنه كان في الشرط غرض عقلائي وفي اشتراط أن يكون العبد كافراً وخروجه عن محل الكلام

قوله: ولو شك في تعلق غرض صحيح[1] .. اه.

أقول: بعد أنّا لا نرى فيما اشترطاه غرضاً صحيحاً ولكن نحتمل أن يكون لهما غرض صحيح، فيصير الشك في الصحة والفساد من جهة الشك في الشبهة الموضوعية، فالحمل على الصحة مدركه قاعدة حمل فعل المسلم أو مطلق العاقل على الصحيح عند الشك وعمدة الدرك على هذه القاعدة على ما ذكرناه في هذه القاعدة في آخر الإستصحاب بناء العقلاء وقاعدة رفع الحرج النوعي الذي أشرنا إلى مدركه هناك.

والأول لا يثبت المطلب على نحو الكلية، بل يختلف حاله بحسب خصوصيات المورد كما لا يخفى على المراجع هناك، والثاني يتوقف على إثبات نوع من الحرج في نوع هذه الشروط. وهو مشكل بعد ندرة الابتلاء بأمثال هذه الشروط؛ فراجع.

---

١) كتاب المكاسب ٦/٢٠ ـ ٢١، الثالث: أن يكون فيه غرض معتدّ به عند العقلاء.

قوله: ولو اشترط كون العبد كافراً[١] .. اه.

أقول: / ٣٣٧ / هذا الشرط ليس من الشرط المصطلح، ولكن على كل حال لا إشكال في كونه عقلائياً لأن بيعه من الكافر لزيادة الثمن أو غيره من الأغـراض العقلائية.

فهذا الفرع خارج عن محل الكلام، والإشكال في صحته من جهة أخرى وهو دلالة قوله ـ عليه السلام ـ «**الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه**»[٢] على فساده بناءً [على] أن يكون معناه على ما نقلناه في قاعدة السبيل قبل التعرض لشرايط العوضين في المبيع أنه ليس في أحكام الشرع حكم يلزم منه أن يعلو الكافر على المسلم، ولكنا نقول بعد ما عرفت أن هذا الشرط ليس من الشرط المصطلح، بل بـيان لصـفات المبيع: مرجع صحة هذا الشرط إلى أنه لو اراد المشتري أن يشتري الكـافر دون المسلم، فلا مانع فيه، ومن الواضح أنه ليس فيه علوّ من الكافر على المسلم مع أنه لو قلنا ببطلان ذلك، فلابدّ من أن نقول بالبطلان في نظائره / ٣٣٨ / ولا يلتزم أحد بذلك.

في أن من شرايط صحة الشرط أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة وبيان بعض ما يدلّ عليه الأخبار الواردة فيه

قوله: الرابع أن لا يكون مخالفاً[٣] .. اه.

أقول: اعتبار هذا الشرط لما دلّت عليه الأخبار المعتبرة، فلا إشكال في أصله،

---

١) كتاب المكاسب ٢١/٦، الثالث: أن يكون فيه غرض معتدّ به عند العقلاء.

٢) من لا يحضره الفقيه ٣٣٤/٤، باب ميراث أهل الملل، ح ٥٧١٩.

٣) كتاب المكاسب ٢١/٦، الرابع: أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة.

سواء قلنا: إن أدلّة العناوين الثانوية مثل «المؤمنون عند شروطهم»[1] و﴿أوفوا بالعقود﴾[2] والأمر بإطاعة الوالدين وأشباه ذلك لا يخصّص أدلّة العناوين الأولية من أدلّة الواجبات والمحرمات وغيرهما أم لا، لأنا لا نحتاج في اعتبار هذا الشرط إلى دعوى أن دليل صحة الشرط لا يخصّص عموم الكتاب والسنة؛ لأنه يكفي في اشتراط صحة الشرط بعدم كونه مخالفاً للكتاب والسنة استثناء ذلك في أدلّة صحة الشروط.

وأما دعوى أنا نخصّص ما دل على عدم صحة الشرط المخالف للكتاب والسنة بما دل على صحة الشرط مثل قوله «المومنون».. اه، فهو كماترى.

وكيف يمكن ذلك مع أن استثناء هذا الشرط من المخصص المتصل الذي مانع عن انعقاد الظهور للعام أو بحكم المتصل، أو لا أقلّ من أن ما دلّ على الفساد أخص، بل وله لسان الشرح، بل لو قدّم «المؤمنون».. اه، يوجب التخصيص المستوعب فيما دلّ على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب.

إن قلت: إن الكتاب والسنة يبيّنان حكم كل / ٣٣٩ / شيء، فيلزم التخصص المستوعب.

قلت: ليس الأمر كذلك مع أنه على التسليم، يوجب ذلك لإجمال ما دل على صحة الشرط فلا يجوز التمسك به في الموارد للإجمال الطاري عليه.

ولعله المراد مما نقله من تجوّز تخصص ما دل على عدم جواز الشرط المخالف أنه نخصصه بدليل خاص غير ما دل على وجوب الوفاء بالشرط بنحو الإطلاق، إلّا أن هذا لا يناسب نقله هنا، وليس فيه كثرة ضعف أيضاً؛ لأن غاية ما يقال في ردّه أن سياق ما دل على جواز الشرط المخالف آبٍ عن التخصيص.

---

١) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسرى، ح ٤.
٢) المائدة: ١.

قوله: فنقول: إن الأخبار في هذا المعنى[١] .. اه.

أقول: قوله «من اشترط شرطاً سوى كتاب الله ـ عزّ وجل ـ»[٢] .. اه، ظاهر في اعتبار موافقة الكتاب في صحة الشرط.

وأظهر منه في ذلك قوله «فما كان من شرط ليس في كتاب الله»[٣] .. اه.

ويظهر من آخر هذا الخبر حيث تمسك بقوله ﷺ «**الولاء لمن أعتق**» أن المراد من الكتاب ما كتبه الله حتى يشمل السنة كما أن في خبر آخر تصريحاً بذلك. ويشهد عليه استثناء كل ما «**أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً**»[٤] في بعض الأخبار.

ثمّ إن ما دل على أن الشرط المخالف للكتاب باطل لا ينافي مع ما دل على اشتراط الموافقة في صحة الشرط.

نعم، يمكن القول بأن كل ما لايوافق الكتاب يكون مخالفاً له نظراً إلى بعض العمومات المرخصة لكل شيء. فما لم يخرج عن تحت هذا الترخيص، يكون الترخيص / ٣٤٠ / فيه ثابتاً بالكتاب كما يشهد على ذلك أنه في بعض الأخبار جمع بين اشتراط عدم المخالفة وبين اشتراط الموافقة كصحيحة إبن سنان.

في بيان ما ذكر في بيان المراد من الشرط المخالف للكتاب

قوله: ثمّ إن المراد بحكم الكتاب والسنة الذي يعتبر عدم مخالفة المشروط أو نفس الشرط له[٥] .. اه.

---

١) كتاب المكاسب ٢٢/٦، الأخبار الواردة في المقام.

٢) من لا يحضره الفقيه ٤٩٦/٣ ـ ٤٩٧، باب طلاق السنة، ح ٤٧٥٢.

٣) مسند أحمد ٢١٣/٦، صحيح مسلم ٢١٤/٤، باب إنما الولاء لمن أعتق.

٤) الكافي ٤١٢/٧ ـ ٤١٣، باب أدب الحكم، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٤٦٧/٧، باب من الزيادات في فقه النكاح.

٥) كتاب المكاسب ٢٦/٦، المراد بحكم الكتاب والسنة.

أقول: قبل التعرض لشرح كلام المصنف (ره) لا بأس من أن نشير إلى بعض المعاني التي ذكروها للشرط المخالف للكتاب والسنة:

فمنها ما نقله في العناوين، عن النراقي (ره)، وهو أن المراد من المخالفة أن يثبت حكم في كتاب أو سنة وهو يشترط ضده طلبيةً أو وضعيةً كما أنه قد ثبت أن المرءة ليس أمرها بيدها فيشترط خلافه والطلاق بيد الزوج فيشترط كونه بيدها أو يشترط عدم تسلطه على ماله أو يشترط أن يكون الخمر حلالاً والماء حراماً.

وأما اشتراط عدم التصرف، فليس من هذا الباب لأنه لم يثبت منها التصرف، بل جوازه، والمخالف عدم الجواز، لا عدم التصرف.

فإن قلت: إشتراطه يوجب عدم جوازه.

قلت: الشرط لا يقتضي ذلك، بل إلزام الشارع بالشرط يقتضيه.

فإن قلت: قوله «إلا شرط خالف» ليس بمعنى المشروط، بل بمعنى الإلزام وفيما / ٣٤١ / نحن فيه كذلك.

قلت: إلزام عدم التصرف لا ينافي جوازه ما لم يكن له ملزم. وكذلك شرط فعل ما ثبتت حرمته وترك ما ثبت وجوبه ليس مخالفاً للكتاب والسنة إلا أنه يتعارض أدلّتهما مع أدلّة الشرط؛ إنتهى.

في نقل كلام العوائد في معنى الشرط المخالف للكتاب

أقول: قد تقدم أن الشرط بمعنى الإلزام والإلتزام في النبوي بمقتضى القاعدة كما أن النراقي اعترف به في آخر كلامه وجعله بمعنى المشروط خلاف الظاهر لأنه مجاز، وأما جعله بمعنى الإلتزام الملتزم به، فمحظوره أشدّ.

ثمّ إن كون الشرط بمعنى الإلزام والإلتزام مخالف للكتاب والسنة، لابد أن يكون مع قطع النظر عن تعلق وجوب الوفاء به كما اعترف به النراقي أيضاً. وذلك

لأنه جعل في النبوي الشرط المخالف للكتاب غير لازم الوفاء، فلابدّ من أن يكون مخالفته مع قطع النظر عن وجوب الوفاء به. وعلى هذا نقول: إن كون الإلزام بشيء مخالفاً للكتاب يتصور على وجهين:

في الرد على النراقي وبيان ما هو الراجح في معنى الشرط المخالف للكتاب وأصل معنى الشرط

الأول أن يلزم بضد حكم الكتاب كما لو شرط كون المباح حراماً أو عكسه كما قاله النراقي.

ويرد عليه أن الحكم غير قابل لتعلق الإلزام به؛ لأن الإلزام والإلتزام إنما يتعلّقان بالأفعال.

/ ٣٤٢ / نعم، يمكن الإلزام بآثار الحكم من الفعل والترك ومرجعه إلى الوجه الثاني.

[**الثاني**] وهو أن يلزم بفعل شيء أو تركه وكونه مخالفاً للكتاب والسنة باعتبار أنهما ألزما على خلاف ما يلتزمه المشترط كأن التزم بترك واجب أو فعل حرام. وأما لو رخّص الكتاب فعلاً والتزم المشترط تركه، ففي العناوين بعد موافقته لما قلنا من أن المشترط يلزم بالفعل أو الترك لا بنفس الحكم، قال: إن الإلتزام بترك المباح في الكتاب ليس مخالفاً له، ونحن نقول: الظاهر أنه لا فرق بينه وبين الإلتزام بترك الواجب من جهة ما قلناه.

ثمّ إنا ـ وإن قلنا سابقاً: إن مقتضىٰ الأخبار اشتراط أن يكون الشرط موافقاً للكتاب ـ ولكنه نقول هنا: إن الموافقة على ما قلنا يتصور بأن يلزم بفعل ما ألزم الكتاب بفعله كالإلتزام بفعل الواجب.

وإذا كان الفعل واجباً بدون الشرط فيصير الشرط لغواً أو كاللغو، مع أن من

الواضح أن دليل صحة الشرط مثل النبوي في مقام الإلزام بما ليس بلازم / ٣٤٣ / في نفسه، فبهذه القرينة* وسابقها نقول: إن المراد من اشتراط الموافقة في بعض الأخبار أن لا يكون مخالفاً للكتاب كما هو لسان بعض أخبار الباب أيضاً أو أكثرها؛ بل في صحيحة ابن سنان بعد ما نحكم بعدم جواز الشرط المخالف للكتاب نقول: و«المسلمون عند شروطهم»[1] فيما وافق كتاب الله مجمع بين العنوانين بنحو يكون كالصريح في أن المراد مما لا يخالف الكتاب عين ما وافقه.

ولعل هذا هو السرّ في أن العلماء أيضاً فهموا اشتراط عدم المخالفة، لا اشتراط الموافقة، والتعبير عن عدم المخالفه للكتاب بموافقته كثير كما أشرنا إلى ذلك في أول حجية أخبار الآحاد عند التعرض للأخبار التي دلّت على عدم حجية الخبر المخالف للكتاب كما أن نظائر هذه الإستعمالات شايعة عند العرف أيضاً، ويمكن جعل عدم المخالف للكتاب موافقاً له ببعض الإعتبارات مثل أن الكتاب دلّ على وجوب الوفاء بكل شرط والتزام لم يكن مخالفاً للكتاب.

ثم إنك عرفت أن الشرط عبارة عن الإلتزام بفعل شيء أو تركه وأن مخالفة ذلك للكتاب كما يتحقق بإلزام الكتاب مثلاً بفعل ما ألزم المشترط بتركه أو بالعكس، كذلك يتحقق في صورة أباح الكتاب ذلك الفعل بأن جوّز فعله وتركه.

وعلى هذا فيشكل الأمر بأن الشارع في غير المحرمات والواجبات رخّص في فعل كل شيء وتركه، ومقتضىٰ ذلك أن يكون شرط الفعل والترك مطلقاً مخالفاً للكتاب والسنة. والمفروض ـ كما تقدم ـ أن شرط نفس الحكم / ٣٤٤ / أيضاً ليس بصحيح، فلم يبق مورد للشرط الصحيح.

---

*) ***ولا يخفىٰ أن ما تقدم من أن كل ما لا يوافق الكتاب يكون مخالفاً له نظراً إلى بعض العمومات المرخصة لكل شي غير رافع للإشكال المعنون في المقام من أن الموافقة بأن يكون التزام الشرط بما ألزمه الكتاب أيضاً. (منه قدس سره).***

١) من لا يحضره الفقيه ٢٠٢/٣، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٣٧٦٥.

والجواب عن ذلك أنه لو فرضنا أن يكون الحكم الثابت من الشرع لذات الفعل يعني في صورة تجرد الفعل عن العناوين الموجبة لحرمته أو وجوبه مثل صيرورة الفعل أو الترك متعلقاً لإلزام الغير في ضمن العقد أو متعلقاً للعهد أو القسم أو النذر أو إطاعة الوالدين أو المولى أو الزوج أو غير ذلك مما يوجب اللزوم عن العناوين التي قد تطرء على كل واحد من الأفعال، فحينئذٍ من الواضح أن هذا الشرط ليس مخالفاً للكتاب والسنة، وإنما يكون الإلزام مخالفاً للكتاب والسنة في صورة كان الحكم الثابت منهما للفعل مطلقاً حتى حال طروّ العناوين الخارجية عليه.

ولا يخفى أنه على المعنى الذي ذكرناه إشكال ذكرناه مع جوابه في آخر المسألة.

في أن الحكم تارة يثبت للفعل مع تجرد الفعل عن العناوين الطارية عليه وتارة مطلقاً وبيان مواردهما

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إن المصنف (ره) يدعي أن أغلب المباحات والمكروهات والمستحبات وجميعها من قبيل الأول، وأغلب المحرمات والواجبات من قبيل الثاني، فإنهما ثابتتان في حال طروّ هذه العناوين الطارية إلا مثل عنوان الضرر والحرج والإضطرار والإكراه وأشباه ذلك.

ويشهد على مدعاه ـ كما تقدم في مسقطات خيار المجلس ـ أنه لو دلّ خبر على وجوب شيء أو حرمته والآخر على إباحته / ٣٤٥ / فالعلماء يعاملون معهما معاملة المتعارضين كما أن بناء أهل العرف أيضاً كذلك، بل في مقام الجمع بعين التصرف فيما دلّ على الوجوب أو الحرمة؛ لأن دليل المنع قابل للتصرف بخلاف دليل الترخيص، وهذا بخلاف ما لو قام دليل على إباحة شيء، ثم صار ذلك الفعل المباح متعلقاً لبعض العناوين الموجبة لوجوبه أو حرمته كما لو صار متعلقاً للنذر

أو أمر الوالدين وغيرهما، فهنا لا يقول أحد بأن ما دلّ على وجوب الإطاعة أو وجوب الوفاء معارض مع ما دل على إباحة ذلك الشيء، وليس ذلك إلا من جهة سكوت دليل الإباحة عن صورة طروّ العناوين الخارجية الموجبة لوجوبه أو حرمته.

ولا يخفى أن ما ذكرنا من الشاهد لكلام المصنف من موافقة الأصحاب له أولاً لا يشمل إلا صورة وقع الشرط مثلاً على ترك ما أباحه الكتاب أو على فعل ما أباحه الكتاب، فلا يشمل عدم ثبوت الحكم أو ثبوته وضعياً كان أو تكليفياً كما هو عمدة همّ المصنف كشرط الولاء لغير المعتق أو الرقية لمن كان أحد أبويه رقاً أو كون أمر المسكن بيد الزوجة وإرث المتمتعين للمتمتع.

ثم بالنسبة إلى شرط نفس الفعل أو الترك فيما أباحه الكتاب أيضاً نقول: إن الحكم بتقدم دليل العناوين الثانوية كدليل الشرط على إطلاق دليل ذلك الحكم المشروط من الكتاب والسنة إما لحمل دليل الحلية على أنه لبيان الحلية الذاتية مع قطع النظر عن طروّ عناوين أخر على الذات مثل قولك «لحم الغنم حلال» او لإهمال دليل الحلية وعدم كونه في مقام البيان كما إذا كان الدليل في مقام بيان الثواب على مندوب أو المنقصة على مكروه وأشباه ذلك مما ينكر عموم الأحوالي له بحسب القواعد التي نمشي عليها في غير هذا المقام أو من جهة أن دليل الإستحباب من قبيل اللا مقتضىٰ بالنسبة إلى العنوان التي اقتضى الوجوب ودليل الكراهة من قبيل اللا مقتضىٰ بالنسبة إلى دليل اقتضى الحرمة أو أن تقديم دليل العناوين الثانوية على دليل إباحة الفعل ليس لشيء مما تقدم، بل نعترف ثبوت الإطلاق لدليل الإباحة، لكن يقدم دليل العنوان الثانوى بقاعدة الجمع؛ لأنه عند التعارض، الجمع العرفي القريب أن يحمل دليل الإباحة على بيان الذات مع قطع النظر عن طروّ هذا العنوان الثانويّ عليه كما أنه بهذا الوجه من الجمع تقدم مثل أدلّة الضرر والحرج على أدلّة الأحكام.

نعم، هذا الوجه لا يأتي في تقديم دليل وجوب الوفاء بالشرط على دليل الإباحة بعد أن دليل وجوب الوفاء مقيد بصورة لم يخالف الكتاب والسنة.

وبالتأمل فيما ذكرناه يظهر أنه بالنسبة إلى المستحب والمكروه ولو فرض أن يكون لدليلهما الإطلاق المعتبر أيضاً غير منافٍ لما لو اقتضت العناوين الثانوية وجوب المستحب وحرمة المكروه بعد أن دلالة دليلهما على أصل الجواز يكون تبعياً، مع ما عرفت من أن دليل المستحب بالنسبة إلى الوجوب من قبيل اللا مقتضىٰ وكذلك دليل الكراهة بالنسبة إلى الحرمة.

نعم، لو اقتضت أدلّة العناوين الثانوية حرمة المستحب ووجوب المكروه، ففي الفرض المتقدم تقع المعارضة بين دليل الإستحباب والكراهة مع أدلّة العناوين الثانوية، فنحتاج حينئذٍ لتقديم أدلّة العناوين الثانوية إلى قاعدة الجمع المتقدم ذكره.

نعم، يبقى الإشكال في تقديم خصوص دليل على دليلهما من جهة أن دليل الشرط مقيد بصورة لم يكن الشرط مخالفاً للكتاب والسنة.

نعم، لو كان دليل صحة الشرط مثل ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ ليس أصل الإشكال وارداً عليه كما سيأتي.

ثم اعلم أنه يأتي عند التعرض لقوله «**إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً**» بيان نافع في بيان حال أدلّة المباحات والمستحبات من الكتاب والسنة، فعليك بالمراجعة.

ثم إنه بناءً على أن يكون المراد من الشرط المخالف للكتاب ما ذكرناه، فلابدّ أن يكون اشتراط عدم التسري والتزويج صحيحاً كما ورد في الخبر حيث إن الكتاب لم يدل إلا على حليّته.

والمفروض أن ما دلّ على الحلية ليس ناظراً إلى ثبوت الحلية مع طروّ العناوين كصيرورته متعلقاً للشرط، إلا أنه ورد في خبر آخر أن هذا الشرط مخالف للكتاب

كما تعرض المصنف (ره) له ولجوابه.

لكن يظهر من المصنف (ره) أن بطلان هذا الشرط ليس مسلّماً.

وفي مشارق الأنوار للنراقي الثالث تكرّر دعوى الإجماع على بطلان شرط أن لا يتزوّج أو لا يتسرى.

نعم، يظهر منه أن شرط عدم تزويج امرءة معينة مسلّم الجواز.

ثمّ إن / ٣٤٦ / بعض المباحث المتعلقة بهذا المعنى الذي ذكرناه للشرط المخالف للكتاب والسنه سيأتي ـ إن شاء الله ـ بعد ذلك؛ فانتظر.

في نقل إيرادات الأستاد على المصنف (ره) في معنى الشرط المخالف للكتاب والجواب عنها

ثم إنا نقلنا عن الأستاد (ره) في كتاب الرهن أنه أورد على الكلام الذي نقلناه عن المصنف (ره) هنا:

أولاً بأن في معني الشرط المخالف للكتاب والسنة خلافاً.

وثانياً أن هذا لا يصحّح كثيراً من الفروع، وذلك لأنهم يقولون: إنه يصح اشتراط أن يعتق ولا يصح اشتراط أن لا يعتق، فأي فرق بين العتق وعدم العتق مع أن جواز الطرفين ثابت بدليل واحد، فكيف تفترق بينهما؟

وثالثاً أن تعيين أن أي واحد من الأحكام ثابت لمتعلقه بلحاظ تجرده عن العناوين الطارية، وأي واحد ليس كذلك، يكون مشكلاً.

ونحن نقول في الجواب عن الأول بأنه وإن كان معنى الشرط المخالف للكتاب محل الخلاف، ولم يتصد المصنف (ره) لإثبات مبنى كلامه / ٣٤٧ / إلا أنك قد عرفت أنا أثبتنا أولاً مبنى ما ذكره المصنف (ره) في معنى الشرط المخالف للكتاب، ثم تفرّعنا عليه ما ذكره، فلعلّ عدم تعرّضه لمبناه لوضوحه عنده.

نعم، نحن قلنا: إن المراد من الشرط هو الإلزام والإلتزام بالفعل أو الترك وإن كون ذلك مخالفاً للكتاب إما بأن يكون إلزام الكتاب على خلاف ما التزماه أو أن يدل الكتاب على أنه لا التزام في البين وأن الفعل مباح حتى في صورة اقتضت العناوين الثانوية من الشرط وغيره خلافه أيضاً.

ومنه يحتاج في صحة الشرط على إثبات أن إباحة الكتاب وتحليله في صورة لم تطرء العناوين الثانوية المقتضية للإلتزام بأحد الطرفين عليه.

وأما المصنف فيقول بما قلناه، إلا أنه يظهر مما يأتي منه في شرط رقية من كان أحد أبويه حرّاً وغير ذلك من الفروع أنه يقول بصحة شرط نفس الحكم الوضعي أيضاً، وأن صيرورة ذلك مخالفاً للكتاب في صورة كان مقتضىٰ دليل ذلك الحكم الوضعي ثبوته مطلقاً حتى في صورة شرط خلافه في ضمن العقد.

ويمكن إرجاع كلامه إلى ما قلناه، لكنه بعيد.

ثمّ إن ما ذكرناه غير منافٍ لإطلاق الشرط المخالف للكتاب على شرط نفس الحكم كما في بعض الأخبار على ما سيأتي توضيحه في آخر المسألة؛ لأن ما ذكرناه مقتضىٰ ظاهر ما يشمل على مجرد قوله «**المسلمون عند شروطهم**» إلا ما خالف الكتاب.

وسيأتي أن التمثيل بشرط الحكم للمستثنى في نفس هذا الخبر غير منافٍ لأن يكون شرط الفعل والترك مراداً من المسببى أيضاً، فضلاً من أن عمدة الأخبار ليست مشتملةً على المثال، ومقتضىٰ القاعدة أن يكون المراد شرط نفس الفعل والترك.

وحينئذٍ نقول: كون هذا الشرط مخالفاً للكتاب إنما يكون في صورة كان إطلاق الكتاب معارضاً مع دليل وجوب الوفاء بالشرط.

