عمدة الطالب

في التعليق على النكاب

الجزء الثالث

تأليف ثقة العباد

الحاج السيد تقي الطباطبائي القمي

منهج

الشيخ محمد المحلاتي

أستاذ جهاد دان - پاسار - صاحب الزمان

عمدة المطالب

في التعليق على المكاسب

الجزء الثالث

تأليف اقل العباد

الحاج السيد تقي الطباطبائي القمي

عفي عنه

(انتشارات محلاتي)

● **الكتاب:** عمدة المطالب فى التعليق على المكاسب ج٣
● **المؤلف:** الحاج السيد تقى الطباطبائى القمى
● **الناشر:** انتشارات محلاتى
● **المطبعة:** سيدالشهداء عليه السلام تلفون ٧٣٣٧٦٢
● **العدد:** ١٠٠٠ نسخة
● **الطبعة:** الاولى
● **التاريخ:** ١٤١٥ هـ . ق ـ ١٣٧٣ هـ . ش

بسم الله الرحمن الرحيم

في شرائط العوضين

قوله قدس سره : «يشترط في كل واحد منهما كونه متمولاً»

ادعى قدس سره اشتراط البيع بكون كل واحد من العوضين مالاً وما يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجوه:

الوجه الاول: ما أفاده في المصباح من أن البيع مبادلة مال بمال.

ويرد عليه: انه تارة نشك في مفهوم البيع وفي هذا الفرض لابد من التحفظ على كل قيد يحتمل دخله في صدق المفهوم اذ مع الشك في الصدق لامجال لترتيب الاحكام فان التمسك بالعموم أو الاطلاق غير جايز في مورد الشبهة المصداقية ولكن الأمر ليس كذلك في المقام فان سلب عنوان البيع عن بيع ما لا ماليةله غير صحيح وعدم صحة السلب علامة الحقيقة كما ان صحة حمل البيع ايضاً علامة الحقيقة.

وايضاً المتبادر من لفظ البيع تمليك العين بشي وهذا أعم من كون المبادله بين مالين وكونها بين مالا مالية له بمثله وكونها بين المال ومالا مالية له والتبادر علامة الحقيقة وبعد ما ثبت وتحقق مفهوم البيع وانه ليس الاشتراط المذكور معتبراً في مفهومه يستصحب بالاستصحاب القهقري الى زمان المعصوم عليه السلام

ويحكم بأن مفهوم البيع ايضاً كذلك في ذلك الزمان فان الاستصحاب القهقري الذي هو عبارة عن اصالة عدم النقل من الاصول اللفظية الجارية بين العقلاء فهذا الوجه لايرجع الى محصل صحيح.

الوجه الثاني: قوله صلى الله عليه وآله «لابيع الا فيما تملك» وقوله صلى الله عليه وآله «لاطلاق الا فيما تملكه ولا بيع الا فيما تملكه»[1]

بتقريب ان المستفاد من الحديث انه يشترط في المبيع كونه مملوكاً فلا يصح بيع مالا مالية له كحبة حنطة.

وفيه مضافاً الى عدم الاعتبار بسند الحديث المذكوران النسبة بين الملكية والمالية عموم من وجه فانه ربما يكون شيء ذا مالية يبذل بازائه الشيء كجوهر نفيس لا مالك له وربما يكون شيء مملوكاً لا مالية له كحبة حنطة مملوكة لاحد فانها مملوكة ولامالية لها وثالثة يجتمعان كدار زيد.

ولما انجر الكلام الى هنا لا بأس ببيان حقيقة الملكية فنقول: الملكية على أقسام:

القسم الاول: الملكية الحقيقية المختصة بذاته تعالى وتقدس «لمن الملك اليوم لله الواحد القهار»[2] والمراد من هذه الملكية القيومية المطلقه.

«ازمة الامور طراً بيده والكل مستمدة من مدده»

ومثاله في عالم الخلق قيومية الانسان للصور الذهنية فان هوية

---

(١) مستدرك الوسائل الباب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٣ و٤.

(٢) المؤمن، الاية ١٦

تلك الصور وقوامها بالتصور وبمجرد الذهول وقطع النظر عنها تنهدم وتزول.

القسم الثاني: الملكية المقولية التي يعبّر عنها بالجدة كهيئة الراكب على المركوب وامثالها.

القسم الثالث: الملكية الاعتبارية التي قيامها باعتبار المعتبر وهذا القسم اضعف انحاء الملكية والتي تكون محلاً للكلام في المقام هو القسم الثالث فالنتيجة ان الحديث الشريف لا يكون دليلاً على المدعى.

بالاضافة الى أن النبوي على فرض تمامية سندها ودلالتها انما يتم بالنسبة الى المثمن وأما بالنسبة الى الثمن فلا دلالة في الرواية كما هو ظاهر.

الوجه الثالث: قوله تعالى «لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض»[1]

بتقريب ان المستفاد من الاية الشريفة المنع عن المقابلة بين المال والباطل ومالا مالية له فلا يجوز أن يجعل بدل المال مالا مالية له فيلزم أن يكون الثمن والمثمن كليهما مالاً.

وفيه اولاً: ان الجار للسببية لا للمقابلة ويكون المراد النهي عن البيع بالاسباب الباطلة والتجارة بها فلا ترتبط الاية بما نحن فيه.

وثانياً: انه سلمنا المدعى لكن ايضاً لا تدل على المقصود اذ غاية ما يستفاد منها على التقدير المذكور النهي عن المبادلة والبيع بين عوضين لا مالية لهما والحال ان الكلام في اشتراط البيع بكون العوضين مالين والمستفاد من الاية النهي عن البيع الخاص

(١) النساء الاية ٢٩.

واشتراطه بالشرط المذكور في اطار مخصوص ودائرة خاصة.

وبعبارة واضحة المستفاد من الاية في الفرض المذكور المنع عن تملك مال الغير بما لا مالية له واما تملك ما ليس بمال بما لا مالية له فلاتشمله الايةالشريفة والحال ان مقتضىاطلاق نفوذالبيع جوازه فلاحظ.

الوجهالرابع: انّه لولميكن العوضان مالينتكون المعاملةسفهية وفيه، اولاً: انّه يمكن تصوير جهة عقلائية كما لو فرض انّ زيداً أقدم على شراء صورة والده او على شراء خطه او على شراء الشريط الذي سجلفيهصوت والده أواحداعزتهوثانياً: انانفرضان المعاملة سفهائية ولكن اي دليل دلّ على كون المعاملة السفهائية باطلة فان الدليل قائم على بطلان معاملة السفيه واما المعاملة السفهائية فلادليل على بطلانها فالنتيجة انه لايشترط فيالعوضين الشرط المذكور فلاحظ.

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

اثبات وجوب رد المثل في مفروض الكلام مشكل اذ لا دليل على الضمان فان عمدة دليلالضمان السيرة الجارية بينالعقلاء الممضاة عند الشارع ولم يحرز مثل هذه السيرة من العقلاء ومقتضى الشك فيالسيرة جريان البرائة من الضمان فلاحظ.

«قوله قدس سره : فلا يخفى وجوب الرجوع الى عمومات صحة البيع والتجارة»

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

المصداق بل ذكرنا مراراً انه في موارد الشبهة المفهومية يمكن احراز عدم كونه مصداقاً بالاستصحاب.

واما حديث تحف العقول فقد مرّ في اول الكتاب انه ضعيف سنداً ولا جابر له.

«قوله قدس سره: ثم انهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس» الخ

قد تقدم منا انه لا دليل على اشتراط المالية في العوضين واما اشتراط الملكية فيهما فتارة يقع الكلام في المبيع واخرى في الثمن فيقع الكلام في موردين:

أما المورد الاول: فيمكن الاستدلال على الاشتراط بقوله عليه السلام في حديث الصفار انه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليهما السلام في رجل باع قطاع ارضين فيحضره الخروج الى مكة والقرية على مراحل من منزله ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود ارضه وعرف حدود القرية الاربعة فقال للشهود اشهدوا اني قد بعت فلاناً - يعني المشتري - جميع القرية التي حدّ منها كذا والثاني والثالث والرابع وانما له في هذه القرية قطاع ارضين فهل يصلح للمشتري ذلك وانما له بعض هذه القرية وقد اقر له بكلها؟ فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك[1].

فاذا لم يكن البايع مالكاً للمبيع لايجوز بيعه هذا فيما يكون البايع اصيلاً واما اذا كان وكيلاً من البايع اوكان ولياً فايضاً يلزم

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

ان يكون الموكل او المولى عليه مالكاً للمبيع اذلو لم يكن مالكاً لا يجوز له ان يبيع بنفسه فكيف يمكنه ان يوكل غيره في البيع كما انه لايجوز للولي التصرف الذي لا يكون جايزاً للمولى عليه بنفسه فتحصل انه يشترط في المبيع ان يكون مملوكاً للبايع او لموكله او لمن له الولاية عليه.

وأما المورد الثاني: فان قلنا انه اخذ في مفهوم البيع ان يدخل كل من العوضين في كيس من خرج عنه العوض الاخر فلابد من كون الثمن مملوكاً للمشتري كي يحصل العنوان المذكور ويتحقق.

ولكن انا قد انكرنا هذ المدعى وقلنا انه لا دليل عليه وقلنا انه يجوز بمقتضى السيرة اشتراء شيء لشخص آخر كما لو اشترى احد قرصة خبز من الخباز لغيره وايضاً لايبعد ان تكون السيرة جارية على ان يأذن احد لغيره ان يبيع المأذون مال الاذن لنفسه فيدخل المبيع في كيس من اشترى له ويخرج الثمن من كيس المشتري كما انه يخرج المبيع في القسم الثاني عن الاذن ويدخل الثمن في كيس المأذون فلا يشترط في الثمن الشرط المذكور.

ولكن مع ذلك في صدق البيع على مورد لايكون الثمن مملوكاً للمشتري تأمل بل لعله أمر مستنكر في نظر العرف فلو شك في صدق عنوان البيع لايجوز التمسك بدليل صحته لعدم جواز الاخذ بالدليل في مورد الشبهة المصداقية بل يمكن احراز عدم الصدق بالاستصحاب. واما لو لم يشك في الصدق بان احرز عنوان موضوع الدليل وان عنوان البيع صادق على مورد عدم كون الثمن مملوكاً كما لو جعل الثمن من المباحات الاصلية، فلا مانع عن الاخذ بدليل الصحة كقوله تعالى احل الله البيع.

«قوله قدس سره : واحترزوا به ايضاً عن الارض المفتوحة عنوة» الخ

بعد فرض كون الارض مفتوحة عنوة مملوكة للمسلمين كيف يحترز عنها فانها داخلة في الكبرى الكلية فالحق ان يقال ان الشرط ولو كان حاصلاً لكن قد دل الدليل على عدم جواز بيع بعض الاملاك كالوقف والحبس ومنذور الصدقة على قول وغيرها من الموارد ومنها الارض المفتوحة عنوة وتخصيص العام او تقييد المطلق ليس امراً عزيزاً بل امر شايع بعد قيام الدليل فلاحظ.

«قوله قدس سره: الارض اما موات واما عامرة» الخ

تعرض قدس سره لاقسام الارضين واحكامها ونحن تبعاً له نتعرض لكل قسم ونذكر ما يختلج ببالنا القاصر ان شاءالله تعالى.

«قوله قدس سره: ولا اشكال ولا خلاف منا في كونها للامام عليه السلام» الخ

هذا هو القسم الاول وهي الارض الميتة بالاصالة ويقع البحث في هذا المقام في جهات:

الجهة الاولى: في ان الارض الميتة بالاصالة للامام عليه السلام وادعى المصنف قدس سره انها للامام عليه السلام بلا خلاف بين الامامية ونقل الاجماع عليه.

وقد حقق في محله عدم اعتبار الاجماع المنقول وادعى سيدنا الاستاد قدس سره تحقق الاجماع المحصل.

لكن يرد عليه انه على فرض حصوله محتمل المدرك. فالعمدة النصوص الواردة في المقام. وتدل على المدعى جملة من الروايات: منها ما عن حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام قال:

الانفال ما لم يوجف عليه بخيل ولاركاب او قوم صالحوا او قوم اعطوا بايديهم وكل ارض خربة وبطون الاودية فهو لرسول الله صلى‌الله عليه وآله وهو للامام من بعده يضعه حيث يشاء[١].

ومنها ما عن حمادبن عيسى عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام في حديث قال: وللامام صفو المال.

الى ان قال: وله بعد الخمس الانفال والانفال كل ارض خربة قد باد اهلها وكل‌ارض لم‌يوجف عليها بخيل ولاركاب ولكن‌صالحوا صلحاً واعطوا بايديهم على غير قتال وله رؤوس الجبال وبطون الاودية والاجام وكل ارض ميتة لارب لها الحديث[٢].

ومنها ما عن احمد بن محمد عن بعض اصحابنا رفع الحديث‌الى ان قال: قال: وما كان من فتح لم يقاتل عليه الى ان قال: والموات كلها هي له ـ الحديث[٣].

ومنها ما عن اسحاق بن عمار قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الانفال فقال هي القرى التي قد خربت الى ان قال. وكل ارض لارب لها الحديث[٤]

ومنها ما عن أبي‌اسامة زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن الانفال فقال: هو كل ارض خربة وكل ارض لم يوجف عليها بخيل ولاركاب[٥]. ومنها ما عن أبي‌بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: لنا الانفال. قلت وماالانفال قال: منها المعادن والاجام

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال الحديث ١.
(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال الحديث ٤.
(٣) الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال الحديث ١٧.
(٤) نفس المصدر الحديث ٢٠.
(٥) نفس المصدر الحديث ٢٧.

وكل ارض لا رب لها وكل ارض باد اهلها فهو لنا[١].

والانصاف ان الاستفاضة لاتتحقق بهذا المقدار فكيف بالتواتر وفي المقام جملة من الروايات قد عدّ فيها من الانفال الارض الخربة ولكن الاشكال في انه هل يصدق عنوان الخربة على الموات بالاصل والذى يهون الخطب ان الحكم ظاهراً مسلم عند القوم كما صرح به سيدنا الاستاد على ما في تقرير درسه الشريف.

والظاهر انه لا يترتب على البحث المذكور اثر عملي فان الدليل قائم على ان احياء الارض الميتة يوجب صيرورة المحياة مملوكة للمحيي فلا فرق بين كون تلك الارض له عليه السلام اولم تكن.

ويدل على كون الموات بالاصالة مملوكاً للامام عليه السلام ما رواه الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام قال: وجدنا في كتاب علي عليه السلام «ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين» انا واهل بيتي الذين اورثنا الارض ونحن المتقون والارض كلها لنا فمن احيى ارضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها الى الامام من اهل بيتي وله ما اكل منها فان تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحياها فهو احق بها من الذي تركها فليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتي وله ما أكل منها حتى يظهر القائم عليه السلام من اهل بيتي بالسيف فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله صلى الله عليه وآله ومنعها الا ما كان في ايدي شيعتنا فانه يقاطعهم على ما في ايديهم ويترك الارض في ايديهم[٢].

---

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال الحديث ٢٨.
(٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب احياء الموات الحديث ٢.

فان صريح الرواية ان كل ارض مملوكة للامام عليه السلام وعليه تكون الارض الميتة بالاصالة مملوكة له عليه السلام.

ولقائل ان يقول: ان المستفاد من قوله في جملة من الروايات وكل ارض خربة يدل على ان الميتة بالعارض مملوكة له عليه السلام فالميتة بالاصالة مملوكة له عليه السلام بالاولوية.

«قوله قدس سره: وهي من الانفال» الخ

لاحظ ما رواه ابن عمار[1] ولاحظ حديث احمد بن محمد[2].

وحديث داود بن فرقد عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: قلت: وما الانفال؟ قال: بطون الاودية ورؤوس الجبال والاجام والمعادن وكل ارض لم يوجف عليها بخيل ولاركاب وكل ارض ميتة قد جلا اهلها وقطائع الملوك[3]

هذه هي الجهة الثانية فان المستفاد من جملة من النصوص كونها من الانفال.

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

هذه هي الجهة الثالثة وهي صيرورة الارض للمحيي بالاحياء فان السيرة جارية عليه بلا نكير وتدل على المدعى طائفة من النصوص.

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

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٠.

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٠.

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

والنصارى قال: ليس به بأس الى ان قال: وايّما قوم احيوا شيئاً من الارض أو عملوه فهم احق بها وهي لهم [١].

ومنها ما عن محمد بن مسلم أيضاً قال: سمعت أباجعفر عليه السلام يقول: ايّما قوم احيوا شيئاً من الارض وعمروها فهم أحق بها وهي لهم [٢].

ومنها ما عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام قالا: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أحيى أرضاً مواتاً فهي له [٣].

ومنها ما عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من احيى مواتاً فهو له [٤].

ومنها ما عن محمد بن علي بن الحسين قال: قد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله على خيبر فخارجهم على ان يكون الارض في ايديهم يعملون فيها ويعمرونها وما بأس لو اشتريت منها شيئاً وايّما قوم احيوا شيئاً من الارض فعمروا فهم احق به وهو لهم [٥].

فان المستفاد من هذه النصوص ان الاحياء يوجب صيرورة المحيي مالكاً للارض.

«قوله قدس سره: وعليه يحمل ما في النبويين» الخ

لاحظ المرسلين عن النبي صلى الله عليه وآله قال: موتان الارض

---

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

(٢) نفس المصدر الحديث ٤.

(٣) نفس المصدر الحديث ٥.

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

(٥) نفس المصدر الحديث ٧

لله ورسوله فمن احياء منها شيأ فهو له[١].

وعنه صلى الله عليه وآله انه قال: عادى الارض لله ولرسوله ثم هي لكم مني فمن احي مواتاً فهي له[٢].

ان قلت قد فرض ان الارض الميتة مملوكة للامام عليه السلام ومن ناحية اخرى لا يجوز التصرف في مال الغير الا باذنه وكون التصرف موجباً للملكية لا يستلزم جواز التصرف تكليفاً وبعبارة اخرى الكلام في الجهة التكليفية لا في الجهة الوضعية.

قلت لا اشكال في أن العرف يفهم من قوله عليه السلام من احيى ارضاً فهي له الاذن في التصرف والظهور العرفي حجة بلا اشكال.

فانقدح بما ذكرنا ان ما افاده في الجواهر[٣] «من ان الاحياء يحتاج الى الاذن وبلا اذن لا يجوز» مضافاً الى قيام الدليل على عدم جواز التصرف في مال الغير، لا يرجع الى محصل صحيح اذ ان الحرمة التكليفية لا تنافي الجهة الوضعية مضافاً الى ان العرف يفهم من دليل كون الاحياء سبباً، الاذن في الاحياء.

وصفوة القول ان مقتضى الاطلاق كون الاحياء سبباً لحصول الملكية الا ان يقال ان الاجماع قائم على الاشتراط بالاذن كما صرح به صاحب الجواهر ونقل عن المسالك انه لا شبهة في اشتراط اذن الامام عليه السلام في احياء الموات ولكن لا اعتبار بالاجماع المنقول.

---

(١) مستدرك الوسائل ج١٧ الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٥.

(٣) ج ٣٨ ص ١١.

«قوله قدس سره: وربما يكون في بعض الاخبار وجوب اداء خراجها الى الامام عليه‌السلام» الخ.

هذه هي الجهة الرابعة وهي انه هل يجب شيء على المتصرف في الارض بعنوان الخراج أم لا؟ والنصوص الواردة في المقام طائفتان. الطائفة الاولى: ما يدل على وجوب الخراج.

ومن هذه الطائفة مارواه الكابلي[1] والمستفاد من هذه الرواية وجوب أداء الخراج لكن سند الحديث مخدوش بالكابلي فان الرجل لم يوثق.

وسيدنا الاستاد بنى على وثاقته واستدل على مدعاه بكون الرجل واقعاً في اسناد كامل الزيارات.

وقد أوردنا عليه بما لا مزيد عليه ورجع في اواخر حياته عن القول المذكور وعدل عن مسلكه.

ومنها مارواه عمر بن يزيد قال: سمعت رجلاً من أهل الجبل يسأل أباعبدالله عليه‌السلام، من رجل اخذ ارضاً مواتاً تركها أهلها فعمّرها وكرى انهارها وبنى فيها بيوتاً وغرس فيها نخلاً وشجراً قال: فقال أبوعبدالله عليه‌السلام: كان أميرالمؤمنين عليه السلام يقول من احيى ارضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسقها يؤدّيه الى الامام في حال الهدنة فاذا ظهر القائم فليوطن نفسه على ان تؤخذ منه[2].

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١١.

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

ويستفاد من هذه الرواية وجوب الخراج ووجوب ادائه على المحيي والرواية مخدوشة سنداً فان عمر بن يزيد مشترك بين بياع السابري والصيقل ولم تثبت وثاقة الثاني وانما ذكر ابن داود توثيقه عن النجاشي.

وسيدنا الاستاد قدس سره يقول: ليس تعرض لتوثيق الرجل في كتاب النجاشي ولعلّ نسخة ابن داود كان فيها التوثيق ولكن الاشكال تمام الاشكال ان ابن داود بنفسه لم يوثق كما يظهر من كلام الحر في رجاله والله العالم.

ولم اجد في هذه العجالة دليلاً معتبراً على وجوب الخراج على المحيي وقد ورد في بعض النصوص وجوب الصدقة على المحيي لاحظ حديث معاوية بن وهب قال سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول ايّما رجل اتى خربة بائرة فاستخرجها وكرى انهارها وعمرها فان عليه فيها الصدقة فان كانت ارض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فاخربها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله ولمن عمرها[١].

ولاحظ حديث سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي الارض الخربة فيستخرجها ويجري انهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه قال: الصدقة قلت: فان كان يعرف صاحبها قال: فليؤدّ اليه حقه[٢].

ولكن الظاهر ان المراد من الصدقة الزكاة كما يدل عليه مارواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل وانا حاضر عن رجل احيى ارضاً مواتاً فكرى فيها نهراً وبنى بيوتاً وغرس نخلاً

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب احياء الموات الحديث ١
(٢) نفس المصدر الحديث٣.

وشجراً فقال: هي له وله اجر بيوتها وعليه فيها العشر فيما سقت السماء أو سيل واد أو عين وعليه فيما سقت الدوالي والغرب نصف العشر[١].

ومقتضى القاعدة الاولية عدم الوجوب فان الارض بالاحياء تصير مملوكة للمحيي ومقتضى الاستصحاب عدم اشتغال الذمة بشيء كما ان مقتضى البرائة عدمه وضعاً وتكليفاً والسيرة الجارية تقتضي جواز الاحياء وصيرورة الارض مملوكة بالاحياء للمحيي وعدم وجوب شيء على من أحياها.

ويمكن ان يقال في تقريب المدعى انه لو كان الخراج واجباً لكان واضحاً وشايعاً فان مثل هذا الحكم غير قابل لان يبقى تحت الستار ولا يكون معلوماً في الشرع الاقدس.

ولكن لو اغمض عن جميع ما ذكرنا وفرض تمامية الدليل على الوجوب فهل هناك دليل على عدم وجوب الاداء وعلى التحليل ام لا؟ فنقول: يستفاد من جملة من النصوص التحليل.

منها ما عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام: هلك الناس في بطونهم وفروجهم لانهم لم يؤدوا الينا حقنا الا وان شيعتنا من ذلك وآباءهم في حل[٢].

فان مقتضى هذه الرواية انه لا يجب شيء على الشيعة فيمكن ان يقال ان العرف لا يرى معارضة بين الروايتين لكن الجزم به مشكل فان المسفاد من حديث عمر بن يزيد وجوب الاداء ومقتضى حديث

---

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

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

التحليل عدم الوجوب والترجيح بالاحدثية مع حديث عمر بن يزيد[١].

فلا بد من الالتزام بالوجوب ولكن حديث عمر بن يزيد ضعيف سنداً كما تقدم فلا يعتد به مضافاً الى قيام السيرة على عدم الوجوب اضف الى ذلك انه يمكن الجمع بين الجانبين بحمل ما يدل على الوجوب على غير الشيعة وحمل ما يدل على التحليل على الشيعة فعلى جميع التقادير تكون النتيجة عدم الوجوب بالنسبة الى الشيعة لكن التقاريب تختلف بل الحق عدم الوجوب بالنسبة الى غير الشيعة من العامة والكفار والله العالم.

الجهة الخامسة انه هل يختص جواز الاحياء بالشيعة أم يعم غير الشيعة؟ المستفاد من جملة من الروايات الاطلاق وعدم الاختصاص منها ما عن محمد بن مسلم[٢].

ومنها ما عن محمد بن مسلم أيضاً[٣] ومنها ما عن عبدالرحمن ابن أبي عبدالله[٤] والتقييد يحتاج الى الدليل.

ويستفاد التقييد من حديث أبي سيّار مسمع بن عبدالملك في حديث قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: اني كنت وليت الغوص فاصبت اربعمائة الف درهم وقد جئت بخمسها ثمانين ألف درهم وكرهت ان احبسها عنك وأعرض لها وهي حقك الذي جعل الله تعالى لك في أموالنا فقال: ومالنا من الارض وما اخرج الله منها الا الخمس يا أباسيّار الارض كلها لنا فما اخرج الله منها من شيء فهو لنا قال:

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ص١٥.
(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص١٢.
(٣) قد تقدم ذكر الحديث في ص١٣.
(٤) قد تقدم ذكر الحديث في ص١٣.

قلت له: انا احمل اليك المال كله فقال لي: يا أباسيّار قد طيبناه لك وحللناك منه فضمّ اليك مالك وكل ما كان في أيدي شيعتنا من الارض فهم فيه محلّلون ومحلّل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا فيجبيهم طسق ما كان في أيدي سواهم فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الارض من أيديهم ويخرجهم منها صغرة [١].

وهذه الرواية ضعيفة سنداً فلا يعتد بها.