هذا، مع أن قوله عليه السلام «**المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً احلّ**»[1].. إلخ يكون

---

١) وسائل الشيعة ١٧/١٨، باب ثبوت خيار الشرط بحسب ما يشترطانه، ح ٥، وفيه: «إن

بحسب المعنى بمثل ما كان المستثنى فيه ما خالف الكتاب، مع أنه غير مشتمل على مثال يوجب ارتكاب خلاف ظاهر فيه أصلاً مع أن كون الشرط محلّلاً ومحرماً لا يكون بتحقق المعارضة التي أشرنا إليها بين الكتاب والسنة وبين دليل وجوب الوفاء بالشرط.

وعن الثاني بأنه لا وجه لأن تبين معنى الشرط المخالف للكتاب على وجه ينطبق مع الفروع التي ذكرها الفقهاء، بل لابدّ أن يبين معنى الشرط المخالف على ما تقتضيه القواعد؛ ثم ننظر في الفروع التي ذكروها، فكل منها انطبق معه فلا كلام، وكل منها لا ينطبق فإن لم يكن عليه إجماع وليس عليه دليل فنرده. ولو كان عليه الإجماع ولم يكن له دليل آخر، فنخصص بالإجماع ما دل على عدم صحة الشرط المخالف للكتاب إن قلنا إنه قابل للتخصص.

وإن قلنا إنه ليس قابلاً للتخصيص لكون مساقه مساق حكم العقل، فحينئذٍ نقول: إن الإجماع كاشف من أن خصوص هذا الحكم ثابت حتى مع طروّ العناوين الطارية أيضاً على الفعل.

وعن الثالث بأن كل حكم أحرزنا فيه أحد الطرفين من ثبوته مع تجرد الفعل عن العناوين الطارية / ٣٤٨ / أم ثبوته مطلقاً، فنعمل على مقتضاه كما أنه لا إشكال في تحقق صغرى الطرفين في الجملة بين الأحكام، وأي مورد لم نتمكن من إثبات أحد الطرفين فنعمل فيه على طبق مقتضىٰ الأصل الذي ننبّه لمورد الشك عند تعرض المصنف (ره) لبيان مثل هذا الأصل.

ومنها أي من المعاني التي ذكروها للشرط المخالف للكتاب ما نقلناه عن الأستاد (ره) في كتاب الرهن، وحاصله أن كل شرط يصير العقد معه لغواً كاشتراط عدم حصول الملكية في البيع فيكون هذا الشرط منافياً لذات العقد وماهيته، وكل شرط لا يصير العقد معه لغواً إلّا أن إطلاق العقد يقتضي عدمه،

المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً».

فيصير عدمه من مقتضىٰ العقد بقوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[1].

فاشتراط ذلك الشرط يكون مخالفاً للكتاب حيث كان منافياً لوجوب الوفاء بالعقد على نحو الإطلاق، مثلاً إطلاق عقد النكاح كإطلاق الصلح يقتضي أن لا يكون خيار لأحدهما، فصار ذلك من مقتضىٰ العقود لقوله تعالى / ٣٤٩ / ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، فيكون شرط الخيار مخالفاً للكتاب فيكون باطلاً، وإن كان نفس قوله ﴿ المؤمنون عند شروطهم ﴾[2] مقتضياً لصحة هذا الشرط، فصار قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ شارحاً ومبيّناً لما دلّ على عدم جواز أن يشترط شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة.

إن قلت: مقتضىٰ ما ذكرت عدم صحة شرط الخيار في البيع مع أن صحته إجماعي.

قلت: هذا الإجماع كاشف من أن الخيار في البيع لم يكن مخالفاً للكتاب لو قلنا بأن ما دل على عدم صحة الشرط المخالف للكتاب غير قابل للتخصيص وإلا نقول: نخصص بهذا الإجماع ما دل على عدم صحة الشرط المخالف للكتاب.

ثم اعلم أن كل شرط قلنا ببطلانه لكونه منافياً لمقتضى ذات العقد، لا فرق فيه بين اشتراط نفس الفعل أو الحكم.

وهذا بخلاف ما صار من مقتضاه لقوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، وذلك لأن وجه كون هذا فاسداً من باب أنه مخالف للكتاب.

وسيأتي أن المراد من مخالف الكتاب والسنة هو جعل حكم مخالف لهما، لا مجرد / ٣٥٠ / الفعل وعدمه، فلو شرط أن تكون سلطنة البيع لي، فهذا غير جائز، بخلاف اشتراط أن تبيع أو لا تبيع وهكذا.

---

١) المائدة: ١.

٢) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسرى، ح ٤.

في بيان دعاوي الأستاذ (ره) في بيان معنى الشرط المخالف للكتاب وبعض المناقشات على ما ذكره

ثم اعلم أنه يمكن إرجاع جميع التفسيرات التي ذكروها للشرط المنافي لمقتضى العقد إلى ما ذكرناه غير ما ذكره صاحب الجواهر.

ونسب في المكاسب[1] إلى المحقق الثاني[2] من أنه في صورة عدم اتضاح المنافاة وعدم قيام الإجماع على الصحة والبطلان، يرجع في التميز بين الشرط المنافي وغيره إلى نظر الفقيه؛ لأن في ذلك اعترافاً بأنه لا يمكن بيان تميز كلي مطّرد للشرط المنافي.

ثم إنه لو شككنا في حكمٍ أنه موافق للكتاب حتى يكون اشتراط خلافه شرطاً مخالفاً للكتاب أم لا، فحينئذٍ نقول: لو لم يكن الحكم الذي نريد اشتراط خلافه مما يقتضيه إطلاق العقد أو كان اقتضاء إطلاق العقد له مشكوكاً ونشك في أن اشتراط عدمه يكون مخالفاً للكتاب أم لا، فحينئذٍ لا يمكن إثبات كونه مخالفاً كما لا يخفى.

وعلى هذا لا مانع من التمسك بقوله ﷺ «المؤمنون..» اه لصحة هذا / ٣٥١ / الشرط؛ لأنه وإن كان من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية حيث إنا نعلم أنه خرج عن تحت قوله «المؤمنون..» اه كلّ شرط يكون مخالفاً للكتاب، والمفروض أن هذا الشرط يكون مشكوكاً من أنه يكون مخالفاً للكتاب ليكون داخلاً تحت المخصص، أم ليس مخالفاً ليكون باقياً تحت العام، إلا أنه لا مانع من التمسك بالعام هنا من جهة أن بيان مصاديق ما يخالف الكتاب يكون بيد الشارع، وفي مثله

---

١) كتاب المكاسب ٤٩/٦، ما أفاده المحقق الثاني عند عدم التمكن من التمييز.

٢) جامع المقاصد ٤١٤/٤ ـ ٤١٥، الشرط بيان كل ما يصح اشتراطه، وما لا يصح.

لا مانع من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية؛ إنتهى ملخص مراتبه.

ويرد عليه:

في إبطال كلام الأستاذ (ره) في معنى الشرط المخالف للكتاب

أولاً أن ما ذكره في ضمن كلامه من أن المراد من الشرط المخالف للكتاب أن يجعل نفس الحكم شرطاً، لا الفعل وعدمه، قد تقدم عند التعرض للمعنى المختار للشرط المخالف للكتاب أن هذا فاسد.

وثانياً نقول: لو وقع العقد أولاً مطلقاً فشمله قوله تعالى ﴿أوفوا / ٣٥٢ / بالعقود﴾ فحينئذٍ يمكن دعوى أن ما يقتضيه إطلاق هذا العقد يكون موافقاً للكتاب، فلا يجوز اشتراط خلافه في عقد آخر إلّا أن هذا خارج عن مفروض الكلام، لأن محل الكلام في صورة وقع شرط منافٍ لإطلاق العقد أولاً في ضمن العقد، وفي هذا الفرض يشمل الآية لهذا العقد الخاص، فيصير العمل بالشرط موافقاً للكتاب في هذا الفرض، لا مخالفاً له.

وثانياً ما ذكره من أن ما ذكروه في معنى الشرط المنافي لمقتضى العقد يرجع إلى ما ذكره، لم نعلم وجهه.

وثالثاً ما ذكره من التمسك بقوله ﴿المؤمنون..﴾ اه عند الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب مردود بأنه لو فرض أن يكون الشك في أصل التخصص وإن كان خلاف مدعاه فحينئذٍ نقول: إن المخصص لما يكون متصلاً أو بحكم المتصل، فإجماله يسري إلى إجمال العام، فليس للعام ظهور في فرض الشك حتى يتمسك بالعام / ٣٥٣ / لرفعه.

وأما لو فرضت أن معنى المخصص من جميع الجهات معلوم ويكون الشك في اندراج الفرد الخارجي تحته من جهة اشتباه الأمور الخارجية، فحينئذٍ نقول: قد

حقّقنا في أطراف كلماتنا ـ كما في أواخر الإستصحاب وغيره ـ أن التمسك بالعام في الشبهات المصداقية غير جائز مطلقاً، لاسيّما في مثل المقام الذي يكون مخصصه متصلاً أو بحكم المتصل؛ فتدبّر.

في بيان معنى الخبر الذي جعله نقضاً وأنه غير منافٍ

قوله: ولكن ظاهر مورد[1] .. اه.

أقول: قوله عليه السلام في الخبر «شرط الله قبل شرطكم»[2] يكون المراد من شرط الله حكمه المستفاد من الآيات التي يذكرها في آخر الخبر، وليس في الخبر دلالة على أن وجه بطلان الشرط المذكور في الخبر من جهة كون الشرط مخالفاً للكتاب ليحتاج إلى التوجيه بالوجهين اللذين ذكرهما في المتن، بل مفاد الخبر أن حكم الله بجواز التزويج ثابت قبل هذا الإشتراط. وهذا نظير قولك «إن الله بيّن حكم ذلك في الصدر الأول»، فإن المستفاد من ذلك أن الشرط لا ينفع في تغيير الحكم الأول في المقام، فيكون الشرط فاسداً ولكن لم يعلم أن وجه فساده من جهة / ٣٥٤ / أنه مخالف للكتاب حتى يحتاج إلى التوجيه.

بل لعلّ وجهه من جهة أنه في مورد الخبر من قبيل شرط النتيجة، بل نقول: إن الشرط في هذا الخبر نفس ترك التزويج والسهو والتسرية، بل الشرط حصول الطلاق لو حصل شيء من التزويج وغيره. فالشرط من قبيل شرط النتيجة، مع أن فيه التعليق، فهذا الشرط فاسد بنفسه، وأحكام الله الثابتة في الكتاب باقية بحالها.

وليس في الخبر ما يدل على أن بطلان هذا الشرط لكونه مخالفاً للكتاب، بل المراد من قوله «وشرط الله..» اه أن حكم الله في الكتاب ثابت قبل ذلك ولم يغيرها

---

١) كتاب المكاسب ٢٧/٦، القسم الأول من الشروط ليس مخالفاً للكتاب.

٢) الإستبصار ٢٣١/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسرى، ح ١.

شرطكم.

ومن هنا في خبر آخر تمسك بالنبوي لصحة مجرد شرط عدم التزويج وشبهه.

في الموارد التي اختلفوا في صحة الشرط من جهة الإختلاف في أن الحكم للعقل ثبت مطلقاً أم لا

قوله: منهاكون من أحد أبويه حرٌّ رقّاً[1] .. اه.

أقول: أما اشتراط نفس الرقية التي من قبيل الحكم الوضعي، فلا يصح على ما تقدم من أن الإلزام والإلتزام اللذين معنى الشرط لا يتعلقان إلّا بما يكون من الأفعال. وأما اشتراط ترتيب آثار الرقية فلم يعلم ثبوت جوازه لهما لاحتمال أن يكون من قبيل اشتراط ترتيب آثار الرقية على شخص حرٍّ خارج عن المتبايعين، فإنه من الشرط المحلّل للحرام.

نعم، لو ثبت أن الحكم بحرية من كان أحد أبويه حرّاً لم يكن على نحو الإطلاق، بل مقيّد بصورة لم يشترط مالك الأمة في عقد النكاح رقية الولد، فلا مانع حينئذٍ من الإشتراط حيث إنه يثبت من ذلك أنه يكون لهما ترتيب آثار الرقية على الولد.

ولا فرق في ذلك بعد قيام الدليل الخاص على تأثير هذا الشرط، بين أن نقول: إن الشرط هنا بمعناه الحقيقي وأن المراد الإلزام والإلتزام بآثار الرقية وعلم من الدليل الخاص أن هذا بنفسه مؤثر وبين أن نقول: إن الشرط هنا ليس بمعناه الحقيقي كشرط صفات العوضين بأن نقول: إن العقد تارة يكون مطلقاً وتارة يكون مقيداً، ولكل منهما اقتضاء مغاير لما اقتضاه الآخر. وهذا يأتي في نظائره ولا نحتاج فيها إلى أن نقول: إن الشرط بمعنى الإلتزام.

---

١) كتاب المكاسب ٢٩/٦، الإشكال في تميز مصاديق القسمين في كثير من المقامات.

نعم، عليه ليس دليله قوله «المسلمون عند شروطهم» فنحتاج إلى دليل خاص.

[الإشكال في تميز مصاديق القسمين في كثير من المقامات]

قوله: ومنها إرث المتمتع بها[1] .. اه.

أقول: بعد أن من المسلم عدم صحة شرط التوارث بينهما في عقد آخر غير النكاح وعدم صحة اشتراط التوارث للأجنبي عن المتزاوجين مطلقاً، فيعلم منه أن شرط التوارث مخالف للكتاب، فكيف جاز ذلك في نكاح المتعة كما أفتوا به وعليه بعض الأخبار المعتبرة؟

وأجاب المصنف (ره) عن ذلك: / ٣٥٥ / تارة بارتكاب التخصيص فيما دل على عدم صحة الشرط المخالف للكتاب، لكنه هيّن.

وتارة بأن نتصرف في ذلك بحيث يخرج عن كونه شرطاً مخالفاً للكتاب.

ونحن نقول: تقدم أن شرط نفس التوارث لا يوافق للإلزام أو الإلتزام اللذين معنى الشرط لعدم تعلقهما إلّا بالأفعال.

وأما شرط ترتيب آثار التوارث، فمرجعه إلى إعطاء مقدار من المال بعد الموت إلى أحدهما، فيمكن أن يكون ذلك جزء المهر إلا أنه لا يوافق بالنسبة إلى توريث الزوج، ويمكن أن يكون ذلك وصية من كل منهما كما قاله في الجواهر كما أنه يجوز أن يقال: إن المتزاوجين في عقد المتعة لو كان عقدهما مطلقاً، فلا يكون توارث بينهما، ولو كان عقدهما مشروطاً بالتوارث فيصيران كالمتزاوجين في العقد الدائم من حيث التوارث، ولا مانع في ذلك عقلاً. وفي بعض أخبار الباب إشارة إلى ذلك أيضاً؛ فراجع.

---

١) كتاب المكاسب ٢٩/٦، الإشكال في تميز مصاديق القسمين في كثير من المقامات.

قوله: ومنها أنهم اتفقوا على جواز[١] .. اه.

أقول: لا نرىٰ مانعاً في صحة اشتراط الضمان في العارية وعدم صحته في الإجارة وإلّا عدم الصحة في الإجارة محل الخلاف، فيمكن منع قول المشهور فيه لو كان فيه مانع من جهة ذلك.

/ ٣٥٦ / وذلك لأن الضمان وعدمه أمران تعبّديان ولا مانع من اختلافهما في الموارد، والسنة لا يثبت بمجرد حديث واحد حتى تقول: إنه إما أن يثبت الحكم مع التجرد عن العناوين أو بدونه.

وعلى الأول ليس شيء منها مخالفاً للسنة، وعلى الثاني يكون الشرط في المقامين مخالفاً للسنة.

في حكم الشك في أن الشرط مخالف للكتاب أم لا من جهة الشك في أن الحكم ثبت لمتعلقه مطلقاً أم لا

قوله: بني على أصالة عدم المخالفة[٢] .. اه.

أقول: ليس الغرض التمسك بنفس قوله «المؤمنون..» اه حتى يقال: إنه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، بل الغرض إثبات حكم العام بإعانة الأصل كما لو استصحب العالمية لزيد فيترتب عليه حكم العالم الثابت له بقوله «أكرم العلماء».

وتوضيح المقام: أن وجوب الوفاء والصحة ثبت لشرط لم يكن مخالفاً للكتاب، فيثبت كون الشرط مما لم يكن مخالفاً للكتاب بالأصل.

ومرجعه إلى أصالة عدم ثبوت الحكم الذي صار متعلقه متعلقاً للشرط على

---

١) كتاب المكاسب ٣٠/٦، الإشكال في تميز مصاديق القسمين في كثير من المقامات.

٢) كتاب المكاسب ٣١/٦، الأصل عدم المخالفة عند عدم التميز.

وجه لا يقبل تغيره بالشرط، فيحرز موضوع حكم وجوب الوفاء / ٣٥٧ / بالوجدان والأصل حيث تقدم أن كل حكم ثبت لفعل في خصوص حال تجرده عن العناوين الطارية عليه ليس شرط خلاف ذلك الحكم شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة، فكون الحكم من هذا القبيل تارة يثبت بالدليل كما أشار إليه في المتن وتارة بالأصل.

هذا، ولكن يرد عليه ما تقدم منّا في خيار الشرط من أنه مع غمض العين عن كل شيء تقول: لو كان المراد أن هذا الحكم المعين يكون الأصل عدم جعله على وجه لا يتغير بالشرط وغيره فليس له حالة سابقة.

ولو كان المراد استصحاب عدم جعل حكم كذائي في غير الأحكام التي نعلم أنها من هذا القبيل، فيثبت بذلك أن هذا الحكم المشكوك ليس جعله على وجه لا يتغير بالشرط، فهذا الأصل يكون مثبتاً نظير ما إذا أردت أن تثبت أن الدم الذي رأته المرءة ليس بحيض، تارة بأصالة عدم كون هذا الدم حيضاً وتارة باستصحاب عدم خروج دم الحيض منها ليثبت به حال الدم الشخصي.

هذا كله أولاً.

وثانياً: أن هذا الأصل معارض بأصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه يغير بالشرط.

إن قلت: إن كلا المناقشتين مبني على أن يكون المراد إثبات كيفية جعل الحكم بالأصل / ٣٥٨ / ليناقش تارة بعدم الحالة السابقة وتارة بالمعارضة.

بل الغرض منع العموم الأحوالي للحكم المجعول، يعني أن الحكم الذي جعله الشارع لهذا الموضوع لم يجعل له في جميع أحواله، بل في الجملة.

ففي حال اشتراط خلافه في ضمن العقد يكون الشك في أصل جعل هذا الحكم لهذا الموضوع، ولا مانع من نفيه بالأصل.

في بيان فساد الوجه الذي ذكره المصنف (ره) لإثبات عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب عند الشك بالأصل

قلت: فيه:

أولاً إن هذا الشرط لو كان من قبيل شرط عدم التزويج وعدم التسرية مما كان جوازهما ثابتاً للزوج قبل عقد النكاح وقبل شرط تركهما في ضمن العقد فنقول: لو شككنا في ارتفاع هذا الجواز عن الزوج بعد العقد والشرط بالموضوع الذي كان الجواز فيه ثابتاً، يكون باقياً بعد الشرط ايضاً.

ثم اعلم أنه عند الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب فيكون فاسداً يمكن التمسك للحكم بصحة الشرط من وجوه:

الأول ما قاله المصنف، وهو يتوقف على منع شمول دليل الحكم الوارد في الكتاب والسنة من الإباحة والإستحباب والكراهة لصورة صار مقتضى العناوين الثانوية من النذر والشرط وغيرهما تحريم ذلك الفعل أو وجوبه. وعلى أن الأصل بعد ما تقدم يحرز موضوع الحكم بوجوب الوفاء بالشرط.

وفيه ما تقدم من عدم تمامية المقدّمتين.

الثاني ما ذكرناه في مسألة خيار الشرط من أن كل مورد أحرزنا أن دليل حكم الكتاب والسنة لا يشمل إطلاقه لصورة كان مقتضى العناوين الثانوية وجوب الفعل أو تحريمه كما تقدم شطر من الكلام في ذلك في صدر المسألة عند تعرض المصنف لعدم هذا الإطلاق لأدلة المباحات والمستحبات والمكروهات، فمجرد ذلك يكون كافياً في الحكم بصحة الشرط وعدم كونه مخالفاً للكتاب والسنة، ولا يحتاج إلى المقدمة الثانية في كلام المصنف.

وذلك لوضوح أن مثل قوله «**إلّا ما خالف الكتاب**»[١] أو «**إلّا ما أحل حراماً**»[٢] وشبه ذلك يكون الغرض أن يعمل[٣] الناس على طبقه، لا لمجرد بيان أمر واقعي لم يمكن للناس طريق إليه.

وفي مثل هذا الفرض لا يناسب إلّا أن يكون المراد ما يفهم[٤] الناس مخالفته للكتاب. وعلى هذا فإذا فرض أن دليل الكتاب والسنة ليس له إطلاق لصورة اقتضت العناوين الثانوية وجوبه أو حرمته، فذلك يكفي في عدم كونه مخالفاً لهما، فيكون الشرط صحيحاً*، بل الشك في ذلك لو لم يكن كافياً في صحة التمسك بالنبوي لكون الإستثناء متصلاً، فيكون كافياً في صحة التمسك بقوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[٥] على ما سيأتي من دلالته أيضاً على صحة الشرط.

الثالث أن يتمسك لصحة الشرط عند الشك في كونه مخالفاً للكتاب بقوله «**المؤمنون عند شروطهم**»[٦].. إلخ.

ونوقش عليه تارة بأنه لا ظهور له عند الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب بعد اشتماله على قوله «**إلا ما خالف الكتاب**» وتارة بأنه من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقيه، وقد فصّلنا الكلام في الإيرادين في خيار الشرط عند التعرض لجريان خيار الشرط في غير البيع.

ويأتي بعض الكلام فيها في الوجه الآتي.

---

١) تهذيب الأحكام ٦٧/٧، باب ابتياع الحيوان، ح ٣، وفيه: «أن كل شرط خالف الكتاب فهو باطل».

٢) تهذيب الأحكام ٤٦٧/٧، باب من الزيادات في فقه النكاح، ح ٨٠.

٣) في المخطوطة: يعملون.

٤) في المخطوطة: يفهمون.

*) ***بل عليه يمكن إحراز عدم المخالف من طرق. (منه قدس سره).***

٥) المائدة: ١.

٦) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسرى، ح ٤.

الرابع قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ وذكرنا في خيار الشرط أن تقريبهم لدلالته على أصل صحة الشرط من وجهين:

الأول أنه يشمل العموم للعهد المقيد بالشرط وأن وجوب الوفاء بالعهد المقيد بالشرط يقتضي وجوب الوفاء بشرطه.

الثاني أن نفس الشرط بمعنى الإلتزام في ضمن العقد يصدق عليه العهد، فيشمله العموم.

ثم الشرط في ضمن العقد لو كان شرط الخيار فأورد على التقريب الأول بأنه يوجب التناقض، وعلى الثاني بأنه يوجب التعارض، ولكن البحث من هذه الجهة في خيار الشرط من أنه يجري في غير البيع أيضاً. ومحل كلامنا في صورة كان الشرط في ضمن العقد غير شرط الخيار، بل محل الكلام شرط فعل شيء أو تركه. ثمّ على هذا أيضاً نقول: إن التقريب الأول فاسد بنحو الإطلاق، وذلك لأن وجوب الوفاء بالعقد المقيّد لا يقتضي وجوب الوفاء بقيده وهو الشرط؛ لأن كون الشرط قيداً ليس معناه أن العقد معلق عليه، وإلّا فيصير العقد باطلاً، بل الشرط التزام آخر في ضمن العقد.

نعم، التقريب الثاني من أن الشرط هو الإلتزام ويصدق عليه أيضاً، لا مانع فيه. نعم، يبقى عليه إشكال أن التمسك بالآية لصحة الشرط الذي يحتمل كونه مخالفاً للكتاب من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقيه؛ لوضوح أن كل حكم كان ثابتاً في الكتاب حتى في صورة كان الشرط أو سائر العناوين على خلافه خارج عن تحت عموم الآية عقلاً، بل هذا العهد عين الشرط الذي علم خروجه بالأخبار عن تحت الشرط الذي كان لازم الوفاء.

والجواب عن الإشكال: أولاً أنه تقدم أن مجرد احتمال أن يكون المراد مما خالف ما نفهمه من الأدلة التي نحرز الإطلاق لها حتى في مورد كان الشرط على خلافه ولم يعلم في نظائره انقلابه بشيء من العناوين الثانوية، ونظائر ذلك تكفي

في جواز التمسك بالعموم لشرط ليس كذلك، ولو لم نحتمل كون[ه] مخالفاً واقعياً للكتاب؛ لعدم إحراز التخصيص بغير الأول من الأدلة، ولم يكن الإستثناء هنا متصلاً حتى لم يكن ظهور في العام في رفعه بعد أنه من قبيل الشك في أصل التخصيص.

وثانياً يجوز أن يقال: إن الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب بنحو الإطلاق يكون من قبيل الشك في أصل التخصيص، ولا مانع من التمسك بالعام هنا.

وذلك لوضوح أن كل عام أو مطلق يكون مخصصاً بما كان من حكمه على خلاف حكم العقل، ومع ذلك لا يوجب ذلك لعدم جواز التمسك في مورد شك في كونه مخالفاً لحكم العقل لأن هنا لم يوجد عنوان للمخصص، بل بمنزلة التخصيص بنفس الموارد، ففي مورد الشك يجوز التمسك بالعام.

ومثل ذلك لو صرّح المتكلم بأن ما كان على خلاف العقل ليس مراداً من العام.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن المخصص في المقام من هذا القبيل؛ لوضوح أن كل ما كان الكتاب على خلافه بحيث كان مقتضىٰ الكتاب خلافه حتى في صورة شرط خلافه، فليس مراداً ممّا دل على الوفاء بالشرط؛ فتدبّر.

الخامس الصحيحان اللذان نقلهما في الجواهر[1] في باب الشروط في المبيع فان فيهما بعد أن سئل عن الصادق عليه السلام عن الشرط في الأمة لا تباع ولا توهب، فقال: **«يجوز ذلك غير الميراث فإنها تورث؛ لأن كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل»**[2]، وفي الآخر **«فهو مردود»**. ونحوهما غيرهما.

فإن الظاهر من الصحيحين أنه في بيع الأمة كل شرط صحيح وليس مخالفاً للكتاب إلا الميراث، فإن شرط الميراث مخالف للكتاب، وعليه نقول: إن شرط الخيار لما كانت مخالفته مع لزوم العقد، فلا يتعدي إلى غير البيع لاحتمال أن يكون

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٢٠١، النظر الخامس: في الشروط.

٢) تهذيب الأحكام ٧/٦٧، باب ابتياع الحيوان، ح ٣.

لزوم البيع من مجرد وجوب الوفاء بالعقد وكان وجوب الوفاء بالعقد معلقاً على عدم شرط الخيار. وهذا بخلاف سائر العقود كما أوضحنا ذلك في شرط الخيار، لاسيّما على المبنى المتقدم من أن المخالف للكتاب لابدّ أن يكون على نحو يفهمه أهل العرف ولهم طريق إليه.

وعليه فالشاهد أن مجرد وجوب الوفاء بالعقد معلق على عدم شرط الخيار كثيره؛ فراجع ما ذكرته في خيار الشرط. وأما سائر الشرائط إذا لم يكن مخالفاً للكتاب إذا وقعت في ضمن عقد بيع الأمة فذلك من باب أن المشروط ليس مخالفاً للكتاب، فلا مانع من الإلزام بها، ومن هذه الجهة لا فرق بين وقوعها في ضمن عقد بيع الأمة أو غيرها.

إن قلت: سلّمنا دلالة الخبر على هذه الكلية وسلّمنا أنه لا يضرّ بذلك خروج بعض الموارد لأن العام قابل للتخصيص، لكن في الخبر إشكالاً من جهة أنه كان كالصريح في أنه لا مانع من شرط عدم البيع وعدم الهبة، مع أن الإجماع على خلافه.

قلت: في الجواهر[1] أن الإجماع محل الشك بل يقوى الظن بخلافه، خصوصاً بعد استدلال جماعة لعدم جوازهما بأنه منافٍ لمقتضى العقد، ونحن نقول: إن أمر توهم الإجماع عندنا وإعراض العلماء عن الصحيحين غير معلوم؛ لأن مجرد تغير الحالة ليس مغيراً للموضوع الذي يشترط بقاؤه في الإستصحاب كما حقّقناه في محله.

وعلى هذا نقول: إن هذا الحكم كان ثابتاً لهذا الموضوع قبل أن يشترط في ضمن العقد خلافه، فشك في رفع هذا الحكم فيستصحب بقاؤه، فلم يصر الأصل محرزاً لموضوع حكم وجوب الوفاء بالشرط، وعرفت أنه لا يجوز التمسك بنفس قوله «**المؤمنون عند شروطهم**» أيضاً، بل لنا على هذا الأصل الموضوعي من

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٢٠١، النظر الخامس: في الشروط.

المصنف (ره) إشكال في تمام الموارد بعد تسليم أنه ليس لدليل حكم الكتاب إطلاق يشمل صورة كان الشرط على خلافه.

وتوضيح المقام: أن الموضوع الذي أحرزنا حكم وجوب الوفاء له هو شرط لا يخالف الكتاب كما أن المصنف أولاً تصدى لإثباته بالأصل بأصالة عدم مخالفة الشرط للكتاب، لكن من الواضح أنه ليس له حالة سابقة أيضاً؛ إذ حال الشرط من أول صدوره مشكوكة.

إن قلت: كما توهم أنه لم تكن مخالفة قبل تحقق الشرط في الخارج قبل نفس عدم المخالفة لم يكن موضوعاً لوجوب الوفاء، بل الموضوع لوجوب الوفاء شرط يكون كذلك، وليس للشرط حالة سابقة في عدم المخالفة.

وأما أصالة عدم جعل الحكم في حال وقع الشرط على خلافه كما ذكرناه أو أصالة عدم جعل الحكم على وجه لا يقبل التغير بالشرط كما ذكره المصنف، فمع غمض العين عما أوردنا عليهما فليس بنفسه موضوعاً لوجوب الوفاء حتى تحرزه بالأصل.

فلو كان الغرض أن تترتب عليه عدم مخالفة الشرط للكتاب، **ففيه**: أن عدم مخالفة الشرط للكتاب ليس من الآثار الشرعية لعدم جعل حكم الكتاب في حالة وقوع الشرط وشبهه، فيصير الأصل مثبتاً.

وثانياً إن هذا الأصل إنما يجوز التمسك به في صورة لم يكن لدليل الحكم إطلاق أحوالي كما أن المصنف (ره) أيضاً معترف به، لكنه يدّعي عدم عموم أحوالي لكثير من أدلّة الأحكام كأدلة المباحات والمندوبات والمكروهات، / ٣٥٩ / ونحن ذكرنا فساد هذه الدعوى الكلية في مسقطات خيار المجلس، وأوضحناه في قاعدة الضرر.

نعم، يجوز منع الإطلاق الأحوالي في أدلّة المندوبات والمكروهات من جهة الإستحباب والكراهة ومن جهة جواز الفعل والترك الذي يستفاد في ضمنها،

وكذلك في مثل «لحم الغنم حلال» كما تقدم شطر من الكلام في ذلك وتقدم مقدار يجوز فيه مع الإطلاق، وسيأتي الكلام فيه، لا في «الولاء لمن أعتق» و«أحلّ لكم» وأشباه ذلك؛ لأنه مع قطع النظر من كون إطلاقها في بيان الحكم الفعلي فلا يناسب السكوت من بعض الجهات نقول: منع الإطلاق في خصوص بعض الأحوال لا معنى له ومن جميع الأحوال يقتضي عدم جواز التمسك بها في الموارد المشكوكة.

نعم، قد تقدم عند التعرض لجريان خيار الشروط في غير البيع من العقود أنه لو شككنا في كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة أو محرماً للحلال أنه يجوز التمسك بقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ لصحة الشرط، لكن ذكرنا هنا أن هذا الوجه لا يتم لإثبات صحة شرط / ٣٦٠ / الخيار إذا شككنا أنه من الشرط المخالف للكتاب والسنة.

وأيضاً تمسكنا هناك بما نقلناه عن الجواهر[1] في باب الشروط من الصحيحين المشتملين على أنه سئل الصادق[عليه السلام] عن الشرط في الأمة لا تباع ولا توهب؟ فقال: «يجوز ذلك غير الميراث فإنها لا تورث لأن كل شرط خالف الكتاب باطل»[2]، وذكرنا هناك أنه يدل على صحة كل شرط قابل لأن يتعلق بالأمة في بيع الأمة من بيعها وشرائها وخياطتها إلى غير ذلك في جميع الموارد، لكنه أيضاً لا يقتضي صحة شرط الخيار في غير البيع من جهة احتمال كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة.

نعم، ذكرنا وجهين آخرين هناك لاثبات صحة شرط الخيار في الجملة؛ فراجع.

---

١) جواهر الكلام ٢٠١/٢٣، النظر الخامس: في الشروط.

٢) تهذيب الأحكام ٦٧/٧، باب ابتياع الحيوان، ح ٣.

في نقل كلام العوائد من جعل الشرط المخالف اشتراط الحكم المخالف للكتاب وبيان اشتباه المصنف في النقل

قوله: ثمّ إن بعض مشايخنا المعاصرين[١] .. اه.

أقول: المراد هو النراقي[٢] ونحن نقلنا كلامه سابقاً وذكرنا فساد كلامه أيضاً إلّا أن ما نسب إليه المصنف (ره) هنا مخالف في الجملة لما نقلنا عنه سابقاً وصار ذلك منشأ لإشكال جديد من المصنف عليه؛ لأنه على ما نسب إليه المصنف (ره) هنا، ما جعل الشرط المخالف للكتاب عبارة عن جعل نفس / ٣٦١ / الحكم المخالف للكتاب شرطاً دون نفس الفعل والترك. ففي صورة جعل الفعل والترك شرطاً ليس شرطاً مخالفاً للكتاب، لكنه تقع المعارضة بين ما دل على الوفاء بالشرط وبين دليل ذلك الحكم من الإباحة والوجوب والتحريم حيث إن إطلاق دليل تلك الأحكام يقتضي ثبوتها بعد شرط خلافها في ضمن العقد أيضاً. وهنا حكم أنه يرجع إلى المرجحات، وإذا لم يكن مرجح فإلى الأصول.

ومن هنا يناقش المصنف (ره) عليه بأن مقتضى ذلك فساد الشرط في غير مورد ثبت المرجح من إجماع أو غيره؛ لأن دليل الإباحة إذا تعارض مع ما دل على وجوب الوفاء بالشرط، فلابدّ أن يرجع إلى الأصل الجاري هنا، وهو أصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط. وفي تعارض دليل وجوب الوفاء مع دليل التحريم والوجوب يكون مقتضى الأصل بقاء الوجوب والتحريم الثابتين قبل الإشتراط.

هذا، ولكن مقتضىٰ ما نقلناه عن النراقي سابقاً أنه لو شرط فعل المباح أو تركه فهذا الشرط صحيح من دون إشكال، وليست هنا معارضة بين دليل وجوب الوفاء

---

١) كتاب المكاسب ٣٢/٦، ما أفاده الفاضل النراقي في المقام.

٢) عوائد الأيام: ١٥١، عدم الإعتداد بالشرط المنافي لمقتضى العقد وبيانه.

بالشرط مع دليل إباحة ذلك الفعل، إما لما تقدم من العناوين / ٣٦٢ / من أن الإلتزام بترك المباح لا يعدّ مخالفاً لما دل على إباحته، وإما لما ذكره المصنف (ره) من أن دليل الإباحة ليس له إطلاق يشمل صورة اشتراط خلافه.

ولعل نظر العناوين إليه أيضاً كالنراقي.

فيما يتعلق ببيان مراد النراقي في معنى الشرط المخالف

ويشهد على ما ذكرناه مضافاً إلى أن ما ذكرنا كان مقتضىٰ عبارة النراقي، أن المصنف (ره) ينسب إليه أنه تفطن إلى ما ذكره وجعل شرط فعل الحرام بنفسه من الشرط المخالف للكتاب، فبطلانه من هذه الجهة، لا المعارضة. فإنه يظهر من ذلك أن إشكال ما ذكره النراقي كان منحصراً في شرط فعل الحرام حيث إنه باطل مع أنه على ما ذكره يشكل بطلانه. فمنه رجع عما ذكره وجعله بنفسه من الشرط المخالف مع أنه على ما نسب إليه المصنف (ره) يكون الإشكال في شرط فعل المباح وتركه أعظم، حيث إنه مسلّم الصحة في الجملة مع أنه على ما نقل المصنف (ره) عنه لابدّ وأن يكون فاسداً.

في معنى قوله «إلا ما أحل حراماً أو حرّم حلالاً»

قوله: فإن الحلال والحرام فيها ماكان كذلك[1].. اه.

أقول: نحن وإن أشرنا إلى معنى الخبر سابقاً إلا أنه نشير إليه هنا أيضاً ليكشف حال ما قيل فيه، فنقول: نحن نبيّن هنا ما هو ظاهر الخبر حتى / ٣٦٣ / يظهر أنه يكون مانع من الأخذ بظاهره أم لا. وعلى فرض لزوم المانع فلابدّ من أيّ تصرف

---

١) كتاب المكاسب ٣٤/٦، المراد من تحريم الحلال وتحليل الحرام.

فيه، فنقول:

قد تقدم أن الشرط معناه العرفي واللغوي هو الإلزام والإلتزام، وتقدم أن الإلزام والإلتزام لا يتعلقان إلّا بفعل شيء أو تركه.

وعلى هذا نقول في قوله «إلّا شرطاً أحلّ حراماً أو حرم حلالاً»[1]: إنه بعد بقاء لفظ الشرط على معناه وعلى مقتضاه من كون متعلقه الفعل والترك وبعد ظهور الاستثناء في كونه متصلاً لا منقط[ع]اً يصير المستثنى هو الإلزام بفعل شيء أو تركه إذا كان ذلك الإلزام محلّلاً لحرام كأن يلتزم بفعل ما حرّمه الشارع أو محرماً لحلال كأن يلتزم بفعل أو ترك رخّص الشارع في طرفيه، فمثل هذا الشرط داخل في المستثنى فلا يتعلق وجوب الوفاء به.

وبناءً على هذا فالمحلّلية والمحرّمية يحصل من نفس الشرط لا من وجوب الوفاء بالشرط. ودعوى أنه يلزم على هذا انحصار الشرط الصحيح بشرط فعل الواجب وشرط ترك الحرام مبنيّ على ثبوت الحلّية من الشرع لكل / ٣٦٤ / فعل غير الواجب والحرام وكانت تلك الحلية ثابتة لكلّ على نحو الإطلاق سواء اشترط خلافه في ضمن العقد أم لا.

ونحن لو لم نمنع ثبوت الحلية لكل فعل كما تعرّضنا له عند التمسك باستصحاب البراءة في الشبهة التحريمية في مسألة البراءة، فنقول: قد تقدم أنا قلنا: إن أكثر ما يدل على استحباب فعل أو كراهته ليس لدليله إطلاق يشمل صورة إشتراط خلافه، وكذلك الحلية المستفادة منهما.

وكذلك من أدلّة نفس الحلية ما كان من قبيل «لحم الغنم حلال» التي لا يستفاد منها عرفاً إلّا كونه بصدد بيان أن لحم الغنم ليس كلحم الكلب ساكتاً عن العوارض والطواري.

---

١) وسائل الشيعة ١٧/١٨، باب ثبوت خيار الشرط بحسب ما يشترطانه، ح ٥.

بل* مثل «الناس مسلّطون..» اه يمكن دعوى دلالته على أن للمالك أن يلتزم في ماله. ومنه تمسك به بعض لصحة المعاطاة، لكن من الواضح ثبوت الإطلاق له بالنسبة إلى غير إلزام نشأ من قبل نفس المالك حتى عند طروّ العناوين الثانوية الملزمة، مثل لزوم إطاعة الوالدين أو الزوج في الأمر بالتصرف في المال أو ترك التصرف فيه، بل ما كان من قبيل الأمر والنهي غير قابل لأن يدّعى أنها لبيان الحكم من حيث الذات كما يدعيه المصنف في الجملة، وأوضحنا فساد كلامه في قاعدة الضرر.

نعم، في الأمر والنهي يمكن منع الإطلاق الأحوالي إذا لم يكونا في مقام البيان

---

*) *لا يخفى أن دلالة الآيات على حلية الأشياء من قبيل ﴿ يا أيها الناس كلوا مما في الأرض حلالاً طيباً وقل لا أجد فيما أوحي إليّ محرّماً على طاعم يطعمه إلّا أن يكون. ﴾ الآية، [البقرة: ١٦٨] ﴿ يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيّبات ما رزقناكم واشكروا الله إن كنتم إياه تعبدون ﴾، [الأنعام: ١٤٥] ﴿ إنما حرّم عليكم الميتة.. ﴾ الآية، [البقرة: ١٧٢] ﴿ وهو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾ [البقرة: ٢٩] إلى غير ذلك مما يتعرضون لبعضها أو كلها في كتاب الأطعمة والأشربة، سيما في شرح. وتعرضنا لها في (ورقة انه المكتوبة) في أصالة عدم التذكية في الشبهة الحكمية إما مختص بالمطعومات، بل في مورد تمّت الدلالة إما ليس للدليل إطلاق أحوالي أو أنه بمثل «لحم الغنم حلال» في مقام بيان الحلية الذاتية أو لا تجري مقدمات الحكمة لإثبات أزيد من ذلك.*

وما لا يختص بالمطعومات مثل ﴿ خلق لكم ﴾.. الآيه بعد تمامية دلالته، سواء قلنا باختصاصة بالأعيان أو يعمّ الأفعال وغيرها فيه أنه بمثل «لحم الغنم حلال»، فلا يشمل صورة صار حراماً أو واجباً من جهة طروّ العناوين الثانوية من الشرط أو غيره، سيّما أن الإيجاب والتحريم بالشرط وغيره قسم من الإنتفاع وبعض الآيات من قبيل مقابلة الجمع بالجمع لا يدل على حلية كل فرد من متعلقه لكل أحد.

وتقدم عند دعوى المصنف (ره) في صدر كلامه لمنع الإطلاق لأدلة المستحبات والمكروهات والمباحات.

وإنّا أوضحنا أن أكثر أدلة المستحبات والمكروهات ليس لها إطلاق لصورة الشرط على خلافهما، وكذلك بعض أدلة الإباحات، وكذلك مثل «الناس مسلّطون..» بالنسبة إلى إلزامات تقع من قبل المالك. (منه قدس سره).

وأما كل مطلق كان في مقام بيان الحكم الفعلي كما هو الأصل في الكلام ما لم تكن في البين خصوصية صارفة مثل «لحم الغنم حلال» وما يتعرض لبيان شدة العقاب والنكال كما تقدم في شرح كلام المصنف سابقاً، فله الإطلاق الأحوالي من جميع الجهات، نظير «الولاء لمن أعتق» ومثل «وأحلّ لكم ما وراء ذلك» الدال بإطلاقه على بطلان شرط ترك التزويج والتسري إلى غير ذلك.

كيف ومنع الإطلاق عن خصوص بعض الأحوال لا نرىٰ له معنى بعد كونه في مقام البيان ومنع الإطلاق الأحوالي رأساً بدعوى عدم كون أمثال ذلك في مقام البيان يلزمه عدم جواز التمسك بأمثال ذلك في موارد الشك رأساً.

وهو واضح الفساد، ولم يقل به أحد.

وتقدم شطر من الكلام في موارد لا يناسب مع الإطلاق الأحوالي فيها.

وأما مطلق أدلة الحلية فلا يجوز مع الإطلاق فيها رأساً كما تقدم.

ومما ذكرنا ظهر أنه لا مانع من استفاد[ة] القاعدة الكلية من قوله «المؤمنون عند شروطهم إلّا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»[1] بعد أن دليل / ٣٦٥ / الحلية بنفسه من دون حاجة إلى دليل خارجي آخر في بعض الموارد لم يكن له إطلاق لصورة طروّ العناوين الخارجية من شرط خلافه وغيره، فهناك شرط خلافه لم يكن من الشرط المحرّم للحلال، وفي بعض الموارد كان له الإطلاق، فيكون شرط خلافه من الشرط المحرّم للحلال.

وتقدم أنه عند الشك من أن الحلية من أيّ واحد من القسمين يكون المرجع مثل ﴿أوفوا بالعقود﴾ وغيره الذي دليل على صحة الشرط وليس فيه الإستثناء المذكور كما تقدم تفصيل الكلام في ذلك كلّه.

---

١) وسائل الشيعة ١٧/١٨، باب ثبوت خيار الشرط بحسب ما يشترطانه، ح ٥، وفيه: «إن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً».

فى ـ أن الشرط المحرم للحلال والمحرم للحرام يكون من قبيل شرط الفعل، لا الحكم

قوله: والوقوف مع الدليل الخارج[١] .. اه.

أقول: لم يذكر المصنف (ره) مدفعاً لهذا الإشكال، لكن ما قلناه قبيل ذلك لم يكن أصل الإشكال وارداً عليه.

قوله: ربما يتخيل أن هذا الإشكال[٢] .. اه.

أقول: على ما تقدم منا يوجد في كل ممّا دل على الحلية التكليفية وما دل على الحلية الوضعية كل واحد من القسمين؛ يعني ما يكون له إطلاق وما لا يكون له إطلاق لصورة اشتراط خلافه على حسب / ٣٦٦ / القواعد اللفظية من دون حاجة إلى دليل خارجي.

في أن الشرط المحرم للحلال والمحرم للحرام يكون من قبيل شرط الفعل، لا الحكم

قوله: فالفرق بين التزويج والتسري اللذين[٣] .. إلخ.

أقول: بعد ما عرفت أنه بمقتضى القاعدة وموازين مباحث الألفاظ بعض أدلة الإباحات ـ وضعية كانت أو تكليفية ـ يشمل لصورة شرط فعل المباحات أو

---

١) كتاب المكاسب ٣٦/٦، الإشكال في استثناء الشرط المحرم للحلال.

٢) كتاب المكاسب ٣٧/٦، توهم اختصاص الإشكال بما دلّ على الإباحة التكليفية.

٣) كتاب المكاسب ٣٩/٦، دفع التوهم المذكور.

تركها، فتقع المعارضة بين دليل وجوب الوفاء وبين دليل الإباحة، وبعض أدلة الإباحة في الكتاب والسنة ليس لها هذا الإطلاق، فلا يعدّ شرط الفعل أو الترك فيها شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة، وأن بمجرد ذلك يرتفع الإشكال من جهة لزوم أن يكون الشرط الصحيح منحصراً بشرط فعل الواجب وترك الحرام كما تقدم.

ومن جهة دعوى احتياج كل من الشرط المخالف للكتاب وغير المخالف له إلى دليل من الخارج. وهذا منافٍ مع كون قوله «**المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ**».. إلخ في مقام الضابط للشرط الصحيح والفاسد، وبعد ذلك لو تخلف بعض الأمثلة عن هذا الميزان فلا يضرّ، بل لابدّ أن يلزم فيه بتخصيص ما خالف الكتاب لو قلنا بأنه قابل للتخصيص وإلا فلابدّ من التصرف الصغروي حتى عن كونه مخالفاً للكتاب. ومثله غير عزيز في الأدلة كما تقدم.

هذا كله أولاً؛ وثانياً نحن نتعرض للأمثلة التي ادعى المصنف عدم الفرق بينها مع ما نرىٰ من اختلاف حكمها، فنقول:

منها اشتراط عدم التزويج والتسري حيث إن مقتضى الأدلة الخاصة عدم صحتها.

وفيه: ما تقدم أنه على ميزان الضابط المتقدم لما تقدم من ثبوت الإطلاق بمقتضى القاعدة لقوله تعالى: ﴿**أحلّ لكم ما وراء ذلكم**﴾[1]، فيكون منافياً مع ما دل على وجوب الوفاء بالشرط، فيعدّ هذا من الشرط المخالف للكتاب كما تقدم.

ومنها جواز اشتراط ترك الوطي إما في المتعة كما هو المشهور أو حتى في الدائم من النكاح لتخيّل ثبوت الإطلاق للخبر الذي دل على صحة اشتراط ترك الوطي، وكذلك الخبر الذي دل على أنه بعد الشرط لو رضيت بالوطي يصير الوطي جائزاً.

نعم، في الدائم قد يقال مضافاً الى منع الإطلاق للخبرين حتى يشمل الدائم: إن

---

١) النساء: ٢٤.

شرط ترك الوطي مخالف للسنة الدالة على حق الزوجية في الوطي.

وعلى كل حال لو فصّلنا بين الدائم والمنقطع وقلنا: لا دليل على حلية الوطي بنحو الإطلاق حتى يشمل صورة الشرط على الخلاف في المنقطع دون الدائم، فيصير هذا منطبقاً على الضابط السابق.

وأما لو رجّحنا هنا ما ينافي الضابط السابق، فلابدّ أن نقول بتخصيص القاعدة لو قلنا: إن القاعدة قابلة للتخصيص، وإلّا لابدّ أن نقول: إن الدليل الخارجي دلّ على أن الحلية لم تكن شاملة لصورة شرط الخلاف.

ومنها ما ورد من بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائماً معلّلاً بأنه ليس لك أن تحرم ما أحلّ الله.

أقول: لم نظفر على الخبر الكذائي؛ نعم ورد بعض الأخبار على المنع من كون الحلف محلّلاً للحرام أو محرّماً للحلال، ولكن المشهور في لسان أخبار الحلف وكذلك عنوان الفقهاء في كتاب الأيمان عدم انعقاد الحلف على فعل يكون مرجوحاً حتى في الدنيا وكذلك الترك.

ومنه يدّعي في الجواهر أن ما ورد من أن الحلف ليس محلّلاً للحرام ومحرماً للحلال، لابدّ أن يحمل على ذلك أو غيره.