وربما يقال انه يستفاد من حديث ابن مسلم[٢] ان غير الشيعة حتى اليهود يجوز لهم التصرف في الارض ولكن التقريب المذكور فاسد لان ملكية الارض لا تنحصر بالاحياء بل لها اسباب مقررة في الشريعة لكن الاطلاقات الاولية كافية للعموم مضافاً الى السيرة الجارية والارتكاز المتشرعي فلاحظ.

«قوله قدس سره: الثاني ما كانت عامرة بالاصالة أى لا من معمر» الخ.

قال سيدنا الاستاد قدس سره على ما في التقرير ان الصحيح ان يقال أي لا من عامر فان صيغة اسم فاعلٍ لم تستعمل من باب التفعيل نعم صيغة المعمّر من التفعيل لاسم المفعول استعملت في الشخص الذي عمره كثير فيقال فلان معمّر.

وكيف كان هذا هو القسم الثاني من الارضين ويقع البحث في هذا القسم أيضاً من جهات.

---

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

(٢) لاحظ ص١٣.

الجهة الاولى : في ان هذه الاراضي هل تكون مملوكة أيضاً للامام عليه السلام أم لا؟ نقل عن التذكرة دعوى الاجماع على كونها مملوكة للامام عليه السلام.

وتدل على المدعى جملة من النصوص. منها مارواه اسحاق بن عمار[١] ومنها مارواه أبو بصير[٢] ومنها ما رواه الكابلي[٣].

الجهة الثانية: انها من الانفال ويدل عليه حديث ابن عمار[٤].

الجهة الثالثة: في أنه هل يكون دليل على تقييد الارض المملوكة له عليه السلام بكونها ميتة ربما يقال بان الاطلاق الوارد في بعض النصوص يقيد بكون الارض ميتة فان جملة من النصوص قد قيدت بهذا القيد والاطلاق يقيد بالتقييد.

ومن تلك النصوص ما ارسله حماد بن عيسى[٥] والمرسل لا اعتبار به مضافاً الى انه لا وجه للتقييد فانه قد حقق في الاصول ان الوصف وان كان معتمداً لا مفهوم له.

ان قلت: المعروف بينهم ان المولى اذا كان في مقام بيان الضابطة والتحديد ينعقد لكلامه المفهوم والمقام كذلك.

قلت هذا لا يرجع الى محصل صحيح مثلاً لو قال المولى في دليل جعل الله الماء طهوراً وقال في دليل آخر جعل الله ماء البحر طهوراً ولم يدل دليل من الخارج على وحدة المطلوب نحكم بكون الماء

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٠.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص١٠.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص١١.

(٤) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٠.

(٥) قد تقدم ذكر الحديث فى ص١٠.

طهوراً على الاطلاق والحال انه لقائل ان يقول ان قوله ماء البحر بمفهومه يقتضي نفي الطهورية عن غير ماء البحر فانه في مقام التحديد.

ومرجع هذه الدعوى الى اثبات المفهوم للوصف والحل ان كل قضية متكفلة لبيان خصوصية لابد من ذكر القيود المعتبرة في تلك الخصوصية لكن هذا لا ينافي اثبات سنخ ذلك الحكم لموضوع آخر ولذا اشتهر في الالسن ان اثبات شيء لا ينفي الحكم عمّا عداه وأيضاً المعروف بين القوم انه لا تنافي بين الاثباتين.

نعم لو علم من الخارج ان المتكلم في مقام بيان قصر الحكم في موضوع خاص يكون لكلامه نفي الحكم عن غير الموضوع المذكور ولكن هذا ببركة العلم الخارجي ونلتزم بالمفهوم حتى في اللقب فلا تغفل فالنتيجة انه لا وجه للتقييد بل القاعدة تقتضي كون الارض المحياة بالاصالة للامام عليه السلام.

الجهة الرابعة انه هل تملك الارض المحياة بالاصالة بالحيازة أم لا؟ ويقع البحث في هذه الجهة في موضعين.

الموضع الاول: في مقتضى القاعدة الاولية الموضع الثاني في مقتضى الادلة الثانوية.

أما الموضع الاول فنقول مقتضى القاعدة الاولية عدم صيرورتها مملوكة للحائز اذ المفروض كونها مملوكة للامام عليه السلام ولا وجه لصيرورة مال الغير ملكاً لاخر بل مقتضى الاستصحاب عدم الانتقال هذا بالنسبة الى الموضع الاول.

وأما الموضع الثاني فما يمكن ان يستدل به على المدعى أي صيرورتها مملوكة بالحيازة وجهان.

الوجه الاول: النصوص الخاصة منها ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله قال: من سبق الى ما لا يسبقه اليه المسلم فهو احق به[١]. وهذه الرواية مخدوشة سنداً وغير قابلة للاستناد اليها مضافاً الى النقاش في دلالتها فان الظاهر من الحديث ان الحكم المذكور حكم ما لايكون ملكاً لاحد والمفروض انه مملوك للغير اي الامام عليه السلام.

ومنها ما رواه يونس بن يعقوب عن أبي عبدالله عليه السلام في امرأة تموت قبل الرجل او رجل قبل المرأة قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأة وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ومن استولى على شيء منه فهو له[٢].

والحديث ضعيف سنداً وقاصر دلالة فانه وارد في مورد خاص واطار مخصوص.

ومنها ما عن علي عليه السلام انه سئل عن رجل ابصر طيراً فتبعه حتى وقع على شجرة فجاء رجل آخر فأخذه قال: للعين ما رأت ولليد ما أخذت[٣].

والحديث ضعيف سنداً وقاصر دلالة فان الظاهر من الحديث ان اخذ المباحات يوجب الملكية، والمفروض في المقام ان الارض للامام عليه السلام فلا مقتضي لتملكها، فالوجه الاول غير تام.

الوجه الثاني السيرة الجارية بلا نكير فان السيرة جارية على

---

(١) مستدرك الوسائل ج١٧ الباب١ من ابواب احياء الموات الحديث٤.

(٢) الوسائل الباب٨ من ابواب ميراث الازواج الحديث ٣.

(٣) الوسائل الباب ١٥ من ابواب اللقطة الحديث٢.

تملك الاراضي المحياة بالاصالة بلا نكير فلاحظ. الجهة الخامسة في انجواز التملك بالحيازة هل يختص بالشيعة ام يعم غير الشيعة من العامة والكفار؟ الظاهر انه لا فرق في جريان السيرة بالنسبة الى الشيعة وغيرهم. وان شئت قلت: انه لا اشكال بحسب السيرة الجارية الخارجية ان الحيازة من الامور المملكة للحائز ولا فرق في هذه الجهة بين الناس فلاحظ.

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

هذا هو القسم الثالث من الارضين ولافرق بين هذا القسم والقسم الاول الا بانه فرض في القسم الاول كون الارض مواتاً بالاصالة وفرض في هذا القسم اي القسم الثالث العمارة بعد الموت فلا فرق بين القسمين الا بملاحظة الموت قبل الاحياء وملاحظة الاحياء بعد الموت وقد مر الكلام في القسم الاول ويظهر مما ذكرناه هناك حكم هذا القسم كما هو ظاهر فلا وجه للاعادة.

«قوله قدس سره: وهو ملك للمحيى» الخ

كما تقدم وقلنا ان المستفاد من النصوص صيرورة الميتة مملوكة للمحيى بالاحياء.

«قوله قدس سره: بالشروط المذكورة فى باب الاحياء» الخ

والكلام من هذه الجهة موكول الى محله.

«قوله قدس سره: يملك التصرف لا نفس الرقبة» الخ

بل يملك نفس الرقبة بصريح النصوص كما تعرضنا لجملة من النصوص الناصة او الظاهرة في المدعى فراجع ما ذكرناه حول القسم الاول.

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

هذا هو القسم الرابع من اقسام الارضين.

«قوله قدس سره: فان كانت العمارة اصلية فهي مال الامام عليه السلام» الخ

لاحظ ما رواه اسحاق بن عمار[1] فان المستفاد من الحديث ان كل ارض لارب لها له عليه السلام فالارض العامرة بالاصالة والميتة كذلك والميتة بالعرض كلها له عليه السلام لصدق عنوان الموضوع الذي حكم عليه بكونه للامام عليه السلام.

«قوله قدس سره: منشأه اختلاف الاخبار» إلخ

الكلام تارة يقع في مقتضى الاصل العملي واخرى في مقتضى الدليل الاجتهادي اما مقتضى الاصل العملي فربما يقال ان مقتضى الاستصحاب بقاء الارض في ملك المحيي بعد الخراب ولكن قد ذكرنا مراراً ان الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد فالعمدة ملاحظة النصوص الواردة في المقام.

والنصوص الواردة في المقام على طوائف. الطائفة الاولى: ما يدل على ان الارض تصير مملوكة بالاحياء للمحيي ومن تلك الطائفة ما رواه محمد بن مسلم[2] ومنها ما رواه محمد بن مسلم ايضاً[3] ومنها

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٠.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص١٢.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث في ص١٣.

ما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله[1] ومنها ما رواه زرارة[2].
ومقتضى هذه الطائفة بقاء الارض في ملك المحيي الى ان يتحقق ما يخرجها عن ملكه وبعبارة اخرى المستفاد من دليل الاحياء بقاء الارض في ملك المحيي حتى بعد عروض الخراب عليها.

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

قلت: يرد على التقريب المذكور اولاً النقض بالحيازة فهل يتوهم احدان زيداً لو حاز عيناً وصار مالكاً لها فهل يجوز لغيره ان يحوزها وتصير مملوكة له وثانياً انه يرد عليه بالحل وهو ان الظاهر بحسب الفهم العرفي ان الشارع في مقام بيان الاسباب المملكة بالنسبة الى ما لا يكون مملوكاً للغير فلا يجوز تملك املاك الناس بالحيازة او الاحياء.

اضف الى ذلك انه لو التزم بالاطلاق يلزم التعارض في مدلول نفس الدليل الواحد بالنسبة الى موردين منه وبالتعارض يسقط عن الاعتبار.

توضيح المدعى ان مقتضى دليل الاحياء بقاء الملك حتى بعد عروض الخراب وايضاً مقتضاه على الفرض صيرورة المحياة مملوكة للمحيي الثاني ولا يمكن الجمع بين الضدين فيسقط الدليل بالمعارضة فتصل النوبة الى الاصل العملي وهو عدم جعل الشارع الاحياء الثاني مملكاً ويترتب على الاصل المذكور بقاء الارض في

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص١٣.
(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص١٣.

ملك المحيي الاول اذ نعلم بعدم خروجها عن ملكه الا في صورة كون الاحياء الثاني مملكاً.

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

قلت لا مجال لهذا الاشكال اذ لو لم يجز يكون جعل الاحياء مملكاً لغواً اذ فرض ان كل ارض ميتة مملوكة له عليه السلام.

وبعبارة واضحة لا اشكال في كون الموات مملوكة له عليه السلام كما انه لا اشكال في ان الاحياء مملك فلا يكون كونها مملوكة له مانعاً عن التملك فلاحظ.

الطائفة الثانية: ما يدل على ان الارض الخربة ترد الى صاحبها ان كان لها صاحب ولا اثر لاحيائها لاحظ حديث سليمان بن خالد[1].

فان المستفاد من الحديث المذكور ان الارض الخربة المملوكة للغير اذا زرع فيها آخر تجب عليه الزكاة وايضاً يجب عليها اجرة الزراعة الواقعة في ارض الغير ان قلنا بأن قوله عليه السلام يؤدي اليه حقه يكون المراد منه دفع اجرة الارض وان قلنا بان المراد دفع رقبة الارض فلا تعرض في الرواية لدفع الاجرة واما نفس الزرع فللزارع كما هو مقتضى القاعدة فان الزرع للزارع وان كان غاصباً وعلى كلا التقديرين تدل الرواية على بقاء الارض في ملك مالكها الاول.

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص١٦.

ومقتضى اطلاق الرواية عدم الفرق بين كون ملكية الاول بالاحياء او بغيره.

الطائفة الثالثة: ما يدل على ان الخراب ان كان مستنداً الى مالكها يكون الاحياء موجباً للملكية للمحيي الثاني والا فلا لاحظ ما رواه معاوية بن وهب[1].

فان المستفاد من الحديث التفصيل بين الصورتين.

الطائفة الرابعة ما يدل على ان الاحياء موجب لكونه مملكاً على نحو الاطلاق ويدل بالخصوص بالنسبة الى الارض التي خربت بترك اهلها جملة من النصوص لاحظ ما رواه الكابلي[2].

وهذه الرواية مخدوشة سنداً ولاحظ حديث عمر بن يزيد[3] فنقول مقتضى الجمع بين الطوائف الاربع ان يفصل بان يقال ان كان الخراب مستنداً الى المالك الاول يكون الاحياء الثاني موجباً لصيرورة الارض مملوكة للمحيي الثاني وان لم يكن خرابها مستنداً اليه بل كان مستنداً الى آفة سماوية مثلاً تبقى الارض في ملك مالكها الاول ولا فرق في ذلك بين كون سبب الملكية الاولى هو الاحياء او غيره اذ حديث الكابلي مورده ما يكون سبب الملكية الاحياء ولا مفهوم له فعلى تقدير الاخذ به واعتباره لا تختلف النتيجة.

وبعبارة اخرى لا تنافي بين حديث الكابلي وحديث ابن وهب وبعبارة واضحة ان مقتضى الطائفة الاولى بقاء الارض في ملك

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص١٦.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص١١.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث في ص١٥.

المحيي حتى بعد الخراب بلا فرق بين كون الخراب مستنداً اليه او لم يكن بفعله ومقتضى الطائفة الثانية بقاء الارض الخربة في ملك مالكها الاول بلا فرق بين كون الخراب مستنداً اليه وبين مالم يكن مستنداً اليه ومقتضى الطائفة الثالثة التفصيل بين كون الخراب مستنداً اليه وبين ما لم يكن كذلك فبالطائفة الثالثة نقيد الطائفة الاولى والثانية هذا على ما فهمنا من حديث ابن وهب.

ويظهر من صاحب الجواهر[1] انه يمكن ان يستفاد من حديث ابن وهب كون الارض لمالكها الاول بتقريب أن المراد من العامر في قوله عليه السلام ولمن عمرها العامر الاول لاالثاني فلاوجه للتفصيل بل الامر كذلك حتى على القول بالاجمال في حديث ابن وهب اذ مع اجماله يكون المرجع الطائفة الاولى والثانية من الاخبار والمفروض ان المستفاد منهما بقاء الارض في ملك مالكها الاول حتى بعد الخراب ومقتضى الاستصحاب بقائها في ملك المالك الاول.

ويرد عليه ان المستفاد من حديث ابن وهب ان الارض للعامر الثاني واما الاستصحاب فلا يجرى في الشبهات الحكمية لسقوطه بالتعارض.

«قوله قدس سره: فملكهم لا يزول الابناقل» الخ

فانه لاوجه لزوالها مع فرض دخول الارض في ملك المحيي بالاحياء.

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

الظاهر انه لاوجه لزوال الملكية بالخراب فانه قد تقدم منا

(١) جواهر ج٣٨ ص٢٢.

التفصيل بين كون الخراب مستنداً الى المحيي وغيره وقلنا ان لم يكن الخراب مستنداً اليه تبقى الارض في ملكه ولاحق لغيره ان يتصرف فيها بالاحياء واما اذاكان مستنداً اليه فيجوز لغيره احيائها ويصير الاحياء الثاني سبباً لدخولها في ملك المحيي الثاني.

«قوله قدس سره: وقلنا بعدم اعتبار الاسلام» الخ

مع عدم اعتبار الاسلام لايكون فرق بين الكافر والمسلم فالامر كما افاده واما مع اعتباره فلا تدخل في ملكه وتبقى مملوكة للامام عليه السلام اذ المفروض عدم تحقق ما يوجب خروجه عن ملكه عليه السلام.

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

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

«قوله قدس سره : فيبقى على ملكه كسائر املاكه» الخ

على ما هو المقرر.

«قوله قدس سره : فهى ايضاً كسائر املاكه تحت يده» الخ

اذ لا وجه للفرق.

«قوله قدس سره : فيصير ملكاً للامام عليه السلام» الخ

اما مع عدم الوارث فالامر ظاهر فانه عليه السلام وارث من لا وارث له واما في فرض الانجلاء بحيث يتحقق الاعراض فان قلنا ان الاعراض يوجب خروج الملك عن ملك المعرض تخرج الارض باعراض الكافر عن ملكه ومن ناحية اخرى كل ارض مملوكة للامام عليه السلام.

«قوله قدس سره : للمسلمين كافة» الخ

في المقام فروع. الفرع الاول ان الارض المفتوحة عنوة مملوكة لكافة المسلمين وهذا هو المشهور فيما بين القوم بل الظاهر ان الحكم المذكور من المسلمات وتدل على المدعى جملة من النصوص.

«قوله قدس سره : ففي رواية أبي بردة بن رجاء» الخ

عن أبي بردة بن رجاء قال قلت لابي عبدالله عليه السلام: كيف ترى في شراء ارض الخراج؟ قال: ومن يبيع ذلك هي ارض المسلمين قال: قلت: يبيعها الذي هي في يده قال: ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال: لا بأس اشترى حقه منها ويحول حق المسلمين عليه ولعله يكون اقوى عليها وأملأ بخراجهم منه[1] والرواية ضعيفة بأبي بردة.

«قوله قدس سره : وفي مرسلة حماد الطويلة» الخ

لاحظ ما رواه حماد بن عيسى عن بعض اصحابه عن أبي الحسن عليه السلام في حديث قال: يؤخذ الخمس من الغنائم الى أن قال: وليس لمن قاتل شيء من الارضين ولا ما غلبوا عليه الا ما احتوى عليه العسكر الى أن قال: والارضون التي أخذت عنوة بخيل اوركاب فهي موقوفة متروكة في يدي من يعمرها ويحييها الحديث[2].

والمرسل لا اعتبار به.

«قوله قدس سره : وفي صحيحة الحلبي» الخ

عن محمد الحلبي قال: سئل ابو عبدالله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في

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

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

الاسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد الحديث[١]. والحديث تام سنداً.

(قوله قدس سره: ورواية ابن شريح) الخ.

عن محمد بن شريح قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن شراء الارض من أرض الخراج فكرهه وقال: انما ارض الخراج للمسلمين فقالوا له: فانه يشتريها الرجل وعليه خراجها فقال: لا بأس الا ان يستحيي من عيب ذلك[٢] والحديث ساقط سنداً.

«قوله قدس سره: ورواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي» الخ.

عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ارضاً من ارض أهل الذمة من الخراج وأهلها كارهون وانما يقبلها من السلطان لعجز أهلها عنها أو غير عجز فقال: اذا عجز أربابها عنها فلك ان تأخذها الا ان يضاروا وان اعطيتهم شيئاً فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها، قال: وسألته عن رجل اشترى أرضاً من ارض الخراج فبنى بها او لم يبن غير ان أناساً من أهل الذمة نزلوها له ان يأخذ منهم اجرة البيوت اذا اد[٣]واجزية رؤوسهم قال: يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال[٣] والسند ضعيف.

«قوله قدس سره: وفي خبر أبي الربيع الشامي» الخ.

عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لاتشتر من أرض السواد شيئاً الا من كانت له ذمة فانما هو فيء للمسلمين[٤]

---

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

(٢) نفس المصدر الحديث ٩.

(٣) نفس المصدر الحديث ١٠.

(٤) نفس المصدر الحديث ٥.

والسند غير معتبر وفي المعتبر من النصوص الدالة على المدعى كفاية.

«قوله قدس سره: وظاهره كما ترى عدم جواز بيعها» الخ.

الفرع الثاني: انه هل يجوز بيعها ولو تبعاً للاثر ويبحث في هذه الجهة تارة من حيث الاصل الاولي والقاعدة الاولية واخرى من حيث ما يستفاد من النص الخاص اما من حيث القاعدة الاولية فالظاهر انه يجوز بيعها اذ المفروض انها مملوكة للمسلمين فيجوز لولي امور المسلمين أي للامام عليه السلام ومن يكون نائباً عنه ان يتصدى لبيعها.

وأما من حيث النص الخاص فلا يجوز لاحظ ماروّاه الحلبي المتقدم ذكره آنفاً فانه قد صرح في تلك الرواية لقوله عليه السلام لا يصلح في جواب السؤال عن جواز البيع.

«قوله قدس سره: باذن الامام عليه السلام» الخ.

الفرع الثالث انه هل يجوز التصرف فيها بالزرع ونحوه الظاهر انه لابد من التفصيل بان يقال لا يجوز التصرف فيها الا باذن الامام عليه السلام من باب كونه ولي الامر ويكون اختيار اموال المسلمين بيده حيث انه ولي لهم وأيضاً يجوز التصرف باذن السلطان الجائر فانه علم من الشريعة المقدسة ان تصرفات الجائر مورد الامضاء الشرعي ولولم يكن جائزاً ولم يكن تصرفه نافذاً لذاع وشاع.

وأما اذن الفقيه الجامع للشرائط فهل هو كاف في زمان الغيبة أم لا؟ فان قلنا: بولايته وكونه نائباً عاماً للامام عليه السلام في زمان الغيبة يكون تصرفه كتصرف الامام عليه السلام.

وأما لولم نقل بذلك ـ كما لا نقول به ـ فلااثر لاذنه ومقتضى القاعدة الاولية عدم ترتب أثر على اذنه فانه تصرف في مال الغير ومقتضى الاصل الاولى عدم نفوذ التصرف فيه فلاحظ. ولكن هل يمكن الالتزام به فانه مع عدم جواز تصرفاته ربما يلزم تعطيل الارض عن الانتفاع بها.

وبعبارة اخرى يمكن ان يقال أن التصرف فيها ربما يدخل في الامور الحسبية التي بنوا على جواز تصدي المجتهد الجامع للشرائط لها.

«قوله قدس سره: او باجازته ولو لعموم الشيعة» الخ.

الفرع الرابع: هل الشيعة مأذونون من قبله عليه السلام في زمان الغيبة الظاهر انه لا دليل عليه فان أخبار التحليل ناظرة الى مايكون متعلقاً بهم عليهم السلام من الاخماس وامثالها مما يكون مملوكاً لهم واما الاراضي المفتوحة عنوة التي تكون مملوكة لكافة المسلمين فلا تشملها تلك النصوص الدالة على التحليل فلاحظ.

«قوله قدس سره: وهو على حكم الاصل» الخ.

الفرع الخامس: انه لو بنى بناءً في الارض المفتوحة عنوة باذن من له الاذن أو بغير اذنه فهل يكون البناء تابعاً للاصل في كونه مملوكاً للمسلمين أم يبقى في ملك مالكه؟ عن شيخ الطائفة في المبسوط هو الاول ولكن الظاهر عدم تمامية الدعوى المذكورة اما مع الاذن فظاهر اذ لا وجه لخروج البناء عن ملك الباني واما على الثاني فغايته حرمة التصرف في الارض واما خروج البناء عن ملكه فلا وجه له أيضاً فالحق انه يبقى البناء الحادث في الارض على ملك مالكه الاول نعم لوكان البناء الحادث من اجزاء الارض يكون البناء

تابعاً لاصل الارض في كونه مملوكاً للمسلمين اذ لا وجه لخروجه عن ملكهم فلابد من التفصيل.

«قوله قدس سره: في بعض اخبار حل الخراج» الخ.

لاحظ مارواه الحضرمي قال دخلت على أبي عبدالله عليه السلام وعنده اسماعيل ابنه فقال: ما يمنع ابن أبي السمال ان يخرج شباب الشيعة فيكفونه ما يكفيه الناس ويعطيهم ما يعطي الناس ثم قال لي: لم تركت عطاءك قال: مخافة على ديني قال: مامنع ابن أبي السمال ان يبعث اليك بعطاءك اما علم ان لك في بيت المال نصيباً[1] والحديث ضعيف سنداً.

«قوله قدس سره: اوفقها بالقواعد الاحتمال الثالث» الخ.

بتقريب ان الحاكم الشرعي في زمن الغيبة ولي امور المسلمين فلابد من اجازته لكن قد ذكرنا بان المستفاد من الائمة عليهم السلام امضاء تصرفات السلاطين وحكام الجور وانما تصل النوبة الى الحاكم الشرعي من باب كونه ولياً في الامور الحسبية.

فلقائل ان يقول بان تصرف الحاكم الشرعي انما يكون معتبراً فيما يلزم تعطيل الارض وأما مع وجود سلطان الجور وامكان الاستيذان منه فلا تصل النوبة الى الحاكم.

فالحق أن يقال: ان الاستيذان عن السلطان يكفي لما علم من الائمة عليهم السلام ومع عدم الامكان تصل النوبة الى الاستيذان من الحاكم الشرعي ومع عدم امكانه تصل النوبة الى العدول ومع عدم امكانه تصل النوبة الى الاستيذان من الفساق كبقية الامور الحسبية

(١) الوسائل الباب ٥١ من ابواب ما يكتسب به الحديث٦.

وأما الوجه الرابع فلا دليل عليه والحديث المشار اليه ضعيف سنداً كما مر" واما الاخذ بدليل الاحياء فقد تقدم منا انّه ناظر الى غير مملوك الناس والمفروض ان المفتوحة عنوة ملك للمسلمين.

وأما حديث سليمان بن خالد قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي الارض الخربة فيستخرجها ويجري انهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه قال: عليه الصدقة[1].

فلا يبعد ان يقال انه في مقام بيان ما على المتصرف وانه عليه الزكاة وليس في مقام بيان التصرف في املاك الناس الا ان يقال يفهم من جوابه عليه السلام جواز أصل التصرف.

الفرع السادس: هل يجب الخراج على المتصرف في أرض الخراج؟ الحق أنه يقال يجب اذ المفروض ان الارض مملوكة للمسلمين ولا وجه للتصرف المجاني فيه، وعليه اما ان يتصرف فيها باذن من الحاكم الشرعي أو بموافقة السلطان واما يتصرف فيها بلا اذن من أحد.

أما على الاول فاما تجعل الاجارة بالموافقة بين الطرفين، وأما يحصل الاذن في مقابل اجرة المثل واما يحصل الاذن بلا عوض. اما على تقدير جعل مقدار معين أو الاحالة الى اجرة المثل فظاهر.