في نقل ما ذكروه لبيان أن المراد من الشرط المحلل اشتراط نفس الحكم والإشارة إلى الجواب عنه

ثمّ على تسليم الأخذ بنفس عنوان أن لا يكون الحلف محلّلاً للحرام أو محرماً للحلال فلابدّ من أن نعيّن مصاديق بنحوٍ تقدم في الشرط وخصوص شرب العصير المباح لو فرض ورود نص معتبر فيه وفرض أنه لا ينطبق على القاعدة، فلابدّ أن يقال فيه بمثل ما تقدم في نظيره في الشرط.

نعم، في كتاب الأيمان باب من الأخبار الواردة في بيان مورد تنزيل قوله تعالى ﴿ لا تحرّموا طيبات ما أحلّ الله لكم ﴾[1] تمسك به للإلتزام بأحد طرفي المباح من الفعل أو الترك دائماً بحلف أو غيره، وأنه لا يجوز كما أن المحقق القمي (ره) يقول: إن المراد من المحرِّم للحلال ذلك أيضاً وسيأتي؛ بل الممنوع من شرط عدم التزويج والتسري هو أيضاً ما كان على الدوام.

ثم اعلم أنه لو شككنا في شمول دليل الحلية من الكتاب والسنة لصورة شرط خلافية فيحتمل أن يكون الشرط محرِّماً للحلال، فنقول بصحة هذا الشرط لجريان ما تقدم من الوجوه لتصحيح الشرط عند الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب هنا أيضاً؛ بل مرجع ما ورد في بعض الأخبار من استثناء شرط خالف الكتاب إلى ما ورد في بعض آخر من الأخبار من استثناء شرط أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً. ومنه وقع تارة الإستثناء بذلك وتارة بذلك، بل مقتضى الجمع بينهما أن يقال بإرجاع أحدهما الى الآخر حتى لا يقع التعارض؛ بل هما بحسب المعنى أيضاً متحد[ان]، لأن مخالفة الكتاب والسنة بأن يلتزم بعمل كان مقتضى الكتاب والسنة ترخيص تركه أو وجوبه.

[المناقشة في ما أفاده الفاضل النراقي]

قوله: ولم يلحظ كون الإستثناء من الأفعال التي[2] .. اه.

لو كان المراد هو المناقشة بأن الإستثناء على ما ذكره هذا القائل يصير منقطعاً، فيمكن الجواب عنه بأن يقول: إن شرط كل من الفعل ونفس الحكم كان داخلاً في المستثنى منه، ثم استثنى منه شرط الحكم، لكن العمدة ما تقدم منّا في رد النراقي وأشار إليه المصنف هنا من أن الحكم غير مقدور، فلا يتعلق الشرط به لما تقدم أن

---

١) المائدة: ٨٧.

٢) كتاب المكاسب ٤٠/٦، المناقشة في ما أفاده الفاضل النراقي.

الشرط عبارة عن الإلزام والإلتزام وهما ليسا قابلين إلا لأن يتعلقا بما هو مقدور للمشروط عليه من فعل شيء أو تركه.

ومقتضىٰ الخبر أن نفس الشرط لابدّ أن لا يكون محرِّماً لحلال وصيرورته محرِّماً للحلال باعتبار أن المشترط التزم على نفسه وحرَّم على نفسه فعله مع أن الشارع حلّله كما أن هذا القائل أيضاً كان معترفاً بأن التحريم من المشترط كما هو ظاهر اللفظ من كون نفس الشرط مقتضياً لذلك مع أنه / ٣٦٧ / لا معنى للإستثناء لو كان المراد تحريم الشارع إياه؛ لأن ما جعله الشارع محلِّلاً ومحرِّماً ما يصير محلِّلاً ومحرِّماً قطعاً؛ كيف وهو مستثنى مما تعلَّق وجوب الوفاء به من الشارع[1].

نعم، تخيّل هذا القائل أن المراد أن يجعله حراماً شرعياً بجعل المشروط نفس الحكم الشرعي غفلة من أن الشرط لا يتعلق بأمر غير مقدور للمشروط عليه، وغفلة من أن تحريم شخص شيئاً على نفسه معناه العرفي هو التزامه بتركه كما حرَّم اسرائيل على نفسه وأشباه ذلك*.

في نقل كلام المحقق القمي (ره) وبيان بعض أنحاء الشرط وبيان وجه صحة كل وفساده

قوله: ذكره المحقق القمي[2] (ره) صاحب القوانين.. اه.

---

١) في المخطوطة زيادة «به».

*) *إن قلت: نسلّم أن تحريم الحلال يطلق على التزام ترك الحلال كما في مثل حرّم اسرائيل على نفسه مع أن العرف لا يأبىٰ عن هذا الإطلاق، لكنه مجاز لأن الظاهر من تحريم الحلال إنشاء الحرمة لما جعله الشارع حلالاً.*

قلت: إن الشرط بمعنى الإلزام والإلتزام وهما لا يتعلقان إلا بما تكون من قبيل الفعل أو تركه وإنشاء حرمة الحلال خارج عن معنى الشرط الذي بمعنى الإلزام والإلتزام والإلتزام بترتيب آثار الحرمة مرجعه إلى الإلتزام بالترك أو الفعل، فلا يناسب معنى الشرط غير ما قلناه وإن كان مجازاً. (منه قدس سره).

٢) أنظر: كتاب المكاسب ٤٢/٦ ـ ٤٤، ما أفاده المحقق القمي في تفسير الشرط المذكور.

أقول: من يقول: إن المراد من شرط المحرِّم للحلال شرط نفس الحكم الشرعي من المشترط، إما أن يقول بما تقدم عن النراقي[1] من: أن الظاهر من نفس الشرط المحلِّل.. اه ذلك، وإما أن يقول بما تقدم نقله من المصنف (ره) من القائل المتقدم ذكره من أن كون الشرط محلّلاً، ليس بلحاظ وجوب الوفاء، بل بلحاظ نفس الشرط وكون نفس الشرط محلّلاً لا يمكن إلا بأن يكون المشروط نفس الحكم وإما بما نقله هنا عن / ٣٦٨ / المحقق القمي (ره).

وحاصله: أنه يستظهر من الشرط المحلِّل للحرام وعكسه تأسيس القاعدة، وهو إنما يتحقق فيما لو كان المشروط الفعل أو الترك بأن يشترط الفعل دائماً أو الترك دائماً. وأما لو كان المشروط نفس الحكم فلا يحتاج إلى شيء، فإنه يكون تأسيس القاعدة ولو كان شرط نفس الحكم لشخص في مورد خاص*.

وأما شرط نفس الفعل أو الترك غير مقيدين بالدوام، فليس من الشرط المخالف للكتاب والمحلِّل للحرام، فيكون صحيحاً**.

---

١) عوائد الأيام: ١٥١، عدم الإعتداد بالشرط المنافي لمقتضى العقد وبيانه.

*) *في مورد كان المشروط نفس الحكم، سواء كان في مورد خاص أم لا، ليس عدم صحته من جهة أنه يوجب تأسيس القاعدة، بل الحكم ليس أمره بيد المشترط، فلا يعدّ التزامه شيئاً بل لا يعدّ ذلك عهداً، فلا يشمله دليل الصحة. (منه قدس سره).*

**) *ثمّ إن المحقق القمي لا ينكر أن متعلق الشرط هو الفعل أو الترك. نعم، يقيدهما بقيد الدوام حتى يصدق أن الشرط محلِّل ومحرم وإذا لم يقيّد بقيد الدوام، يقول: ليس محلّلاً ومحرّماً؛ لأنه ليس فيه تأسيس القاعدة. ومنه يلتزم بصحة شرط ترك الواجب في مورد خاص كشرط نقص الجماع عن الواجب؛ فتأمل.*

وعلى كل حال لا نرى مدركاً لما ذكره، بل المدار في كون الشرط محلّلاً ومحرّماً حصول المعارضة بين وجوب الوفاء بالشرط وبين دليل دلّ على حلّية ذلك الفعل أو الترك أو حرمته. وعليه لو قلنا: إن دليل الواجبات والمحرمات يعمّ صورة الشرط على الخلاف مطلقاً ـ كما يدعيه المصنف ـ ولم نرَ فيه محظوراً]، فنقول: لا إشكال في عدم صحة شرط نقص الجماع عن الواجب، وأما سائر الشروط، فعدم صحتها مبني على تحقق المعارضة حتى يندرج في عنوان المحلّل والمحرّم، فيخرج عن دليل الصحة.

إن قلت : بعض الأمور مؤيد لكلام المحقق القمي ؛ منها أنه في كتاب الأيمان يذكر باباً من الأخبار في عدم جواز الحلف على ترك الطيبات ومنها في مورد كان الحلف على ارتكاب بعض المشاق دائماً أو ترك بعض الطيبات دائماً ، يتمسك في تلك الأخبار لعدم صحة مثل هذا الحلف بقوله تعالى ﴿لا تحرّموا طيّبات ما أحلّ الله لكم﴾ .

وأيضاً تقدم في الشرط أن شرط ترك التسري إذا كان بامرأة خاصة صحيح بالإجماع ، مع أن قوله تعالى ﴿أحلّ لكم ما وراء . .﴾ الآية ، يقتضي أن شرط عدم التسري مطلقاً غير جائز .

قلت : إثبات القاعدة بأشباه هذه المؤيدات مشكل ؛ لأن التسري بامرأة خاصة لو قام الإجماع على صحة شرطه ، نقول : إنه مخصص للقاعدة أو إنه يكشف عن عدم كونه محرماً للحلال بالنسبة إلى امرأة خاصة مع أنه مغاير لما قاله القمي أيضاً من أنه لا بقيد الدوام ، لا مانع فيه ولو كان بامرأة معيّنة .

وأما الآية لو استفدنا منه ابتداءً أو بإعانة الأخبار أن المراد بتحريم الطيبات ما كان من قبيل الإلتزام بتركها أو الحلف على تركها ، فحينئذٍ مقتضى القاعدة هنا أيضاً أن يلاحظ دليل حلية الطيبات . فإذا دلّ دليله على الحلية حتى في صورة الحلف أو الشرط أو النذر على خلافها ، فلابدّ أن يقال بعدم صحة شيء منها .

نعم ، في دلالة الآية بنفسها على الفساد تأمل ؛ لأن دلالة النهي على الفساد في المقام غير واضح بعد أن مفاد النهي مجرد التحريم ، إلّا أن يقال بأن ما دلّ على الحلية الشامل لصورة تعلق شيء من هذه العناوين أيضاً على الفعل أو الترك كما هو المفروض يكون معارضاً مع الدليل الدالّ على صحة النذر واليمين والشرط وغيرها ، يعني مع ما دلّ على وجوب الوفاء بهذه العناوين ، فبعد ذلك لا دليل على صحة شيء من هذه العناوين ومقتضى الأصل أيضاً عدم صحتها . فيصير هذا شاهداً في الجملة على عدم صحة اليمين أو النذر إذا تعلق بهذا القسم من المباحات ، ولا يضرّ بذلك أن ما كان من الفعل أو الترك راجحاً في الدنيا أو الدين تكون خارجة عن تحت هذه القاعدة بناءً على ثبوت صحة النذر واليمين فيه .

فتلخّص أنه بميزان القاعدة مع قطع النظر عن قيام دليل في مورد على خلافها أن نقول : لو كان لدليل الحلية إطلاق يشمل لصورة طرء العناوين الثانوية أيضاً مثل النذر والشرط وغيرهما بحيث يصير دليل وجوب الوفاء بشيء من العناوين الثانوية معارضاً مع إطلاق دليل الحلية ، فمقتضى القاعدة عدم صحة الشرط واليمين وغيرهما من العناوين الثانوية للأصل الذي قلنا إنه مرجع عند التعارض أو لقيام الدليل على البطلان كما في الشرط بما قام الدليل على بطلان ما كان منه محرماً للحلال ، ولو قلنا بدلالة قوله ﴿لا تحرّموا طيّبات . .﴾ الآية أيضاً على بطلان ما

ثمّ إنه من الأمر بوجوب الوفاء بكلّ شرط تعلق بفعل خاص وإن توجد قاعدة كلية، لكن هنا تأسيس القاعدة من الشارع، والممنوع تأسيس القاعدة من المشترط؛ فتدبّر.

تنبيه

المشروط إما أن يكون هو فعل شيء أو تركه، وهنا مقتضىٰ ما تقدم منّا أن يكون الشرط صحيحاً إلا في صورة كان لدليل حكم ذلك الفعل إطلاق يشمل صورة طروّ العناوين الخارجية عليه أيضاً، كما لو طرء عليه عنوان أنه يشترط في ضمن العقد خلافه أيضاً؛ فإنه في هذا الفرض / ٣٦٩ / إقتضى دليل الحكم الشرعي لذلك العقد[1] خلاف ما يقتضيه الشرط، فيكون فاسداً بمقتضى ما تقدم، لدخوله تحت عنوان الشرط المخالف للكتاب وتحت عنوان الشرط المحلِّل للحرام والمحرِّم للحلال.

وإما أن يكون المشروط الحقوق الثابتة للمشترط من قبيل مالكيته لعين من الأعيان وأشباه ذلك؛ فهنا أيضاً يكون الدليل قائماً على صحة هذا الشرط في الجملة ما لم يدخل تحت عنوان شرط النتيجة الذي تقدم الكلام فيه في أوائل المسألة؛ لأنه لو كان الشرط ترتيب آثار إنتقال ذلك الحق، فيدلّ على صحته قوله: «**المؤمنون عند شروطهم**»[2] حيث إن متعلق الشرط على هذا هو الفعل والترك كما تقدم تفصيل الكلام فيه عند التعرض لشرط عدم الخيار في خيار المجلس، ولو

كان من العناوين الثانوية محرّماً للحلال، فيكون الدليل على البطلان فيما كان من العناوين الثانوية محرّماً لطيبات كان مقتضى إطلاق أدلّة حليّتها حليتها ولو طرء العناوين على خلاف الحلية؛ فتدبّر.

١) تقرأ في المخطوطة: العقل.

٢) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسرى، ح ٤.

كان الشرط نفس انتقال الحق أيضاً فيدلّ على صحته قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] على تقريبٍ تقدم في مسقطات خيار المجلس عند التعرض لبيان الفرق بين الحق والحكم.

نعم، على ما / ٣٧٠ / تقدم هنا، لو فرضنا أن يكون للدليل الشرعي المثبت لذلك الحق للمشترط إطلاق بحيث يشمل صورة اشتراط نقله إلى الغير أيضاً، فيكون الشرط فاسداً بمقتضى ما تقدم، لدخوله تحت عنوان الشرط المخالف للكتاب والمحرّم للحلال والمحرّم للحلال.

وأما لو كان المشروط نفس الحكم الشرعي ولم يكن من قبيل الحقوق التي أعطى الشارع إلى الشخص، والفرق بين الحق والحكم بمجرد الإعتبار على ما تقدم منّا في مسقطات خيار المجلس.

فإنه لو اعتبر إعطاء شيء إلى شخص كأن يقول: هذه الدار أو غيرها لك، فيتبعه جواز التصرف، فيكون من قبيل الحق.

وأما لو قال: يحلّ لك التصرف في المسجد أو الشارع أو غيرهما، من دون اعتبار إعطاء تلك العين إلى الشخص، فيكون المجعول من قبل الشارع حكماً.

وعلى كل حال، لو كان / ٣٧١ / المشروط من قبيل ما يعدّ حكماً شرعياً، فهذا الشرط ليس بصحيح في شيء من الموارد.

وذلك لأن الحكم الشرعي ليس أمره بيد المشترط، فالتزامه بخلافه ليس التزاماً.

ولا يعدّ التزامه عهداً في نظر العرف أيضاً حتى يشمل قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ أيضاً كما أوضحنا ذلك في مسقطات خيار المجلس.

---

١) المائدة: ١.

في بيان وجه آخر لكون المراد من الشرط المخالف للكتاب هو شرط نفس الحكم الشرعي والجواب عنه

إن قلت: عدم صحة هذا الشرط مسلّم لا إشكال فيه، ولا يشمله شيء ممّا دل على صحة الشرط إلا أنا نقول: إن المراد من الشرط المخالف للكتاب والمحلِّل للحرام والمحرِّم للحرام هذا أيضاً كما قاله النراقي والمحقق القمي (ره) والقائل الذي نقل المصنف (ره) عنه.

وذلك لأن الأمثلة التي ذكرها في الأخبار للشرط المخالف للكتاب كلّها من هذا القبيل كاشتراط الولاء لغير المعتق وكون الجماع والطلاق بيد الزوجة وكون أمر الزوجة بيدها؛ لأن غاية الأمر أن المشروط في المستثنى ما كان أمره بيد المشترط دون المستثنى، فيصير الإستثناء منقطعاً.

وعدم تعلق / ٣٧٢ / قدرة المشترط بتغيير الحكم الشرعي وإن كان بنفسه دليلاً على عدم صحة هذا الشرط، إلا أنا نقول: إن بعض الناس يتخيّلون من عند أنفسهم أن هذا الشرط مشمول لقوله عليه السلام «**المؤمنون عند شروطهم**»، فوقع هذا الإستثناء المنقطع ردعاً عما تجبل أذهانهم عليه.

قلت: الحكم الشرعي لعدم مقدوريته للمشترط غير قابل لأن يتعلق الشرط به، فلا يندرج في المستثنى منه، وهو قوله: «**المسلمون عند شروطهم**»[1].

ثم لمّا كان المثال الذي ذكره السائل وردّ الامام عليه السلام صحّته لكونه شرطاً مخالفاً للكتاب من قبيل شرط الحكم، فهذا يصير قرينة على شمول المستثنى لشرط الحكم ويصير الإستثناء بالنسبة إليه منقطعاً.

ومع ذلك لا يصير قرينة على انحصار المستثنى بما كان من قبيل شرط الحكم.

---

١) من لا يحضره الفقيه ٢٠٢/٣، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٣٧٦٥.

فبالنسبة إلى غيره وهو شرط الفعل تكون مخالفته للكتاب بنحوٍ تقدم، مع أن عمدة الأخبار ليس فيها التمثيل للشرط المخالف للكتاب بشرط الحكم.

وكذا ما اشتمل على استثناء ما أحلّ حراماً.. اه؛ / ٣٧٣ / فهي باقية على ظاهرها من كون متعلق الشرط فعلاً مقدوراً وكون الإستثناء متصلاً. فلابدّ أن يقال: إن المراد من الشرط المخالف للكتاب أو المحرِّم للحلال، هو ما تقدم شرحه مفصلاً.

وما اشتمل من الأخبار على التمثيل بشرط الحكم، لا يصير قرينة على الأخبار المطلقة، أما أولاً لما عرفت من أن الأخبار المشتملة على المثال أيضاً يعمّ لشرط الفعل والحكم المخالفين للكتاب.

وثانياً رفع اليد عن الظاهر في خبر لقرينة لا يصير قرينة على رفع اليد على ظاهر خبرٍ آخر، سيما مع عدم المنافاة بين الطائفتين على أي تقدير، وسيما أن ذكر الأمثلة كان في كلام السائل، فلا ينافي مع اعتراف الإمام بعدم ظهور اللفظ من حيث هو في الأعم من الحكم.

تنبيه

[في اشتراط عدم تطليق الزوجة وطلاقها]

لو اشترط أن لا يطلق الزوجة وقلنا بصحة هذا الشرط فطلّقها، يكون الطلاق صحيحاً وإن كان فعل الطلاق حراماً؛ لأن الحكم الوضعي من الشارع، وهو كون الطلاق بيد الزوج، وصحته منه لم يرتفع من البين لأجل الشرط، غايته أنه صار فعله حراماً عليه وهو غير منافٍ لصحة الطلاق منه، الذي كان ثابتاً / ٣٧٤ / له قبل الشرط.

وهذا بخلاف ما لو اشترط أن لا يكون الطلاق بيد الزوج وقلنا بصحة الشرط،

فإنه على هذا لو طلّقها يكون الطلاق فاسداً.

في بيان الشرط المنافي لمقتضى العقد وبيان محتملاته والإشارة إلى حكم كلّ منها

قوله: الشرط الخامس أن لا يكون منافياً لمقتضى[1].. اه.

أقول: إختلفت الكلمات في المراد من الشرط المنافي لمقتضى العقد وفي الدليل على بطلانه، ونحن نقول: لا يخفى عليك أولاً أن المعاملات ليست من مخترعات الشارع وإنما تصرف الشارع بأن جعل لها أحكاماً مثل خيار المجلس وكون الطلاق بيد الزوج وغير ذلك بما ليس مأخوذاً في مفهوم البيع والنكاح عند العرف.

وإذا عرفت ذلك، **فنقول**:

إن الشرط:

إما أن يكون على خلاف ما هو مفهوم العقد عند العرف، فيكون هنا نفس العقد باطلاً نظير اشتراط عدم حصول الملكية في البيع، مع أن حصول الملكية مقتضىٰ ذات البيع بحيث لا يتخلف عنه فرد، وبدون حصول الملكية لا يعدّون البيع بيعاً.

ففي صورة اقترن العقد بمثل هذا الشرط المتصل به المنافي له، يوجب لعدم انعقاد ظهور اللفظ في معنى البيع الحقيقي لكون القرينة المتصلة مانعة عن انعقاد الظهور فيه. فلو لم يبق شيء من مفاد العقد بعد هذا الشرط، فيصير العقد المذكور ملحقاً بالهذليات*، / ٣٧٥ / ولو بقي شيء من مفاده إلا أنه لا يسمّونه بيعاً مثلاً، فتصير خارجة عن المعاملات المتعارفة.

وعلى كل حال، لا يشمله ما دل على صحة المعاملات من قوله تعالى ﴿أوفوا

---

١) كتاب المكاسب ٤٤/٦، الشرط الخامس: أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد.

*) *بل لو جعل ذكر الشرط قرينة الرجوع أيضاً يبطل لكونه قبل القبول. (منه قدس سره).*

بالعقود﴾ وغير ذلك.

وفي الشقّ الثاني لو فرض الشمول لعدم اختصاص الآية بالمعاملات المتعارفة، فنقول: إن غير المعاملات المتعارفة خارجة بالإجماع. وربما يندرج في عقد آخر من العقود المعنونة مثل أن الوقف يدخل في عنوان الحبس.

ثمّ إنا ذكرنا في المعاطاة شطراً من الكلام في العقود الغير المعنونة عند الفقهاء وأن بطلانها مجمع عليه أم لا.

ثم لو شك في كون الشرط من هذا القبيل، فلابدّ أن يرجع إلى العرف في تعيين المفهوم العرفي لتلك المعاملة، وليس هنا مراد المحقق الثاني[1] في قوله من كون تعيين موارد الشك بنظر الفقيه.

وإما* أن يكون الشرط خلاف ما هو من مقتضىٰ إطلاق العقد لا من مقتضىٰ

---

١) جامع المقاصد ٤/٤١٥، الشرط بيان كل ما يصح اشتراطه وما لا يصح.

*) *شخص صالَحَ بأولاده مالاً وشرط إن مات واحد منهم أن يكون لأجنبي أن يقسم سهمه بما بقي من أولاده.*

الجواب: لا أظن أن يلتزم أحد بصحة شرط أن يكون لغير المالك تمليك ماله لغيره وإن قلنا بصحة أن نشترط ذلك على المصالح له الذي هو مالك بنحو الإطلاق. وفي مفتاح الكرامة في مسألة جعل خيار الفسخ للأجنبي بعدهما (؟) ينقل من أن التسلط على المبيع ولثمن من توقع الملك، فلا يكون اشتراطه للأجنبي صحيحاً إلّا إذا نزّلناه على التوكيل، فأجاب بأن ذلك في الإنتفاع من المبيع والثمن لا في رفع العقد، فلا مانع من جعله للإجنبي.

أقول: الفرض تسليمهما على عدم صحة شرط أن يكون لغير المالك التصرف بغير عنوان التوكيل، والوجه في صورة السؤال أن مقتضى الصلح التمليك ومقتضى التمليك أن تكون سلطنة للمالك، فجعله لغيره منافٍ لمقتضى العقد.

وأيضاً يظهر من عبارة جامع القواعد [كذا] أمثال هذه الشروط في الشروط الفاسدة من جهة منافاته لمقتضى العقد مثل شرط الإجارة على المشتري لو باع المبيع، فخسر.

ونحن ننفي بيع المكره؛ إن قوله: «لا يحلّ مال امرءٍ إلّا بطيب نفسه» يدلّ على أنه لا طريق لخروج ملك أحد من ماله من غير طيب نفسه. ومنه يقولون باعتبار رضاء المالك في صحة البيع وغيره من المعاوضات.

ثمّ إنا لا نرىٰ من أدلة الشروط ما يقتضي صحة شرط أن يكون لأجنبي تمليك مال أحد

ذاته كما لو فرضنا أن النكاح بحسب الذات يجوز أن يكون دائماً أو منقطعاً، إلا أنه لو كان مطلقاً فيكون اقتضاؤه الدوام ولو كان بشرط أن يكون إلى أجل، فيصير منقطعاً.