وأما على تقدير الاذن من السلطان مجاناً، فالظاهر جواز التصرف كذلك لامضائهم عليهم السلام التصرفات العدوانية التي تصدر من السلاطين وحكام الجور.

وأما على تقدير التصرف بلا اذن وبلا مجوز فيكون التصرف حراماً تكليفاً وموجباً للضمان وضعاً على ما هو المقرر من كون

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث٢.

التصرف العدواني في مال الناس موجباً للضمان فلاحظ.

الفرع السابع: في انه ما حكم ما ينفصل عن الارض المفتوحة عنوة.

والحق ان يفصل بان يقال اذا كان حادثاً بفعل المتقبل فهو له كالشجر الذي غرسه في الارض أو الزرع الذي زرعه فيها.

وأما اذا لم يكن بفعل المستأجر فهو على أقسام:

القسم الاول: أن يكون من اجزاء ومتعلقات الارض المملوكة للمسلمين ولا اشكال في كون مثله لهم.

القسم الثاني: الاعيان التي تعدّ منافع للارض كالاشجار وأمثالها ولا اشكال أيضاً في صيرورتها مملوكة للمسلمين.

القسم الثالث: ما يكون منفصلاً عن الارض ويكون معدوداً من المنقولات وهذا القسم يكون للمقاتلين.

القسم الرابع ما يكون مدفوناً في الارض وهذا القسم لا يكون ملحقاً بالارض لعدم الدليل عليه، ويحتمل كونه للمقاتلين لكونه من المنقولات ان لم يكن الدليل منصرفاً عنه.

الفرع الثامن: انه هل يجوز بناية سقاية أو مسجد او وقف وامثالها في الارض المفتوحة عنوة أم لا؟ أما اذا كان باذن الامام عليه السلام فالامر ظاهر فان نفس اذنه دليل على الجواز كما انه لا يبعد الجواز اذا كان باذن السلطان الجائر فان تصرفاته ممضاة عند الشارع الاقدس.

وأما اذا كان بدون الاستيذان فالتصرف باطل وفي غير محله اذ لا يجوز التصرف في مال الغير بدون اذن من بيده الامر وهل يجوز باذن الحاكم الشرعي فيما يكون بيده أمر الارض؟

الذي يختلج ببالي القاصر هو الجواز فان المذكورات لا تنافي منافع المسلمين بل على طبق مصالحهم كما انه لا نرى تنافياً بين كون الارض مملوكة للمسلمين والدار الحادثة فيها موقوفة وقس على الدار بقية الامور.

الفرع التاسع: انه هل يجوز تملك اجزاء الارض التابعة لها من التراب والجص والاجر ونحوها؟ مقتضى القاعدة الاولية عدم الجواز، اذ المفروض انها كالاصل مملوكة للمسلمين.

وما افاده الماتن من احتمال كونها من المباحات الاصلية فيجوز تملكها بالحيازة مدفوع بفساد الاحتمال المذكور فان السبق أو الحيازة انما يؤثر بالنسبة الى ما لا ملك له لا بالنسبة الى مملوك الغير وقد فرض كونها مملوكة للمسلمين كما ان الاخذ من الحاكم لا وجه له فان الحاكم ليس له تمليك اموال المسلمين.

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

وأما الاستدلال على الجواز باستمرار السيرة على بيع الامور المعمولة من تربة ارض العراق من الاجر والكوز والاواني ومايعمل من التربة الحسينية.

ففيه اولاً ان كون أرض العراق كلها مفتوحة عنوة أول الكلام والاشكال ومع الشك في صدق الموضوع يحكم بعدمه بالاستصحاب.

وثانياً: ان استمرار السيرة من المتشرعة المبالين بالدين الى زمان المعصوم عليه السلام وكونها بمنظر ومسمع منه عليه السلام أول الكلام والاشكال.

«قوله قدس سره: واعلم انه ذكر الفاضلان وجمع ممن تأخر عنهما في شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقاً» الخ.

لايخفى ان التعبير بالسبب والشرط والمانع في الاحكام الشرعية تكليفية كانت أم وضعية مسامحة اذ لا تأثير و لاتأثر ولا علية ولامعلولية هناك بل الصحيح في الاحكام الشرعية أن يعبر بالمتعلقات وبالموضوعات فان الوجوب مثلاً يتعلق بالمركب الفلاني وبالفعل الكذائي والملكية تتعلق بالعقد الفلاني والزوجية تترتب على الموضوع الكذائي وهكذا.

هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى الاهمال في الواقع أمر غير معقول فاذا رتب الشارع الملكية على البيع مثلاً فلابد اما ان يكون متعلق اعتباره مطلقاً وبلا قيد واما يكون مقيداً بقيد وعلى هذا الاساس لا مانع عن القول بانه يشترط في العوضين ان يكونا طلقاً أي مطلق العنان أى يشترط فيه ان لا يكون مانع عن البيع ويتفرع عليه عدم الجواز في الموارد المشار اليها وعلى كل تقدير الامر سهل.

«قوله قدس سره: النذر المتعلق بالعين» الخ.

الحق ان النذر لا يكون مانعاً عن صحة البيع فان الامر بالشيء لا يقتضي النهي عن الضد وعلى فرض القول به ايضاً لا يكون مانعاً اذ النهي التكليفي لا يستلزم الفساد الوضعي بل عن أبي حنيفة ان النهي يدل على الصحة وان كان ما قاله فاسد بلا طائل.

«قوله قدس سره: والخيار المتعلق به».

الخيار متعلق بالعقد ولا يرتبط بالعين والحق ان الخيار لا يكون

مانعاً عن صحة البيع والتفصيل موكول الى مجال آخر.

«قوله قدس سره: والارتداد»

بتقريب انه في معرض القتل فلا مالية له وفيه اولاً انه لايشترط في المبيع المالية وثانياً انه لا اشكال في عدم سقوطه عن المالية بالارتداد اذ هو باق على ملك مالكه ويمكن عتقه.

«قوله قدس سره: والحلف على عدم بيعه»

ان تم شرائط الحلف يكون بيعه حراماً بعد الحلف ولكن قد مر آنفاً عدم التلازم بين الجهة الوضعية والتكليفية.

«قوله قدس سره: وتعيين الهدى للذبح»

تعيين الهدي للذبح لا يخرج الذبيحة عن ملك مالكه ولا وجه لفساد بيعه الا ان يقوم دليل معتبر عليه.

«قوله قدس سره: واشتراط عتق العبد في عقد لازم»

اشتراط العتق لا يقتضي فساد البيع وقد تقدم أن الامر بالشيء لا يقتضي النهي عن الضد مضافاً الى انه لا تلازم بين الحكمين.

«قوله قدس سره: والكتابة المشروطة»

الكلام فيها هو الكلام فلا وجه للاعادة.

«قوله قدس سره: على جواز ذلك»

وبناءً على عدم جواز بيعه من قبل الوارث وضعاً.

«قوله قدس سره: فانه مانع من لزوم»

فعليه يكون البيع جائزاً غاية الامر لا يكون لازماً فلاحظ.

«قوله قدس سره: لا يجوز بيع الوقف» إلخ.

يقع البحث في مقامين: المقام الاول: في بيان حقيقة الوقف

وبيان مفهومه. المقام الثاني: في الوجوه التي يمكن الاستدلال بها على عدم جواز بيعه.

أما المقام الاول: فالمستفاد من موارد الاستعمال وكلمات اهل اللغة ان الوقف عبارة عن جعل الشيء ساكناً كما يقال وقفت سفينة المساكين. قال في مجمع البحرين: تكرر ذكر الوقف في الحديث وهو تحبيس الاصل واطلاق المنفعة وعن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: حبس الاصل وسبّل الثمرة[1].

فيمكن ان يقال ان الوقف الخارجي جعل الشيء ساكناً والوقف الاعتباري عبارة عن جعل الشيء ساكناً وغير متحرك في ظرف الاعتبار.

وعليه نقول: الوقف بماله من المعنى ينافي البيع ومع ذلك لا ينافي جواز بيعه في بعض الموارد اذ التخصيص امر جايز فجواز البيع في موارد الجواز من باب التخصيص لا من باب التخصص فلاحظ.

وأما المقام الثاني وهو عدم جواز بيع الوقف فيمكن الاستدلال عليه بوجوه.

الوجه الاول: ان الوقف بماله من المفهوم اشرب فيه التوقف والسكون وعدم الانتقال في وعاء الاعتبار.

الوجه الثاني: الاجماع والظاهر ان الامر فوق الاجماع اي عدم جواز بيع الوقف من الواضحات عند عامة المتشرعة فضلاً عن الفقهاء.

الوجه الثالث: قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب مايوقفها

---

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

اهلها» فعن محمد بن الحسن الصفار انّه كتب الى أبي محمد الحسن ابن علي عليهما السلام في الوقف وما روي فيه عن آبائه عليهم السلام. فوقع عليه السلام الوقوف تكون على حسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله[١].

وعن محمد بن يحيى قال: كتب بعض اصحابنا الى أبي محمد عليه السلام في الوقوف وما روي فيها فوقع الوقوف على حسب ما يقفها أهلها ان شاء الله[٢].

فان المستفاد من النص ان الشارع الاقدس امضى الوقف على طبق ما جعله الواقف ومن الظاهر ان الواقف يوقف الموقوفة عن الحركة الاعتبارية ويسكنه فلا مجال لحركته اى انتقاله من ملك الى ملك آخر.

الوجه الرابع: جملة من النصوص. منها ما رواه ربعي بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال تصدق امير المؤمنين عليه السلام بدار له في المدينة في بني زريق فكتب:

بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب وهو حي سوي تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لاتباع ولاتوهب حتى يرثها الله الذي يرث السموات والارض واسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش عقبهن فاذا انقرضوا فهي لذي الحاجة من المسلمين[٣].

---

(١) الوسائل الباب٢ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث١.

(٢) نفس المصدر الحديث٢.

(٣) الوسائل الباب ٦ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث٤.

فان المستفاد من الحديث ان قوام الوقف بسكونه وعدم انتقال بالبيع ونحوه من النواقل.

وتقريب الاستدلال على المدعى بالرواية ان قوله لاتباع ولا توهب يدل على انالصدقة على نوعين احدهما صدقة قابلةللانتقال كالصدقات المستحبة وكالزكاة الواجبة ثانيهما صدقة غير قابلة للنقل كالوقف والدليل على كونهما صفتين للنوع فتدلان على تنويع الصدقة بنوع قابل في ذاته للانتقال ونوع غير قابل ذاتاً له امور:

منها ان الظاهر من كلامه عليه السلام صدقة لاتباع ولا توهب مفعول مطلق لقوله تصدق فيكون كلامه دليلاً على المدعى كما هو ظاهر.

ومنها انه لو كان وصفاً للشخص كان المناسب ان يتأخر في الذكر عن الموقوف عليه وبعبارة اخرى القانون الادبي يقتضي تأخر الشرط عن المشروط عليه.

ومنها انه لوكان وصفاً للشخص وشرطاً في خصوص الوقف المذكور لكان حقه ان يصدر بقوله بشرط ان يكون كذا كما هو المعمول في باب الاشتراط.

ومنها ان شرط الفعل لا يقتضي المنع الوضعي بل يقتضيالمنع التكليفي فقط فلو باع احد داره من آخر واشترط عليه ان لايتزوج بفلانة فان المشروط عليه لو تزوج بفلانه يكون ازدواجه صحيحاً نعم يكون حراماً تكليفاً وعليه لو باع الموقوف عليه الوقف ولو مع شرط عدم البيع يكون بيعه صحيحاً.

الا ان يقال ان التزم بكون الوصف وصفاً للشخص يلتزم باللازم المذكور لكن لا وجه له فلاحظ

وصفوة القول انه لا اشكال في ان الظاهر من الحديث المذكور ان الوقف بذاته متصف بالوصف المذكور ومتقوم بكونه غير قابل للانتقال.

«قوله قدس سره: كان اشتراط عدمه على الاطلاق فاسداً» الخ

اشتراط عدم التصدي للامر الجايز لا يكون مخالفاً للشرع فانه تارة يشترط على الموقوف عليه ان لا يكون البيع جايزاً واخرى يشترط عليه انه لا يبيع. أما على الاول فالشرط فاسد.

وأما على الثاني فلا وجه للفساد مثلاً تارة يشترط البايع على المشتري أن لا يشرب الماء شهرين واخرى يشترط عليه أن يكون شرب الماء حراماً عليه مدة شهرين فان الشرط الاول جايز ويجب على المشتري أن يعمل به ويكون الشرب حراماً عليه مدة شهرين فان الشرط يوجب صيرورة الحلال حراماً بالاشتراط وأما الاشتراط يكون مخالفاً مع الشرع فلاحظ.

الثاني فلا يصح لانه مخالف مع الشرع وأما عدم شرب الماء فلا

ومنها مارواه ابوعلي ابن راشد قال: سألت اباالحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك اشتريت ارضاً الى جنب ضيعتي بالفي درهم فلمّا وفرت المال خبرت ان الارض وقف فقال: لا يجوز شراء الوقوف ولا تدخل الغلة في ملكك ادفعها الى من اوقفت عليه قلت: لا اعرف لها رباً قال: تصدق بغلتها[1].

---

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث ١.

فان الرواية بصراحتها تدل على عدم جواز بيع الوقف.

ومنها ما رواه عجلان ابو صالح قال: أملى ابو عبدالله عليه السلام: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به فلان بن فلان وهو حي سوى بداره التي في بني فلان بحدودها صدقة لاتباع ولاتوهب حتى يرثها وارث السماوات والارض وانه قد اسكن صدقته هذه فلاناً وعقبه فاذا انقرضوا فهي على ذي الحاجة من المسلمين[1].

وتقريب الاستدلال بالرواية يظهر مما ذكرنا في تقريب الاستدلال بحديث ابن راشد فلا وجه للاعادة.

ومنها ما رواه ايوب بن عطية قال: سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول: قسم رسول الله صلى الله عليه وآله الفيء فأصاب علياً عليه السلام ارض فاحتفر فيها عيناً فخرج منها ماء ينبع في السماء كهيئة عنق البعير فسماها عين ينبع فجاء البشير يبشره فقال: بشر الوارث بشر الوارث هي صدقة بتاً بتلاً في حجيج بيت الله وعابر سبيله لاتباع ولا توهب ولا تورث فمن باعها او وهبها فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً[2].

فان المستفاد من الحديث ان الوقف لايباع ولا يوهب.

ومنها مارواه ابن الحجاج قال: بعث الي بهذه الوصية ابو ابراهيم عليه السلام هذا ما اوصى به وقضي في ماله عبدالله على ابتغاء وجه الله ليولجني به الجنة ويصرفني به عن النار ويصرف النار عني يوم تبيض وجوه وتسود وجوه ان ما كان لي من مال بينبع من مال

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

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

يعرف لي فيها وما حولها صدقة ورقيقها الى ان قال: لا يباع منه ولا يوهب ولايورث الحديث[١].

فانه يستفاد من الحديث ان الوقف نوع صدقة لايباع ولا يوهب ولا مجال لان يتوهم انه قد شرط على الموقوف عليه عدم البيع لان المستفاد من الحديث انه لايجوز بيعه ولا شرائه ومن الظاهران الشرط على الموقوف عليه يقتضي عدم جواز بيعه واما حرمة الاشتراء فلا وجه لها اذ المشتري لايكون مشروطاً عليه فيعلم ان بيع الوقف ممنوع وضعاً فلا فرق بين البايع والمشتري فلاحظ.

«قوله قدس سره : ومما ذكرنا ظهران المانع عن بيع الوقف امور ثلاثة» الخ

يرد عليه اولاً: انه كيف ظهر مما ذكر اذ لم يظهر شيء مما ذكر وثانياً ان ما افاده ليس تاماً اما الواقف فبعد الوقف اجنبي عن العين الموقوفة فاي حق له بعد كي يكون مانعاً.

مضافاً الى أنه اي تناف بين بيع العين الموقوفة وجعل عوضها صدقة جارية وأما البطون المتأخرة فعلى فرض كونهم ذوي الحقوق بالنسبة الى العين الموقوفة فالامر بالنسبة اليهم كما ذكرناه في الواقف اذ اي تناف بين الامرين بان نقول يجوز البيع ويجعل بدل العين موقوفاً.

اضف اليه انه أي دليل دل على ثبوت حق مانع عن البيع واما التعبد الشرعي فليس الا حكم الشارع بعدم الجواز ولا مجال لان يقال ان المانع التعبد الشرعي المكشوف عنه بالروايات،

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

فان النهي الشرعي يقتضي عدم الجواز لا ان النهي كاشف عن مانع موجود في الرتبة السابقة.

وعلى الجملة لا مانع عن بيع الوقف الا حكم الشارع بعدم الجواز واما كونه له وعليه عوضه فلا ينافي جواز بيعه فان الصدقات المستحبة وكذا الواجبة له تعالى وعليه عوضه ومع ذلك يجوز بيعها ولا تنافي بين الامرين.

«قوله قدس سره: وسيجيء التفصيل»

ويظهر ان شاء الله تعالى انه لا مانع الا النهي الشرعي فانتظر.

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

وقع الكلام بينهم في أن الوقف هل يبطل بعروض مجوز البيع أو يبطل بالبيع خارجاً اختار الاول الشيخ الكبير وتلميذه صاحب الجواهر وذهب الى القول الثاني الماتن قدس سره.

وتقريب الاستدلال على القول الاول ان بقاء الوقف بحاله وجواز بيعه متنافيان فلابد من الالتزام بزوال عنوان الوقف بعد عروض مجوز بيعه.

ويرد عليه اولاً: ان الكلام في موارد بيع الوقف فلابد من التحفظ على الموضوع.

وثانياً: انه لو بطل الوقف بعروض مجوز البيع فهل تكون العين بعد بطلان الوقف من المباحات الاصلية او ترجع الى ملك الواقف او تصير مملوكة للموقوف عليهم ملكاً طلقاً الظاهر بطلان جميع المذكورات فلابد من الالتزام ببقاء الوقف بحاله وعدم خروجه عن

الوقفية الا بالبيع.

وثالثاً ان" التقريب المذكور للاستدلال على مدعى كاشف الغطاء فاسد من اصله واساسه اذ لاتنافي بين الامرين لانه يمكن انشاء الوقف واعتبار عدم الحركة من الواقف والشارع الاقدس يحكم بالجواز في المورد الفلاني.

ويمكن ايضاً ان الواقف من اول الامر يعتبر عدم حركة العين الا مع عروض المجوز ويرفع اليد عن اعتباره عند تحقق البيع مع اجتماع الشرائط المقررة فمادام لم يتحقق البيع يكون الوقف بحاله وبعد تحقق البيع ينتقل ويبطل الوقف فما افاده الماتن هو الصحيح ولا اشكال فيه.

«قوله قدس سره : فتأمل»

يمكن أن يكون أمره بالتأمل اشارة انه لا وجه للمقايسة بين المقامين فان جواز الهبة لا ينافي حقيقة الهبة اذ الهبة عبارة عن التمليك المطلق ولا تنافي بين التمليك على الاطلاق وثبوت حق للواهب في رفع العقد وحله بل الجواز قوامه بتحقق الملكية المطلقة فان الجواز مترتب على تحقق العقد وثبوته واما الوقف فمتقوم بعدم الحركة وبقاء السكون فلا يجتمع السكون مع الحركة فلاحظ. ولكن قد ظهر مما ذكرنا عدم التنافي في المقام ايضاً.

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

كيف يمكن الاذعان بما افاده اذ نسئل ان الواقف هل يعتبر الوقوف والسكون حتى مع عروض البيع على العين او يكون اعتباره للسكون مقيداً بعدم عروض البيع او مهمل؟

اما الاهمال فغير معقول واما التقييد فلا يكون متعرضاً لصورة البيع واما الاطلاق فمرجعه الى المنع عن البيع اي باعتباره السكون على الاطلاق يلغي اثر البيع فالحق ان الوقف متقوم بالمنع عن البيع لكن لاعلى نحو الاشتراط بل بلحاظ اعتبار السكون وعدم الحركة على الاطلاق الا فيما يباع مع مجوز البيع.

«قوله قدس سره : بل هو فى غير المساجد وشبهها قسم من التمليك»

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

وبعبارة اخرى: الوقف في غير المسجد قبل الوقف ملك للواقف وبعده ملك للموقوف عليه واما المسجد فايضاً وقف لكن ليس مملوكاً لجهة من الجهات بل المسجد تحرير للعين عن الملكية وجعل العين معنوناً بعنوان المسجدية الذي يترتب عليه احكام خاصة وصفوة القول ان المسجد نوع من الوقف غاية الامر لايكون له موقوف عليه. ولذا قال سيدنا الاستاد في منهاجه في المسئلة الثانية من كتاب الوقف «الوقف تارة يكون له موقوف عليه يقصد عود المنفعة اليه وتارة لا يكون كذلك والثاني وقف المسجد» انتهى موضع الحاجة من كلامه.

فلا يصح ما ربما يتوهم من ان المسجد لا يكون وقفاً بل هو تحرير فانه خلاف المرتكز المتشرعي وخلاف المشتهر بين المسلمين من كون المسجد من مصاديق الوقف ولذا السيرة جارية على اجراء انشاء وقفه بصيغة الوقف فالحق ان يقال اذا لوحظ في الوقف الموقوف

عليه تكـون العين مملوكـة له واما المسجـد فهو وقف بلا لحـاظ موقوف عليه.

فالوقف عبارة عن اعتبار السكون وعدم الحركة الاعتبارية فتارة يعتبر انتقاله الى جهة واخرى اخراج عن الملك وتحرير له عن قيد المملوكية بلا ادخاله في مملوكية اخـرى فلاحظ هـذا تمام الكلام بالنسبة الى المساجد.

وأما غير المساجد فالظاهر انه ليس كالمسجد فان التحرير يختص بالمسجد واما غيره فهو كبقية الاوقاف مملوك للموقوف عليه حتى ان الامر كذلك بالنسبة الى موقوفات المسجد فان فرش المسجد مثلاً مملوك للمسجد.

ويظهر الفرق بيـن القول بكون الموقـوف ملكاً للجهة الخاصـة وكونه محرراً في الضمان وعدمه فانه لو اتلف احد شيئاً من الوقف فعلى تقدير الالتزام بكونه مملوكاً يتحقق الضمان وعلى تقـدير عدم الالتزام بالملكية لا مقتضي للضمان.

«قوله قدس سره : اذا عرفت ما ذكـرنا فيقع الكلام تـارة فى الوقف المؤبد» الخ

الوقف اما مؤبد واما غير مؤبد والمراد بالمؤبد ما لا يتصور فيه الانقضاء كالاوقاف العامة والمراد بغير المؤبد الاوقاف الخاصة التي يتصور فيها انقراض الموقوف عليهم كالوقف للذرية طبقـة بعد طبقة والظاهر انه ليس المراد من غير المؤبد المـوقت فانـه مستنكر عند ارتكاز المتشرعة اذ التأبيد مقوم للوقف.

والمؤبد علـى اقسام: القسم الاول: المسجد فانه تحرير وقسم من الوقف المؤبد وعدم جواز بيعه من الواضحات الاولية مضافاً الى

انه لايكون مملوكاً ولا بيع الا في ملك.

القسم الثاني: ما يكون وقفاً على القسم الاول كالفرش والسراج وامثالهما مما يكون وقفاً للمسجد فان هذه الاشياء مملوكة للمسجد لاجل انتفاع المسجد بها.

القسم الثالث: ما يكون وقفاً لطائفة خاصة لاجل انتفاعهم بنفس العين كالمدارس الموقوفة على الطلاب فانها مملوكة لهم لاجل ان ينتفعوا بها.

القسم الرابع: ما يكون وقفاً لطائفة او جهة لاجل الانتفاع بمنافعها كالحمام الموقوف على زوار الحسين عليه السلام فانه مملوك لكلي الزائر لاجل انتفاعه بمنافعه وتكون منفعتها مملوكة لذلك الكلي.

القسم الخامس: ان يكون وقفاً للجامع بين الانواع المختلفة كالقناطر والجسور وامثالهما فانها وقف على كلي المار عليها ومملوكة له لاجل الانتفاع بها بالعبور عليها وقس عليها بقية الموارد.

وفي بعض هذه الاقسام تكون المنفعة مملوكة للموقوف عليه كالحمام الموقوف ونحوه وفي بعض الاقسام يكون المملوك للموقوف عليه الجهة الخاصة كالسكنى في المدارس والعبور على القناطر وهكذا.

والدليل على المدعى المذكور قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها» فان مقتضى الجملة المذكورة ان الواقف باي نحو اعتبر وانشأ يكون نافذاً شرعاً مضافاً الى انه لا يبعد ان ما

ذكرنا موافق للارتكاز المتشرعي فان التأمل في موارد الاوقاف يقتضي ان الامر كما ذكرنا.

والانصاف ان ما قلناه وحققناه امر مطابق للارتكاز وتقتضيه القاعدة المستفادة من الشرع الاقدس فلاحظ واغتنم.

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

قد ظهر مما ذكرنا ان الوجه المذكور لايكون دليلاً على المدعى فانه لاتنافي بين كون العين الموقوفة مملوكة للموقوف عليه وبين عدم كونه مالكاً للمنفعة فانا قد ذكرنا ان اعتبار الواقف يختلف والجامع بين الكل أن يجعل العين ملكاً للموقوف عليه الا في المسجد فانه تحرير لا تمليك فالتمليك جامع بين جميع الاقسام.

غاية الامر التمليك تارة لاجل تملك المنفعة واخرى لاجل تملك الانتفاع ويمكن ان يقال انه ليس في القسم الثاني تملك للانتفاع بل الموقوف عليه له ان ينتفع بالمدرسه او بالخان او بالجسر والقنطرة وهكذا.

ولا يخفى انه لا يجوز البيع في جميع هذه الموارد لعدم جواز بيع الوقف وليعلم ان المالك ليس هو الشخص الخارجي بل المالك الجامع العنواني ككون الخمس ملكاً للسيد والزكاة للفقير.

«قوله قدس سره : يوجر للزراعة ونحوها» الخ

باي مستند يمكن الاستناد في جواز اجارة المسجد مثلاً فان امر الاجارة بيد من بيده الاختيار بان يكون المؤجر مالكاً للعين اووكيلاً عن المالك او ولياً على المالك اوله الولاية على التصرف في العين.

وفي المقام لا اشكال في عدم تحقق العناوين الثلاثة الاولية وأما الولاية على التصرف في العين فلا دليل عليها ومقتضى الاصل الاولي الفساد في المعاملات والامور الوضعية.

وصفوة القول انه لا فرق بين البيع والاجارة بالنسبه الى عدم الجواز لعدم الدليل عليه نعم مقتضى القاعدة الاولية في صورة عدم المزاحمة وعدم ترتب محذور يكون الانتفاع من المسجد جايز أللسيرة ولا يوجب الضمان لعدم كون المسجد مملوكاً بل عنوانه التحرير.

ولذا قلنا ان الوقف اقسام القسم الاول: ما يكون محرراً وغير مملوك لاحد ولا لعنوان كلي ولا لمجموع من الاشخاص ولا لجهة من الجهات بل المسجد محرر عن المملوكية.

ان قلت: قوله تعالى «وان المساجد لله فلا تدعوا مع الله احداً[1]، يدل على ان المساجد له تعالى فكيف لايكون المسجد مملوكاً بل هو مملوك له تعالى.

قلت: لادليل على كون المراد من المساجد المذكورة في الاية ما نحن بصدده فانه يمكن ان يكون المراد بها مواضع السجود في بدن المكلف.

كما يظهر من كلام عن أبي جعفر محمد بن على الجواد عليه السلام في جواب الخليفة العباسي الملعون حين سئله عن موضع قطع يد السارق والقضية مشهورة، وهي سؤال المعتصم له قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: السجود على سبعة اعضاء الوجه واليدين والركبتين والرجلين وقال الله تبارك وتعالى «وان المساجد لله» يعنى بهذه

(١) الجن/١٨.

الاعضاء السبعة التى يسجد عليها، فلا تدعوا مع الله احداً وما كان لله لم يقطع يعني لم يقطع في السرقة من غير مفصل الاصابع من اليد ويبقى الكف للسجود عليه[١].

وقال في مجمع البيان وقيل المساجد مواضع السجود من الانسان وهي الجبهة والكفان و اصابع الرجلين وعينا الركبتين وهي له تعالى اذ خلقها وانعم بها فلا ينبغي ان يسجد بها لاحد سوى الله تعالى الى ان قال:

وقيل ان المراد بالمساجد البقاع كلها وذلك لان الارض كلها جعلت للنبي صلى الله عليه وآله مسجداً الخ فلا تدل الاية الشريفة على كون المسجد مملوكاً له تعالى.

والذي يؤيد بل يدل على ما ندعي ان الواقف للمسجد لا يقول في مقام الانشاء اني وقفت هذا المسجد للصلاة أو لغيرها بل يقول اني وقفت هذا المكان للمسجد أو يقول اني جعلت هذا المكان مسجداً فالمسجد نوع خاص من الوقف في قبال بقية الاقسام.

ويترتب على ما ذكرنا انه لا يجوز بيعه اذ لا بيع الا في ملك ويشترط في البيع كون المبيع مملوكاً فعدم جواز بيع المسجد لا يحتاج الى دليل خارجي بل عدم جوازه مقتضى القاعدة الاولية وايضاً لا يجوز اجارته لعدم المقتضي للجواز نعم كما تقدم لامانع عن الانتفاع به فيما لايكون مزاحماً مع العابدين والراكعين والساجدين ولا يوجب الانتفاع منه الضمان لعدم كونه مملوكاً فلاحظ.

القسم الثاني من الوقف أن يكون وقفاً للذرية كما هو المتعارف وهذا يتصور على نحوين.

---

(١) البرهان ج٤ ص ٣٩٥ الحديث ٦.

احدهما: أن تكون منفعة الوقف لهم كالدار الموقوفة فانها توجر ويكون مال الاجارة للذرية كلهم يقسم بينهم بالسوية اذ لا وجه لترجيح بعضهم على غيره والتصرف في العين في هذه الصورة يوجب الضمان.

ثانيهما: ان يكون الموقوف عليه مالكاً للانتفاع بالسكنى فيها والظاهر ان التصرف في العين والانتفاع منها يوجب الضمان اذ المفروض ان العين والانتفاع منهما كليهما مملوكان للموقوف عليه ولا يجوز بيع هذا القسم من الوقف ايضاً الا مع تحقق ما يقتضي الجواز ولا وجه للتفصيل في عدم الجواز بين الوقف الدائم والمنقطع بالالتزام بعدم الجواز في الاول والجواز في الثاني.

القسم الثالث: الاوقاف العامة كالمدارس والخانات والحمامات وهو على نحوين ايضاً.

احدهما ان تجعل العين وقفاً للطلبة بحيث ترجع منفعة العين اليهم ويكون الموقوف عليه مالكاً لمنفعة الدار.

ثانيهما: ان يكون الموقوف عليه مالكاً للانتفاع اي مالكاً للسكونة مثلاً والظاهر ان الانتفاع من العين لغير الموقوف عليه يوجب الضمان لقاعدة الاتلاف.

ولا يخفى ان التعبير بملكية الانتفاع في مقابل ملكية المنفعة يكون المراد منه ان الموقوف عليه تارة يكون مالكاً للمنفعة على الاطلاق واخرى يكون مالكاً للحصة الخاصة من المنفعة اي السكنى مثلاً، والاكيف يكون الانسان مالكاً لفعل نفسه فالمقصود من الانتفاع المنفعة الخاصة.

القسم الرابع: باعتبار والخامس باعتبار آخر وهو الوقف على الوقف كالقناديل الموقوفة على الضرايح المقدسة والفرش وامثاله الموقوفة على المساجد وأمثالها فانها ايضاً مملوكة للوقف ولامانع منه فان الاعتبار خفيف المؤنة وموافق مع الارتكاز العقلائي المتشرعي.

وببيان واضح لا مانع عن كون الجهة الخاصة مالكة فيقال هذا فرش المسجد وهذا سراجه وهذا منبره وهكذا واتلافه يوجب الضمان.

بقي الكلام في المشاهد المشرفة وما يتعلق بها فالكلام يقع في موضعين احدهما، فيما يتعلق بها من الفرش وامثاله. ثانيهما في نفس الارض.

أما الموضع الاول: فلا اشكال في كون الالات المتعلقة موقوفة لهذه الناحية كالالات المتعلقة بالمسجد.

وأما الموضع الثاني اي نفس اراضي المشاهد المشرفة فقال سيدنا الاستاد قدس سره : انها كالمسجد في كونها تحريراً وليس وقفاً وتمليكاً ويترتب عليه ما يترتب على المسجد من الاحكام.

ويرد عليه انه لادليل على ما افاده اذ لا وجه للمقايسة بين المقامين فان المشاهد المشرفة موقوفة ومملوكة للناحية الخاصة وهي الناحية المقدسة كما هو المرتكز في الارتكاز المتشرعي ولا دليل على كونها تحريراً.

وأوضح اشكالاً ما أفاده من ترتب أحكام المسجد عليها اذ لادليل لهذه الدعوى مثلاً الحكم بحرمة تنجيسها ووجوب تطهيرها أوالحكم بحرمة دخول الجنب والحائض فيها أو الحكم بكون الصلاة فيها

مستحباً مع قطع النظر عن الروايات الواردة الدالة على فضائلها قول بغير علم ولا مجال لتوهمه والله العالم.

«قوله قدس سره : فالمدار على الراجح»

كيف يمكن تحقق الرجحان مع فرض التعارض والتساوي في الجهات المذكورة فان مرجعه الخلف فلاحظ.

«قوله قدس سره : والا جعلت في المماثل وإلا ففي غيره» الخ

بتقريب أن ارتكاز الواقف هكذا يقتضي والانصاف ان الجزم بهذه المقالة مشكل.

والذي يختلج بالبال أن يقال ان كان الارتكاز المذكور بحيث يكون في نظر العقلاء والعرف كالمذكور كالشروط الارتكازية ويرونه في المتفاهم العرفي نحو انشاء فهو فان المحاورات العرفية العقلائية معتبرة والا فيشكل الالتزام به.

ولا يبعد أن يقال: برجوع العين الى ملك الواقف بل يمكن أن يقال ان العين لم تخرج عن ملك الواقف الا مدة من الزمان فالتعبير بالرجوع ليس في محله.

«قوله قدس سره : اشبهت الملك بعد اعراض المالك» الخ

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

ولازم ادخال العين في ملك الغير خروجها عن ملكه فيلزم ان يكون الخروج عن ملك المالك بالمقدار الذي دخل في ملك الغير لا ازيد فتكون النتيجة بقاء العين في ملك مالكها الا في مقدار من الزمان فلا

مجال لجعل العين من المباحات.

«قوله قدس سره : والعود ملكاً للمسلمين» الخ

لاوجه لهذا الاحتمال اذ لا مقتضي له و بعبارة واضحة : دخول عين في ملك احد او جماعة او كلي او غيرها يحتاج الى الدليل ومع عدمه محكوم بالعدم ببركة اصالة عدم الانتقال فلاحظ.

«قوله قدس سره : والعود الى المالك»

قد تقدم آنفاً ان الحق عدم خروجها عن ملك مالكها الا في مقدار من الزمان

«قوله قدس سره : ويحتمل بقائها على الوقف»

ان لم يكن المصرف للموقوف عليه باقياً كيف يمكن بقاء العين على الوقفية وان شئت قلت مع فرض انتفاء الموقوف عليه يكون الوقف من المنقطع الاخر فلا مجال لبقاء الوقفية وعليه لا تصل النوبة الى ما رتب عليه من اللوازم.

«قوله قدس سره : خروجه عن ملك مالكه»

قد تقدم منا انه لا دليل على خروج العين عن ملك مالكها على الاطلاق وعليه تكون باقية في ملك مالكها والتصرف في مال الغير لا يجوز تكليفاً و يوجب الضمان وضعاً.

«قوله قدس سره : ما ورد في بيع ثوب الكعبة» الخ

هذه النصوص كلها ضعيفة سنداً فلا تكون قابلة للاستناد اليها نعم الظاهر ان ما رواه الصدوق باسناده الى عبدالملك بن عتبة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عما يصل الينا من ثياب الكعبة هل يصلح لنا

ان نلبس منها شيئاً قال: يصلح للصبيان والمصاحف والمخدة يبتغى بذلك البركة ان شاء الله[1] تام سنداً.

ولكن لا يستفاد منه عدم جواز البيع بل المستفاد منه انه متبرك به مضافاً الى انه حكم خاص في مورد مخصوص فلا تستفاد منه الكبرى الكلية فلاحظ.

«قوله قدس سره : فمثل هذا يكون ملكاً للمسلمين»

لا وجه لكونه ملكاً للمسلمين بل ملك للموقوف عليه اعني المسجد والكعبة وامثالهما.

«قوله قدس سره : فتأمل»

الظاهر أن الامر بالتأمل اشارة الى ان بنيان المسجد كأرضه ولا فرق بينهما ولذا يترتب على البنيان مايترتب على الارض من الاحكام من حرمة التنجيس ووجوب التطهير وغيرها.

«قوله قدس سره : وفيه نظر»

يمكن أن يكون وجه النظر ان المفروض ان جزء المسجد في حكم نفس المسجد ومن ناحية اخرى ان المسجد محرر عن الملكية وبعد تحريره وامضاء حريته من قبل الشارع كيف يمكن تمليكه فمقتضى القاعدة بقائه على التحرير نعم لا يبعد ان يقال مقتضى اصالة البرائة جواز التصرف فيه فتأمل.

«قوله قدس سره : وقد الحق بالمساجد المشاهد» الخ

قد تقدم منا انه لاوجه للمقايسة بين المقامين فان المساجد

---

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

محررات والمشاهد موقوفات ومملوكات للنواحي المقدسة ارواح العالمين لها الفداء.

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

لا اشكال في أن القضية بشرط المحمول ضرورية انما الكلام في اصل المبنى وقلنا ان الامر فيها ليس كذلك فان جميع المذكورات موقوفات ويترتب عليها احكام الاوقاف فلاحظ.

«قوله قدس سره : من عموم على اليد»

القاعدة ضعيفة من حيث المدرك والعمدة في تحقق الضمان السيرة الجارية العقلائية ولا يبعد ان لا يكون فرق فيها في تحقق الضمان عند تحقق سببه بين كون المورد مملوكاً لشخص من الاشخاص او كونه مملوكاً لجهة وعنوان ففي كل مورد تحقق عنوان المملوكية يترتب على التصرف في ذلك المملوك الضمان بشرط تحقق شرطه.

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

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

الصورة الاولى: أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به كالحيوان المذبوح فان الحيوان اذا ذبح ومات لا يمكن الانتفاع المقصود منه والكلام يقع في مقامات.

المقام الاول: فيما تقتضيه القاعدة الاولية وانه لو خلّي وطبعه هل يجوز بيعه ام لا؟

المقام الثاني: في أن ادلة المنع هل تقتضي المنع عن البيع في الصورة المفروضة ام لا؟

المقام الثالث: في أنه على اي تقدير هل هناك دليل يقتضي جواز البيع ام لا؟ فنقول:

اما المقام الاول: فالحق ان مقتضى القاعدة الاولية عدم جواز البيع اذ قد قام الدليل على عدم جواز بيع غير المملوك وانه لايجوز بيع ما لا يملك البايع هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان الوقف ولو كان خاصاً ليس مملوكاً لشخص خاص او اشخاص مخصوصين فلا يجوز بيعه.

وبعبارة واضحة: ان الوقف وان كان خاصاً لا يكون مملوكاً للموقوف عليهم على نحو الشركة كي يقال ان المملوك المشترك يجوز بيعه للشركاء فان الوقف الذري وقف للعنوان الجامع بين مصاديقه ولذا لو مات واحد منهم لا ينتقل شيء الى وارثه.

وان شئت قلت: البايع يلزم اما يكون مالكاً للمبيع و اما يكون وكيلاً عن المالك و اما يكون ولياً عليه وفي بيع الوقف لا يتحقق احد هذه العناوين ومتولي الوقف لا يكون مالكاً شرعاً كي يقال يجوز البيع للمتولي فان المتولي انما يجوز له التصرف بمقدار ثبت جوازه في الشرع الاقدس ولذا لا يجوز له ان يهب الوقف من احد هذا هوالمقام الاول.

وأما المقام الثاني فأفاد الشيخ قدس سره ان الوقف اذا خرب بحيث لايمكن الانتفاع به لا تجري فيه ادلة المنع، اما الاجماع فواضح.

والامر كما افاده فان كثيراً من الفقهاء قائلون بجواز بيع الوقف في الصورة المذكورة فلا اجماع مضافاً الى ان الاجماع على فرض

تحققه وحصوله لا يكون حجة اذ يحتمل كونه مدركياً فلايكون حجة.

قال: وأما قوله عليه السلام فيما رواه محمد بن عيسى عن أبي علي بن راشد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك اشتريت أرضاً الى جنب ضيعتي بألفي درهم فلما وفيت المال خبرت ان الارض وقف فقال: لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في مالك وادفعها الى من وقفت عليه قلت: لااعرف لها رباً قال: تصدّق بغلتها[1]. فلا نصرافه الى غير هذه الحالة.

ويرد عليه انه لا وجه للانصراف وان شئت قلت ان الوقف بعد خرابه اما باق على كونه وقفا واما يخرج عن كونه وقفاً. اما على الاول فلاوجه لانصراف دليل المنع عنه واما على الثاني فيلزم دخوله في ملك الواقف أو صيرورته من المباحات الاصلية ولا وجه لجواز بيعه فلاحظ.

واما قوله عليه السلام: الوقوف تكون على حسب ما اوقفها أهلها ان شاء الله[2] فلا يدل على المنع في مفروض الكلام اذ الجملة المذكورة مسوقة لوجوب مراعاة الكيفية المرسومة في الوقف وعدم جواز بيعه ليس منها ولذا لا فرق في عدم الجواز بين ذكره في متن العقد وعدمه.

وبعبارة واضحة عدم جواز بيع الوقف من احكام الوقف لا من كيفياته فلا تنافي بين جواز بيعه وبقائه موقوفاً فلا يبطل بعروض جواز بيعه.

ويرد عليه اولاً ان ما أفاده في المقام يناقض ما أفاده سابقاً

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب عقد البيع وشروطه.

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

فانه استدل لعدم جواز بيع الوقف بقوله عليه السلام الوقوف على حسب الخ وفي المقام يقول لا تكون الجملة المذكورة مانعة عن البيع.

وثانياً: انا نسأل ان العين الموقوفة بعد الخراب هل تكون باقية على كونها موقوفة أو تخرج عن تحت العنوان المذكور ولا ثالث.

أما على الاول فلا يجوز بيعها اذ المفروض انها اعتبرت موقوفة وساكنة فكيف يجوز بيعها.

وان شئت قلت بقائها على الوقفية وجواز بيعها متنافيان. وأما على الثاني فمرجعه الى انقضاء امد الوقف وانتفاء العنوان فلا موضوع للبحث.

وربما يقال في تقريب وجه الجواز في الصورة المفروضة ان قوام الوقفية بالصورة النوعية ومع زوالها يزول العنوان فلا مانع عن البيع.

ويرد عليه اولاً انه على هذا التقريب لو تبدلت الصورة النوعية الى صورة نوعية اخرى يلزم بطلان الوقف وهل يمكن الالتزام به؟

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

وثالثاً ان بطلان عنوان الوقف على القول به لا يستلزم جواز بيعه بل لازمه اما انتقال العين الى ملك الواقف وما صيرورته ملكاً للبطن الموجود واما صيرورته من المباحات الاصلية وعلى جميع التقادير لا يترتب عليه جواز البيع هذا تمام الكلام في المقام الثاني.

وأما المقام الثالث فنقول الظاهر ان ما يمكن أن يستند اليه القائل بالجواز وجهان:

الوجه الاول: التسالم والسيرة الخارجية على البيع في الصورة

المفروضة فان ثبت التسالم أو السيرة الجارية بين المتشرعة على البيع في الصورة المفروضة يتم الامر ولا يبقى اشكال في البين.

الوجه الثاني ان يقال ان غرض الواقف بقاء العين اصالة أو بدلاً وانتفاع الموقوف عليهم ولا يحصل الفرض المذكور الا بالبيع والتبديل هذا من ناحية ومن ناحية اخرى الوقوف على حسب ما اوقفها أهلها الخ. فالجمع بين الادلة يقتضي جواز بيعه وتبديله بما يكون قابلاً للانتفاع.

ويمكن أن يرد على التقريب المذكور ان الوقف متقوم بالسكون وعدم الحركة فمادام العنوان باقياً لا مجال لبيعه ومع زوال العنوان يكون الموضوع زائلاً ومع انتفاء الموضوع لا مجال للبحث فتأمل.

ومع عدم تمامية الوجهين المذكورين يلزم أن يقال بان العين بعد خرابها تنتقل الى الواقف وتدخل فيما تركه وتورث.

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

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

وبعبارة اخرى: يكون الوقف موقتاً بهذا الوقت فلا يكون قابلاً لان يبقى على صفة الوقفية لانهدام ركنه اذ قد فرض ان قوامه بكونه قابلاً للانتفاع بعينه والمفروض عدمه.

ولا مجال لان يقال ان الوقوف على حسب ما اوقفها أهلها الخ يقتضي جواز بيعه. بمقتضى جعل الواقف اذ بعد الخراب وعدم القابلية للانتفاع اما وقف واما ملك أما على الاول فلا يجوز بيعه

بمقتضى دليل المنع وجعل الواقف جواز بيعه خلاف المقرر الشرعي.

وأما على الثاني فلا موضوع للبحث فالحق أن يقال: ان العين بعد خرابها وعدم قابليتها للانتفاع تكون مملوكة للواقف بالملك الاولي أي لا تخرج عن ملكه الا هذا المقدار.

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

بما ذكرنا علم التنافي بين الامرين اذ مع بقاء كونه وقفاً لا يجوز بيعه ومع انتفاء العنوان لا موضوع للبحث.

«قوله قدس سره: والحاصل ان الامر دائر بين تعطيله» الخ.

أقول: نلتزم بكونه باقياً في ملك الواقف لعدم المقتضي للخروج عن ملكه الا هذا المقدار فيكون كبقية املاكه ولا يضيع حق أحد.

ان قلت: الوقف قد اشرب فيه التأبيد وبقائه بعد خرابه في ملك الواقف ينافي التأبيد.

قلت: لا دليل على هذه الدعوى بل مقتضى القاعدة ان الامر بيد الواقف ولذا يجوز الوقف الموقت مضافاً الى ان المفروض عدم كون العين قابلة لبقائها موقوفة.

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

كون المنع مقيداً بهذا القيد لا دليل عليه فان الدليل قائم على حرمة بيع الوقف فلا مانع عن الاستصحاب من هذه الجهة نعم لاتصل النوبة الى الاستصحاب اذ قد فرضنا انتهاء امد الوقف فلا موضوع للحرمة مضافاً الى ان جريان الاستصحاب في الحكم الكلي ممنوع عندنا.

«قوله قدس سره: فتأمل».

لعل الامر بالتأمل اشارة الى أنه لا وجه لصيرورة العين مملوكة للطبقة الموجودة لعدم المقتضى بل القاعدة تقتضي رجوعها أو بقائها في ملك الواقف كما قلنا والله العالم.

وأفاد سيدنا الاستاد في مقام تقريب جواز بيع الوقف بعد سقوطه عن الانتفاع وجوهاً.

الوجه الاول: ان المستفاد من الادلة ان الوقفية باقية الى أن يرث الله الارض فاذا سقط الموقوف عن قابلية الانتفاع به وقلنا بعدم جواز بيعه وتبديله بما يكون بدلاً له في الوقفية لا يصدق العنوان المذكور.

ويرد عليه اولاً: انه لو فرض انعدام الموقوف أو سقوطه عن المالية بالكلية بحيث لا يباع أوصار بحيث لا يمكن بيعه من جهة اخرى فماذا يترتب عليه وهل يكون الوقف صحيحاً أم يكون باطلاً؟ والعين المفروضة بهذا الوصف يكون لمن؟ هل يمكن الالتزام ببقائه وقفاً؟ أم يلزم القول بانتهاء امد الوقف.

وثانياً انه يستفاد من النص الخاص صحة الوقف على نحو الاطلاق و لايختص بقسم خاص.

وبعبارة اخرى لا يلاحظ فيه التأبيد بهذا النحو لاحظ مارواه محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت الى أبي محمد عليه السلام اسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو فقد روى ان الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة واذا كان موقّتاً فهو صحيح ممضى، قال قوم: ان الموقت هو الذي يذكر فيه انه وقف على فلان وعقبه فاذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين الى ان يرث الله الارض ومن

عليها، وقال آخرون: هذا موقّت اذا ذكر انه لفلان وعقبه ما بقوا ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين الى ان يرث الله الارض ومن عليها والذي هو غير موقّت ان يقول هذا وقف ولم يذكر احداً فما الذي يصحّ من ذلك وما الذي يبطل؟ فوقع عليه السلام: الوقوف بحسب ما يوقفها ان شاء الله[1].

الوجه الثاني: ان ادلة المنع عن البيع لا تشمل الصورة المفروضة فان تلك الادلة امضائية لا تأسيسية والمفروض ان غرض الواقف ابقاء الوقفية ولو بالبدل وبعبارة اخرى الوقوف على حسب الخ فان الواقف هكذا وقف والشارع امضى انشاء الواقف فيجوز بيعه.

ويرد عليه: اولاً انه لو فرض ان العين الموقوفة لا يمكن الانتفاع بها كالحيوان المذبوح ولا يمكن بيعه فهل الوقفية باقية أم لا؟

وثانياً: ان ما ادعاه من كون المنع امضائي بلا دليل اذ المستفاد من الدليل الشرعي عدم جواز بيع الوقف فنسئل ان العين بعد سقوطها وخرابها هل تكون وقفاً أم لا؟ أما على الاول فلا يجوز بيعها وأما على الثاني فلا موضوع.

وان شئت قلت: الحكم الشرعي أي عدم الجواز تابع للموضوع لا ان الموضوع تابع للحكم الشرعي وبعبارة واضحة: الحكم الشرعي متأخر عن الموضوع رتبة فلابد من التحفظ على الموضوع في الرتبة المتقدمة.

وثالثاً: ان جواز البيع ينافي اطلاق المنع المستفاد من كلامه عليه السلام فان قوله عليه السلام في حديث ابن الراشد لا يجوز شراء

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

الوقف ولاتدخل الغلة في ملكك[1]. يقتضي عدم الجواز حتى مع اعتبار الواقف البيع فان الحكم الشرعي لا يكون تابعاً لجعل المكلف.

ورابعاً انه بعد فرض المنع الشرعي كيف يمكن للواقف ان يعتبر بيعه.

وخامساً ان بيع الوقف تحريكه فعنوان الوقف يضاد عنوان البيع وعليه نقول اعتبار الواقف بيعه مع بقاء الوقفية أو مع انتفاء العنوان؟ أما على الاول فجمع بين الضدين واما على الثاني فالموضوع منتف فلا مجال للبحث.

الوجه الثالث: العمومات الدالة على صحة المعاملات وهي قوله تعالى «اوفوا بالعقود» و«احل الله البيع» وتجارة عن تراض.

بتقريب انه بعد عدم المانع عن البيع وعدم شمول دليل المنع يكون مقتضى هذه الادلة جواز بيعه بعد سقوطه عن درجة الاعتبار.

ويرد عليه اولاً: انه قد مر آنفاً ان دليل المنع باطلاقه يقتضي المنع مع التحفظ على عنوان الوقفية.