وليس المراد من الشرط هنا الإلتزام بشيء سوى مؤدى العقد، بل بيان قيود العقد بلفظ الشرط كما تقدم أن لفظ الشرط يستعمل في مثل ذلك، بل الشرط في الشق السابق أيضاً كذلك.

ثمّ إن الشرط في هذا الفرض مقتضىٰ القاعدة أن يكون صحيحاً / ٣٧٦ / لأن العقد المقيّد بمثل هذا القيد فرد من العقود، فيشمله قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾.

وإما أن يكون الشرط شرط خلاف ما هو من الأحكام الشرعية للعقد. وهنا نقول: إن الحكم الشرعي الثابت له على قسمين:

الأول أن يكون ثابتاً له مطلقاً كوجوب النفقة في النكاح الدائم.

فلو اشترط بأن لا تكون النفقة لها، فيكون من الشرط المخالف للكتاب على قول من قال: إن الشرط المخالف للكتاب عبارة عن شرط الحكم الشرعي المخالف له.

وكذلك على المختار حيث عمّمنا الشرط المخالف للكتاب لذلك لبعض الأخبار الناطق بذلك، ولكل شرط من فعل أو ترك أو غيرهما مما يكون مقتضىٰ الكتاب والسنة خلافه بحيث تقع المعارضة بين ما دلّ على وجوب الوفاء بالشرط وبين ذلك الكتاب والسنة.

نعم، في صورة كان الشرط متعلقاً بنفس الحكم، نقول بفساده من جهة أخرى أيضاً حيث إن الحكم فعل الشارع وليس مقدوراً للمشترط، فلا تثبت صحته لا بقوله «**المؤمنون عند شروطهم**» لاعتبار أن يكون متعلق الإلتزام والإلتزام فعلاً

بغيره. ثمّ لو فرضنا شمول شيء من أدلة الشروط لصحة هذا الشرط لا يقاوم قوله «لا يحلّ..» اه في اقتضائه لفساده. (منه قدس سره).

إختيارياً للمشروط عليه، ولا بقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ لما تقدّم في الشرط السابق من أن وجوب الوفاء لا يتعلق إلّا بالمعاهدة على ما يكون أمره بيد المتعاهدين أو أحدهما، لا ما يكون أمره واختياره بيد الغير، والحكم الشرعي أمره بيد الشارع.

الثاني أن يكون الحكم الشرعي من آثار إطلاق العقد / ٣٧٧ / كعدم تورث الزوجة في المتعة، فهنا لو اشترط الإرث لا محظور فيه؛ لأن مرجع الكلام إلى أن المتعة على قسمين: قسم جعل الشارع من حكمه عدم التورث وقسم جعل من حكمه التورث؛ وهذا الشخص أوجد ما من حكمه التورث كما تقدم في أوائل الشرط السابق.

ثمّ إن تعيين أن أيّ واحد من الأحكام يكون من خواص العقد مطلقاً وأيّ واحد يكون من مقتضىٰ إطلاقه، لابدّ من أن يعين من الأدلة الشرعية من إجماع أو غيره. ولعل نظر المحقق الثاني من كون التعيين في موارد الشك بنظر الفقيه هو هذا.

وأما أن يكون الشرط من قبيل فعل شيء أو تركه ولا يقتضي العقد خلافه، لا بذاته ولا بإطلاقه، وليس خلافه من الأحكام الشرعية للعقد أيضاً كمطلق الأفعال والتروك من خياطة ثوب أو عدم البيع أو البيع وأشباه ذلك.

فلا يناسب عدّ مثل هذا الشرط من الشرط المنافي لمقتضى العقد بوجهٍ حيث لا ينافي ذاته ولا إطلاقه ولا الأحكام الثابتة له.

نعم، مثل هذا الشرط قد يبطل لصيرورته من الشرط المخالف للكتاب أو المحلِّل للحرام والمحرِّم للحلال / ٣٧٨ / بالميزان الذي تقدم سابقاً بأن يكون من الشرع دليل على حكم آخر لذلك الفعل غير ما يقتضيه الشرط وكان إطلاق دليل ذلك الحكم شاملاً لصورة اشترط خلافه في ضمن العقد أيضاً كما تقدم شرحه.

في نقل كلام المصنف والأستاد في أن شرط عدم البيع من الشرط المنافي لمقتضى العقد والمناقشة على ذلك

وإذا عرفت ما تقدم، **فنقول**: تقدم في الشرط السابق أنا نقلنا عن الأستاد (ره) في الرهن أنه عدّ من الشرط المنافي لمقتضىٰ العقد ما يقتضيه العقد بإطلاقه ومثّل له باشتراط أن لا يبيع المبيع بغيره، واستدل له بأن ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ يقتضي وجوب الوفاء بالعقد بإطلاقه، فيصير وجوب الوفاء بإطلاقه موافقاً للكتاب، فاشتراط عدمه يكون شرطاً مخالفاً للكتاب.

وأما المصنف (ره) فيمثّل أيضاً للشرط المنافي لمقتضى العقد باشتراط عدم بيع المبيع، بل ربما يلوح منه أنه من الشرط المنافي لمقتضى ذات البيع، وذلك لأنه يستدل لبطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد بوجهين. وظاهر الوجه الأول منه أن مورده الشرط المنافي لذات العقد، فالوجه الثاني أيضاً لابدّ من أن يكون في ذلك المورد حتى يصدق الإستدلال المطلب واحد بوجهين.

وعلى كل حال يستدل المصنف (ره) للفساد في هذا المثال أيضاً / ٣٧٩ / بأنه من الشرط المخالف للكتاب والسنة من جهة أن هذا الشرط مخالف لقوله «**الناس مسلّطون على أموالهم**»[1] ونحن نقول: إنه لا يناسب عدّ اشتراط عدم بيع المبيع من الشرط المنافي لمقتضى البيع؛ لأن عقد البيع ليس متعرضاً لحكم بيع المبيع وعدمه، لا بذاته ولا بإطلاقه وليس من الأحكام الثابتة له أيضاً.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنه خلاف مقتضىٰ إطلاق البيع نظراً إلى أن البيع عبارة عن نقل الملكية، والملكية المطلقة السلطنة من جميع الجهات، فالإلزام بعدم البيع تقييد في تلك السلطنة.

---

١) عوالى اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

وفيه أيضاً أن الشرط إلزام بالعمل والتزام به من ترك البيع أو فعله مثلاً، وهو غير تقييد السلطنة والملكية. ومنه نقول بعد صحة شرط عدم البيع أيضاً، إنه وإن يجب ترك المبيع كما هو مقتضىٰ الشرط، لكنه لو باع يكون صحيحاً.

إن قلت: إن وجوب ترك البيع الثابت من الشرط ليس من النهي الذي يدلّ على الفساد عرفاً إلا أنه قام الدليل الشرعي على ملازمة حرمة المعاملة مع فساده من قوله «**لم يعص الله وإنما عصى سيّده**» كما بيّنّاه في محله.

قلت: ذكرنا في محله عدم دلالة مثل ذلك إلّا على الملازمة بين الحرمة الذاتية والفساد، لا الحرمة الثابته من وجوب الوفاء بالشرط وشبه ذلك.

وعلى كل حال، ما نقلنا عن الأستاد لفساد هذا الشرط، قد تقدّم فساده حيث إن صيرورة مقتضىٰ إطلاق البيع من مقتضىٰ الكتاب إنما هو لو صدر البيع أولاً مطلقاً ليشمله ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ ثم يشترط خلافه في عقد آخر.

في إبطال ما تمسك به لفساد شرط عدم بيع المبيع من غيره

وأما إذا كان العقد من أول الأمر مقيّداً وتشمله الآية. فحينئذٍ يصير الإطلاق مخالفاً للكتاب بعد أن المراد هو المخالفة الفعلية، لا الفرضية. / ٣٨٠ / وأما ما ذكره المصنف من أن هذا الشرط أعني شرط عدم البيع مخالف لقوله «**الناس مسلطون على أموالهم**»، ففيه: أنه يمكن أن يقال: إن مقتضىٰ هذا الخبر صحة هذا الشرط لأنه من أنحاء التصرف في المال أن يكون له أن يشترط فيه ذلك.

ومنه تقدم في المعاطاة أن بعضاً تمسك به لصحة المعاطاة، بل الأمر فيما نحن فيه أهون، لأن مشروعية أصل المعاطاة قد علم هنا من الخارج.

قوله: وإنما الإشكال في تشخيص آثار[1] .. اه.

أقول: حاصل دعواه في المقام أن كل أثر كان ثابتاً لمطلق العقد، فشرط خلافه من الشرط المنافي لمقتضى العقد وكل أثر كان ثابتاً للعقد المطلق، فليس شرط خلافه من الشرط المنافي لمقتضى العقد وإنما النزاع في تشخيص الصغرى.

في توضيح الشرط المنافي لمقتضى ذات العقد

ونحن نقول: لو كان المراد مما ينافي مقتضى مطلق العقد من قبيل ما ينقله عن المحقق الثاني في صدر كلامه من اشتراط نفي الأثر الذي جعل العقد لترتب تلك الأثر عليه أو من اشتراط نفي الفائدة التي وضع العقد لترتب تلك الفائدة عليه كاشتراط عدم الملكية / ٣٨١ / في المبيع وعدم الوثاقة في الرهن، فحينئذٍ لا إشكال في فساد العقد والشرط لخروج ذلك العقد بعد انضمامه إلى مثل هذا الشرط عن كونه عقداً ولا يحتاج أن نتمسك لبطلانه بالإجماع إلّا أن من الواضح أن شرط عدم البيع وعدم العتق وعدم الوطي وشبه ذلك ليس من هذا القبيل.

ولو كان المراد من الشرط المنافي لمقتضى العقد غير ذلك، فنحن لا نتصوره حتى نرى أنه يكون دليل على بطلانه من إجماع أو غيره وحتى نرىٰ أن شرط عدم البيع وشبهه من مصاديقه أم لا.

والذي نظنّ أنه خلط بين الشرط المنافي لمقتضى ذات العقد الذي يكون الدليل العقلي على بطلانه وبطلان نفس العقد ـ وهو الذي ذكرته أولاً ـ وبين الشرط المنافي للأحكام الثابتة من الشرع للعقد من قبيل وجوب إطاعة الزوج وعدم ضمان العين المستأجرة وأشباه ذلك وهنا لابدّ من أن يلاحظ دليل ذلك الحكم؛ فإن / ٣٨٢ / كان له إطلاق يشمل صورة اشتراط خلافه، فيكون شرط خلافه من

---

١) كتاب المكاسب ٤٥/٦، الشرط الخامس: أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد.

الشرط المخالف للكتاب والسنة وإن لم يكن مثل هذا الإطلاق فليس من الشرط المخالف للكتاب، وإن شك فالمرجع الأصل الذي تقدم في الشرط المخالف للكتاب.

في بيان أنهم يعدون من الشرط المنافي لمقتضى العقد ما يكون منافياً للحكم الشرعي الثابت له

ويشهد على أن الخلط من هذه الجهة أمور:

منها التعبير في أغلب العبارات بالشرط المنافي لمقتضى العقد عرفاً أو شرعاً، فإن المنافاة لمقتضى العقد شرعاً ليس إلا في الأحكام الثابتة شرعاً لذلك العقد، وهو يدخل في الشرط المخالف للكتاب.

ومنها التمسك في كثير من أمثلة الشرط التي يعدّونه من الشرط المنافي لمقتضى العقد بأنه باطل لكونه من الشرط المخالف للكتاب أو السنة.

ومنها أن المصنف[1] (ره) بعد نقل كلام[2] المحقق الثاني يقول بأن منافاة الشرط لمقتضى العقد إما بالعرف، فلا يتأتى معه إنشاء العقد وإن كان في دليله على البطلان / ٣٨٣ / نظر؛ لأن الإنشاء إعتبار لا مانع من تحققه في المحالات أيضاً وإن لم يترتب عليه أثر، وإما بالشرع، فمرجعه إلى الشرع من نص أو إجماع على صحة الإشتراط وعدمه.

ثمّ يبيّن ذلك بعين ما تقدم منا ومنه في الشرط المخالف للكتاب والسنة من ثبوت الإطلاق لذلك الحكم وعدمه وحكم صورة الشك فيه.

---

١) كتاب المكاسب ٥٠/٦، المناقشة في ما أفاده المحقق الثاني.

٢) في المخطوطة «الكلام».

ومنها أن صاحب الجواهر[١] يدعي أن ما يمكن تسليمه من بطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد اشتراط أن لا يملك ونحوه مما يعود عليه بالنقض، وقد يلحق به مثل أن لا يتصرف به أصلاً.

ثم إنه لا بأس من التعرض لبعض الأمثلة: منها اشتراط عدم البيع وعدم العتق وعدم الوطي وعدم الهبة وشبهها؛ فنقول: من الواضح أنه ليس شيء منها من الشرط المنافي لمقتضى ذات العقد عرفاً. وأما كون شيء منها من الشرط المخالف للكتاب والسنة فمبنيّ على ثبوت حكم مطلق من الشرع على جواز بيع المال وعتقه وهبته ووطي الزوجة، وكان / ٣٨٤ / ذلك الإطلاق شاملاً لصورة اشتراط خلافه أيضاً.

وقد تقدم شطر من ذلك عند نقل كلام المصنف (ره) للتمسك لبطلان شرط عدم البيع.

ونقول هنا: مضافاً إلى ما تقدم أن الدليل الذي دل على حلّية ذلك كلّه على نهج واحد بالنسبة إلى الفعل والترك، فلا وجه لقولهم ببطلان شرط عدم العتق وعدم البيع وصحة شرط البيع والعتق.

فيما ذكروه لبطلان شرط عدم البيع وعدم العتق

إن قلت: إن بطلان شرط عدم البيع وعدم العتق وشبه ذلك للإجماع.

قلت: يظهر من الجواهر[٢] أنه مخالف.

وينقل عن التذكرة[٣] أنه استشكل في بطلان اشتراط عدم البيع والعتق.

---

١) جواهر الكلام ٢١١/٢٣، العبد المشروط عتقه يجوز إعتاقه عن كفارته.

٢) جواهر الكلام ٢١٠/٢٣، العبد المشروط عتقه يجوز إعتاقه عن كفارته.

٣) تذكرة الفقهاء ٢٤٦/١٠، بيان أقسام الشرط، الأربعة وأحكامها، وعبارة التذكرة هي: « مسألة: قد

وعن النافع[1] التأمل فيهما حيث قال: المروي الجواز.

وعن إيضاحه أن الجواز غير بعيد.

وعن الروض حكاية الجواز عن بعض، ومثله إليه.

والمصنف (ره) يأتي منه عند التعرض لكون الشرط الفاسد مفسداً، منع الإجماع على بطلان شرط أن لا توهب ولاتباع كما أن مقتضىٰ بعض الأخبار صحة مثل هذا الشرط أيضاً.

ومنها اشتراط التوارث بالعقد المنقطع واشتراط عدم إخراج الزوجه عن بلدها واشتراط ضمان العين المستأجرة في الإجارة.

ونحن نقول: إن من الواضح عدم اقتضاء نفس العقد لشيء منها، وإنما هي من الأحكام الشرعية الثابتة للعقد، فلابدّ أن يلاحظ / ٣٨٥ / ثبوتها لمطلق العقد أو العقد المطلق، فلابدّ أن يلاحظ دليل الحكم. وقد مضى شطر من الكلام في ذلك في مسألة اشتراط التوارث في الشرط المخالف للكتاب.

ومنها ما إذا قال: الريح لنا والخزان عليك.

ونحن نقول: لو كان هذا الشرط في عقد الشركة يكون قابلاً لدعوى كونه منافياً لعقد الشركة وإن كان فيه تأمل.

ومنها ما ذكره المحقق الثاني[2] في ذيل الكلام المنقول منه من اشتراط سقوط خيار الحيوان أو عدم الإنتفاع من المبيع في زمان معين، فنقول: أما خيار الحيوان فمن الأحكام الثابتة للبيع، فلابدّ أن يلاحظ دليل من ثبوته لمطلق بيع الحيوان أو

بيّنّا أن كلّ شرط ينافي مقتضى العقد فإنه يكون باطلاً مثل أن يشتري جارية بشرط أن لا خسارة عليه، ومعناه أنه متى خسر فيها فضمانه على البائع. وكذا لو شرط عليه أن لا يبيعها على إشكال أو لا يعتقها على إشكال أو لا يطأها، فإن هذه الشروط باطلة لمنافاتها مقتضى العقد، فإن مقتضاه ملك المشتري والنبي صلى الله عليه وآله قال: «الناس مسلطون على أموالهم».

١) المختصر النافع: ١٢٤ـ ١٢٥، الفصل الرابع: في لواحق البيع.

٢) جامع المقاصد ٢٩١/٤، خيار الحيوان.

البيع المطلق للحيوان إلا أنه تقدم في خيار المجلس أنه لا مانع من اشتراط عدم الخيار مطلقاً بدليل آخر؛ بل في مفتاح الكرامة في باب الشرط في ضمن البيع أن إسقاط خيار الحيوان والمجلس وما شاكل ذلك مما أجمع على صحة اشتراطه.

وأما اشتراط عدم الإنتفاع في زمان معين، فتسلّم المحقق الثاني صحته في عبارته التي نقلها المصنف عنه هنا، لكن في مفتاح الكرامة في باب الإشتراط ينقل عنه أنه في جامع المقاصد[1] في باب الإجارة منع من اشتراط عدم الإنتفاع زماناً معلوماً. وعن التذكرة في الباب المذكور الإجماع على صحته.

فنقول: لو كان الشرط عدم جواز الإنتفاع فتقدم في مسألة الشرط المخالف للكتاب أن شرط الحكم غير صحيح لعدم تعلق قدرة المشترط به ولو كان الشرط عدم التصرف، فنقول: لو كان الشرط عدم التصرف المطلق فهو ملحق بالشرط المنافي / ٣٨٦ / لمقتضى ذات العقد كاشتراط عدم حصول الملكية كما تقدم عن الجواهر.

أما لو قلنا بانتزاع الملكية عن جواز التصرف؛ فواضح.

وأما على التحقيق من كون الملكية مجعولة بنفسها وأن جواز التصرف من الأحكام المترتبة عليها، فمن جهة لغوية جعل الملكية بدون جواز التصرف رأساً، إلّا أن يقال: إن عدم التصرف غير عدم جواز التصرف.

وحرمة التصرف الذي يثبت من الوفاء بالشرط لا يرفع صحة التصرف لو ارتكب الحرام، بل لا يحرم التصرف على وارثه لو مات.

وأما لو كان الشرط عدم التصرف في زمان، فليس فيه شيء من المحظورات إلا من جهة دعوى مخالفة الشرط للسنة، وهو قوله «**الناس مسلّطون على أموالهم**». وقد تقدم الكلام فيه في اشتراط عدم البيع مع أنه لو صح التمسك به، فذلك يقتضي فساد أغلب الشروط التي لا إشكال في صحتها.

---

١) جامع المقاصد ٤/٤١٤، الشرط بيان كل ما يصح اشتراطه وما لا يصح.

وأما لو كان الشرط عدم انتفاع المشتري في زمان معلوم فتقدم أن الكركي منع صحته في كتاب الإجارة، وأنه في التذكرة يظهر منه الإجماع على صحته.

وكذلك يصرح العلامة في القواعد في باب الشروط بصحته. وكذلك في الدروس. ويدعي في مفتاح الكرامة الإجماع على صحته.

ولعله من جهة أن البايع كان مالكاً لكل من العين والمنفعة فله نقل المنفعة بالإجارة أو الصلح أو غيرهما في مدة معلومة، وكذلك له نقل العين.

فحينئذٍ لو كانت المنفعة داخلةً في ملك مالك العين ولم يشترط عدم دخولها في ملك المشتري فتصير المنفعة تابعة للعين.

وهذا بخلاف ما لو اشترط عدم دخولها في ملك المشتري في زمان معلوم مثلاً. ومنه ما لو نقل العين، لكن مسلوبة المنفعة إلى زمان معين.

ومن هذا القبيل ما يذكرونه عند التعرض في بيع المبيع كما في القواعد والدروس وغيرهما في الأرض المشتملة على الزرع أن الزرع يبقى في الأرض إلى الحصاد للبايع مجاناً بل في البناء والعرش يأبد (؟) مجاناً.

نعم، في باب الشرط في القواعد يشكل في صحة شرط عدم الإنتفاع في مدة إذا جعلا أجلاً يعلمان عدمهما قبله مثل ألف سنة.

ثمّ اعلم أن الشرط في أمثال المقام ليس بمعنى الإلزام والإلتزام وإن كان لفظ الشرط إطلاقه على ما يكون بمعنى الإلزام والإلتزام بثمل إطلاقه على ما ليس على نهجٍ حتى أن المصنف في خيار الرؤية توهم أن شرط خصوصيات العين الشخصية التي صارت مبيعاً بمعنى الإلزام والإلتزام.

وتقدم منا أنه لا يقبل هذا المعنى، بل إخبار البايع عن صفات المبيع لحجة ـ كما ذكرنا هنا ـ رافع للغرر، والشرط هناك لا يقيد إلا مفاد الإخبار كما أن الشرط في مقامنا لتحديد ما يريد نقله إلى المشتري نظير شرط توابع المبيع مثل الحمل والأحجار المدفونة.

نعم، لما تكون التوابع مجهولة بناؤهم على بطلان المبيع لو جعلت جزء المبيع بخلاف ما لو انتقل بعنوان التبعية، فإن الجهل في التوابع غير مضرٍّ كما أن التوابع على قسمين: قسم يكون مقتضى إطلاق العقد كونه تابعاً للمبيع في النقل ما لم يشترط خلافه، وقسم لا يتبع المبيع في النقل من دون شرط.

في حكم الشرط المجهول وإحالته إلى ما تقدم

قوله: الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولاً[1].. اه.

أقول: قد تقدم منّا في خيار الشرط أنه لا مانع في أن يكون الشرط مجهولاً بعد ثبوت التعين لنفس الشرط حتى فيما لا يؤول إلى العلم / ٣٨٧ / إذا لم يخرجه الجهل عن عنوان العهد والإلتزام، ولم يوجب لصرف الإطلاقات عنه.

وأجبنا عن الوجوه التي ذكروها لبطلان الشرط المجهول، وهي تسعة، وذكرنا هناك بعض الفروع المتعلقة بهذه المسألة، فلا نكررها هنا، فعليك بالمراجعة.

في أنه عدّ من الشرايط أن لا يكون الشرط مستلزماً لمحال

قوله: الشرط السابع: أن لا يكون مستلزماً لمحال[2].. اه.

أقول: سيأتي من المصنف (ره) في آخر مسألة النقد والنسية أنه ينقل وجوهاً ثلاثة لبطلان الشرط في ضمن البيع في صورة كان الخبر ولم يتعرض له هنا. ولعل السرّ أنه على فرض تمامية الخبر ينحصر البطلان بخصوص هذا المثال ولم يُسْتَفد منه عنوان كلي نجعله واحداً من شرايط صحة الشرط.

---

١) كتاب المكاسب ٥١/٦، الشرط السادس: أن لا يكون الشرط مجهولاً بما يوجب الغرر.

٢) كتاب المكاسب ٥٣/٦، الشرط السابع: أن لا يكون مستلزماً لمحال.

ومنها أن صحة هذا الشرط مستلزم للدور. وهذا على ما ذكره هناك مبني على مقدمة، وهي أن نقول: إن الشرط لابدّ من أن يكون مقدوراً وممكناً حين الإشتراط. وهذه المقدمة لو تمّت تقتضي بطلان / ٣٨٨ / هذا الشرط من دون حاجة إلى تقريب دور في المقام؛ لوضوح أن المبيع قبل تمامية عقد البيع الذي يكون الشرط فيه ملك للبايع، فلا يمكن بيعه منه إلا أنه مع ذلك لا بأس من أن نشير إلى تقريب الدور الذي ذكره العلامة[1] بعد ثبوت هذه المقدمة، فنقول:

إن صحة هذا الشرط يتوقف على أن يكون المشتري مالكاً للمبيع حال البيع ليمكن له أن يبيعه إلى المشتري وكونه ملكاً له يتوقف على صحة البيع، وهو يتوقف على صحة شرطه على القول بأن الشرط الفاسد مفسد.

لكن الصواب أنه بعد المقدمة المذكورة لا تنفع صحة البيع أيضاً لأنه تتوقف الملكية حال الإشتراط على صحة البيع قبل تمامية عقد البيع، وهو محال.

في دعوى أن اشتراط بيع المبيع بالباطل باطل وإبطال هذه الدعوى في الجملة

وبالجملة، العمدة إثبات هذه المقدمة من أنه لابدّ من أن يكون الشرط ممكناً حال الإشتراط. وعلى فرض ثبوته لا يرد النقض باشتراط بيع المبيع من غير البايع؛ لأنه ممكن / ٣٨٩ / حال الإشتراط للمشتري ولو بعنوان الوكالة أو الفضولية، بخلاف بيعه من نفس البايع.