وثانياً: ان الاستدلال بها للجواز مخدوش اما آية وجوب الوفاء فقد ذكرنا مراراً انها لا تكون دليلاً على الصحة بل هي دليل اللزوم بتقريب ان الاهمال غير ممكن في الواقع فالعقد الموضوع للحكم اما خصوص الفاسد أو الاعم منه أو خصوص الصحيح.

أما الاول والثاني فغير ممكن وأما الثالث فقد فرض فيه الصحة فالاية دليل اللزوم لا الصحة واما قوله «احل الله البيع» فقد قيد بقوله لاتبع ما ليس عندك فان المفروض ان الوقف لا يكون ملكاً طلقاً

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٣

وليس لاحد بيعه والا جاز بيعه ولو بدون عروض الخراب والحال انه مقطوع البطلان.

وأما قوله تعالى «تجارة عن تراض» فان قلنا بان التجارة عبارة عن البيع فعدم الجواز ظاهر لما قلنا في تقريب المنع عن الاخذ بدليل حلية البيع وان قلنا بكونها اعم من البيع فايضاً لايجوز الاخذ به اذ منع عن بيعه ما ليس عنده وأيضاً مقتضى الوقف السكون وعدم الحركة فلاحظ.

«قوله قدس سره: ومما ذكرنا يظهر ان الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود» إلخ.

قد وقع الخلاف بين الاصحاب في انه اذا بيع الموقوف فهل يختص البطن الموجود بالثمن او لا يختص؟ بل هو للبطن الموجود والمعدوم ذهب الى القول الاول المحقق في الشرايع واختار القول الثاني جملة من الاعاظم منهم العلامة والشهيدان وغيرهم.

واختار الماتن القول الثاني لاقتضاء البدلية ذلك اذ المفروض ان العين مملوكة للموجودين بالفعل وللمعدومين.

ان قلت: كيف يمكن اعتبار الملكية للمعدوم؟ قلت الاعتبار خفيف المؤنة فلا مانع عن الاعتبار هكذا، نعم يمكن اعتبار الملك الفعلي للموجود والمعدوم.

ان قلت: الملك الانشائي ليس شيئاًقلت: يكذبه الوجدان فان الوجدان شاهد على صحته أو فقل ادل الدليل على امكان الشيء وقوعه ونحن نشاهدان الواقف هكذا يقف العين الموقوفة فلو جاز خروج العين عن الملك وعدم دخول عوضها في الملك بذلك النحو من الملكية جاز خروجها عن الملك وعدم دخول عوضها

في ملك الموجودين أيضاً ولا يمكن الالتزام به أي لا يمكن الالتزام بدخوله في ملك الموجودين فقط فان قانون العوضية يقتضي المبادلة على نحو ما كان قبل ذلك

ولاوجه لما أفاد بعضهم من اختصاص البطن الموجود بالثمن اذ ماينتقل الى المشتري اما اختصاص خاص واما مطلق الاختصاص اما على الاول فيكون ملكه للعين موقتاً وبعد انقراض البطن الموجود ترجع العين الى البطن اللاحق واما على الثاني فلابد من الالتزام بعدم الاختصاص.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم ان الاشكال كل الاشكال في اثبات جواز البيع بالدليل الشرعي فان لم يثبت ولم يقم الدليل عليه لابد من الالتزام بزوال الوقفية وكون العين مملوكة للواقف ان كان حياً ولوارثه ان فرض مماته وان تم الدليل على بيع الوقف.

فالقاعدة تقتضي تعنون البدل بعنوان المبدل اذ المفروض وقوع البيع على المعنون بعنوان الوقفية فمادام لا يتصرف فيه بتصرف خارجي يكون مقتضى المعاوضة المبادلة في طرفي الاضافة فمما أفاده الماتن قدس سره تام لا غبار عليه.

ويمكن أن يقال: ان النتيجه تفترق بمقتضى الدليل فان كان الدليل على جواز البيع اطلاق قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها فلابد من ملاحظة انشاء الواقف وانه باي نحو انشأ الوقف.

وان كان الدليل الاجماع والتسالم لابد من العمل بالمقدار المعلوم منه.

وان كان الدليل النص الخاص فايضاً لابد من ملاحظته بخصوصياته

فلا يمكن الحكم على نحو واحد فلاحظ.

«قوله قدس سره : ومما ذكرنا تعرف ان إشتراك البطون في الثمن اولى من اشتراكهم في دية العبد المقتول»

الامر كما أفاده فان الدية بحكم الشرع المترتبة على القتل فيمكن فيها الاختصاص واما في المقام فالمبادلة امر قهري وخلافه يحتاج الى قيام الدليل عليه.

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

الامر كما افاده فان الاختصاص المتعلق بالبطن اللاحق في عرض الاختصاص المتعلق بالبطن الموجود من حيث انشاء الواقف غاية الامر تحقق الملكية اللاحقة متأخرة عن الملكية الفعلية في الوجود بخلاف الرهن فانه قائم بالعين من حيث كونها مملوكة للراهن ومع زوال الملكية ينتفي حق الرهانة ولا مقتضى لثبوته في البدل.

وأما في المقام فان المبيع مملوك لجميع الطبقات والمبادلة تقتضي ان كل واحد من العوضين يدخل مكان الاخر.

«قوله قدس سره : والا إبدل مكانه ماهو اصلح»

يرد عليه ان البدل اما وقف واما لا. أما على الاول فلا وجه لجواز تبديله مع قيام الدليل على المنع عن بيع الوقف وأما على الثاني فلا موضوع للبحث

مضافاً الى انه ما الفرق بين الاصل والبدل فان تبديل الوقف ان كان اصلح للموقوف عليه فهل يجوز وهل يمكن أن يقال ان التبديل أقرب الى غرض الواقف.

ومخلص الكلام انه ان قلنا بان الوقف على حسب انشاء الواقف

فيجوز كل شيء ويجوز ايضاً تبديل اصل الوقف ببدل وان لم نقل به فما هو المجوز في تبديل البدل بالاصلح وببيان واضح ان مقتضى التقريب المذكور جواز التبديل بالاصلح على الاطلاق وهل يمكن الالتزام به.

«قوله قدس‌سره: وليس مثل الاصل ممنوعاً» الخ

قد ظهر مما ذكرنا ان حكم البدل حكم الاصل فان الامر دائر بين كون البدل وقفاً وعدمه فعلى الاول يكون كالمبدل في جميع الاحكام وعلى الثاني يكون خارجاً عن محور البحث.

«قوله قدس سره: ومما ذكرنا ايضاً يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف» الخ

الذي يخطر بالبال ان يقال اذا قلنا الامر بيد الواقف ويلزم رعاية انشائه فلابد من ملاحظته وان انشائه باي شيء تعلق نعم غرض الواقف لا مدخلية له بل الدخل لانشائه الا أن يكون الغرض بحيث يكون متعلق الانشاء ولو بالارتكاز الذى يرتب عليه الاثر وعلى اي تقدير لاوجه لرعاية مصلحة البطون بل لابد من رعاية جعل الواقف.

«قوله قدس سره: والا صرف الثمن الى الموقوف عليه يعمل فيه ما شاء» الخ

الظاهر انه لا وجه له فان الوقف متقوم بحبس العين وتسبيل المنفعة فلا وجه لكون العين للموجودين بل مقتضى القاعدة كون العين للواقف بعد عدم امكان بقائها وقفاً والله العالم.

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

وقع الخلاف بينهم في تعيين من يتصدي للبيع وافاد سيدنا

الاستاد قدس سره بانه لو لم يكن للوقف متول شرعي تكون ولاية البيع للبطن الموجود اذهم المالكون بالفعل فالولاية لهم.

ويرد عليه ان ملكية البطن الموجود محدودة الى زمان بقائهم وعليه البطن الموجود اما يملك العين ملكية موقتة بحيث تنتقل العين بعد انقراضهم الى الطبقة اللاحقة واما يملك الملكية المطلقه اما على الثاني فالظاهر ان سيدنا الاستاد لايلتزم به واما على الاول فليس لهم هذه الولاية ولا مقتضى لها.

والذي يختلج بالبال ان يقال الوقف اما له متول واما لا أما على الاول فالامر منحصر فيه وهو الذي يكون له الولاية ليس الا، اذ مع وجود المتولى ليس لغيره حق الدخالة في امر الوقف وأما على الثاني فلابد من أن يتصدي الحاكم الشرعي لانه قد مر آنفاً ان ملكية البطن الموجود موقتة ولابد في صحة البيع من كون البايع مالكاً بمقتضى قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك فالحق أن يفصل في المقام بهذا النحو فلاحظ واغتنم.

«قوله قدس سره : والظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف».

لا أدري ما الوجه في الظهور المدعى وقال سيدنا الاستاد قدس سره لو جعل الواقف النظارة له على البدل كما كانت له في الاصل تكون النظارة له والا يكون الامر بيد البطن الموجود بمقتضى قاعدة تسلط الناس على اموالهم.

والذي يمكن ان يقال في المقام انه ان قلنا ان مقتضى القاعدة ان جميع الاثار المترتبة على المبدل تترتب على البدل لابد من الالتزام بكون الولاية بيد المتولى كما كانت له في المبدل واما ان

لم نقل بهذه المقالة وقلنا المتبع جعل الواقف فلابد من ملاحظة مقدار جعله فعلى تقدير جعل الولاية والنظارة للناظر على الاطلاق نلتزم بكون الولاية له في البدل كما كانت في الاصل واما ان لم يكن كذلك فلابد من تصدى الحاكم الشرعي فانه هو المرجع في الامور العامة ولا وجه لما افاده سيدنا الاستاد قدس سره اذالبطن الموجود ليس مالكاً على الاطلاق بل ملكيته موقتة كما مر الكلام حوله قريباً والله العالم.

«قوله قدس سره : ثم انه لولم يمكن شراء بدله ولم يكن الثمن مما ينتفع به» الخ

الامر كما افاده اذ لاوجه لدفعه الى البطن الموجود فانه لامقتضي للاختصاص لكن يتوجه هذا السؤال وهو انه كيف يجوز بيع الوقف مع قيام الدليل على عدم جواز بيعه وقيام الدليل على أن الوقف متقوم بالسكون وعدم الحركة فانه مقتضى قوله عليه السلام في تلك الرواية صدقة لاتباع ولا توهب.

مضافاً الى انه بعد البيع وتبديل العين الموقوفة بالثمن نسئل ان الثمن قد فرض عدم كونه وقفاً بل ثمن الوقف والوقف قد ابدل بثمنه فيلزم زوال الوقفية مدة من الزمان والحال ان الوقف اذا زالت عنه الوقفية فما المقتضي لرجوعها بعد ذلك وباي" دليل يلتزم بهذه الامور.

ان قلت: كل هذه الفروع ناشية ومتفرعة على قاعدة الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها قلت: نسئل ان هذه القاعدة اما مشرعة للاحكام الشرعية واما ناظرة الى جعل الوقف للموقوف عليه باي" نحو من

الانحاء المتعارفة

أما على الاول فيلزم أن يكون للواقف كل اعتبار وكل جعل حتى لوقال ويوهب الوقف لغير الموقوف عليه وهذا بديهي البطلان واما على الثاني فما الوجه في الالتزام بجواز هذه الخصوصيات.

ان قلت: يمكن اتمام الامر في جملة من هذه الفروع بقاعدة نفوذ الشرط والمؤمنون عند شروطهم.

قلت: الوقف من الايقاعات ولا مجال لتصور الاشتراط فيه فان الشرط ربط بين الامرين فلابد من تعليق احد الالتزامين بالالتزام الاخر الا أن يقال بأنه لا تنافي بين الامرين مضافاً الى ان الشرط المخالف للشرع فاسد ولا مجال له والمفروض ان بيع الوقف غير مشروع.

«قوله قدس سره : ولو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب اجابته» الخ

بل يبعد فان طلب البطن الموجود وعدم طلبه ورضاه وعدمه لادخل له في الجواز وعدمه وكذا في الوجوب وعدمه فان امر الوقف راجع الى المتولي ان كان والافالى الحاكم الشرعي اذ الموقوف عليه لايكون مالكاً ملكاً طلقاً كي يتصور فيه ما ذكر بل المتبع مقدار دلالة الادلة الواردة في الوقف فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم لافرق في جميع ما ذكرنا من جواز البيع» الخ

لوحدة الملاك وانه لو كان الخراب مقتضياً لجواز البيع فيجوز في البعض والكل بلا فرق.

«قوله قدس سره : جاز مع رضا الكل» الخ

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

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

اذا كان المدار في الجواز وعدمه مقدار جعل الواقف وان المتبع انشائه فلا وجه للجزم بالبطلان بل لابد من ملاحظة انشائه وان كان الميزان ملاحظة مقدار دلالة النصوص فلابد من الالتزام بفساد بيع الوقف على الاطلاق وان كان الميزان تحقق الاجماع على الجواز او على المنع فلابد من ملاحظة معاقده فلاحظ.

«قوله قدس سره : من عدم دليل على الجواز» الخ

تارة نقول الدليل على الجواز الاجماع فيمكن ان يقال ان معقده لايشمل مفروض الكلام واخرى يكون الدليل على الجواز النص الخاص فيمكن ان يقال ان ظاهره لا يشمل المقام.

وثالثة نقول ان الدليل على الجواز ان الواقف هكذا اوقف والوقوف على حسب ما اوقفها اهلها وليس المنع الشرعى عن البيع منعاً تأسيسياً بل المنع الشرعى امضائى فلابد من ملاحظة ما يفهم عرفاً من كلام الواقف.

والانصاف ان كلمات القوم في المقام مضطربة ونعم ماقال صاحب الجواهر من ان جواز البيع يستلزم بطلان الوقف فان الوقف بحسب الانشاء والجعل ينافى جواز البيع اذ الوقوف والسكون

يضادان الحركة ومن ناحية اخرى الوقف عبارة عن جعل العين ساكنة وغير محتركة بالحركة الاعتبارية.

«قوله قدس سره : ثم إنك عرفت فيما سبق انه ذكر بعض ان جواز بيع الوقف لايكون الامع بطلان الوقف وعرفت وجه النظر فيه»

المراد من البعض المذكور في كلامه صاحب الجواهر قدس سره والحق ان ما أفاده تام ولم نعرف وجهاً صحيحاً للنظر فيه.

«قوله قدس سره: مع انه لا دليل عليه» .

كيف لا دليل عليه مع ان الوقف بذاته يقتضي البقاء والسكون ومن ناحية اخرى قدل النص الخاص على عدم جواز بيعه فالمقتضى لعدم البيع والمانع كلاهما تامان فلاحظ.

«قوله قدس سره : يكفي وجود حين النقل» الخ

القياس مع الفارق فان الوقف بذاته يقتضي الوقوف فلا يعقل كونه باقياً على الوقفية ومع ذلك يجري فيه النقل والحركة مثلاً هل يمكن ان يقال ان الزوجية الدائمية لا تنافى عدم الزوجية بعد سنة؟ كلا.

«قوله قدس سره : لا يوجب الحكم بالبطلان».

بل يوجب كما بيناه تفصيلاً فلا نعيد.

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

الظاهر انه لصيرورة العين مملوكة للموقوف عليهم لان جعل الوقف

اما شامل لصورة الخراب و اما غير شامل اما على الاول فالوقف باق بحاله واما على الثاني فتكون العين باقية في ملك الواقف فمع حياته تكون له ومع وفاته تكون لورثته فلاحظ.

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

لا اشكال في ان البايع يعتبر ملكية المبيع للمشترى كما تكون لنفسه مثلاً لو باع زيد داره من عمرو يكون بيعه للدار عبارة عن تمليك الدار ملكية كملكية نفس البايع للدار اي يملك الدار من المشتري كما كانت لنفسه فلا مجال لتوهم كون بقاء الملكية دائر مدار بقاء عنوان الدار واما في الوقف فلابد من ملاحظة نظر الواقف وان وقفه دائر مدار العنوان ام لا فعلى فرض الدوران فلا مقتضى لبقاء الوقف بعد زوال عنوان الدارية فلاحظ.

«قوله قدس سره : على عدم عوده اليه ابداً».

لاتنافى بين الامرين فان الوقف مادام باقياً لا يعود الى الواقف لكن الكلام في انه بعد زوال العنوان هل يكون الوقف باقياً ام لا.

«قوله قدس سره : والاقوى هنا المنع» الخ

قد ذكرنا سابقاً انه لابد من ملاحظة مدرك الحكم والحكم على طبقه.

«قوله قدس سره : لوجود مقتضى المنع وهو وجوب العمل على طبق انشاء الواقف».

اذا كان المنع من حيث انشاء الواقف يلزم القول بالجواز في

صورة انشاء الواقف بهذا النحو بان يشترط ويقيد البيع بصورة كونه اعود وهل يمكن الالتزام بالجواز على الاطلاق تبعاً لانشاء الواقف مع المنع الشرعي عن بيع الوقف.

مضافاً الى أن الواقف هل يمكن له اعتبار العين موقوفة وساكنة عن الحركة ومع ذلك يرخص في البيع في تقدير خاص وعلى الجملة لايمكن بقاء عنوان الوقفية مع تحقق الحركة الاعتبارية والانتقال فانه جمع بين المتنافيين فلا اشكال في عدم جواز البيع لما ذكرنا ولما دل النص على عدم جواز بيع الوقف على الاطلاق والخروج عن هذه الكلية يحتاج الى قيام دليل على الخلاف.

وربما يتوهم امكان الاستدلال على الجواز بحديثين احدهما ما رواه جعفر بن حنان قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل وقف غلة له على قرابته من ابيه وقرابته من امه واوصى لرجل ولعقبه ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم في كل سنة ويقسم الباقي على قرابته من ابيه وقرابته من امه فقال جائز للذى اوصى له بذلك.

قلت ارأيت ان لم يخرج من غلة الارض التي وقفها الاخمسمائة درهم فقال اليس في وصيته ان يعطى الذى اوصى له من الغلة ثلاثمائة درهم ويقسم الباقي على قرابته من ابيه وقرابته من امه قلت: نعم قال ليس لقرابته ان يأخذوا من الغلة شيئاً حتى يوفوا الموصى له ثلاثمائة درهم ثم لهم ما يبقى بعد ذلك.

قلت: ارأيت ان مات الذى اوصى له قال ان مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم فاما اذا انقطع ورثته فلم يبق منهم احد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت يرد ما يخرج من

الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك مابقوا وبقيت الغلة قلت فللورثة من قرابة الميت ان يبيعوا الارض ان احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة قال نعم اذ ارضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم باعوا[١].

بتقريب ان المستفاد من الحديث جواز البيع في صورة كون البيع اعود.

ويرد عليه ان الرواية ضعيفة سنداً فان جعفر بن حنان راوي الحديث لم يوثق فالحديث ساقط عن الاعتبار وعمل المشهور به على تقدير تحققه وثبوته لا اثر له كما ذكرنا مراراً.

مضافاً الى الاشكالات الواردة في متن الحديث ولا تخفى تلك الاشكالات على الخبير.

ثانيهما ما رواه في الاحتجاج مرسلاً عن محمد بن عبدالله بن جعفر الحميري عن صاحب الزمان عليه السلام انه كتب اليه روي عن الصادق عليه السلام خبر مأثور اذا كان الوقف على قوم باعيانهم واعقابهم فاجتمع اهل الوقف على بيعه وكان ذلك اصلح لهم ان يبيعوه فهل يجوز ان يشترى من بعضهم ان لم يجتمعوا كلهم على البيع ام لا يجوز الا ان يجتمعوا كلهم على ذلك وعن الوقف الذى لا يجوز بيعه فأجاب عليه السلام اذا كان الوقف على امام المسلمين فلا يجوز بيعه و اذا كان على قوم من المسلمين فليبع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرقين ان شاء الله[٢].

---

(١) الوسائل الباب٦ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث٨.

(٢) الوسائل الباب٦ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث ٩ واحتجاج الطبرسى ص ٢٧٤.

والمرسل لا اعتبار به ولا جابر لضعفه فالنتيجة انه لا دليل على المدعى ولكن يمكن القول باعتبار السند اذ الطبرسي ينقل الحديث عن كتاب الحميري والظاهر من الاخبار كونه حسياً فيكون الخبر حجة وقابلاً للاعتماد وعليه لابأس بالالتزام بجواز البيع في الصورة المفروضة.

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

الظاهر ان مرجعه الى الخلف اذ مع تحقق الحاجة الشديدة يصدق انه لايكون قادراً على مؤنة سنته في هذه السنة فلاحظ.

«قوله قدس سره : فاولى بالجواز انتهى».

قد مرّ منّا ان اعتبار الوقف من قبل الواقف مع تجويز البيع متنافيان مضافاً الى انه لاوجه للاولوية اذ مع عدم قيام دليل على الجواز يكون اشتراط البيع فاسداً ومع قيام الدليل عليه يكون البيع جايزاً بلا دخل لشرط الواقف فشرط الواقف وعدمه سيّان.

«قوله قدس سره : اقول ويمكن ان يقال بعد التمسك في الجواز بعموم» الخ

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

وأما الاستدلال على الجواز بعموم وجوب الوفاء بالشرط فيرد عليه اولاً انا ذكرنا ان الشرط وهو التعليق والارتباط يستلزم التعدد فلا يتحقق في الايقاع اللهم الا ان يقال عنوان الشرط

لايتحقق الا مع ارتباط احد الامريـن بالاخر وفـى المقام يمكـن ارتباط البيع بالحاجة مثلاً فلاتنافى بين كون الوقف ايقاعاً وتحقق الشرط فيه.

وثانياً ان الشرط المخالف للشرع غير مشروع والمفروض انه قـد ثبت بالدلـيل عـدم جـواز بيـع الوقـف الا في بعض الصور المنصوص عليه.

«قوله قدس سره : فان التحقيق كما عرفت سابقاً» الخ

بل عرفنا خلافه وقلنا ان الوقف ينافي الانتقال فلا يصح بيعه.

«قوله قدس سره : ثـم إنه لو سلم المنافـاة فانما بيعه للبطن الموجود» الخ

بل الوقف ينافى البيع على الاطلاق نعم لوقام دليل شرعى على جواز بيعه كما هو كذلك في الجملة نأخذ بذلك الدليل فان حكـم الشارع في كل مورد متبع

«قوله قدس سره : فتأمل».

لعله بامره بالتأمل يشير الى فساد اصل المبنى وهو عدم التنافى بين الوقف والبيع والله العالم.

«قوله قدس سره : ثم انه روى صحيحاً فى الكافى» الخ

ما يمكن أن يقال في تقريب الجواز في هذه الصورة وجوه الوجه الاول الاجماع.

وفيه انه كيف يمكن تحصيل الاجماع مع هذا الاختلاف الواقع بيـن الاصحاب وعلى فرض تحصيله محتمل المدرك ان لـم يكن مقطوعاً به واما الأجماع المنقول فلا اعتبار به.

الوجه الثاني قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها بتقريب ان مقتضى الجملة المذكورة امضاء الشارع انشاء الواقف باي نحو وقع فالامر بيد الواقف.

ويرد عليه اولاً: انه قد سبق منا ان اعتبار الوقف والسكون ومع ذلك تجويز البيع جمع بين المتنافيين.

وثانياً ان قاعدة ان الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها اما في مقام تشريع الحكم الشرعي وان امر التشريع بيد الواقف واما لا يكون كذلك أما على الاول فيلزم جواز كل فعل محرم بانشاء الواقف وهل يمكن الالتزام به.

وأما على الثاني وهو الصحيح فلا يجوز اعتبار الواقف جواز البيع اذ قد ثبت في الشرع الاقدس عدم جوازه فليس له ذلك.

الوجه الثالث: قوله تعالى «اوفوا بالعقود» بتقريب ان المستفاد من الاية صحة كل عقد فيجوز انشاء الواقف باي نحو.

ويرد عليه انا قد ذكرنا سراراً ان الاية الشريفة ناظرة الى لزوم العقد ولا تكون دليلاً على الصحة.

الوجه الرابع: قاعدة نفوذ الشرط بمقتضى قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم فكل شرط جايز بحكم الشارع.

ويرد عليه اولاً ان القاعدة المذكورة لا تكون مشرعة والا كان اللازم تجويز كل محرم بالشرط وهو كما ترى فلابد ان يكون الشرط في الرتبة السابقة جايزاً وبالشرط يصير واجباً وحيث ان بيع الوقف حرام فلا مجال لان يقع مورد الشرط.

وثانياً ان شرط البيع ينافي الوقف ومرجع الاشتراط الى الجمع بين المتنافيين.

وثالثاً انا لا نتصور الاشتراط والتعليق في الوقف ونحوه من الايقاعيات فان الاشتراط المبحوث عنه في المقام يتصور بين شخصين مثلاً يمكن أن يبيع زيد داره من بكر بشرط ان يخيط له ثوباً فان البايع يعلق بيعه على الالتزام بالخياطة فيتحقق الشرط ويلزم.

وأما فيما لا يكون كذلك كالوقف فتارة يعلق وقفه على قدوم زيد من السفر فهو ممكن لكن خارج عن محل الكلام واخرى يعلق وقفه على التزام شخص بامر فهو ممكن لكن ايضاً خارج عن محل البحث وثالثة يعلق وقفه على التزام نفسه بامر فهل يكون معقولاً.

وان شئت قلت ان الاشتراط يتوقف على وجود شارط ومشروط عليه فلابد من التعدد والاثنينية واما الشخص الواحد فلا يتصور فيه ان يكون شارطاً وايضاً يكون مشروطاً عليه فلا يتحقق الاشتراط لكن الظاهر انه يمكن فانه لا مانع عن التزام شخص بامر على فرض امر آخر مثلاً يمكن ان يلتزم شخص بأن يزور الامام الرضا عليه السلام على تقدير ان يبرء ولده من المرض الكذائي وعليه لعله يمكن تصوير الشرط فلاحظ.