---

١) تذكرة الفقهاء ٢٥١/١٠، حكم ما لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه أو على غيره، وكلام العلامة هو: «لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه، لم يصح، سواء اتحد الثمن قدراً ووصفاً وعيناً أو لا، وإلا جاء الدور؛ لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه، فيدور. أما لو شرط أن يبيعه على غيره، فإنه يصح عندنا حيث لا منافاة فيه للكتاب والسنة».

نعم، يرد النقض بأنه لو تم هذا الوجه يقتضي ذلك عدم صحة اشتراط وقف المبيع على البايع وعتقه، وعدم اشتراط أن يجعل المبيع رهناً عند البايع للثمن أو غيره مع أن العلامة صرّح ـ على ما نقله هنا ـ بصحة هذين الشرطين.

نعم، ينقل في مسألة النقد والنسية أنه في بعض الموارد التزم ببطلان شرط أن يرهنه عنده. وعلى كل حال، لابدّ أن نتعرض لحال الدليل الذي ذكره، وعرفت أن العمدة فيه إثبات اشتراط مقدورية الشرط حال الإشتراط.

ونحن نقول: إنه لا دليل عليه لأن الشرط هو الإلتزام بعمل بعد البيع، فلابدّ أن يكون ذلك العمل مقدوراً بعد البيع، وبعد البيع يكون مقدوراً لأن الملكية تحصل بنفس البيع قبله.

وأما اشتراط القدرة حال / ٣٩٠ / الإشتراط فلا يدلّ عليه دليل، لا من العقل ولا من النقل.

في دعوى عدم تحقق قصد لو اشترط بيع المبيع بالبايع

ومنها ما نقله عن الدروس[1] من أن هذا الشرط باطل لعدم القصد إلى البيع معه. ونحن نقول: تقدم منّا في شروط المتعاقدين أنه يعتبر في صحة العقد الإنشاء والقصد، والإنشاء عبارة عن قصد النقل باللفظ أو مقارناً له على ما شرحناه هناك، والقصد عبارة عن كون المتكلم مريداً عند قوله «بعت» لوقوع النقل في الخارج، وبه يتحقق طيب النفس الذي يعتبر في البيع غالباً.

فمثل الهازل يكون القصد الإنشائي فيه موجوداً ولكنه لا يريد بالعقد أن يتحقق النقل في الخارج. والدليل على اعتباره عدم صدق العقد على قول الهازل «بعت» و«اشتريت» مع كونه قاصداً للفظ ويكون فيه القصد الإنشائي.

---

١) الدروس ٢١٦/٣، في الشرط.

في بيان المراد من القصد المعتبر في البيع وما تفرعوا عليه

ولا يخفىٰ أن هذا القصد الذي قلنا باعتباره غير طيب النفس بنقل ماله* لأن مجرد عدم طيب النفس ليس مانعاً عن صدق العقد والبيع عرفاً كما في المكـرَه على ما حقّقناه فى محله. مثلاً الوكيل فى إجراء الصيغة قاصد لتحقق البيع بقوله «بعت» ولكنه ربما لا يرضىٰ بوقوع النقل والإنتقال في الخـارج / ٣٩١ / وإن لم يترتب على عدم رضائه اثر.

وكذلك من يكون له طيب النفس بالمعاملة ويقصد الإنشاء من قوله «بـعت» و«قبلت»، لكن لا يكون الغرض منه من إجراء هذه الصيغة وقوع المعاملة، بـل الغرض منه أن يتعلم طريقة قصد الإنشاء بصيغة البـيع ليـقوله بـعد ذلك لإيـقاع المعاملة، فلا يكون ما يصدر منه أولاً بيعاً وعهداً حتى تشمله أدلة الصحة مع أنه يكون له قصد الإنشاء الذي هو أمر إعتباري، ويكون حاصلاً من الهازل أيضاً، ومع أنه يكون له طيب النفس أيضاً إلّا أن مجرد ذلك لا يكفي في تحقق عنوان البيع والعهد ما لم يرد من ذكر اللفظ وقوع المعاملة ولم يكن ذكر الصيغة لأغراض آخر.

في إبطال بعض ما تفرعوا على اعتبار القصد في البيع وأن اشتراط بيع المبيع بالبايع لوكان المبيع معلقاً عليه يبطل

ومما ذكرنا ظهر فساد كثير من الموارد التي تفرعوها على اعتبار القصد فـي

---

*) *كما أوضحنا الفرق بين الإنشاء والرضاء والقصد من الأمور القلبية التي نـقول بـاعتبارها فـي صحة العقد في بيع العقد والنسية عند التعرض لما لو امتنع الدائن عن قبض دينه مع حـلول الأجل. (منه قدس سره).*

البيع:

منها ما نقل هنا عن الشهيد من عدم قصد البيع في صورة اشتراط بيعه من البايع.

وفيه: أنه قاصد للنقل والإلزام بنقله / ٣٩٢ / إلى البايع بعد البيع غير منافٍ له، بل مؤكد له.

ومنها ما نقله المصنف (ره) في مسألة اعتبار القصد من دعوى عدم القصد في البيع الفضولي والمكرَه.

وفيه: أنه في الفضولي لا مانع من الإنشاء وإرادة البيع من اللفظ، بل وطيب النفس؛ نعم طيب نفس غير المالك غير مثمر. وفي المكره ربما يتخيل تحقق الإكراه فى الإنشاء وفي قصد البيع من الصيغة، ولذا ينشأ ويقصد البيع أيضاً من اللفظ، وإلا لو فرض عدم ذكر الصيغة في مقام إيجاد البيع فلا تقبل الصحة بالإجازة.

نعم، ليس له طيب النفس بوجه مع كونه مكرَهاً كما حقّقناه في بيع المكرَه.

ومنها ما نقله بعضٌ عن المحقق البهبهاني أنه تفرّع على اعتبار القصد فساد البيوع المشروطة المتعارفة.

وفيه: أنه لا مانع من تعلق الإرادة بأن يحصل النقل منه إلى المشتري إلى أن يردّ إليه الثمن فيفسخه.

تنبيه / ٣٩٣ /

[في تعليق العقد والإنشاء على الشرط]

لا يخفىٰ أن ما ذكرنا من عدم المانع بحسب القاعدة في اشتراط أن يبيع المبيع بالبايع أو غيره في ضمن عقد البيع إنما هو في صورة كان الشرط مجرد التزام في ضمن البيع، لا أن يكون العقد والإنشاء معلقاً على هذا الشرط، وإلا يفسد أصل

البيع، سواء اشترط بيعه بالبايع أو غيره ولو على صحة التعليق في الإنشاء أيضاً.

توضيحه: أنه تقدم في شرايط المتعاقدين أنه لو أنشأ أمراً مقيداً كالحرية والتمليك بعد الموت فليس ذلك من التعليق في الإنشاء، ومنه قلنا: إن الوصية والتدبير ليسا من التعليق في الإنشاء. ومنه لو آجر نفسه من أول الشهر الآتي، وإنما تعليق الإنشاء عبارة عن تقييد الإنشاء، لا إنشاء الأمر المقيد.

في فساد البيع لو علّق على بيع المبيع بالبايع

ثمّ إن تقييد الإنشاء يكون مقتضاه حصول النقل من زمان حصول المعلق عليه، لا أن يكون المعلق عليه / ٣٩٤ / من قبيل الشرط المتأخر ويكون النقل من زمان صدور العقد لعدم تقييد في الإنشاء في هذا الفرض، وهو عمدة دليلهم على بطلان التعليق. ولا يناسب تمسكهم للبطلان باشتراط اتصال العقد مع أثره.

بل المراد من تعليق الإنشاء أن يكون نفس الإنشاء مقيداً ويكون النقل من الزمان المتأخر، فيكون بمثل الواجب المشروط، لا المعلق فيكون في مقام الأثر بمثل إنشاء الأمر المقيد بالزمان المتأخر، لكن إنشاء الأمر المقيد ليس فيه تعلق المنشأ ليفسد.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن كلّاً من الدور المنقول عن العلامة[1] وعدم القصد إلى البيع الذي نقل عن الشهيد يتمّ في صورة كان إنشاء البيع معلقاً على بيع المشتري المبيع من البايع أو من غيره.

أما الدور فلأنّ البيع الأول في صورة التعليق يتوقف على البيع الثاني، والبيع الثاني يتوقف على البيع الأول. وإذا قصد / ٣٩٥ / ما يمتنع كونه بيعاً، فلا يكون قاصداً للبيع.

---

١) تذكرة الفقهاء: ٢٥١/١٠.

من شرايط صحة الشرط ذكره في متن العقد

قوله: الشرط الثامن: أن يلتزم به في متن العقد فلو تواطيا[1] .. اه.

أقول: قد تعرضنا لهذه المسألة في مسقطات خيار المجلس مفصلاً وصار المختار صحة العقد وعدم لزوم الوفاء بالشرط.

نعم، في مثل صورة قال المشتري «بعني فلاناً» فقال البايع «لو تلتزم بخياطة ثوبي أبيعك» فقال «إلتزمت»، فوقع الإلتزام والإلزام؛ ثم قال مبنيّاً على ما وقع «بعتك» فقال «إشتريت»، فهنا يجوز أن يقال: إن هذا الشرط الإبتدائي يصدق عليه العهد، وخروجه عن تحت قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾[2] غير معلوم، بل يلوح من بعض أن الشرط الذي وقع التواطؤ عليه هو خصوص مثل هذا.

وعلى هذا يجوز دعوى أنه لم يظهر من المشهور أيضاً بطلان مثل هذا الشرط، فإن ما ذكره المصنف (ره) في المقام من الشواهد على صحة الإجماع المنقول على أن الشرط الذي وقع التواطؤ عليه في ضمن العقد فاسد، ليس شيء منها شبيهاً بالمثال الذي ذكرناه. وقلنا يظهر من بعضٍ أنه بالخصوص هنا محل النزاع؛ فإن المثالين الأولين اللذين ذكرهما المصنف (ره) شاهداً للإجماع.

فمع الغمض عن كل شيء آخر نقول: إن ما وقع / ٣٩٦ / قبل العقد مجرد الوعد، لا إنشاء الإلتزام حقيقة ووقوع البيع مبنياً عليه مثلاً في حيل الرباء تكون الوعدة بهبة الزيادة بعد العقد، فعدم قولهم ببطلان البيع من جهة اشتراط الزيادة في ضمن العقد من جهة أنه لم يتحقق شرط الزيادة قبل البيع وكان مبنياً عليه، بل البيع يكون مبنيّاً على أنه يوفي بالوعدة بعد البيع، مع أن الوفاء بالوعدة على ميله.

---

١) كتاب المكاسب ٥٤/٦، الشرط الثامن: أن يلتزم به في متن العقد.

٢) المائدة: ١.

وكذلك في حيل حصول الربح مع البيع برأس المال ببيع المبيع أولاً بشيء أزيد مما اشتراه وقبل هذا البيع تقع المواعدة على أن يبيعه بالبايع بمثل هذا الثمن الزائد، فلعل عدم قولهم ببطلان هذا البيع على القول بأن التواطي يكون شرطاً على مسلكٍ تقدم من أن اشتراط بيع المبيع بالبايع فاسد ومفسد يكون من جهة أن ما وقع قبل العقد لم يكن إلا المواعدة.

وأما المثال الأخير ـ وهو عدم ذكر الأجل في المتعة ـ، فليس من التواطؤ على الشرط مع أن الإشكال فيه من جهة أن العقد كيف يقع دائماً مع أنه غير مقصود.

ثم إنه يظهر من المصنف (ره) هنا وجهان آخران لبطلان نفس العقد الذي وقع التواطؤ على الشرط فيه، والإجماع الذي تقدم حاله ـ لو تمّ ـ كان مقتضاه فساد نفس الشرط دون العقد.

في فساد بعض وجوه تمسك بها لعدم صحة ما كان التواطؤ عليه من الشرط ولم يذكر في العقد

أحدهما أن الشرط من أركان العقد المشروط والأركان لابدّ من ذكرها.

وثانيهما أن الشرط / ٣٩٧ / كالجزء من العوضين، فلابدّ من ذكره كما لزم ذكر العوضين على ما نقله عن غاية المراد.

أقول: يرد على الوجه الأول:

أولاً أن محل الكلام فساد الشرط، وأن عليه وقوع نفس العقد مطلقاً، لا فساد نفس العقد.

وثانياً لا وجه لفساد العقد سواء قلنا: إن الشرط فاسد أم لا؛ أما على الأول فلأن العقد يقع مطلقاً بعد فساد الشرط، وسيأتي أن الرضاء بالعقد ليس منوطاً بالرضاء بالشرط، بل من قبيل الداعي للرضاء بالعقد.

وثالثاً كون الشرط من الأركان وكان عدم ذكره موجباً لفساد العقد لو كان من جهة أن العقد كان معلّقاً على الشرط، فمع خروجه عن محل الكلام نقول: إن التعليق لو كان موجباً للفساد ففي صورة ذكر الشرط يكون أولى بأن يقتضي الفساد، ولو كان من جهة أن الرضاء بالعقد كان على فرض سلامة الشرط وصحته.

ففيه مع الغمض عن كل شيء: تقدم أن الرضاء بالشرط من قبيل الداعي للرضاء بالعقد وتخلف الداعي لا يرفع الرضاء الفعلي، وهو كافٍ في الصحة.

ويرد على الوجه الثاني أنا ذكرنا مفصلاً في محله أنه ليس للشرط قسط من الثمن في الشرط المذكور في العقد فضلاً عن الشرط الغير المذكور في العقد.

هذا، مع أن عدم كفاية قصد العوضين عن ذكرهما أول الكلام.

/ ٣٩٨ / ثمّ إن لبعض الأساتيد كلاماً في الشرط الذي وقع التواطؤ عليه لا بأس بنقله، وهو أنه يفصل بين العقود اللازمة وبين العقود الإذنية الجائزة كالوكالة وأنه في القسم الثاني يقيّد العقد بما قيد في خارج العقد وإن لم يذكر في ضمن العقد.

والسرّ في ذلك أن الملاك في العقود الإذنية هو الرضاء بحيث لولم يكن رضاء من الموكل مثلاً لا يجوز التصرف. فالفرق بين الإذن والوكالة إنما هو في بعض الأحكام المترتبة على عنوان الوكالة.

ويرد عليه:

أولاً أنه تقدم أنه في صورة يكون الشرط مذكوراً في العقد يكون الرضاء بالعقد موجوداً ولو مع فساد الشرط. ومنه سيأتي ـ إن شاء الله ـ أن الشرط الفاسد ليس مفسداً فضلاً عن الشرط الغير المذكور في العقد إلّا في صورة صار إنشاء نفس العقد معلقاً على الشرط. فهنا / ٣٩٩ / ليس رضاء بنفس العقد إذا فسد الشرط.

وعلى هذا يفسد العقد إذا فسد الشرط حتى في العقود اللازمة مثل البيع أيضاً لاعتبار الرضاء فيه أيضاً.

وثانياً الشرط الذي في ضمن العقود الجائزة غير لازم الوفاء سواء ذكر الشرط

في متن العقد أم لا كما تقدم في خيار المجلس.

فعلى هذا، لا وجه للفرق بين الشرط المذكور في العقود الجائزة وبين الشرط الغير المذكور فيها.

وبالجملة، لا نفهم معنىً لهذا التفصيل الذي نقلناه.

[اشتراط تنجيز الشرط]

قوله: وقد يتوهم هنا شرط تاسع[1] .. اه.

أقول: تقدم في الخيار المشروط بردّ الثمن أن التعليق في الشرط لا يوجب التعليق في أصل العقد وأن نفس التعليق في الشرط لا يضرّ بصحة الشرط، سواء كان المعلق عليه مجهولاً حتى يوجب الجهل بنفس الشرط أم لا، فعليك بالمراجعة إلى ما ذكرته هناك.

وذكرنا هناك بعض المناقضات التي كانت بين بعض مع بعض آخر في هذه المسألة.

ثم اعلم أن من يدعي أن التعليق في الشرط يوجب تعليق نفس البيع إنما يدعي ذلك مبنيّاً على أن للشرط قسطاً من الثمن، ونحن أفسدنا المبنى.

وثانياً على فرض أن يرجع الشرط إلى جزء الثمن، فغاية الأمر أنه يصير مثل أن يقول «بعت هذا بدرهم وبخياطة ثوب إن جاء زيد من السفر» وليس فيه تعليق لنفس البيع، بل التعليق في جزء من الثمن، وهو ليس بإنشاء أيضاً مع أنه قلنا: إن تعليق إنشاء الشرط لا يوجب ومن جهة لزوم الجهل بالثمن يمنع أن الشرط جزء الثمن كما فصّلنا في المحل المشار إليه.

والغرض هنا بيان ما ذكره المصنف في جواب من يدعي أن تعليق الشرط يرجع إلى تعليق نفس البيع، وجواب المصنف أن الشرط هو الخياطة على تقدير

---

١) كتاب المكاسب ٥٧/٦، توهم شرط تاسع، وهو اشتراط تنجيز الشرط.

المجيء، وعليه لا يرجع إلى تعليق نفس البيع.

نعم، لو كان الشرط هو الخياطة المطلقة يرجع إلى تعليق نفس البيع، وكون الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء وإن يرجع في المعنى إلى كون الشرط هو الخياطة المطلقة، لكن لا مانع من أن يكون الأول صحيحاً دون الثاني كما أن من المسلم أن قولك «أنت وكيلي إذا جاء رأس الشهر في أن تبيع» بمثل «أنت وكيلي في أن تبيع رأس الشهر أو إذا جاء رأس الشهر»، مع أن الأول فاسد دون الثاني.

أقول: كون الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء، من الواضح أنه لا يوجب تعليق نفس البيع، فإنما الإشكال أنه كيف يوجب التعليق في نفس البيع لو كان الشرط هو الخياطة المطلقة.

ولعله من جهة أن قولك «بعت هذا بدرهم وشرطت خياطة ثوب» ليس قولك بعد هذا «إن جاء زيد من السفر» متعلقاً بـ«شرطت..» إلخ، بل يكون متعلقاً بقولك «بعت»، فيكون الشرط مطلقاً والتعليق في نفس البيع وإن ذكر الشرط مؤخراً.

وفيه: أنه لو كان المراد هذا، فيرد عليه أنه لا دخل لذلك بالتعليق في الشرط، بل إنما ذكر تعليق البيع بعد لفظ الشرط.

وثانياً على هذا جعل الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء ليس بحسب المعنى متحداً مع جعل الشرط هو الخياطة المطلقة.

إن قلت: ليس مراده ما ذكرت، بل مراده من كون الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء أن لا يكون تعليق أصلاً، لا في البيع ولا في الشرط، وإنما الشرط هو الخياطة المقيّدة، ومراده من كون الشرط الخياطة المطلقة أن يكون الشرط نفس الخياطة، لكن يكون فيه. وهذا من حيث المعنى بمثل أن يكون الشرط هو الخياطة المقيّدة إلا أنه ليس التعليق في صورة كان الشرط هو الخياطة المقيدة.

قلت: فيه:

أولاً أنه لا وجه لترجيح أن المراد هو الخياطة المقيّدة مع أنه ليس فيه تعليق مع

أن محل الكلام تعليق الشرط.

وثانياً لو كان الشرط هو الخياطة المطلقة وكان فيه التعليق، لا وجه للإعتراف بأنه يرجع إلى التعليق في البيع؛ غاية الأمر أنه يرجع إلى التعليق في الثمن كما تقدم على قول من يقول: إن للشرط قسطاً[1] من الثمن، وتقدم أنه لا محذور فيه.

إن قلت: إنه يرجع إلى الجهل بالثمن.

قلت: المبنى فاسد من أن للشرط قسطاً من الثمن.

[حكم الشرط الصحيح]

قوله: مسألة: في حكم الشرط الصحيح[2] .. اه.

أقول: قبل التعرض للأحكام التي يذكرها للشرط الصحيح تعرّض لتوضيح موضوع الشرط الذي محل الكلام، ويصير باجتماع الشرائط السابقة فيه صحيحاً. ولا بأس / ٤٠٠ / من أن نتعرض لهذه المقدمة توضيحاً لبعض الأمور **فنقول:**

إن الشرط لو تعلق بفعل من الأفعال فلا إشكال أنه من الشرط الذي محل الكلام. وأما لو تعلق بصفة من صفات المبيع مثلاً فحينئذ نقول: إن المبيع إذا كان من الأعيان الخارجية فتقدم في مسألة خيار الرؤية أن الشرط هنا ليس بمعنى الإلزام والإلتزام، وليس قابلاً لتعلق وجوب الوفاء، بل الشرط هنا بمنزلة الإخبار بالوصف وأن لفظ الشرط يطلق في مقام الإخبار عن الوصف وحكمه حكم صورة تخلف الوصف الذي أخبر البايع بوجوده في المبيع ووقع البيع على العين الشخصية مبنياً عليه من أن تخلف ذلك الوصف يوجب الخيار.

وأما إذا كان المبيع كلياً فهنا تارة يكون الشرط منوعاً كما لو قال «بعتك منّاً من الحنطة وشرطت أن تكون تلك الحنطة من البلد الفلان» وفي هذه الصورة لا يتعلق

---

١) في المخطوطة: قسط.

٢) كتاب المكاسب ٥٩/٦، مسألة: في حكم الشرط الصحيح.

بذمّته إلا تلك الحنطة الخاصة بحيث لو أدى غيره لم يؤدّ المبيع وكفاية غيره عنه لابدّ أن يكون / ٤٠١ / بمعاملة جديدة.

وتارة لا يكون منوعاً كما لو قال «بعتك منّاً من الحنطة وشرطت عليك أن تعطيه من البلد الفلاني» فهنا ما يتعلق بذمّته أعم من حنطة ذلك البلد وإن يجب عليه وجوباً تكليفياً أن يعطيه من حنطة ذلك البلد. فلو خالف، خالف التكليف. ويترتب عليه أحكام الشرط التي كان متعلقه من الأفعال عليه.

وأما لو تعلق الشرط بغاية من الغايات فهو على أنحاء:

الأول أن يكون المراد تحصيل تلك الغاية بسببها كتحصيل الزوجية بالنكاح والمطلقية بالطلاق؛ فهذا لا إشكال فيه لأنه من قبيل شرط الفعل.

الثاني أن يكون المراد ترتيب آثار تلك الغاية، فهنا نقول: لو دلّ الدليل من الخارج على انحصار جواز ترتب تلك الآثار بسبب خاص كترتيب آثار كون الزوجة مطلقة، فحينئذ يقع التعارض بين الدليل الدالّ على وجوب الوفاء بالشرط وبين ذلك الدليل، والمرجع أصالة الفساد.

بل يدخل هذا الشرط في الشرط المخالف للكتاب والسنة التي من المسلَّم فساده كما تقدم الكلام فيه عند التعرض لاشتراط القدرة في الشرط حيث إن ما نحن فيه أيضاً شبيه بشرط النتيجه، بل من حيث / ٤٠٢ / الدليل على الفساد لا يفرق بينهما.

وأما لو لم يدلّ دليل على انحصار جواز ترتيب تلك الآثار سبب خاص فلا مانع من صحة الشرط بعد أن متعلق الشرط ـ وهو ترتيب آثار تلك الغاية ـ من قبيل الأفعال كترتيب آثار الملكية أو الوكالة أو الوصية أو غيرها.

الثالث أن يكون المراد تحقق نفس تلك الغاية التي من قبيل الصفات. وهنا نقول: لا يجوز التمسك بقوله ﷺ «**المسلمون عند شروطهم**»[1] بصحة هذا الشرط؛

---

١) عوالى اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

لما تقدم أن الشرط في الخبر بمعنى الإلزام والإلتزام، وهما لا يتعلقان إلا بالأفعال. والمفروض أن متعلق الشرط في المقام من قبيل الصفات.

نعم، لو دل الدليل من الإجماع أو غيره على صحة مثل هذا الشرط، فحينئذٍ نقول: إن ما كان منها من قبيل شرط توابع المبيع كاشتراط الحمل ومال العبد، فنقول: قد تقدم أن هذا الشرط خارج عن الشرط الذي نتكلم فيه حيث إن توابع المبيع كان على قسمين: قسم يتبعه مطلقاً وقسم يتبعه إذا اشترط التبعية. والشرط هنا ليس بمعنى الإلزام والإلتزام، بل نظير اشتراط صفة في المبيع الذي كان بمعنى الإخبارية. والشرط في هذا المورد أيضاً بمنزلة التباني منهما على التبعية. والدليل على اعتبار / ٤٠٣ / هذا الشرط نفس دليل التبعية حيث اقتضىٰ تبعية بعض الأشياء للمبيع مطلقاً وعلى تبعية بعض الأشياء بعد هذا التباني.

وأما لو لم يكن من قبيل شرط التوابع، فحينئذٍ لو لم يتمسك في الأخبار لصحته بمثل قوله «**المسلمون عند شروطهم**» فيأتي الكلام فيه.

وأما لو تمسك بهذا الخبر لصحته كشرط الخيار، فحينئذٍ نقول: يدور الأمر بين أن يتصرف في معنى قوله «**المسلمون عند شروطهم**» بأن يقال: إن الشرط بمعنى العهد حتى يشمله أيضاً وبين أن يتصرف في تلك الغاية التي تمسك بالنبوي له بأن يقال: إن المراد بترتيب أثر تلك الغاية.