الوجه الخامس: ما روى عن علي عليه السلام: عن عبدالرحمن ابن الحجاج قال: بعث الي بهذه الوصية ابوابراهيم عليه السلام: هذا ما اوصى به وقضى في ماله عبدالله على ابتغاء وجه الله ليولجني به الجنة ويصرفني به عن النار ويصرف النار عني يوم تبيض وجوه وتسود وجوه ان ما كان لي من مال بينبع من مال يعرف لي فيها وما حولها صدقة ورقيقها غير أبي رياح وابي نيزر وجبير

عتقاء ليس لاحد عليهم سبيل فهم موالى يعملـون في المال خمس حجج ومنه نفقتهم ورزقهم ورزق اهاليهم.

ومع ذلك ما كان لي بوادي القرى كله مال بني فـاطمة ورقيقها صدقة وما كان لي بذعة واهلها صدقة غيران رقيقها لهم مثل مـا كتبت لاصحابهم وما كان لي باذينة واهلها صدقة والقصيرة كما قد علمتهم صدقة في سبيل الله وان الذى كتبت من اموالى هذه صدقة واجبة بتلة حياً انا او ميتاً ينفق في كل نفقة ابتغى بها وجه الله في سبيل الله ووجهه وذوى الرحم من بني هاشم وبني المطلب والقـريب وانه يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منـه بالمعروف وينفقـه حيث يريد الله في حل محلل لا حرج عليه فيه.

فان أراد يبيع نصيباً من المال فيقضى به الدين فليفعل ان شاء لا حرج عليه فيه وان شاء جعله شروى الملك وان ولد على واموالهم الى الحسن بن علي وان كان دار الحسن غير دار الصدقة فبداله ان يبيعها فليبعها ان شاء لاحرج عليه فيه وان باع فانه يقسمها ثلاثة اثلاث فيجعل ثـلثاً في سبيل الله ويجعل ثـلثاً في بني هاشم وبني المطلب ويجعل ثلثاً في آل أبي طالب وانه يضعهم حيث يريد الله.

وان حدث بحسن بن علي حدث وحسين حيّ فانه الى حسين بن علي وان حسيناً يفعل فيه مثل الذى امرت بـه حسناً لـه مثل الذى كتبت للحسن وعليه مثل الذي على الحسن وان الذي لبني ابنى فاطمة من صدقة على مثل الذي لبني علي وانّي انما جعلت الذي جعلـت لابنى فاطمة ابتغاء وجه الله وتكريم حرمة رسول الله صلى الله عليه وآله وتعظيمها وتشريفها ورضاهما بهما وان حدث بحسن وحسين

حدث فان الاخر منهما ينظر في بني علي فان وجد فيهم من يرضي بهديه واسلامه وامانته فانه يجعله اليه ان شاء.

فان لم ير منهم بعض الذي يريدفانه في بني ابنى فاطمة فان وجد فيهم من يرضى بهديه واسلامه وامانته فانه يجعله اليه ان شاء فان لم ير فيهم بعض الذى يريد فانه يجعله الى رجل من آل أبي طالب يرضى به فان وجد آل أبي طالب قد ذهب كبراؤهم وذوو آرائهم فانه يجعله في رجل يرضاه من بني هاشم وانه شرط على الذى يجعله اليه ان يترك المال على اصوله وينفق الثمرة حيث امره به من سبيل الله ووجوهه وذوى الرحم من بني هاشم وبني المطلب والقريب والبعيد لايباع منه ولايوهب ولا يورث وان مال محمد بن علي ناحية وهو الي ابنى فاطمة وان رقيقى الذين في الصحيفة الصغيرة التي كتبت عتقاء هذا ما قضى به علي بن أبي طالب في أمواله هذه الغد من يوم قد الحديث[1].

وهذه الرواية من حيث السند لا اشكال فيها واما من حيث المتن فمضطربة من جهات.

منها قوله عليه السلام «فهم موالي يعملون في المال خمس حجج» الخ فان الظاهران المراد من المال في هذه الجملة المال الموقوف وعليه ما معنى عملهم في الوقف وما المراد من عملهم فيه والحال ان امر الوقف بيد المتولي وليس للواقف اختيار بعد اتمام الوقف اللهم الا أن يكون المراد انهم يتولون امر الوقف خمس سنوات.

---

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث ٣ فروع كافى ج٧ ص ٤٩ الحديث ٧ مرآت العقول ج ٢٣ ص ٨٣ الحديث ٧.

ومنها قوله عليه السلام «فان اراد أن يبيع نصيباً من المال» الخ ولم يلتزم الاصحاب بجواز بيع الوقف بهذا النحو.

ان قلت: اعراض المشهور عن الرواية المعتبرة لا يوجب سقوطها عن الاعتبار قلت: عدم الجواز بهذا النحو من الواضحات بحيث لايمكن الالتزام به اذ لا يجوز بيع الوقف عندهم الا في موارد خاصة.

مضافاً الى أنه ما الوجه في قضاء الدين بثمن ما يباع والحال ان بيع الوقف يقتضي صيرورة الثمن ملكاً للموقوف عليه لا انه يقضى به الدين الا ان يكون المراد ان امد الوقف يقضى عند بيعه فيكون الامر بقضاء الدين من باب الوصية وهذا امر آخر خلاف ما ارادوا اثباته بالحديث..

اضف الى ذلك انه ما المراد من قوله عليه السلام «وان شاء جعله شروى الملك» فان المراد من هذه الكلمة في اللغة عبارة عن النفيس وجعله نفيساً من الملك ما معناه.

ومنها قوله عليه السلام: «وان كانت دار حسن بن علي غير دار الصدقة» الخ فان دار حسن بن علي عليه السلام ان كانت غير الصدقة وبيعت فباي ميزان يأمره عليه السلام بالتثليث أليس أمر داره عليه السلام بيده وباختياره ونعم ما قال الشيخ قدس سره ان التأويل مشكل والعمل اشكل فالنتيجة انه لم يقم دليل على جواز البيع في هذه الصورة ايضاً.

لكن قد تقدم انه يستفاد من الحديث الصادر عن الناحية المقدسة جواز بيع الوقف الخاص على الاطلاق وحيث لا يمكن الالتزام به

نرفع اليد عن الاطلاق ونلتزم بالجواز في الجملة، نعم يبقى الاشكال في الاوقاف العامة والموقوفات للجهات كالوقف للمسجد أو للمشاهد المشرفة.

«قوله قدس سره : وقد عرفت ضعفه»

أي عرفت ضعف قول صاحب الجواهر وهو ان تغير عنوان الوقف قد يوجب بطلان الوقف فيجوز بيعه كما لو تغير عنوان الدار وصارت الدار حماماً.

اقول: ما عرفنا بطلان القول المذكور اذ لو فرض ان الوقف تعلق بهذا العنوان الخاص بحيث يفهم من كلام الواقف انه جعل المقوم للوقف العنوان الكذائي كالدارية مثلاً فيكون مقتضى القاعدة بطلان الوقف بتغير العنوان وهذا ظاهر واضح اذ خلافه خلف ومحال وقد تقدم منا ان قياس الوقف بالبيع مع الفارق فان البيع لا توقف فيه بخلاف الوقف فان التوقيف يتصور فيه فلو قصد الواقف وقف العنوان بما هو كذلك لابد من الالتزام باحد الامرين:

بأن نقول اما يلزم بطلان الوقف من الاول واما بطلانه بعد تغير العنوان واما بقائه بعد التغير وقفاً فلا وجه له اذ بقائه يتوقف على قصد الواقف بقائه والمفروض عدمه والاجماع المدعى في المقام لا اعتبار به فان المنقول منه غير حجة والمحصل منه غير حاصل فالنتيجة عدم الجواز في الصورة السابعة ايضاً فلاحظ.

«قوله قدس سره : الصورة الثامنه ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف» الخ

وقع الكلام في انه لو فرض أن الوقف لولم يبع يكون بقائه موجباً

للخلاف بين الموقوف عليهم وربما يؤدي الى قتل النفس أو هتك الحرمة فهل يجوز بيعه ام لا؟ فتارة يتكلم في هذا المقام من حيث القاعدة الاولية واخرى من حيث المستفاد من القواعد الثانوية فيقع الكلام في موضعين.

أما الموضع الاول فنقول: لاوجه لجواز بيع الوقف ولامجال لرفع اليد عن الدليل الدال على فساد البيع وهذا واضح ظاهر.

وأما الموضع الثاني فربما يقال بأن الدليل الدال على رفع الحكم التكليفي يقتضي الجواز فلا يحرم بيع الوقف اذا كان بقائه وعدم بيعه موجباً لقتل نفس محترمة مثلاً.

ولما انجر الكلام الى هنا ينبغي بل يلزم ارسال عنان الكلام والبحث الى جوانب الامر كي لا يتوهم كما توهم بعض الحاضرين من حلقة البحث ان الجواز مقتضى دليل الرفع.

فنقول: المراد من الادلة الثانوية اما قاعدة لا ضرر واما قاعدة لاحرج واما حديث الرفع.

أما قاعدة لاضرر فاما على مسلك الشيخ الاصفهاني أي شيخ الشريعة فلا مجال للاستدلال بها على المدعى اذ مفاد القاعدة على ذلك المسلك النهي لا النفي.

وأما على مسلك المشهور في مفاد القاعدة فالمستفاد منها ان الحكم الشرعي المجعول على المكلف اذا كان موجباً للضرر عليه يرتفع ذلك الحكم مثلاً لوكان الوضوء ضررياً على المكلف لا يجب عليه بل تصل النوبة الى التيمّم.

وبعبارة اخرى يستفاد من دليل لاضرر ان الحكم الشرعي المجعول من قبل الشارع اذا كان ضررياً على المكلف يرتفع عنه واما اذا

لم يكن كذلك فلا يستفاد من القاعدة شي مثلاً لوكان حرمة التزويج في مورد وعدم صحته ضررياً بالنسبة الى شخص كالتزويج بالاخت الرضاعية فلايستفاد من القاعدة صحته لان القاعدة لاتتكفل للاثبات بل القاعدة متكفلة للنفي.

وايضاً لوكان جعل الحكم على النحو الكلي ضررياً بالنسبة الى شخص كما لو كان جعل الدية موجباً للضرر بالنسبة الى زيد مثلاً فانه يتأذي من الحكم المذكور بحيث يمرض وربما يموت فهل يمكن ان يقال بأن الحكم المذكور يرتفع فلا تجب الدية وهل التزم بهذا اللازم احد من الفقهاء؟ كلا ثم كلا.

وأما قاعدة لا حرج فمدرك القاعدة عبارة عن قوله تعالى «ما جعل عليكم في الدين من حرج» وقوله «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر».

فان المستفاد من الجملتين ان الفعل الحرجي لا يجعل على المكلف فلا يجب عليه الوضوء الحرجي مثلاً ولا يجب عليه الصوم الحرجي وهكذا ولا يستفاد منه جعل ما ليس صحيحاً في الشريعة صحيحاً فيها وجعل ما لا يكون طاهراً فيها طاهراً فيها وهكذا.

وأما حديث الرفع فالامر فيه اظهر اذ المستفاد من قوله عليه السلام رفع ما اضطروا اليه أو ما استكرهوا عليه ونحوهما ان الفعل الحرام اذا اضطر المكلف الى فعله يسقط عنه المنع الشرعي وايضاً اذا اضطر المكلف الى ترك واجب شرعي يسقط عنه الوجوب وايضاً لو استكره على نكاح أو طلاق يكون مورد الاكراه فاسداً شرعاً واما لو اضطر المكلف الى العقد الفاسد كتزويج مرأة

محرمة عليه فهل يكون تزويجه صحيحاً؟ كلا ثم كلا.

والوجه فيه ان التزويج الباطل لا يكون محكوماً بحكم كي يرتفع بالاكراه أو الاضطرار و عليه لو اضطر المكلف الى بيع الوقف لايكون بيعه حراماً تكليفاً لكن المفروض ان بيع الوقف فاسد شرعاً فلا مجال لان يقع صحيحاً بالاضطرار أو الاكراه وان شئت قلت الحكم الشرعي يرتفع بالاضطرار او الاكراه لا عدم الحكم الشرعي مثلاً لو اضطر احد في تزويج اخته أو امه فهل يمكن ان يقال ان التزويج المحرم يصير حلالاً وجايزاً بالاضطرار اوالاكراه؟ كلا.

والوجه في جميع هذه الموارد ان حديث الرفع يرفع الحكم المجعول من قبل الشارع عند الاكراه أو الاضطرار وبعبارة واضحة ان الشارع الاقدس لا يحكم بالوجوب أو الحرمة أو الصحة عند الاضطرار أو الاكراه وهذا لا يقتضي ان يحكم الشارع بالصحة عند الاضطرار الى عقد فاسد اذ حديث الرفع يقتضي الرفع لا الاثبات.

فتحصل مما تقدم انه لا دليل على صحة بيع الوقف في شيء من هذه الموارد وان القاعدة الاولية تقتضي عدم الجواز فان الوقف بمقتضى جعل الواقف ساكن غير متحرك كما ان مقتضى المنع الشرعي فساد بيعه الا ان يقوم دليل معتبر على الجواز فترفع اليد عن القاعدة الاولية بسبب ذلك الدليل.

وأما بحسب القاعدة الثانوية ففي المقام حديث رواه علي بن مهزيار قال: وكتبت اليه ان الرجل ذكران بين من وقف عليهم هذه الضيعة اختلافاً شديداً وانه ليس يأمن ان يتفاقم ذلك بينهم بعده فان كان ترى ان يبيع هذا الوقف ويدفع الى كل انسان منهم ماوقف

له من ذلك أمرته فكتب اليه بخطه واعلمه ان رأيي له ان كان قدعلم الاختلاف مابين اصحاب الوقف ان يبيع الوقف امثل فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس[١].

وهذه الرواية يستفاد منها جواز بيع الوقف في الجملة ولابد من ملاحظتها سنداً ودلالة فنقول أما من حيث السند فقد ناقش فيها سيدنا الاستاد على ما في تقريره الشريف وضعف السند.

ولكن الظاهر انه لا اشكال فيها فان سندها تام لاغبار عليه.

وأما من حيث المتن فيشكل الالتزام بمضمونها فانه ذكر في صدر الحديث ان خمس العين وقف له عليه السلام وامر ببيع حصته والحال انه لم يحصل القبض بعد.

مضافاً الى أنه كيف أمر عليه السلام ببيعه والحال انه لا يجوز بيع الوقف لكن كون الصدر مورد الاشكال لايوجب سقوط الذيل عن الاعتبار اذا لم يكن فيه اشكال وقد ذكر في ذيل الحديث ما يظهر منه ان الوقف الذي يكون مورد السؤال وقف موقت اذلولاه يكون الثمن متعلقاً لجميع البطون والحال ان الظاهر من الحديث بل نصه ان الثمن يختص بالموجودين فلا يمكن الاستدلال به على جواز بيع الوقف المؤبد.

اضف الى ذلك انه لو كان الوقف موقتاً يلزم ان تكون العين في غير زمان الوقف باقياً في ملك الواقف ولاوجه لكونه للموجودين ان قلت الامر بيد الواقف وله أن يجعل الوقف هكذا اي يجعل الوقف

---

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث ٦، مرآت العقول ج٢٣ ص ٦٠ الحديث ٣٠ فروع الكافي ج٧ ص ٣٦ الحديث ٣٠.

بعدانتهاء امده للموجودين قلت لادليل على صحة الاعتبارالمذكور والوقوف على حسب ما اوقفها اهلها لا يكون مشرعاً كي يلتزم بهذا اللازم.

اللهم الا ان يقال ان الرواية تدل على كون الثمن للموجودين فيعلم ان الحكمالشرعي كذلك لكن لازمه الالتزام بكون العين بعد إنتهاء الوقف للموجودين بلا فرق بين جعل الواقف كذلك وعدم جعله فان مقتضى الاطلاق المقامي عدم الفرق بينالصورتين وهل يمكن الالتزام به.

ومما يوجب الاشكال في الحديث ان المستفاد من قوله عليه السلام ان كان قد علم الاختلاف ما بين اصحاب الوقف إلخ انمجرد الاختلاف بين الموقوف عليهم يقتضي جواز البيع ولم يلتزم به الاصحاب.

وصفوة القول ان الحديث بماله من المفاد متروك مهجور فلا يكون دليلاً على الجواز في مورد فتوى الاصحاب بالجواز فيكون الالتزام بالجواز على خلاف القواعد الاولية والثانوية فلاحظ.

«قوله قدس سره : اما الجواز في الاول فلما مرّ من الدليل» الخ

وقد عرفت الاشكال في الاستدلال على الجواز بما استدل قدس سره وقلنا لا دليل على الجواز بل الدليل قائم على المنع.

«قوله قدس سره : فان الغرض من عدم البيع» الخ

لادليل على مراعاة غرض الواقف بل اللازم مراعاة ما جعله واعتبره والمفروض انه اعتبر السكون والتوقف وقلنا الحركة تنافي السكون مضافاً الى قيام الدليل على فساد بيع الوقف لاحظ

النصوص التي تدل على ان قوام الوقف بالبقاء وعدم البيع.

«قوله قدس سره : وانصراف النصوص الى غير هذه الصورة»

لاوجه للانصراف المدعى فان الحكم بعدم الجواز مترتب على الوقف والمفروض تحقق العنوان في مورد الكلام فاي وجه للانصراف مضافاً الى انا ذكرنا ان الواقف اعتبر كون العين ساكنة فنسئل ان البيع يقع على العين الموقوفة ام يقع على العين غير الموقوفة اما على الاول فيلزم اجتماع الضدين واما على الثاني فبماذا زال عنوان الوقفية وصار ملكاً طلقاً.

اضف الى ذلك ان بقاء الملكية بعد زوال عنوان الوقف بماذا ثبت فان التمليك له اسباب خاصة وهذه الملكية الثابتة في العين غير الموقوفة باى سبب تحققت اذ من الظاهر ان قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها لا يكون مشرعاً فالانصاف ان اتمام الامر بالصناعة مشكل.

«قوله قدس سره : نعم قد يشكل الامر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود» الخ.

هذا على فرض تماميته انما يتم على مسلك المشهور في مفاد القاعدة واما على المسلك المنصور فلا.

«قوله قدس سره : اشكال»

يمكن أن يكون وجه الاشكال معارضة ضرر البطن الموجود مع ضرر البطن اللاحق وبعد التعارض والتساقط تصل النوبة الى حرمة بيع الوقف لكن قد مر منه قريباً ان دليل المنع منصرف عن الصورة الا ان يقال لا ينصرف عن صورة التعارض.

«قوله قدس سره : او حق الواقف وساير البطون المتأخرة» الخ

اذا كان المدار غرض الواقف وانشائه فما معنى تردد الامر بين الطرفين واذا كان المدار امر آخر فلابد من بيانه كي نرى ما يترتب عليه والانصاف ان كلمات الماتن كغيره مضطربة.

«قوله قدس سره : اضاعة واتلاف للمال»

اذا كان كذلك فلابد من الالتزام بانتهاء الوقف فان حرمة اتلاف المال لا تقتضي صحة ما لا يكون صحيحاً فلاحظ.

«قوله قدس سره: واما المنع فى غير هذا القسم»

هذه الوجوه كلها ناهضة للمنع عن البيع في غير هذا القسم وقلنا لاوجه للانصراف وعلى فرض التنزل وعدم الشمول قلنا لاوجه لكون العين مملوكة للبطن الموجود اوله وللبطون اللاحقة وعليه لا وجه لجواز بيعها فانه لا بيع الا في ملك وتحقق الملكية اول الكلام والاشكال بل مقتضى القاعدة عدم حصولها فانه لو اغمض عن الدليل الاجتهادي فلا اقل من الاصل فان مقتضى الاستصحاب عدم صيرورتها مملوكة للموقوف عليه فلاحظ.

«قوله قدس سره : هذا كله مضافاً الى الاستصحاب فى جميع هذه الصور»

لامجال للاستصحاب في الحكم الكلي لمعارضة مع استصحاب عدم الجعل الزائد مضافاً الى انه لامجال للاصل مع الدليل الاجتهادي والمفروض ان الدليل على حرمة بيع الوقف تام.

«قوله قدس سره : وان المراد بالمال هو الوقف»

لايظهر ما افاده من الحديث بل الظاهر من المال مطلقه بلا اختصاص بالعين الموقوفة.

«قوله قدس سره : فيكون حاصل التعليل» إلخ

بل حاصل التعليل ان الاختلاف بين الموقوف عليهم يقتضي جواز البيع اذ ربما يتحقق تلف الاموال والنفوس.

وصفوة القول ان المستفاد من الحديث انه لو وقع خلاف بين اصحاب الوقف يرتفع ببيعه يجوز البيع وملاك الجواز امكان تلف المال أو النفس وبعبارة واضحة المذكور في الحديث بحسب الظهور العرفي حكمة الجعل لا علته فلا يدور الحكم وجوداً وعدماً مداره.

«قوله قدس سره : بل كلما خيف تلف مال جاز بيع الوقف»

بل لايشترط خوف التلف بل ولا يشترط حتى احتمال تلف المال أو النفس اذ قد ذكرنا ان المستفاد من الحديث ان تلف المال والنفس حكمة الجعل فيكون المقام نظير وجوب العدة على المرئة المدخول بها فان العدة واجبة ولو مع العلم بعدم اختلاط المياه.

وفي المقام يكفي للجواز الاختلاف بين اصحاب الوقف والحكمة في الجواز انه ربما يؤدي الاختلاف الى تلف المال أو النفس والشاهد على ما ذكرنا قوله عليه السلام تلف الاموال والنفوس والاتيان بصيغة الجمع في المال والنفس والحال انه لا يشترط في تحقق موضوع الجواز تلف الاموال والنفوس.

وبعبارة واضحة الظاهر من كلامه عليه السلام ان حكمة الجواز انه ربما يتفق تلف المال أو النفس فيجوز البيع مع الاختلاف حتى

فيما لا يحتمل تلف المال والنفس اذ الحكمة للجعل امكان وقوع تلف المال أو النفس والظاهر من كلمة ربما انه قد يتفق ذلك والعرف ببابك.

«قوله قدس سره : وان لم يكن لها دخل في الوقف»

الانصاف ان الظاهر من الحديث ان الموضوع الاختلاف الناشي من الوقف لا الاختلاف على الاطلاق.

«قوله قدس سره : عموماً من وجه»

فمادة الاجتماع من الطرفين ما لو علم بكون بقاء الوقف مؤدياً الى الخراب وعدم البيع يوجب تلف الاموال والنفوس ومادتا الافتراق العلم بتحقق خراب الوقف بلا ترتب تلف الاموال والنفوس وتلف الاموال والنفوس بلا ترتب خراب الموقوفة.

ولكن الحق ان النسبة بين فتوى المشهور ومفاد الحديث عموم مطلق اذ يشمل الحديث كل مورد يعلم بكون الخلاف مؤدياً الى خراب الوقف ولكن يفترق الحديث من قول المشهور فيما يكون الاختلاف موجوداً بين اصحاب الوقف ولا علم بتحقق خراب العين فلاحظ.

«قوله قدس سره : لايوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع»

كيف لا يوجب مع ان الظاهر من الحديث كون الوقف منقطعاً وعليه لادليل على جريان الحكم في الوقف الدائم وجواز البيع في الوقف المنقطع على القاعدة اذ لا تخرج العين عن ملك الواقف ازيد من المقدار الذي تعلق به اعتبار السكون ووقوف العين عن الحركة.

والانصاف انه لا مانع عن الاخذ باطلاق الحديث فان قوله

عليه السلام ان كان قد علم الاختلاف بين اصحاب الوقف مطلق والميزان في باب الظهور باطلاق الجواب لا بخصوص السؤال فيمكن ان يقال ان السؤال عن الوقف الموقت ولكن الجواب عن حكم مطلق الوقف وانه يجوز بيعه عند بروز الخلاف بين الاصحاب.

وهل يمكن الالتزام بمفاد الحديث؟ فان مقتضاه جواز بيع الوقف بمجرد ظهور الخلاف بين الموقوف عليهم وان شئت قلت لا ارتباط بين فتوى المشهور والتزامهم بالجواز في فرض العلم أو الظن لصيرورة الوقف خراباً وبين ترتب الجواز عند ظهور الخلاف بين اصحاب الوقف.

«قوله قدس سره : اعني الحبس»

لاوجه لحمل الوقف على الحبس فان الوقف المنقطع اذا كان صحيحاً فلا ملزم لحمل قوله عليه السلام على الحبس بل كلامه عليه السلام نص في الوقف المنقطع.

«قول قدس سره : بفهم الاصحاب الوقف المؤبد التام»

قد ذكرنا ان الميزان باطلاق الجواب وجوابه عليه السلام مطلق يشمل كلا القسمين فلا تنافي بين ظهور السؤال في المنقطع وظهور الجواب في الاطلاق

«قوله قدس سره : ويبقى الكلام فى تعيين المحتملات» الخ.

اذا تعدد الاحتمال في لفظ يكون مرجعه الى اجمال ذلك اللفظ فلابد من الاقتصار على القدر المتيقن منه ولا وجه لترجيح احد احتمالات الا ان يقوم دليل معتبر مفسر ومبيّن لذلك الاحتمال.

«قوله قدس سره : وقد عرفت الاظهر منها»

أين عرفنا المدعى؟

«قوله قدس سره : كان اولى»

مرجعه الى رفع اليد عن الاطلاق والاخذ بالمقدار المتيقن لكن ما افاده مبني على ما استفادوا من الحديث من ان الموضوع للجواز تلف الاموال والنفوس وعلى هذا لابد من فرض تلف الاموال والنفوس أي يلزم ان يتحقق تلف الاموال بصورة الجمع كالنفوس.

ويرد عليه اولاً ان الظاهر من الحديث ليس ما فهموا منه وثانياً انه على هذا التقدير لا خصوصية لتلف خصوص الوقف.

اذا عرفت ما ذكرنا فاعلم ان الظاهر من الحديث كما قلنا كفاية الاختلاف في جواز بيع الوقف والاطلاق محكم وانما نرفع اليد عنه بالمقدار الذي يقطع بكونه مخالفاً مع الواقع والله العالم.

وقد ذكرنا ان المتفاهم من كلامه عليه السلام ان الموضوع للجواز انه قد يتفق ترتب تلف المال أو النفس على الاختلاف بين الموقوف عليهم فلاحظ.

«قوله قدس سره : واما الوقف المنقطع وهو ما اذا وقف على من ينقرض بناءً على صحته كما هو المعروف»

يقع الكلام في هذا المورد في مقامين:

المقام الاول: في صحة الوقف المنقطع وعدمها. المقام الثاني: في حكمه من حيث جواز البيع وعدمه.

أما المقام الاول: فنقول: تارة يطلق الوقف المنقطع ويراد به الوقف الموقت بوقت كعشر سنوات مثلاً واخرى يطلق ويراد به

الوقف على من ينقرض وهو الوقف المنقطع الاخر.

اما الواقف الموقت فقال سيدنا الاستاد في منهاجه في كتاب الوقف في المسئلة ١٣ لايجوز في الوقف توقيته بمدة فاذا قال داري وقف على اولادي سنة أو عشر سنين بطل.

وما يمكن ان يقال في تقريب البطلان وجوه. الوجه الاول الاجماع وفيه ما فيه.

الوجه الثاني: أن التأبيد معتبر في قوام الوقف. وفيه انه اول الكلام ولذا نرى ان الشيخ قدس سره صرح بان الوقف على المنقرض صحيح على ما هو المعروف بين الاصحاب ومرجع المنقطع الى الموقت.

الوجه الثالث: الوقوف الصادرة عن الائمة عليهم السلام كانت مؤبدة لاحظ خبري عجلان[1] وربعي بن عبدالله[2].

ولاحظ حديث عبدالرحمن بن الحجاج قال: اوصى ابو الحسن عليه السلام بهذه الصدقة هذا ما تصدق به موسى بن جعفر تصدق بارضه في مكان كذا وكذا كلها وحد الارض كذا وكذا تصدق بها كلها ونخلها وارضها وقناتها ومائها وارحابها وحقوقها وشربها من الماء وكل حق هو لها في مرفع أو مظهر أو عرض أو طول أو مرفق أو ساحة أو اسقية أو متشعب او مسيل أو عامر أو غامر تصدق بجمع حقوقه من ذلك على ولد صلبه من الرجال والنساء الى ان قال: لا يحل لمؤمن يؤمن بالله واليوم الاخر ان يبيعها ولا

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ص٤٤.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ص٤١.

يبتاعها ولا يهبها ولا ينحلها ولا يغير شيئاً مما وصفته عليها حتى يرث الله الارض ومن عليها الحديث[١].

وفيه ان فعلهم لا يدل على الحصر. الوجه الرابع: انه لابد من الاقتصار على القدر المتيقن ولاندرى مشروعية الوقف الموقت.

وفيه انه يكفي للقول بالصحة قولهم عليهم السلام في عدة روايات الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها اذ لو صدق عنوان الوقف على الموقت يترتب عليه الامضاء الشرعي بمقتضي القول المذكور الصادر عنهم عليهم السلام.

اضف الى ذلك ان ما رواه الصفار[٢] يدل على الجواز بوضوح فانه يفهم من اطلاق هذه الرواية ان الامر بيد الواقف وعليه يجوز التوقيت اللهم الا ان يقوم اجماع كاشف عن البطلان الشرعي هذا بالنسبة الى الوقف الموقت.

وأما الوقف على من ينقرض الذي يكون المعروف عندهم جوازه، فقال سيدنا الاستاد في منهاجه في المسئلة ١٤ اذا وقف على من ينقرض كما اذا وقف على اولاده واولاد اولاده صح وقفاً

ويمكن الاستدلال على الصحة في الفرض المذكور مضافاً الى ما تقدم بما رواه علي بن مهزيار[٣].

فانه يفهم من صدر الحديث ومن ذيله جواز الوقف على من ينقرض فان الصدر يدل على جواز الوقف لخصوص الامام عليه السلام والذيل يدل على جواز الوقف لطائفة خاصة فان قول الراوي

---

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث ٥.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص٤١.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث في ص٩٠.

فان كان ترى ان يبيع هذا الوقف ويدفع الى كل انسان منهم ماوقف له من ذلك امرته يدل على ان الوقف يختص بالموجودين والعرف ببابك فلااشكال في جوازه ظاهراً هذا كله بالنسبة الى المقام الاول.

وأما المقام الثاني وهو بيان حكم بيع الوقف المنقطع فنتعرض له ان شاء الله تعالى عند تعرض الشيخ فانتظر.

«قوله قدس سره : فاما ان نقول ببقائه على ملك الواقف»

الظاهر من كلامه انحصار الصور في المذكورات والحال انه تتصور في المقام صورة اخرى وهي عدم خروج العين من ملك الواقف الا في مقدار خاص من الزمان اذ المفروض ان الوقف منقطع ولا مقتضي لخروج العين عن ملك الواقف ازيد من المقدار الخاص.

وبما ذكرنا يظهر بطلان بقية الوجوه اما بقاء العين في ملك الواقف فلا وجه له مع فرض كون الوقف للموقوف عليهم والوقف اخراج عن الملك وادخال للعين في ملك الموقوف عليه.

وأما القول الثاني فايضاً لا وجه له اذ باي ميزان تدخل العين في ملك الموقوف عليهم ازيد من زمان الوقف ولا مقتضي له ولا دليل على صحة تمليك العين من الغير بغير الاسباب المعروفة في الشريعة المقدسة.

ومنه يظهر فساد القولين الاخرين اذ على فرض دخول العين في ملك الموقوف عليهم لاوجه لرجوعها الى ملك الواقف كما لا وجه لصيرورتها في سبيل الله.

«قوله قدس سره : من حيث لزوم الغرر» الخ

يرد عليه اولاً انه لا دليل معتبر على بطلان الغرر. وثانياً ان الغرر عبارة عن الخطر ويمكن تصوير المسئلة على نحو لايصدق عليها عنوان الغرر في نظر العرف.

«قوله قدس سره : لان معرفة المجموع المركب من ملك البايع وحق المشترى لا توجب معرفة المبيع»

الجهل بالمبيع لا يستلزم تحقق الغرر فلا وجه للاستدلال به على المنع لكن يمكن ان يمنع عن البيع بتقريب آخر وهو انه قام الدليل على عدم جواز بيع الوقف وان بيعه غير صحيح فلا مجال لتقريب الجواز ومنعه بلزوم الغرر ثم منع الغرر اولاً وعدم الدليل على ابطاله ثانياً فانه لا تصل النوبة الى هذه المرحلة اذ المفروض عدم جواز بيع العين الموقوفة بالنصوص فلاحظ.

«قوله قدس سره : نعم لو انتقل الى الواقف ثم باع صح جزماً»

اذ المقتضي موجود ولا مانع فان المفروض انقضاء مدة الوقف فله البيع.

«قوله قدس سره : اللهم الا ان يكون على وجه الاسقاط» الخ

لامجال للتقريب المذكور اذ قلنا ان الدليل قائم على عدم جواز بيع الوقف فمادام وقفاً لايمكن البيع شرعاً.

«قوله قدس سره : كما يدل عليه كلامه»

القياس مع الفارق فان بيع المحبوس لامانع منه واما الوقف فلا يجوز بيعه فلا وجه جامع بين الطرفين.

«قوله قدس سره : فتأمل»

لعله يشير بامره بالتأمل الى انه لا فرق بين كونه مالكاً للمنفعة وكونه مالكاً للانتفاع فان مالك الانتفاع ليس له الاسقاط والحق انه لامجال لهذه الابحاث في المقام مع قيام الدليل على المنع.

«قوله قدس سره: ولا للموقوف عليه»

المتعين ان يستدل على عدم الجواز بالنصوص الدالة على المنع عن بيع الوقف.

«قوله قدس سره : الا اذا جوزنا بيع ملك الغير» الخ

قد ظهر مما تقدم انه لا مجال لما افاده فان مقتضى قوله لايجوز بيع الوقف ان البيع الواقع على الوقف باطل ولا يكون قابلاً للصحة بالاجازة المتأخرة اذ الشي لا ينقلب عما هو عليه وبعبارة واضحة بيع الوقف خلاف حق الله فلا يصح بالاجازة المتأخرة كما حقق في بحث الفضولي فلا موضوع للبحث.

«قوله قدس سره : لزم البيع»

ما افاده نظير ان يقال اذا بيع شيء غرراً وبعد يوم ارتفع الغرر لزم البيع وهل يمكن القول به؟ كلا ثم كلا.

«قوله قدس سره: ثم ان ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع» الخ

لا افهم معنى محصلاً لما افاده من التفصيل في المقام فان الوقف المنقطع باي نحو يتصور تجري فيه الاقوال بلا فرق ولعله ناظر الى دقيقة لم افهمها.

ومحصل الكلام في المقام ان مقتضى القاعدة الاولية عدم جواز بيع الوقف الا في مورد الاجماع والتسالم بحيث يقطع بالجواز أو

يشمله التوقيع الشريف الصادر من الناحية المقدسة.

وصفوة القول ان المستفاد من الحديث المشار اليه انه يكفي لجواز البيع كونه مقدوراً وبعبارة واضحة يستفاد من التوقيع الشريف جواز بيع الوقف على الاطلاق، نعم الحديث الشريف، لا يشمل الاوقاف العامة بل يختص الحكم فيه بالاوقاف الخاصة كالوقف الذري فمادام لم يقم دليل على المنع نلتزم بالجواز

واما حديث ابن مهزيار فيدل على جواز البيع في صورة بروز الخلاف بين اصحاب الوقف فان قلنا بأن جواب الامام عليه السلام مطلق يشمل مطلق الوقف ويكون اللام للجنس فيكون الحكم المذكور حكماً لمطلق الوقف بلا فرق بين الموقت والدائم.

وان قلنا بكون للكلام للعهد كما ليس ببعيد او قلنا بالاجمال يختص الحكم بخصوص الوقف المنقطع ويبقى غيره تحت دليل المنع عن البيع مع قطع النظر عن التوقيع ثم انه لا يخفى ان هذه الرواية يختص بالوقف الخاص بلا اشكال ولا كلام والعرف ببابك ولا تشمل الوقف العام وعليه يبقى الوقف العام تحت قانون المنع عن البيع والله العالم بحقائق الاشياء وهو المستعان هذا تمام الكلام في بيع الوقف.

وحيث ان البحث عن أحكام العبيد والاماء بلا فائدة في هذه الأزمنة فلا موجب للدخول فيه وعليه يقع الكلام في بيع الرهن ان شاء الله تعالى.

«قوله قدس سره : مسئلة ومن إسباب خروج الملك عن كونه طلقاً كونه مرهوناً»

يقع الكلام في هذه المسئلة في مقامات. المقام الاول: في

مقتضى القاعدة الاولية وانه هل يجوز بيع العين المرهونة ام لا؟ فنقول القاعدة الاولية تقتضي جواز بيعه اذ المفروض ان الرهن لا يخرج العين المرهونة عن ملك مالكها فيجوز بيعها بمقتضى اطلاق قوله تعالى «احل الله البيع» وقوله تعالى ايضاً «الا ان تكون تجارة عن تراض».

غاية الامر تكون العين ناقصة من حيث تعلق حق المرتهن وفي معرض الخطر فاذا كان المشترى جاهلاً يثبت له الخيار بمقتضى الشرط الارتكازي الضمني واما مع علمه بالحال فلا وجه للخيار.

واما ما افاده الشيخ قدس سره في اثناء كلامه من تنافي جواز البيع والرهن فلا يكون تاماً اذ لا تنافي بين الامرين.

وبعبارة واضحة: لانرى معاندة بين الامرين فيصح البيع على طبق القاعدة الاولية.

المقام الثاني: في أنه هل قام دليل معتبر على المنع وان بيعه فاسد ام لا؟ فنقول ما يمكن أن يذكر في تقريب المنع وجوه.

الوجه الاول: النبوي المشهور بين الاصحاب عن النبي صلى الله عليه وآله: الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن[1] فان قوله صلى الله عليه وآله الراهن والمرتهن الخ يقتضي فساد بيعه على الاطلاق فان الجمود على الاطلاق يقتضي أن بيعه من قبل الراهن باطل حتى مع الاذن من المرتهن لكن الحديث ساقط عن الاعتبار سنداً ولا جابر له فلا يعتد به.

الوجه الثاني الاجماع المنقول في المقام كما في كلام الشيخ

(١) مستدرك الوسائل ج١٣ الباب ١٧ من ابواب كتاب الرهن الحديث ٦.

قدس‌سره وقد ذكرنا كراراً عدم‌اعتبار الاجماع المنقول فلااثرله.

الوجه الثالث: تسالم الاصحاب عليه وكون البطلان ارتكازياً في اذهان اهل الشرع والشريعة بل يمكن أن يقال ان عليه السيرة العقلائية فلا مجال للاشكال والتأمل غاية الامر لا اشكال في جوازه مع توافق الطرفين عليه فانه لادليل معتبر على بطلانه في‌الفرض.

المقام الثالث في‌انه على القول بالبطلان فهل‌يكون قابلاً‌للصحة بالاجازة المتأخرة أو بفك الرهن ام لا؟ فلابد من بسط الكلام وتحقيق الحال في ضمن فروع ثلاثة.

الفرع الاول: انه لو باع الراهن العين المرهونة بلا اذن من المرتهن وبعد ذلك اجاز المرتهن البيع فهل يكون صحيحاً‌بالاجازة فنقول مقتضى القاعدة الاولية عدم صحته بالاجازة المتأخرة اذ المفروض ان العقد وقع باطلاً‌ والشيء لا ينقلب عما هو عليه فالمانع الحدوثي مانع بقاءً

ولكن لابد من رفع اليد عن القاعدة الاولية بالنص الخاص الوارد في هذا المورد وهو ما رواه زرارة عن أبي‌جعفر‌عليه‌السلام قال: سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده فقال: ذاك إلى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما قلت: اصلحك الله ان الحكم بن عتيبة وابراهيم النخعي واصحابهما يقولون: ان اصل النكاح فاسد ولا تحل اجازة السيد له فقال ابوجعفر عليه السلام: انه لم يعص‌الله وانّما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز[1].

فان مقتضى هذه الرواية التفصيل في شروط العقود فان كان

(١) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١.

الشرط من حقوق الله كان فقدانه موجباً للفساد ولا يكون قابلاً لعروض الصحة بعد ذلك وان كان من حقوق الناس يكون قابلاً للصحة بالاجازة المتأخرة.

ولا يضر بالاستدلال ورود الحديث في مورد خاص اذ مقتضى التعليل التعميم وعليه لو باع الراهن العين بلا اجازة المرتهن وبعد ذلك اجاز المرتهن العقد الصادر من الراهن يصح العقد بالاجازة

وفي المقام يتفرع فروع الفرع الاول انه بعد اجازة المرتهن العقد الصادر عن الراهن أو اذا فرضنا ان البيع وقع باجازة من المرتهن فهل تبقى العين المرهونة مرهونة على ما كانت ام ينفك الرهن وتصير العين مرسلة؟

فتارة نقول بالتنافي بين البيع والرهن كما يظهر من كلام الشيخ فلا اشكال في الانفكاك وارتفاع الرهنية واخرى نقول بعدم التنافي كما قلنا وعليه يكون مقتضى القاعدة بقاء الرهن بحاله ولا مقتضى لارتفاع عنوانه الا ان يقوم دليل عليه.

الفرع الثاني: انه لو لم يجز المرتهن العقد لكن الراهن بعد البيع فك الرهن فهل يصح البيع ام لا؟ الظاهر انه لاوجه للجواز والصحة اذ المفروض ان العقد صدر باطلاً والمفروض انه لم يجز من قبل المرتهن فلا وجه لعروض الصحة عليه.

الفرع الثالث: عين الفرض الثاني ولكن نفرض ان البايع بنفسه بعد فك الرهن يجيز العقد الصادر منه فهل يمكن الحكم بالصحة باجازته ام لا؟ الظاهر انه لا يمكن اذ المفروض ان المؤثر حين العقد اجازة المرتهن وانه لم يتحقق.

والمستفاد من حديث زرارة ان اجازة من بيده الامر تؤثر في الصحة ولم يكن البايع بعد البيع مصداقاً لعنوان من بيده الامر بل من بيده الامر هوالمرتهن والمفروض عدم اجازته فمن يكون اجازته مؤثرة لم يجزومن اجاز ليس بيده الامر فلاحظ وتأمل.

وان شئت قلت انه عليه السلام علل الحكم بالجواز بقوله انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذ اجاز جازفيلزم ان تصدر الاجازة ممن عصي ومن عصي هو المرتهن.

المقام الرابع: ان المرتهن لو اجاز العقد الصادر عن الراهن فهل يكون ناقلة ام تكون كاشفة؟ الحق انه لا فرق في الاجازة في المقام والاجازة في العقد الفضولي وقد اخترنا هناك ان القاعدة تقتضي كون الاجازة كاشفة كشفاً انقلابياً أي يحكم بتحقق الملكية بالاجازة من زمان العقد ولامحذور فيه كما مرّ في بحث الفضولي.

«قوله قدس سره: وثانياً ان المتيقن من الاجماع والاخبار» الخ.

فيكون المنع عن الاستقلال وأما التصرف الممضى من قبل المالك أو من بيده الامر فلا يكون مشمولاً للمنع ولا يكون داخلا في معقد الاجماع فعليه كما ان تصرف المرتهن في العين مع اجازة المالك لا يكون ممنوعاً كذلك تصرف المالك مع اجازة المرتهن لا يكون مورد المنع هذا حاصل كلامه في المقام.

لكن نسئل انه لو تصرف احدهما بلا اذن من الاخر فمادام لا تتحقق الاجازة من الاخر هل يكون العقد صحيحاً ومؤثراً أم لا؟ لا سبيل الى الاول اذ لا اشكال في أن العقد الموقوف على الاجازة المتأخرة لا يكون مؤثراً ولذا انكرنا الكشف الحقيقي وقلنا لابد من القول بالنقل غاية الامر الاقوال في النقل مختلفة.

وعليه فما الدليل على تأثير الاجازة المتأخرة ودليل اثبات الصحة بالاجازة منحصر في حديث زرارة وما افاده قدس سره من الرجوع الى العموم في غير المقدار المعلوم ومقتضاه الصحة غير تام فان قوله تعالى «احل الله البيع» لم يشمل العقد الصادر عن الفضولي وبعد الاجازة نسئل هل ينقلب العقدالفضولي عنعنوانه أم لا؟ لا سبيل الى الاول فان الشيء لا ينقلب عما هو عليه.

وأما على الثاني فالمفروض ان عقده صدر باطلاً. ان قلت: الاجازة توجب صحة انتساب العقد الىالمجيز فكانالمجيز باجازته باع في ذلك الزمان.

قلت: لا مجال لهذهالمقالة فانالعقد عبارة عنالاعتبار النفساني وابراز ذلك الاعتبار بمبرز من فعل أوقول ومن الظاهر انالاعتبار أمر تكويني كما ان الابراز كذلك وهل يمكن اسناد امر تكويني الى غير الفاعل بالاجازة والرضا؟ كلا ثم كلا.

وعلى هذا الاساس قلنا في بحث الفضولي بان الفضولي باطل على مقتضى القاعدة الاولية نعم نرفع اليد عن القاعدة بالنص الخاص وهو حديث زرارة.

أضف الىذلك انالبيانالمذكور لايجري فيما نحن فيه اذ المفروض ان العقد صدر عن المالك غاية الامر بلا اذن منالمرتهنفالمقتضى تام انما الكلام فيأنه مقرون بالمانع فلا سبيل الى الصحة غيرالنص الخاص الوارد في الباب المشار اليه وبعبارة واضحة لو فرضنا تمامية التقريب المذكور في باب الفضولي لا يتم في المقام لان العقد صدر عن المالك فلا تكون إجازةالمرتهن مؤثرة فيالانتساب فانه تحصيل للحاصل.

«قوله قدس سره: وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع» الخ.

حاصل الاشكال انه لا يمكن اجتماع الرهن والبيع فكيف يمكن القول بصحة بيع الراهن مع اجازة المرتهن واجاب عن الاشكال بأن القائل بالصحة يلتزم ببطلان الرهن فلا مجمع لهما ويرد عليه انه ما المانع من الاجتماع وأيّ دليل دل على عدم امكان اجتماع البيع والرهن.

والذي يدل على الامكان جواز رهن مال الغير مثلاً لو استدان أحد وجعل دار صديقه رهناً عند الداين يجوز فأي مانع من انتقال المبيع الى الغير معنوناً بعنوان كونه مرهوناً وعلى هذا الاساس لاوجه للمقايسة بين المقام والبيع الفضولي فعلى فرض توجه الاشكال في البيع الفضولي لا يتوجه الاشكال في المقام لعدم التنافى بين الامرين ويمكن اجتماع كون العين مرهونة ومع ذلك يقع عليها البيع هذا ما يرتبط بالمقام.

وأما في مسألة البيع الفضولي فلا اشكال اذ لو قلنا بأن الاجازة ناقلة بتمام معنى الكلمة فالامر ظاهر وان قلنا بالكشف الحكمي أو الانقلابي فايضاً لا اشكال اذ زمان الاعتبار مختلف وان كان زمان المعتبر متحداً ففي يوم السبت يعتبر كون الدار لزيد واما في يوم الاحد فيعتبر كونها في يوم السبت لبكر ولا تنافي بين الامرين.

«قوله قدس سره: الا ان الظاهر من بعض الاخبار» الخ.

لا يبعد أن يكون ناظراً الى حديث العروة البارقي فان المستفاد من ذلك الحديث ان الاجازة كاشفة اذ لو لم تكن كاشفة كان تصرف العروة حراماً هذا ما يرجع الى كلامه.

لكن يرد عليه اولاً أن الحديث ضعيف سنداً وثانياً ان القول بالكشف مرجعه الى النقل فلا فرق بين القولين من هذه الجهة الاعلى القول بالكشف الحقيقي الذي لا نقول به ولا يمكن القول به والحق ان القاعدة الاولية تقتضي القول بالكشف الانقلابي.

«قوله قدس سره: وهل ينفع الاجازة بعد الرد وجهان» الخ.

الحق ان الاجازة بعد الرد تؤثر في المقام كما تؤثر في باب العقد الفضولي اذ لا وجه للسقوط وبعبارة اخرى لا دليل على ان الرد قبل الاجازة موجباً لسقوط الاجازة عن التأثير فلاحظ.

«قوله قدس سره: ويحتمل عدم لزوم العقد» الخ

هذا هو الصحيح فانه لادليل على تحقق الصحة بالابراء أو الاسقاط أو الاداء وقياس السقوط بالاجازة في زمان الحق مع الفارق فان اجازة المرتهن انما تؤثر بمقتضى التعليل المذكور في حديث زرارة وأما سقوط الحق فلا دليل على كونه سبباً للصحة وان شئت قلت حين صدور العقد كان المانع للتأثير موجوداً وفي زمان انتفاء المانع لا مقتضى ولا سبب لحصول المطلوب.

«قوله قدس سره: مضافاً الى استصحاب عدم اللزوم» الخ.

الاولى ان يقال مضافاً الى استصحاب عدم الملكية فان بيع الراهن لم يؤثر في حصول الملكية واذا شك في حصولها بعد سقوط الحق يكون مقتضى الاستصحاب عدمها.

«قوله قدس سره: اذ ليس في اللفظ عموم زماني» الخ.

اذا كان المدرك دليل وجوب الوفاء بالعقد كما رامه فلماذا يحكم بعدم العموم الزماني فيه والحال ان مقتضى دليل وجوب الوفاء العموم

الزماني فان وجوب الوفاء لا يختص بزمان دون آخر بل مقتضي الاطلاق وجوبه في كل زمان لكن اصل المبنى فاسد فانا ذكرنا مراراً ان دليل وجوب الوفاء دليل اللزوم لا دليل الصحة ولا يمكن ان يكون دليلاً على الصحة فلاحظ.

«قوله قدس سره: بعض الروايات»

لاحظ مارواه معاوية بن وهب قال: جاء رجل الى أبي عبدالله عليه السلام فقال اني كنت مملوكاً لقوم وانّي تزوجت امرأة حرّة بغير اذن موالي ثم اعتقوني بعد ذلك فاجدد نكاحي ايّاها حين اعتقت فقال له اكانوا علموا انك تزوجت امرأة وانت مملوك لهم فقال نعم وسكتوا عني ولم يغيروا علي" قال فقال سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاول[1].

«قوله قدس سره: فالمقام من باب وجوب العمل بالعام»

قد تقدم منا انه لولا النص أي حديث زرارة لم يكن وجه للصحة اذ بعد عدم شمول الدليل للعقد المقرون بالمانع لا يشمله بعده لما ذكرنا من ان الشيء لا ينقلب عما هو عليه والمفروض انه حين حدوثه كان مقروناً بالمانع والعقد المقرون بالمانع باطل ولايعقل ان يشمله دليل الصحة.

«قوله قدس سره: فافهم»

لعل الامر بالفهم اشارة إلى ما ذكرنا.

«قوله قدس سره: ثم ان لازم الكشف كما عرفت في مسالة الفضولي»

وقد ذكرنا كراراً ان الكشف الحقيقي لا دليل عليه فعلى جميع

(١) الوسائل الباب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١.

التقادير تكون الاجازة ناقلة وعليه لا مجال للقول بلزوم العقد اذ قبل الاجازة لا يتحقق شيء كي يكون لازماً أو جايزاً.

وبعبارة اخرى قبل الاجازة لاموضوع للجواز واللزوم فلا يجب على العاقد شيء قبل الاجازة أو قبل الفسك أو الابراء على القول بكونهما مؤثرين في صحة العقد السابق ولامجال للابحاث المذكورة في المقام كما هو ظاهر بالتأمل فيما ذكرنا.

«قوله قدس سره: وجهان».

بل الحق تعين بيع العين المرهونة ولا يوجب بيعها ابطال البيع الصادر عن المالك اذ قد مرّ منا انه لا تنافي بين الامرين فيجبر المشتري على البيع وعلى فرض امتناعه يقدم الحاكم بنفسه فانه ولي الممتنع فلاحظ.