وهذا الإحتمال غير بعيد، فحينئذٍ ليس في البين ما يصرف قوله «**المسلمون عند شروطهم**» عن ظاهره.

وأما التمسك بقوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ لصحة شرط نفس الغاية التي من قبيل الصفة، ففي الجملة لا مانع فيه في صورة كانت تلك الغاية أمرها بيد المشترط، لا من قبيل الحكم الشرعي حتى يعدّ / ٤٠٤ / الإلزام والإلتزام فيه عهداً عرفاً، فتشمله الآية كما تقدم تفصيل الكلام فيه في مسقطات خيار المجلس عند

التعرض لبيان الفرق بين الحق والحكم*.

نعم، لو دل دليل على أن تلك الغاية لا تترتب إلّا بسبب خاص، فيدخل ذلك في شرط النتيجه الذي قد عرفت فساده.

الرابع أن يكون المراد تحصيل تلك الغاية في نفس هذا العقد بأن يكون المراد من قوله مثلاً «وشرطت ملكية الشي الفلاني هو أن يملكني ذلك الشيء في هذا العقد»، فيكون هذا الإشتراط من قبيل القبول المقدم على الإيجاب ويكون قول الشرط «اشتريت» مع الشرط بمنزلة «ملكتك».

---

*) ثم اعلم أنه لو شرط الوكالة مثلاً في العقد وقلنا بصحته، فحينئذٍ يكفي نفس هذا العقد في تحقق عنوان الوكالة ويصير لازماً كما سيأتي التصريح به في كلام الشهيد؛ لأن دليل صحته قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾، وهو يقتضي اللزوم كما يقتضي لزوم سائر العقود بعد أنه لا دليل على أن عنوان الوكالة لا ينحصر سببه بعقد الوكالة.

إن قلت: إذا صارت الوكالة لازمة فهل تكون حيلة لرفعها.

قلت: يرتفع لو وقعت الإقالة أو الفسخ في العقد المشتمل على الشرط لما تقدم أن الشرط ثبوته بتبع العقد؛ فتأمل، كما أنه سيأتي الكلام في ارتفاع الشرط من جهة إسقاط المشروط له حقه أيضاً ومع قطع النظر عن ذلك كلّه ثبوت عنوان الوكالة لا يقتضي رفع سلطنة المالك، فله أن ينقل متعلق الوكالة إلى شخص آخر حتى يرفع موضوع الوكالة من البين.

ولو كان الشرط ترتيب آثار الملكية أو الوكالة كما تقدم أنا قلنا بصحته أيضاً، فهنا من الواضح أنه لا يتحقق عنوان الملكية والوكالة.

وغاية الأمر أنه يقتضي وجوب ترتيب آثار الملكية والوكالة على المشروط عليه. فحينئذٍ يجب إمضاء تصرفات المشروط له على المشروط عليه.

وحينئذٍ لو يمضي ولم يمض تصرفات المشروط له فلا يجوز تصرفات المشروط له ولا يصح أيضاً؛ لأنه لم يثبت من الشرط الذي هو من قبيل الأفعال إلا وجوب الوفاء بالشرط الذي هو حكم تكليفي ولم يثبت في البين حكم وضعي. ولا مانع من أن يكون الإذن والرضاء في تصرفات المشروط له واجباً على المشروط عليه، ومع ذلك لا يجوز التصرف للمشروط له بدون الإذن والرضاء، فضلاً من أن يمنعه من التصرف.

ثمّ إن حيلة رفع شرط ترتيب آثار الوكالة بمثل ما تقدم في شرط نفس الوكالة. (منه قدس سره).

وقد يدعى أن هذا لا ضير فيه.

ونحن نقول: لو كان متعلق الشرط نفس ملكية ذلك الشيء، فحينئذٍ قبول ذلك الشرط بمنزلة نقل ذلك المال من مالكه لكن بنفس الشرط حيث إنه عهد يجب الوفاء به. وأما لو كان متعلق الشرط انتقاله في هذا / ٤٠٥ / العقد بصيغة التمليك ودلالة لفظ الشرط مع قبوله على إيجاد صيغة التمليك، فحينئذٍ نقول: ما دل على وجوب الوفاء بالشرط لا يقتضي التمليك؛ لأن الشرط هو النقل، فلابدّ أن ينقل.

وأما تحقق صيغة النقل في ضمن الإيجاب والقبول فمبني على تحقق شرايط الإيجاب والقبول، وعلى دخوله في ضمن العقود التي ليس مسلَّم الفساد من العقود الغير المعنونة عند الفقهاء.

[وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي]

قوله: في مسائل: الأولى في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي[1] .. اه.

أقول: ويدل على الوجوب أمور:

منها قوله «المسلمون عند شروطهم»[2].

وتقريب الدلالة كما تقدم في مسقطات خيار المجلس بأن الجملة الخبرية في مقام الإنشاء، وبعد ذلك تحمل على الوجوب؛ **أما الأول** فلأنه لو كان المراد مجرد الإخبار عن حال المسلمين، فيوجب الكذب، فلابدّ من حمله على الإنشاء، وحمله على الإخبار وارتكاب التخصيص فيه يوجب لغوية الكلام بعد أنه لا فرق بين المسلمين وغيرهم من هذه الجهة.

وأما الثاني فلما ذكرناه في باب الأوامر من أن الجملة الخبرية إذا كان في مقام

---

١) كتاب المكاسب ٦١/٦ ـ ٦٢، الكلام يقع في مسائل: الأولى في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي.

٢) من لا يحضره الفقيه ٢٠٢/٣، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٣٧٦٥.

الإنشاء فهو ظاهر في الوجوب كصيغة الأمر حرفاً بحرف، بل يجوز دعوى أن الجملة الخبرية آكد في الوجوب من صيغة الأمر.

هذا، مع أنه كثيراً ما تمسك به في الأخبار لإثبات الحكم الشرعي المنافي لحمله على الإخبار عن حال المسلمين كما أنه يشهد على أن المراد هو بيان الحكم الشرعي استثناء ما خالف الكتاب أو أحلّ / ٤٠٦ / حراماً وحرّم حلالاً منه في كثير من الأخبار.

وأما الثاني فلما ذكرناه في باب الأوامر: أن الجملة الخبرية التي استعمل في الإنشاء ظاهر في الوجوب. وما قيل* في المقام من أن الظاهر أن الخبر في مقام مدح المسلمين، وهو ينافي كونه للوجوب بل المناسب الإستحباب، **ففيه:**

أولاً أنه إذا كان بمعنى الإنشاء فليس في مقام مدح المسلمين.

وثانياً على فرض الإخبار، ظاهره أن من لم يف بالشرط ليس بمسلم. ومثل هذا الخبر إذا استعمل في الإنشاء يكون آكد في الوجوب، ولو لم نقل بأن مطلق الخبر الذي يكون كناية عن الإنشاء يكون آكد في الوجوب من صيغة الأمر.

هذا، مضافاً إلى أنه في الأخبار تمسك به للوجوب كما هو ظاهر العلوي، وهو موثق على ما في العناوين أن علياً كان يقول: «**من شرط لامرأته شرطاً فليفِ لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرّم حلالاً أو أحل حراماً**».

فإن الحكم بوجوب الوفاء لا يتم التمسك به بهذا الخبر إلا أن يكون هذا الخبر دالاً على وجوب الوفاء بالشرط.

ومما ذكرنا ظهر أنه لا حاجة في إثبات دلالة النبوي على وجوب الوفاء بالشرط بما ذكره المصنف (ره) من أنه أرسل في بعض الكتب زيادة «**إلا من عصى الله**» حتى يورد عليه بعد ضعف السند بأن صيرورة الزيادة / ٤٠٧ / قرينة على الوجوب مبنيّة على أن يكون الإستثناء من المشروط عليه، لا من الشارط الذي

---

*) حاجي (؟). (منه قدس سره).

جعل الشرط له، وهو غير معلوم.

وأما الإشكال على هذا النبوي من جهة ورود بموهونيّته من جهة ورود كثرة التخصيص عليه فقد تقدم الجواب عنه قبل الخيارات في قاعدة أصالة اللزوم وقلنا: إن الشرط بمعنى الإلتزام التابع، فلا يشمل الشروط الإبتدائية بنفسه.

ومنها العلوي المشار إليه آنفاً، فإنه تقدم أنه بمقتضى التمسك فيه بالنبوي دليل على وجوب الوفاء بالشرط مطلقاً.

ومنها ما دل على وجوب الوفاء بالعقود والعهود مثل قوله ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ فإنه تقدم في مسألة المعاطاة وشرايط العقد والمتعاقدين توضيح دلالته على وجوب الوفاء بالعهد أو العهد الموثق مطلقاً، ورفعنا تمام الإشكالات عنه، وأجبنا عن إشكال ورود كثرة التخصيص عليه في مسألة أصالة اللزوم أيضاً مفصلاً.

وعلى هذا نقول كما تقدم في مسألة جريان خيار الشرط في الإيقاعات: إن كلاً من العقد والشرط الذي يكون في ضمنه يسمى عهداً، فيشملها العموم.

وأما القول بأن العقد الذي يكون في ضمنه الشرط يكون عقداً مقيّداً وكما يشمل العموم للعقود المطلقة كذلك يشمل المقيدة؛ لأنه أيضاً من أفراد العقد. ووجوب الوفاء بالعقد المقيد إنما هو بوجوب الوفاء بقيده أيضاً، فناقشنا عليه هناك بأن التزام شيء في ضمن العقد لا يجعل / ٤٠٨ / العقد مقيداً، وكون الإلتزام تبعاً لا يقتضي تقيّد أصل العقد.

ثم اعلم أن تقييد نفس العقد إنما يكون في صورة علّق إنشاء البيع على الشرط وهنا أيضاً نمنع أن وجوب الوفاء بالمقيد يقتضي وجوب الوفاء بقيده، بل وجوب الوفاء بالمقيد يقتضي وجوب الوفاء بنفس العقد، لكن لا مطلقاً، بل في صورة وجد في الخارج بنفسه.

نعم، لو تعلق الأمر بإيجاد المقيد في الخارج، فذلك يقتضي وجوب إيجاد قيده أيضاً كما لو أمر بالصلاة في حال الطهارة، يجب إيجاد الطهارة ثم الصلاة معها.

والمقام ليس كذلك؛ لأنه لم يؤمر بإيجاد العقد المقيد، بل أمر بوجوب الوفاء بالمقيد الموجود في الخارج.

وأما قول المصنف بأن وجوب الوفاء بالشرط من جهة أن الشرط كالجزء من ركن العقد، فلعل المراد وجوب الوفاء بنفس [العقد] مع ما فيه من الشرط.

وهو كما ترى لو لم نرجعه إلى ما قلناه من صدق العهد على كلٍ من العقد والشرط المذكور في ضمنه.

[ما أفاده الشهيد (ره) في بعض تحقيقاته]

قوله: أقول ما ذكره ـ قدّس سرّه ـ في بعض تحقيقاته لا يحسن عدّه تفصيلاً[1] .. اه.

أقول: ملخّص إشكال المصنف (ره) على الروضة[2] أن كلام الشهيد في اللمعة[3] ليس مخالفاً لما نقل عنه الشهيد الثاني في الروضة في بعض تحقيقاته كما زعمه الشهيد الثاني.

وذلك لأن كلام الشهيد في اللمعة إنما هو في اشتراط فعل سائغ، وهو مما ليس العقد كافياً في تحققه وما يكون العقد كافياً في تحققه كاشتراط الوكالة والخيار، فلا إشكال في وجوب الوفاء به ولم ينكر الشهيد في اللمعة اللزوم فيه. وقد ادعى ثبوت اللزوم فيه فيما نقله في بعض تحقيقاته.

فليس ما في بعض التحقيقات عنه تفصيلاً مقابلاً لما يقوله في اللمعة لعدم إطلاقٍ لكلامه في اللمعة يشمل مثل اشتراط الوكالة وغيرها مما يكون العقد كافياً في تحققه.

---

١) كتاب المكاسب ٦٣/٦، ما أفاده الشهيد في بعض تحقيقاته.

٢) الروضة البهية ٥٠٥/٣ـ٥٠٦، خيار الإشتراط.

٣) اللمعة الدمشقية: ١٠٩ـ ١١٠، كتاب المتاجر.

أقول: هذا صحيح من أن كلام اللمعة في الفعل السائغ وأنه هنا يقول بعدم وجوب الشرط على المشروط وأن فائدة الشرط قلب العقد اللازم جائزاً في صورةٍ لم يفِ بالشرط إلا أنه يقول بعد ذلك: «وكذا كل شرط لم يسلم لمشترطه»، والمصنف (ره) أيضاً معترف بأنه يشمل شرط غير الفعل أيضاً كما هو مقتضى عمومه إلا أنه أجاب بأن مراده من هذه العبارة صورة تعذر الشرط.

/ ٤٠٩ / ونحن نقول: إن حمل قوله «وكذا كل شرط لم يسمّ لمشترطه» على صورة تعذر الشرط كما فعله المصنف (ره) ينافيه التفريع الذي في عبارة اللمعة على ذلك من قوله «فإنه يفيد تخييره ولا يجب على المشترط عليه فعله»؛ فإنه لا يناسب القول بأنه لا يجب فعله، بل فائدته فلان لصورة كان الشرط متعذراً.

إن قلت: إذا فرضنا أنا أخذنا بعموم قوله: وكذا كل شرط.. اه، وقلنا: إنه يشمل مثل شرط الوكالة أيضاً، فحينئذٍ نقول: ما معنى أنه لا يجب على المشترط عليه فعله، مع أنه ليس من الأفعال، بل من قبيل الغايات؟

قلت: المراد عدم المانع في الإخلال به، وأنه لا يجب ترتيب آثاره كما أنه في المنقول عن تحقيقاته ادعى لزوم ذلك وعدم جواز الإخلال به.

ومما ذكرنا ظهر أنه لا مانع من تأييد قول المشهور بدعوى الإجماع من الغنية على وجوب الوفاء بالعقد وإن كان مورد كلامه في اشتراط الخيار، حيث إن المنكر لوجوب الوفاء هنا أيضاً موجوداً وهو الشهيد في اللمعة بمقتضىٰ عموم كلامه.

ثم اعلم أن ما قاله الشهيد (ره) في شرط الفعل السائغ أو الأعم منه من أن فائدته منحصرة بقلب العقد اللازم جائزاً يقوله الأكثر أو الكل في شرط صفات العوضين المعينين وكذلك في شرط الصفات في باب النكاح، وتقدم منا شطر من الكلام في ذلك في أوائل مسألة خيار العيب في الحاشية.

[المناقشة فيما أفاده الشهيد قدّس سرّه]

قوله: ثمّ إن ما ذكره الشهيد ـ قدّس سرّه ـ من أن[1] .. اه.

أقول: أورد على المصنف (ره) بأن كلامه ليس مخالفاً لما يقوله الشهيد ليورد عليه. وذلك لأن مراد الشهيد ليس أن نفس العقد يكون معلقاً على الشرط؛ لأن التعليق في البيع مبطل للإجماع على اشتراط التخيير في عقد البيع، بل مراد الشهيد أن لزوم العقد يكون معلقاً على الشرط. وبعبارة أخرى يشترط في عقد البيع الخيار، لكن لا مطلقاً، بل بشرط، وهذا لا إشكال في صحته.

أقول: فكأن هذا المُورد لاحَظَ كلام الجواهر[2] في أنه ادعى أن ظاهر كلام اللمعة بل صريحه أن مراده تعليق البيع على الشرط / ٤١٠ / الذي خارج من الشرط الذي محل الكلام.

ثم بعد ذلك استبعد من أنه كيف يغفل مثل الشهيد عن أن التعليق موجب لبطلان البيع، فلذا حمل كلامه على أن مراده تعليق لزوم البيع على الشرط.

وفيه: أولاً أن العاقد لم ينشأ اللزوم حتى يجعله معلقاً والتعليق من العاقد ليس إلا فيما ينشأه. والجواز واللزوم من أحكام العقد إلا أن يكون مراده حمل كلام اللمعة على جعل الخيار المعلق على الشرط. وهو كما ترى لا يناسبه شيء من كلماته.

وثانياً على هذا لابدّ أن يكون مراد الشهيد (ره) أن الشرط المعنون في كلام القوم يكون المراد منه ما علّق لزوم العقد عليه، حيث إن مورد كلام الشهيد (ره) في الشرط المعنون في كلام القوم، وهو في منتهى البعد؛ فتأمل.

ثم لا يخفى أنه قيل: إن حاصل كلام الشهيد في اللمعة أنه إذا سلم الشرط لمشترطه يكون نفس العقد لازماً، وأما إذا لم يسلم له الشرط كما لو لم يفعله

---

١) كتاب المكاسب ٦٤/٦، المناقشة في ما أفاده الشهيد ـ قدّس سرّه ـ.

٢) جواهر الكلام ٢١٨/٢٣، إذا اشترط العتق فأعتقه فقد لزم البيع.

المشروط عليه فحينئذٍ يصير نفس عقد البيع جائزاً.

وعلى هذا لا تفصيل بين الشرط الذي يكفي العقد في تحققه، وبين ما لا يكفي العقد في تحققه كالفعل الذي يؤتى بعد العقد؛ لأن مثل الوكالة التي يكفي العقد في تحققها، يكون الشرط نفس تحقق الوكالة، / ٤١١ / لا استمرارها وعدم عزلها.

والمفروض أن نفس العقد يكفي في أصل تحقق الوكالة، فليس هنا مورد لم يسلم الشرط لمشترطه حتى يوجب الخيار، بل لا يبقى مورد هنا للقول بوجوب الوفاء بالشرط، فليس بين شرط الفعل وغيره تفصيل، بل بينها الإختلاف الصغروي.

أقول: الوكالة قبل تحقق زمان الفعل الذي يكون وكيلاً فيه وانقطاعها عند قبله ليست وكالة؛ نعم نفس الوكالة يتحقق بنفس العقد مطلقاً أو في الجملة إلّا أن من يقول هنا بوجوب الوفاء التكليفي يكون مراده وجوب العمل بآثاره وعدم الإخلال كما هو واضح.

كما أن من يقول بأنه إذا لم يسلم الشرط هنا لمشترطه يصير العقد جائزاً، يكون مراده هو منعه من ترتيب الآثار.

ومن يفصّل بين الفعل وما يكفي العقد في تحققه يناسب أن يكون نظره إلى أن الشرط نفس تحقق الوكالة وهو تحقق، فسلم الشرط لمشترطه.

هذا؛ ولكن تقدم أن الوجوب التكليفي للوفاء ثابت مطلقاً.

فهرس المطالب

(المجلد الخامس عشر)

حاشية على كتاب الخيارات للشيخ الأنصاري (ره) ٥

خيار الغبن ١١

في جريان خيار الغبن في غير البيع من المعاوضات..... ١١

في جريان خيار الغبن في الصلح على شرائطه وأنه بعد تحقق شرط هذا الخيار لا فرق بين البيع وسائر العقود ١٢

جريان خيار الغبن في الصلح ١٢

جريان خيار الغبن في كل عقد ١٤

في أن خيار الغبن فوري أم لا وأنه لا يصح التمسك بعموم وجوب الوفاء لكونه فورياً ١٤

فورية خيار الغبن ١٤

التمسك باستصحاب بقاء الخيار للمغبون ١٧

في المناقشات على استصحاب الخيار المقتضي لعدم فورية الخيار ودفع المناقشات عنه..... ١٧

في وجوه الإشكالات التي تورد على استصحاب بقاء الخيار عند الشك والجواب عنها ٢٠

صلح حقّ الخيار ٢٠
كيف يكون الخيار أمراً مجعولاً؟ ٢١
في الإشارة إلى سائر المباني التي ذكرت للمسألة ٢٢
رجوع المغبون إلى أصل العين أو القيمة ٢٣
زيادة سعر العين التي عند الغابن ٢٥
لو كان دليل الخيار قاعدة الضرر ٢٥
كيف يرتفع المانع عن ورود الضرر؟ ٢٦
حدّ خيار الغبن على القول بالفورية ٢٦

تنبيه في تأخير الفسخ لاعتقاد أن الخيار ليس بفوري ٢٧
حكم المسألة في الشبهات الموضوعية ٢٨

خيار التأخير ٣٠
الإستدلال على ثبوت خيار التأخير ٣٠
ادّعاء الإجماع ٣٠
في عدم جواز التمسك بالإجماع وقاعدة الضرر لإثبات خيار تأخير الثمن إلى ثلاثة أيام ٣١
الإستدلال بالأخبار الخاصة ٣٢
قول المشهور وفهم الأصحاب ٣٤
التحقيق في المقام ٣٦
توضيح مفاد صحيحة ابن يقطين ٣٦
اشتراط عدم قبض المبيع لثبوت خيار التأخير ٣٨
مدى دلالة خبر ابن عياش ٣٩

في بعض الفروع المتعلقة بعدم قبض المبيع ٤١
عدم قبض الثمن ٤١
عدم قبض بعض الثمن ٤٢
القبض بدون الإذن ٤٢
وجه سكوت الأخبار عن حكم المسألة ٤٤
إجازة المشتري في حكم الإذن ٤٥
في قبض البايع قبل الثلاثة وإجازة المشتري بعدها ٤٥
لزوم البيع لو لم يثبت الخيار ٤٦
اشتراط كون المبيع شخصياً لا كلياً ٤٦
المراد من الثمن المعيّن ٤٧
في اشتراط أن يكون البيع شخصياً في ثبوت خيار التأخير وأنه لا يستفاد من الأخبار أكثر من ذلك ٤٨
اشتراط عدم الخيار لثبوت خيار التأخير ٥٠
لا مانع من ثبوت الخيار بعد الثلاثة أو غيرها ٥١
في القول باشتراط تعدد المتعاقدين في ثبوت خيار التأخير وأن الحق التفصيل بين الموارد ٥٣
في بطلان اشتراط أن لا يكون المبيع حيواناً ٥٥
مبدأ ثلاثة أيام ٥٥
في سقوط خيار التأخير بالإسقاط بعد الثلاثة وأما قبل الثلاثة فلا يصح إسقاطها ٥٦
في الفرق بين إسقاط الخيار قبل الثلاثة واشتراط سقوطه في ضمن العقد وأن الأول فاسد والثاني صحيح ٥٨
في أن أخذ الثمن لو كان بعنوان الإلتزام بالبيع فيكون مسقطاً للخيار وفي بيان أنه

أي شيء كاشف عنه ٥٩
سقوط الخيار بمطالبة الثمن ٦٠
هل خيار التأخير على الفور أو التراخي؟ ٦١
أحكام خيار التأخير ٦٣
حكم ما لو تلف المبيع ٦٣
صور المسألة ٦٣
تمكين البايع من قبض المشتري دون القبض ٦٥
في أن تمكين البايع من القبض ليس بحكم القبض ٦٦

خيار ما يفسد ليومه ٦٨
في الدليل على ثبوت الخيار فيما يفسد ليومه ٦٨
في فساد دعوى أن شروط خيار ما يفسد ليومه شروط خيار التأخير مطلقاً وحكم ما تقلّ قيمته السوقية ٧٠
فوات السوق ٧١

خيار الرؤية ٧٣
في الجواب عما يوهم وروده على النص الوارد في المقام ٧٤
من التخصيص الأكثر وبيان ميزان كلّي في المقام ٧٤
الإستدلال بخبر منهال وصحيحة زيد الشحّام ٧٦
أوصاف المبيع لرفع الجهالة وكيفية رفع الجهالة ٧٨
أوصاف السلامة ٧٨
اعتبار المعلومية من حيث الوزن ٨٠
رفع الغرر بالرؤية ٨١

رفع الغرر بذكر الأوصاف..... ٨٣
في حكم ما لو ظهر تخلف الأوصاف من جهة أنه يوجب الأرش كما يوجب الخيار أم لا
..... ٨٦
في أنه إذا ظهر تخلف الأوصاف يبطل البيع أم لا، وأن المصنف (ره) يرجّح كون البطلان على القاعدة لكن يخرج عنها للنص والإجماع..... ٨٩
بعض التهافتات الواقعة في المقام..... ٩٠
القاعدة بطلان البيع مع ظهور تخلف الأوصاف..... ٩١
الإحتمالات في الأوصاف أربعة..... ٩٣
في احتمال الشرط وذكر الوصف بمعنى الإلتزام..... ٩٤
في أن خيار الرؤية فوري أم ليس بفوري، والحق أنه ليس بفوري في الجملة، وبيان الدليل على ذلك..... ٩٥
في مسقطات خيار الرؤية وأنه أي تصرف يكون مسقطاً وحال الإسقاط بل الرؤية..
٩٧
في إسقاط خيار الرؤية قبلها وفي بيان أن الرؤية سبب للخيار أوكاشفة عن حدوثها
..... ٩٩
الرؤية سبب أوكاشفة؟..... ٩٩
شرط سقوط الخيار..... ١٠٠

تنبيه..... ١٠٤
فيه إشارة إلى أنه على الإقدام على الضرر ليس غرر وأنه غير أن يقدّم على الغرر وأنه لا يسقط الخيار ببذل التفاوت..... ١٠٤
اشتراط الإبدال في متن العقد..... ١٠٦
في أن شرط التبديل على فرض التخلف فاسد..... ١٠٧

في أن شرط تبديل الثمن أو المثمن ليس مفسداً ١٠٨
ثبوت خيار الرؤية في كل عقد ١٠٩
في أنه لو اختلفا في تخلف صفة المبيع فالأصل اللزوم ١١١

خيار العيب ١١٣
في أنه يمكن صحة البيع من دون جريان أصالة السلامة ١١٣
وأنه في بعض الصور لو يجر الأصل يلزم الغرر ١١٣
كلام صاحب الجواهر في المقام ١١٥
في أن اقتضاء إطلاق العقد للسلامة ليس للإنصراف ١١٥
تعليق الإنشاء على صحة المبيع، واشتراط السلامة ١١٧
قول المشهور من أن شرط الصحة تأكيدي على طبق القاعدة ١١٨
تنظير المسألة بباب النكاح ١١٩
التخيير بين الرد أو الأرش عند ظهور العيب في المعيب ١٢١
في عدم كون الأرش في عرض الرد بمقتضى القاعدة لدعوى بسط الثمن على وصف الصحة ١٢٤
في المناقشات على دعوى أن الثمن يقابل وصف الصحة فيقتضي بطلان البيع بمقدار ما قابلها ١٢٦
في أن خيار العيب من حين العقد أو ظهور العيب وأنه لا يتم شيء من ما استدلّ لتعيين ذلك ١٢٦
في أن الإسقاط مسقط وأن الإلتزام بالعقد أو اختيار الأرش، فلا دليل على مسقطهما ١٢٨
الدليل على سقوط خيار العيب بالتصرف ١٣٠
في أن مسقطية التصرف المغيِّر مسلم في الجملة وزاد كثير منهم التصرف الدالّ

على الرضاء أو مطلق التصرف ١٣٢
في مدرك من جعل غير التصرف المغير للعين أيضاً مسقطاً مما دلّ على الرضاء أو مطلقاً ١٣٤
ادعاء كون التصرف بالرضاء مسقطاً ١٣٦
الكلام في مرسلة جميل ١٣٧

فـــرع ١٤٠
وطي الأمة مانع عن ردّها ١٤٠
في أن الوطي لا يمنع الرد إذا كان العيب الحمل ١٤١
اختلاف كلمات العلماء في المقام ١٤٦
كلام صاحب الإنتصار ١٤٧
القول في البكر ١٤٧
حكم تقبيل الأمة ١٤٨
اختصاص الحكم بالوطي مع الجهل بالعيب ١٤٨

في فروع بيع الحامل مع وطي المشتري على المشهور ١٤٩
الملازمات الثلاثة عند المشهور ١٥٢
في ما يقال في بيان ضمان العين الحادث قبل القبض ١٥٣
على البايع بمقتضى القاعدة ١٥٣
العيب الحادث في يد المشتري ١٥٧
الدليل على مسقطية العيب الحادث ١٥٨
في رفع المناقشات عن التمسك بقاعدة الضرر لكون العيب الحادث مسقطاً للخيار الثابت بالعيب في الجملة ١٦١

سقوط الخيار، بقي العيب الحادث أو زال ١٦٤
رضاء البايع بردّه مجبوراً بالأرش ١٦٥
المراد بالأرش الذي يغرمه المشتري مطالبة الأرش لو وجد المبيع معيوباً ١٦٥

في بعض فروع القول بأن الأرش مشروط باليأس من الرد ١٦٦
في تصحيح كلام الجواهر في تمسكه بأصالة اللزوم لإثبات عدم الخيار للمشتري في رد جزء المبيع وأن رضايته لا ينفع ١٧٠
في أنه لو تعدد المشتري في بيع واحد فليس لأحدهما الإنفراد بالرد في خصوص سهمه وأنه لهما الرد في المجموع ١٧١
في أن لو تعدد المشتري في بيع واحد، فليس لأحدهما الإنفراد بالرد في خصوص سهمه وأن لهما الرد في المجموع ١٧٢
في دعوى أنه في الربويات يسقط الأرش دون الرد وأن مقتضى التحقيق عدم سقوط الأرش هنا ١٧٤
في بيان الصور التي لا يكون المعيب أنقص قيمة من الصحيح، فلا يتصور الأرش هنا: نعم قد يدعىٰ أن المعيب ما نقصت ماليته ١٧٨
في أن التبري من العيوب مسقط للرد والأرش وأنه لا فرق بين التبري إجمالاً أو تفصيلاً ١٨١

فروع ١٨٢
في أن التبري من العيب الحادث يمنع من اقتضائه الخيار وأن هذا التبري ليس من قبيل الإسقاط مما لم يجب ١٨٤
في معنى التبري من العيوب في ضمن العقد وأن مرجعه على التباني على بيع المبيع على تقدير العيب وعدمه ١٨٦

الكلام في سائر الأحكام..... ١٨٧
زوال العيب قبل العلم به..... ١٨٧
في أنه لو زال العيب قبل العلم به أو قبله هل يوجب سقوط خيار الرد والأرش أم لا؟ ١٨٨
التصرف في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالعيب في مورد لم يكن الأرش ثابتاً وما يقال فيه..... ١٩١
ثبوت أحد مانعي الرد فيما لا يؤخذ الأرش فيه..... ١٩٣
أخذ الأرش لا يستلزم الربا..... ١٩٥
في أن كون ضمان العيب الحادث على المشتري غير متوقف على انفساخ العقد قبل حدوث العيب..... ١٩٧
في أن تأخير الرد والأرش لا يوجب لسقوط شيء منهما..... ١٩٩
في أنه هل يلزم على البايع مع علمه بالعيب إظهاره أم لا..... ٢٠٠
في مسألة تعارض الوصف والإشارة والإشارة إلى ما هو الحق في كل من البيع وصلاة الجماعة..... ٢٠٢
اختلاف المتبايعين في تعيب المبيع..... ٢٠٤
لو كان النزاع في وجود سبب الخيار كالعيب..... ٢٠٤
في وجه كون مدعي عدم الخيار منكراً بأقسامه..... ٢٠٥
في دعوى صيرورة المشتري المدعي للعيب في الجملة منكراً وبيان وجهه وحدّه وقائله وصحته وعدمه..... ٢٠٦
في الإشارة إلى بعض موازين القضاء وأنه تارة يسمع دعوى المدعي بعد التزام الحاكم وتارة لا يسمع..... ٢٠٨
الاختلاف في حدوث العيب في ضمان البايع..... ٢١٠
في أنه مع إمكان الحلف على البتّ لا يكفي على نفي العلم..... ٢١١

في الوجوه التي ذكرت لكون الحلف على نفي العلم جائزاً مع الحاجة إليه بأن لم يتمكن من الحلف على البتّ ٢١٣
في اختلاف المتبايعين في وجود سبب الخيار فيما لو وقع النزاع بين الوكيل وبين الموكل أو المشتري ٢١٦
في أنه لو رد المشتري سلعة وقال البايع إنه ليس سلعتي إما لأجل أن يمنع الخيار أو كان الخيار مسلماً ٢١٨
في اختلاف المتبايعين في وجود المسقط للخيار أو مسقطية ما يكون وجوده محرزاً في الجملة من البراءة عن العيب وغيرها ٢٢١
الاختلاف في زوال العيب قبل علم المشتري أو بعده ٢٢٢
الاختلاف في كون الزائل هو القديم أو الحادث ٢٢٢
لو ادعى البايع حدوث العيب عند المشتري ٢٢٣

فروع في تنازع البايع والمشتري ٢٢٣
اختلاف البايع والمشتري في البراءة ٢٢٤
الحلف على نفي العلم ٢٢٥
ادعاء رضى المشتري ٢٢٦
ادعاء علم المشتري بالفسخ ٢٢٧
لو ادعى المشتري الفسخَ والبايع عدم العلم به ٢٢٨
في النزاع في الفسخ أو تقدمه حتى يؤثر في رفع العقد أو تأخره ٢٢٨
النزاع في تأخر الفسخ عن أول الوقت في منع كون الظاهر مطلقاً مقدماً على الأصل في باب القضاء ٢٣٠
في ماهية العيب التي يترتب عليه الخيار والأرش ٢٣١
في بيان العيب بمقتضى الخبر ومقتضى العرف وأن الإختلاف بينهما ثابت وأن

المرجع العرف ٢٣٣
ثبوت خيار الرد ٢٣٣
في عدم انجبار مرسلة السياري وأنها تدلّ على خلاف العرف لكن المرجع العرف لعدم اعتبار المرسلة ٢٣٦
في أن المرض عيب وفي بعض أفراده تأمل ٢٣٧
في أن الحمل عيب لو كان للبايع ولا ينافي مع عدم كونه مانعاً من الرد ٢٣٧
الفرق بين الإنسان والحيوان في الحمل والحبل ٢٣٨
في أن الحمل عند المشتري بنفسه مانع عن الرد بمقتضى قول المشهور وما ذكر على خلافه فاسد بنفسه أو بمبناه ٢٣٨
في أن الثيبوبة ليست عيباً في الكبيرة، فلا يوجب الخيار ٢٤٠
في أن كون عدم الختان عيباً مختصّ بمن كان الغالب فيه الختان ٢٤١
في أن عدم الحيض عيب والمدار على أن يعدّه العرف عيباً ٢٤١
في كون الإباق عيباً موجباً للرد والأرش ٢٤٢
في أن الثقل عيب إذا كان زائداً على العادة ٢٤٤
في أن الثقل تارة يوجب نقص الصفة وتارة نقص الكمّ وبيان حكم كلّ حال جهل المشتري وعلمه ٢٤٤
في ما يكون من عيوب السنة من الجنون والبرص والجذام والقرن ورفع الإشكال من غير القرن ٢٤٧
في أن التصرف مسقط للردّ في عيوب السنة ٢٥٠
في عيوب متفرقة والضابط في ما يكون عيباً موجباً للرد وغيره ٢٥٢
الكفر ٢٥٢
في عدم جواز التفكيك بين الرد والأرش في المعيب مع الإمكان ٢٥٣
القول في معني الأرش ٢٥٤

في بيان كلّ من ضمان اليد والضمان المعاوضي ٢٥٤
في بيان أن شيئاً من الثمن لا يقع في مقابل وصف الصحة كما لا يقع في مقابل سائر الأوصاف والشرط ٢٥٥
في بيان أن الضمان المأخوذ في الأرش ليس معاوضياً ٢٥٦
في بيان مبنى فاسد للقولين في المسألة ووجه فساده ٢٥٧
في أن الأرش نسبة التفاوت بين الصحيح والمعيب بالنسبة إلى الثمن ٢٥٧
في أن الأرش بأي مقدار يؤخذ من نفس الثمن ٢٦٠
في أنه على القول بأن الأرش في الذمة هل يتعين من النقدين ٢٦١
فيما لو وجد في المبيع غيره، في بيع الصرف وحكم أرشه ٢٦٢
في بيان أن في الأرش حق التضمين لا الضمان وعلى هذا لاختيار المحق مدخلية لمجيء شيء في ذمة البايع ٢٦٣
في الثمرات بين الضمان وحق التضمين ٢٦٤
في أنه لو اختار الأرش من النقدين ٢٦٥
في بيع الصرف أيضاً لا يفسد البيع ٢٦٥
في دعوى أن الثمن مقابل وصف الصحة وأن الأرش على القاعدة وأن ما يؤخذ أرشاً يكون جزء المبيع حقيقة ٢٦٦
في إبطال دعوى أن البايع يملك مالية وصف الصحة وأن مقتضاه كون الأرش جزءاً للمبيع، لا بدلاً عنه ٢٦٨
في أن العيب المستوعب لقيمة المبيع حال البيع يوجب بطلانه، وحدوثه قبل القبض يوجب الإنفساخ أو ردّ تمام الثمن فقط ٢٦٩
في حكم بيع العبد الجاني خطأ أو عمداً إذا استوعب الجناية قيمته أو لم تستوعب قيمته ٢٧١
الجناية المستوعبة وغير المستوعبة ٢٧٢

في الإشكال على العلامة حيث حكم بالرجوع إلى تمام الثمن..... ٢٧٣
في الجناية الخطائية المستوعبة للقيمة فقط..... ٢٧٣
طريق معرفة الأرش..... ٢٧٤
في أن المقوّم من يخبر عن القيمة المتعارفة والبحث في اعتبار التعدد فيه من جهة أنه شهادة..... ٢٧٤
في بيان الفرق بين الخبر والشهادة وأنه قام دليل على اعتبار واحد منها مطلقاً أم لا، ونقل مسالك العلماء..... ٢٧٥
في نقل ما يستدلّ به على قول العدلين مطلقاً..... ٢٧٨
في أنه لا يتمّ دليل على اعتبار الشهادة أو الخبر مما ذكروه..... ٢٧٩
في بيان حجية الثقة ومقداره ودليله..... ٢٧٩
في أنه إذا وقع موضوعاً لحكم الحاكم يحتاج إلى التعدد..... ٢٨٠
في أنه ليس إجماع على اعتبار التعدد في المقوّم بأي معنىً كان إذا لم يصر موضوعاً لحكم الحاكم وحجية قول أهل الخبرة..... ٢٨١
في إبطال ما تمسك به المصنّف لحجية خبر العادل من أهل الخبرة..... ٢٨٢
في صيرورة قول أهل الخبرة موضوعاً لحكم الحاكم..... ٢٨٣
في أن الخبر الحدسي الذي كان حجة في غير مقام الترافع أي فائدة يترتب عليه في مقام الترافع..... ٢٨٥
في أنه لو تعذر العلم وفقد المقوّم يكون المرجع البراءة..... ٢٨٦
تعذّر معرفة القيمة..... ٢٨٦
في أنه ليس متعلق الأمر المفهوم الكلي فيكون الفرد مقدمة للواجب..... ٢٨٦
في تقدم قول منكر الزيادة مع عدم المقوم أو التعارض..... ٢٨٧
في حدّ حجية قول أهل الخبرة عند التعارض ومدركه..... ٢٨٩
في عدم شمول الدليل للمتعارضين والمتزاحمين وأن الأخذ بأحدهما أو التبعيض

في الآخر بحكم العقل واللفظ قاصر ٢٩١
في حكم المتزاحمين من جهة التبعيض والتخيير وأن المرجح للتبعيض بلحاظ الخارج، لا بلحاظ نفس البيّنتين ٢٩٣
في إجراء حكم تعارض البيّنتين في المقام من تقدم المثبت على الناقل والترجيح لسائر المرجحات وتقديم بينة الخارج ٢٩٣
في إجراء أحكام تعارض البيّنتين في المقام من تقديم أحدهما بالقرعة أو القرعة بعد التساقط ٢٩٥
في إجراء أحكام تعارض البيّنتين في المقام وكذلك الحكم بثبوت التخيير للحاكم وشبه ذلك ٢٩٦
هل يكون للجمع العملي مدرك؟ ٢٩٨
فيما يقال لإثبات الجمع العملي من الأدلة الخاصة ٢٩٨
اختلاف حاصل الجمع ٢٩٩
في بيان الإختلاف بين طريقة المشهور والشهيد في الجمع العملي والسرّ في اختلاف طريقة المشهور مع طريقة الشهيد ٢٩٩
في الجمع العملي وأن الحق طريقة الشهيد ٣٠٠
في وجه رجحان طريقة الشهيد على طريقة المشهور ٣٠١
في رفع الإشكال عن طريقة الشهيد، سواء كان الجمع لسببية البينة أو للجمع بين الحقين ٣٠١
شهادة البيّنات بالقيم أو نفس النسبة ٣٠٣
قاعدة الجمع بين البيّنات ٣٠٤
في أن ما ذكر لإثبات أن الشرط بمعنى الإلزام القدر المشترك بين التبعي وغيره أو خصوص الأخيرتين ٣٠٥
في ردّ ما استدل لكون لفظ الشرط حقيقة في الإلزام والإلتزام التابع أو القدر

المشترك ٣٠٧
في بيان المعاني للفظ الشرط والفرق بين المعنى الجامدي والحدثي من جهات. . . ٣٠٨
في بيان اصطلاح أهل الأصول والعقول والنحو والفقه..... ٣١١
في معنى لفظ الشرط وسائر الإستعمالات له ٣١١
معنى الشرط في قوله «المؤمنون عند شروطهم»..... ٣١١
في اشتراط عدم كون الشرط خارجاً عن تحت القدرة..... ٣١٢

تنبيه ٣١٣
في أن الشرط تارة يذكر لتعليق الإنشاء عليه وتارة لبيان صفة المبيع وتارة بمعنى الإلتزام وأنه على قسمين..... ٣١٣
في عدم الفرق بين الوصف الحالي والمستقبل من جهة الغرر ٣١٤
في الدليل على فساد الشرط الخارج عن تحت قدرة المشروط عليه ٣١٦
في حد اقتضاء ما ذكر من الدليل على فساد الشرط الغير المذكور ٣١٧
في بيان محتملات كلام الشيخ والقاضي لو أردنا التوجيه ورفعنا اليد عن الظاهر. . ٣١٨
في أن التعذر بعد العقد لا يوجب الفساد وبيان ماكان مقدوراً من العقود وآثارها. . ٣١٩
في أن شرط النتيجة عبارة عن اشتراط أثر عقد خاص بدون ذلك العقد مع أنه قام الدليل على انحصار سببه به وفي دليل فساده ٣٢٠
في شرح عبارتي العلامة وأن ما قاله يمكن انطباقه على طريقة المصنف.... ٣٢١
في بيان فساد الشرط إذا لم يكن فيه غرض معتدّ به..... ٣٢٢
في الجواب عمن توهم أن مقتضى القاعدة صحة الشرط الذي لم يكن فيه غرض

معتدّ به عند الشرط ٣٢٣

تنبيه ٣٢٦
في فساد اشتراط ضمان درك المبيع لا لما نقلته عن الأستاد، بل لما ذكره وإشارة إلى المراد منه ٣٢٦
فيما لو شك في أنه كان في الشرط غرض عقلائي وفي اشتراط أن يكون العبد كافراً وخروجه عن محل الكلام ٣٢٧
في أن من شرايط صحة الشرط أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة وبيان بعض ما يدلّ عليه الأخبار الواردة فيه ٣٢٨
في بيان ما ذكر في بيان المراد من الشرط المخالف للكتاب ٣٣٠
في نقل كلام العوائد في معنى الشرط المخالف للكتاب ٣٣١
في الرد على النراقي وبيان ما هو الراجح في معنى الشرط المخالف للكتاب وأصل معنى الشرط ٣٣٢
في أن الحكم تارة يثبت للفعل مع تجرد الفعل عن العناوين الطارية عليه وتارة مطلقاً وبيان مواردهما ٣٣٤
في نقل إيرادات الأستاد على المصنف (ره) ٣٣٧
في معنى الشرط المخالف للكتاب والجواب عنها ٣٣٧
في بيان دعاوي الأستاد (ره) في بيان معنى الشرط المخالف للكتاب وبعض المناقشات على ما ذكره ٣٤١
في إبطال كلام الأستاد (ره) في معنى الشرط المخالف للكتاب ٣٤٢
في بيان معنى الخبر الذي جعله نقضاً وأنه غير منافٍ ٣٤٣
في الموارد التي اختلفوا في صحة الشرط من جهة الإختلاف ٣٤٤
في أن الحكم للعقل ثبت مطلقاً أم لا ٣٤٤

الإشكال في تميز مصاديق القسمين في كثير من المقامات..... ٣٤٥
في حكم الشك في أن الشرط مخالف للكتاب أم لا من جهة الشك في أن الحكم ثبت لمتعلقه مطلقاً أم لا ٣٤٦
في بيان فساد الوجه الذي ذكره المصنف (ره) لإثبات عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب عند الشك بالأصل ٣٤٨
في نقل كلام العوائد من جعل الشرط المخالف اشتراط الحكم المخالف للكتاب وبيان اشتباه المصنف في النقل ٣٥٥
فيما يتعلق ببيان مراد النراقي في معنى الشرط المخالف ٣٥٦
في معنى قوله «إلا ما أحل حراماً أو حرّم حلالاً» ٣٥٦
في أن الشرط المحرم للحلال والمحرم للحرام يكون من قبيل شرط الفعل، لا الحكم ٣٦٠
في أن الشرط المحرم للحلال والمحرم للحرام يكون من قبيل شرط الفعل، لا الحكم ٣٦٠
في نقل ما ذكروه لبيان أن المراد من الشرط المحلل اشتراط نفس الحكم والإشارة إلى الجواب عنه..... ٣٦٢
المناقشة في ما أفاده الفاضل النراقي ٣٦٣
في نقل كلام المحقق القمي (ره) وبيان بعض أنحاء الشرط وبيان وجه صحة كل وفساده..... ٣٦٤

تنبيه في بيان وجه آخر لكون المراد من الشرط المخالف للكتاب هو شرط نفس الحكم الشرعي والجواب عنه..... ٣٦٩

تنبيه في اشتراط عدم تطليق الزوجة وطلاقها..... ٣٧٠

في بيان الشرط المنافي لمقتضى العقد وبيان محتملاته والإشارة إلى حكم كلّ منها ٣٧١

في نقل كلام المصنف والأستاد في أن شرط عدم البيع من الشرط المنافي لمقتضى العقد والمناقشة على ذلك ٣٧٥

في إبطال ما تمسك به لفساد شرط عدم بيع المبيع من غيره. ٣٧٦

في توضيح الشرط المنافي لمقتضى ذات العقد. ٣٧٧

في بيان أنهم يعدون من الشرط المنافي لمقتضى العقد ما يكون منافياً للحكم الشرعي الثابت له ٣٧٨

فيما ذكروه لبطلان شرط عدم البيع وعدم العتق ٣٧٩

الحصاد للبايع مجاناً بل في البناء والعرش يأبد مجاناً ٣٨٢

في حكم الشرط المجهول وإحالته إلى ما تقدم. ٣٨٣

في أنه عدّ من الشرايط أن لا يكون الشرط مستلزماً لمحال. ٣٨٣

في دعوى أن اشتراط بيع المبيع بالباطل باطل وإبطال هذه الدعوى في الجملة. . . ٣٨٤

في دعوى عدم تحقق قصد لو اشترط بيع المبيع بالبايع. ٣٨٥

في بيان المراد من القصد المعتبر في البيع وما تفرعوا عليه. ٣٨٦

في إبطال بعض ما تفرعوا على اعتبار القصد في البيع وأن اشتراط بيع المبيع بالبايع لوكان المبيع معلقاً عليه يبطل. ٣٨٦

تنبيه في تعليق العقد والإنشاء على الشرط ٣٨٧

في فساد البيع لو علّق على بيع المبيع بالبايع ٣٨٨

من شرايط صحة الشرط ذكره في متن العقد ٣٨٩

في فساد بعض وجوه تمسك بها لعدم صحة ماكان التواطؤ عليه من الشرط ولم يذكر

في العقد ٣٩٠
اشتراط تنجيز الشرط ٣٩٢
حكم الشرط الصحيح ٣٩٤
وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي..... ٣٩٨
ما أفاده الشهيد (ره) في بعض تحقيقاته..... ٤٠١
المناقشة فيما أفاده الشهيد قدّس سرّه..... ٤٠٣

فهرس المطالب ٤٠٥

نظرة موجزة

على نشاطات مجمع الذخائر الاسلامية

١ – تحقيق ونشر الآثار الاسلامية والثقافية

٢ – تدوين ونشر فهارس المخطوطات (الحصول على المركز الاول الخاصة فى مجال نشر الفهارس فى ايران خلال السنوات العشر الاخيرة)

٣ – تدوين ونشر فهارس الوثائق (الشرعية والسياسية والفنية والمراسلات والموقوفات وغيرها)

٤ – تشكيل مجاميع للتحقيق والتأليف وتدوين الفهارس

٥ – تحديث الموقع الالكترونى www.zakhair.net ، www.mzi.ir

٦ – انتاج برمجيات علمية ومكتبية خاصة بالمخطوطات والنصوص المخطوطة

٧ – تأسيس مدرسة المخطوطات واعداد القوى البشرية العاملة فى مجالات تدوين الفهارس وعلم الوثائق وأساليب التحقيق فى النصوص القديمة

٨ – التحقيق فى الالواح الحجرية الخاصة بالمزارات والمبانى الاسلامية

٩ – تشغيل الخزانة الكبرى للنصوص القديمة ومكتبة الذخائر الرقمية التى تضم مخطوطات ومطبوعات حجرية ونادرة ووثائق يبلغ عددها الاجمالى مائة ألف نسخة تقع فى ما يزيد عن ثلاثة ملايين ورقة

١٠ – تصوير النصوص القديمة (مخطوطات، وثائق، مطبوعات قديمة نادرة، ألواح) بالطريقة الرقمية فى داخل ايران وخارجها كما تلاحظ بعضها فى موقع الذخائر www.mzi.ir