«قوله قدس سره: مسئلة: الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم»

يقع الكلام في هذه المسئلة في مقامين. المقام الاول: في مقتضى القاعدة الاولية. المقام الثاني فيماتقتضيه الادلةالثانوية.

أما المقام الاول فنقول: القاعدة الاولية تقتضي الجواز وعدم الاشتراط فان مقتضى اطلاق دليل حلية البيع وتجارة عن تراض جواز البيع مع عدم القدرة على تسليم المبيع وتسلمه وهذا لاغبار عليه.

ان قلت: مع عدم القدرة على التسليم يكون العقد سفهياً فيكون باطلاً. قلت: يرد على التقريب المذكور، اولا: انه يمكن تصوير الامر بنحو لا يكون سفهياً كما لو كان مصلحة فيه.

وثانياً: انه لا دليل على بطلان العقد السفهي وانما الدليل قائم على بطلان بيع السفيه وعقده على ما هو المشهور وكم فرق بين الامرين. هذا ما يرجع الى المقام الاول.

وأما المقام الثاني فما يمكن ان يذكر في تقريب المدعى وجوه

الوجه الاول: الاجماع بالجملة أو في الجملة أي فيما يكون خديعة.

وحال الاجماع المنقول في الاشكال ظاهر والاجماع المحصل على فرض حصوله غير حجة لاحتمال استناد المجمعين الى بعض الوجوه المذكورة في المقام.

الوجه الثاني: قوله صلى الله عليه وآله: رواه الصدوق عن الرضا عن آبائه عن علي عليه السلام وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع المضطر وعن بيع الغرر[1].

وهذه الرواية تارة يبحث فيها من حيث السند واخرى من حيث الدلالة، اما من حيث السند فلا اعتبار بها اذ ليس لها سند فان الصدوق ذكر الرواية بسند ضعيف والطريحي ذكر الرواية في مجمع البحرين في مادة غرر وقال:

وفي الخبر نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر وقال بعد ذلك وفسر بما يكون له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول مثل بيع السمك بالماء والطير في الهوا وقال ايضاً ما غرك بربك الكريم أي اى شيء غرك بخالقك وخدعك وسول لك الباطن حتى عصيته وخالفته والرواية مرسلة ولا جابر لها فتكون ساقطة عن درجة الاعتبار.

وأما من حيث الدلالة فايضاً لا مجال للاستدلال بها على المدعى

(١) الوسائل الباب ٤٠ من ابواب آداب التجارة الحديث: ٣ والمستدرك الباب ٣٣ من هذه الابواب الحديث : ١.

اذ من الظاهر ان عدم القدرة على التسليم لايستلزم الخديعة والتغرير فلا تكون الرواية دليلاً على المدعى مضافاً الى انه لو فرض ان الخديعة لم تشرب في مفهوم الغرر لكن الاستدلال بالرواية متوقف على ان يكون الغرر عبارة عن الخطر ويمكن تصوير الامر على نحو لايكون خطرياً كما لو كان المشترى قادراً على تسلم المبيع.

الا أن يقال لا يكفي قدرة احد المتعاملين وكما لو اشترط المشترى على البايع امراً يكون العقد مأموناً من الضرر والخطر فالنتيجة ان الحديث غير تام سنداً ودلالة فلاحظ.

الوجه الثالث: ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه وآله وهو قوله صلى الله عليه وآله لا تبع ما ليس عندك لاحظ ما رواه سليمان بن صالح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع وعن بيعين في بيع وعن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن[1].

وهذه الرواية من حيث السند تامة ظاهراً فلا اشكال فيها من هذه الجهة.

وأما من ناحية الدلالة فتقريب المدعى بها ان المراد من كلمة عندك ليس الحضور الخارجي اذ لا اشكال في صحة بيع العين الغائبة فالمراد بهذه الكلمة السلطنة الخارجية والقدرة على تسليم المبيع. وفيه ان الظاهر من الجملة كون العين مملوكة للبايع ولا مجال للاشكال بانه يعبر عن المملوك بكلمة (لك) لا بكلمة (عندك) اذ انه كثيراً ما يطلق هذا اللفظ ويراد منه الملك كقول الناس عندك دار ما عندى شيء عنده الف دينار وهكذا ولا شبهة فيه.

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام العقود الحديث ٢.

ويؤيد المدعى بل يدل عليه الحديث الاخر لاحظ ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج قال قلت لابي عبدالله عليه السلام: الرجل يجيئني يطلب المتاع فاقاوله على الربح ثم اشتريه فابيعه منه فقال اليس ان شاء اخذ وان شاء ترك قلت بلى قال فلا بأس به قلت فان من عندنا يفسده قال ولم قلت قد باع ما ليس عنده قال فما يقول في السلم قد باع صاحبه ما ليس عنده قلت بلى قال فانما صلح من اجل انهم يسمّونه سلماً ان ابى كان يقول لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذى بعته فيه[1].

فانه قد صرح فيه بان المراد من الجملة المملوكية فلا اشكال من هذه الجهة وعلى فرض الاغماض فلا اقل من الاجمال ومع الاجمال لايكون قابلا للاستدلال.

ان قلت على فرض الاجمال يتشكل علم اجمالي وقد حقق في الاصول ان العلم الاجمالي منجز بالنسبة الى الاطراف والمفروض ان احد اطراف الاحتمال احتمال كون المراد من الكلمة القدرة على التسليم.

قلت العلم الاجمالى في المقام لا ينجز لعدم معارضة الاصول فان بيع غير المملوك باطل فيوخذ بالنسبة الى الاحتمال الاخر باطلاق دليل الصحة وبعبارة واضحة ان العلم الاجمالى انما يكون منجزاً فيما لا يكون احد الطرفين او الاطراف مورد الحكم واما مع كون البعض مورد الحكم قطعاً فلايجري فيه الاصل فلامانع عن جريان الاصل أو الاطلاق في الطرف الاخر.

---

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام العقود الحديث ٣.

الوجه الرابع: ان ما لا يكون مقدور التسليم لا يكون مالاً ومالا مالية له لايجوز بيعه وفيه اولاً انه لا دليل على الشرط المذكور وثانياً ان المال مايبذل بازائه الشي ومن الواضح ان القدرة وعدمها لا يكونان دخيلين في هذه الجهة.

وبعبارة واضحة لا اشكال ولا ريب في أن المالية للشيء لا تسقط بعدم امكان الوصول اليه ولذا يصح أن يقال كمية كثيرة من الاموال تحت البحار أو تحت الارض من الكنوز وغيرها فهذا الوجه أيضاً ساقط.

الوجه الخامس ان وجوب الوفاء بالعقد من لوازمه ولا ينفك عنه ومع عدم القدرة على التسليم اما لايكون التسليم واجباً فيلزم الخلف اذ فرضنا ان وجوب الوفاء لازم للعقد ولاينفك عنه واما يلزم ولازمه تعلق الامر والوجوب بامر غير مقدور وهو محال فيلزم ان يكون المبيع مقدور التسليم.

وفيه: اولاً ان الوجوب المتعلق بالوفاء وجوب ارشادي وارشاد الى لزوم العقد ولا يكون تكليفياً. وثانياً: انه على فرض القول به وفرض تمامية التقريب انما يختص بمورد يمكن الوفاء واما مع عدم امكانه فلا يجب الوفاء ولا دليل على الملازمة المطلقة.

الوجه السادس: ان الغرض من اشتراء شيء الانتفاع به ومع عدم امكان التسليم لاتترتب هذه الغاية فيكون العقد باطلاً.

ويرد عليه: اولاً ان تخلف الداعي لا يوجب الفساد وكونه مفسداً للعقد لا دليل عليه.

وثانياً: انه يمكن ان يكون الغرض من المعاملة استفادة البايع وهذه الفائدة تترتب بتسلم الثمن.

وثالثاً: انه يمكن ان الغرض الانتفاع الاعتباري وهو كونه مالكاً للطير الكذائي.

ورابعاً: انه يمكن ان يكون المتعاقدان غافلين وتعاقدا على البيع الا ان يقال انه يكفي الارتكاز.

وخامساً: انه يمكن ان لايكون البايع قادراً على اخذ المبيع كالطير في الهوا وكذا المشتري لا يكون قادراً على اخذه ولكن المشترى يمكنه ان يبيعه من ثالث يكون قادراً على اخذه.

الوجه السابع: ان مثل هذه المعاملة يكون سفهياً. وهو باطل. وفيه اولاً: انه يمكن ان يكون فيه غرض عقلائي وبه يخرج العقد عن كونه سفهائياً.

وثانياً: انه لا دليل على بطلان العقد السفهائي وانما الدليل قائم على بطلان عقد السفيه كما تقدم.

الوجه الثامن: ان مثل هذا العقد يكون داخلاً في اكل المال بالباطل والمستفاد من قوله تعالى «لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل» بطلان ما قوبل المال بالباطل.

وفيه اولاً: انه قد ظهر مما ذكرنا امكان الخروج عن الاكل بالباطل.

وثانياً: ان المستفاد من الاية النهي عن الاكل بالسبب الباطل وبعبارة اخرى الجار لا يكون للمقابلة بل للسببية فلا ترتبط الاية بالمقام فلاحظ.

الوجه التاسع: ما أفاده سيدنا الاستاد قدس سره وهو انه يستفاد من حديث رفاعة النخاس قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام

قلت له: ايصلح لي ان اشتري من القوم الجارية الابقة وأعطيهم الثمن واطلبها انا قال: لا يصلح شراؤها الا ان تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً فتقول لهم: اشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً فان ذلك جائز[١].

ومن حديث سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام: في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن اهله قال لا يصلح الا ان يشتري معه شيئاً آخر ويقول: اشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا فان لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه[٢].

انه لايجوز بيع العبد الابق والجارية الابقة الا مع الضميمة ولا يجوز بيعهما بلا ضميمة فيدل الحديثان على عدم الجواز في المقام بالاولوية فان العبد الابق أو الامة الابقة يمكن الانتفاع منهما بالعتق ومع ذلك حكم الشارع بعدم جواز بيعهما الا مع الضميمة فبطريق اولى لا يجوز بيع ما لا يكون مقدوراً ولا ينتفع به هذا ما افاده سيدنا الاستاد قدس سره في المقام.

ويرد عليه ان المستفاد من الحديثين عدم جواز البيع في الابق والابقة وأما وجه عدم الجواز فيهما وملاكه فغير معلوم فلا يمكن التعدى الى بقية الامتعة والاعيان القابلة للبيع.

وبعبارة واضحة: انا لا ندري انه ما الوجه في عدم الجواز مضافاً الى انا نفرض عبداً غير آبق ولكن لايمكن الوصول اليه لعلة خارجية ككونه محبوساً في حبس ظالم فنسئل هل يجوز بيعه بلا ضميمة ام لا

---

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

فان الاولوية لايتحقق فيه كما هو واضح فلا يمكن أن يستفاد من الحديث كبرى كلية.

وأما قوله عليه السلام فان لم يقدر على العبد الى آخر كلامه عليه السلام فلا يكون علة للحكم كي يقال يستفاد من التعليل ان الوجه في عدم الجواز عدم القدرة على تسلم المبيع بل كلامه عليه السلام دليل على أن الثمن يقع بتمامه في مقابل تلك الضميمة ولا يقسّط عليها وعلى الابق.

وان شئت قلت: الفاء فاء التفريع لا العلية وبعبارة واضحة هذا الذيل تتمة للكلام لا علة للحكم اي يبيع البايع مع الضميمة فان قدر المشترى على الابق فهو وان لم يقدر يكون تمام الثمن في مقابل تلك الضميمة شرعاً وان كان على خلاف القاعدة فان مقتضى القاعدة التقسيط اذ المفروض ان الثمن واقع في مقابل الابق والضميمة فعلى القاعدة لابد من ان يقسط الثمن على كليهما.

«قوله قدس سره : وقد يعترض باصالة عدم تقيد الوجوب» الخ

الظاهر ان المراد من المعترض صاحب الجواهر وحاصل ما افاده ان مقتضى عدم التقيد في طرف الحكم اي لزوم الوفاء عمومه لكن يعارض الاصل الجاري فيه بجريان الاصل في الموضوع فان مقتضاه عدم التقييد ايضاً وحيث انه لا يمكن الاخذ بكلا الاصلين يسقطان بالمعارضة.

ويمكن أن يكون وجه نظر الشيخ في الاعتراض بأنه لا مجال للاصل في طرف الحكم اذ لا اشكال في تقيده بالقدرة واما وجه نظره في المعارضة فيمكن ان يكون ناظراً الى ان اطلاق الحكم مقدم

على اطلاق الموضوع.

ولعله بقوله «فافهم» يشير الى انه ليس لتقديم احدهما على الاخر ميزان كلي بل ربما يتقدم الظهور في طرف الحكم على الموضوع وربما ينعكس الامر فلاحظ.

«قوله قدس سره : كون القدرة شرطاً» الخ

وقع الكلام في أن القدرة على تسليم المبيع على القول بها شرط أو ان العجز مانع. واستفاد الشيخ قدس سره من كلمات القوم ان القدرة شرط ولا مجال لكون العجز مانعاً اذ المانع عبارة عن امر وجودي يمنع المقتضي عن التأثير في وجود المعلول والعجز امر عدمي والامر العدمي لا يمكن كونه مانعاً.

ونقل عن صاحب الجواهر انه استظهر من كلمات القوم ان العجز مانع عندهم لا ان القدرة شرط وتظهر الثمرة بين القولين في جريان الاصل فانه لو شك في القدرة وان البايع قادر على التسليم أو انه عاجز عنه فلو قلنا بان القدرة شرط لايمكن احرازه بالاصل.

وأما لو قلنا ان العجز مانع فيمكن احراز عدمه بالاصل واورد عليه الشيخ قدس سره بانه لا فرق بين القولين من هذه الجهة اذ مع احراز الحالة السابقة يجري الاصل في بقائها ومع عدم احرازها لايجري. وبعبارة اخرى مع احراز القدرة أو العجز سابقاً يجرى الاصل في بقائها ومع احراز عدمهما يجري الاصل في العدم فلا تظهر الثمرة بين القولين.

نعم اذا كان الامر دائراً بين كون احد الضدين شرطاً أو كون الضد الاخر مانعاً مثل الفسق والعدالة تظهر الثمرة بين القولين اذ على القول بكون العدالة شرطاً لا اثر لعدم الفسق وعلى تقدير

كون الفسق مانعاً لا اثر للعدالة بل الاثر يترتب على عدم الفسق.

اقول: يمكن أن يكون صاحب الجواهر ناظراً الى مورد لا تكون الحالة السابقة معلومة أو يكون المورد من موارد توارد حالتين ففي مثله تظهر النتيجة اذ على القول بكون القدرة شرطاً لا مجرى للاصل فلا يحرز الشرط ومع عدم احرازه لا مجال للاخذ بالدليل فان الاخذ بالعام أو المطلق مع كون الشبهة مصداقية لايجوز.

وأما لو قلنا ان المانع العجز فيمكن احراز عدمه باصالة عدم المانع.

ويرد عليه: انه ان كان المراد من الاصل الاستصحاب فقد مر انه لا مجال له لعدم احراز الحالة السابقة وان كان المراد منه قاعدة المقتضي والمانع فقد حقق في محله انه لا دليل عليها.

ولما انجر الكلام الى هنا لابد من بيان نكتة وهي انه هل يجري استصحاب القدرة المحرزة سابقاً ام لا؟ ربما يقال بان الاثر يترتب على الاحراز لاعلى الواقع فلا اثر لاستصحاب القدرة السابقة ويمكن ان يقال: انه لو قلنا بقيام الاستصحاب مقام القطع الطريقي ولولم يكن اثر للواقع كما عليه الشيخ يجري الاستصحاب وان قلنا بعدم قيامه مقام القطع الطريقي الذي لا اثر للواقع كما عليه صاحب الكفاية فلا يجري.

ولقائل أن يقول: ان الاستصحاب لايجري حتى على قول الشيخ اذ الغرر متقوم بالاحتمال والمفروض ان الاحتمال موجود فلا اثر للاصل نعم لو قامت الامارة على القدرة تؤثر إذ الامارة حجة بالنسبة الى لوازم المؤدى فلاحظ.

«قوله قدس سره : لانه عدم القدرة عمن من شأنه صنفاً أونوعاً أو جنساً ان يقدر» الخ

لفظ أو للتنويع ولايكون للترديد اى عدم القدرة من شأن صنفه أو نوعه أو جنسه القدرة والاول كالبايع مباشرة والثاني كالعاقد المعاوض لماله مباشرة بغير البيع كالصلح والثالث مطلق العاقد فيعم المباشر والوكيل.

«قوله قدس سره : ثم لو سلم صحة اطلاق المانع عليه لا ثمرة فيه لا فى صورة الشك الموضوعى» الخ

تارة يكون الشك موضوعياً واخرى مفهومياً وثالثة حكمياً. اما الشك الموضوعى فكما لو علم حدود مفهوم القدرة والعجز ولكن يشك في ان ماهو شرط أو مانع موجود في الخارج املا؟ واماالشك المفهومي فهو عبارة عن الشك في أن القدرة التي تكون شرطاًعدم التعذر فقط أو الاعم منه ومن التعسر.

وأما الشبهة الحكميةفكما لو شك فيأن القدرة التي تكونشرطاً هل تكفي في الجملة أو يلزم وجودها بالجملة، فلو شك في تحقق القدرة بنحو الشبهة المصداقية يلزم أنيلاحظ الحالة السابقة واذا شك في القدرة على نحو الشبهة المفهوميـة أو على نحو الشبهة الحكمية يلزم الاخذ باطلاق دليل صحة البيع والعقد أو عمومه لان الاطلاق قد تحقق والشك في التقييد الزايد والاصل عدمه فلاحظ.

«قوله قدس سره : ثم ان العبرة فى الشرط المذكور انما هوفى زمان استحقاق التسليم» الخ

ان كان المدرك للشرط المذكور حديث نفي الغرر فالامر كمـا

افاده اذ لا غرر بالنسبة الى المشتري واما ان كان المدرك حديث لاتبع ماليس عندك فيشكل الامر اذ المفروض ان البايع حين البيع غيرقادر ومن ناحيةاخرى يشترط في صحة البيع كون البايعقادراً.

وافاد سيدنا الاستاد ان العرف يفهم من الدليل اعتبار القدرة حين وجوب الاقباض فلا يضر عدمها قبل ذلك الزمان ويرد عليهانه لا دليل على هذه الدعوى فان مقتضى الظهور اعتبارها حين البيع كما هو كذلك بالنسبة الى اشتراط كون المبيع مملوكاً للبايع.

«قوله قدس سره: ويتفرع على ذلك عدم اعتبارها إصلاً» الخ.

قد ظهر مما ذكرنا فساد ما أفاده فان الحكم يختلف باختلاف المدرك فعلى تقديركون المدرك حديث نفي الغرر فالامركما افاده واما على تقدير كون المدرك حديث لا تبع ماليس عندكفعلى تقدير عدم تسلط المالك على اخذ العين من المشتري يشكل الحكم بالصحة كما ان الامر كذلك لوكان مدرك الحكم حديث الابق فلاحظ.

«قوله قدس سره: كما اذا اشترى من ينعتق عليه» الخ

الذي يختلج بالبال ان يقال ان قلنا ان المدرك للحكم حديث نفي الغرر فلا يمكن الحكم بالصحة اذ المفروض ان البيع في نفسه غرري ويتوقف عدم غرره بصحة البيعوهذا دور اذ الانعتاق متفرع على صحة البيع وصحة البيع تتوقف على عدم الغرر وعدم الغرر يتوقف على الانعتاق.

وبعبارة واضحة: لابد من كون البيع في حد نفسه صحيحاً كي يترتب عليه الانعتاق والحال انالصحة تتوقفعليه وهذا دور مصرح واما اذا كان المدرك حديث لاتبع ما ليس عندك فالامر اوضح اذ

المفروض انه لايكون مسلطاً على العين فلا يجوز بيعها ومع عدم الجواز لا مجال للانعتاق.

وافاد سيدنا الاستاد ان البيع صحيح على كلا التقديرين اما على الاول فلان الاحكام الشرعية تترتب على الموضوعات الفعلية لا الموضوعات التقديرية والمفروض أن الغرر مرتفع بلحاظ الحكم الشرعي فلا وجه للفساد.

ويرد عليه انه لامجال للحكم الشرعي اذ ترتب الحكم الشرعي كما ذكرنا يتوقف على صحة البيع في حد نفسه والمفروض ان الصحة متقومة بالحكم والدور باطل.

وأفاد أيضاً ان المدرك لوكان حديث لاتبع ما ليس عندك يكون البيع صحيحاً لان العبد بعد الانعتاق غير قابل للتسليم فلامجال لاشتراط القدرة على التسليم.

ويرد عليه ان الانعتاق حكم العقد الصحيح والمفروض ان العقد باطل فلا تصل النوبة الى التقريب المذكور.

وأما انكان المدرك حديث الابق فالامر أوضح لان المستفاد من الدليل انه لا يصح بيع العبد الابق الا مع الضميمة وأيضاً لا يجوز بيع ما لا يكون مسلطاً عليه الا مع شيء آخر.

«قوله قدس سره: أما لاشتراط تأخيره مدة» الخ.

يظهر الحال مما تقدم فان المدرك لوكان حديث نفي الغرر يصح البيع اذ لا غرر على الفرض واما انكان المدرك حديث لاتبع ما ليس عندك فيكون العقد باطلاً اذ المفروض ان البايع لا يكون عنده المبيع في زمان البيع فلا يصح وأما ان كان المدرك حديث بيع الابق فيكون البيع صحيحاً اذ المفروض ان العين تصير

مورد السلطنة فيما بعد.

«قوله قدس سره: لكن يشكل على الكشف من حيث انه لازم من طرف الاصيل» الخ.

قد ذكرنا مراراً ان الاجازة ناقلة على جميع الاقوال والكشف الحقيقي باطل وعليه لا موضوع لتحقق اللزوم بالنسبة الى الاصيل فان العقد قبل الاجازة باطل وغير صحيح ومع عدم الصحة لا تصل النوبة الى اللزوم والجواز.

ثم ان الفضولي لو لم يكن قادراً على التسليم فهل يكون العقد صحيحاً أم لا؟ مقتضى التحقيق ان يقال ان كان المدرك للشرط المذكور حديث لاتبع ماليس عندك يكون العقد باطلاً، اذ المفروض ان البايع غير قادر على تسليم العين فيكون البيع باطلا ومع فرض البطلان لا يكون قابلا للاجازة كما ان الامر كذلك لو كان المدرك حديث الابق.

وأما ان كان المدرك حديث نفي الغرر فلا يكون عقد الفضولي باطلا لعدم الغرر مع فرض كون المجيز قادراً على العين بل الحق أن يقال انه لا موضوع ولامجال للاستدلال على اصل اشتراط القدرة بحديث نفي الغرر اذ تسليم كل من العوض والمعوض مشروط باقباض الطرف فمادام المشتري لم يقبض العين لا يقبض الثمن من البايع فاين الغرر.

«قوله قدس سره: ومثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه» الخ

ان كان المدرك حديث لاتبع ماليس عندك يكون بيع الراهن باطلاً فلا يكون قابلا للاجازة من قبل المرتهن اذ البايع لا يكون

مسلطاً على العين المرهونة فان العين في يد المرتهن بعنوان الرهن الا ان يقوم دليل على الجواز وأما ان كان الدليل حدث نفي الغرر فيصح البيع باجازة المرتهن اذ لا غرر على الفرض الا ان يقال ان كون العين رهناً في معرض البيع فيكون العقد غررياً وان كان المدرك حديث الابق فلا يصح على تقدير ويصح على التقدير الاخر كما سبق قريباً فلاحظ.

«قوله قدس سره: وكذا لولم يقدر على تسليم ثمن السلم» الخ

الظاهر ان قوله قدس سره ثمن السلم من سهو القلم فان المبيع سلماً كلي وخارج عن محل الكلام نعم يمكن تصويره في بيع الصرف حيث انه يشترط فيه تسليم المبيع في مجلس العقد.

ويدل على ماذكرنا قوله قدس سره بعد اسطر والمفروض ان المبيع بعد تحقق الجزء الاخير من الناقل وهو القبض حاصل في يد المشتري الخ فانه يستفاد من هذه العبارة ان الكلام في اشتراط اقباض المبيع في المجلس وهو ينطبق على بيع الصرف لا بيع السلم فان الشرط في السلم تسليم الثمن ولا ينطبق على ما نحن فيه فان الكلام في اشتراط القدرة على المبيع هذا مايرجع الى كلامه.

وعليه ان الحكم بالصحة وعدمه يدوران مدار دليل الاشتراط فان قلنا ان المدرك حديث الغرر فالامر كما افاده لانه لا غرر بالنسبة الى المشتري فان العين قبل قبضه من قبله لا تنتقل والبيع لا يكون تاماً وبعد قبضه من قبله وتمامية العقد لا غرر ولا خطر كما هو واضح.

واما ان كان المدرك حديث لاتبع ما ليس عندك فيلزم ان يكون

البايع مسلطاً على العين حين العقد والقدرة الحاصلة بعد العقد لا اثر لها ولا توجب انقلاب الشيء عمّا وقع عليه وبعبارة واضحة لولم يكن البايع حين العقد قادراً على التسليم لا يكون حصول العين في يد المشتري مؤثراً.

«قوله قدس سره: فالقبض مثل الاجازة بناء على النقل واولى منها بناءً على الكشف» الخ.

اذ على النقل تكون الاجازة الجزء الاخير من العلة التامة لحصول النقل فيكون القبض في الصرف مثله واما لو قلنا بالكشف فيكون القبض اولى من الاجازة اذ على الكشف لا تكون الاجازة مؤثرة بل مجرد علامة وامارة والمؤثر نفس العقد المتحقق سابقاً فضولا ومع ذلك لا يكون تماماً واتمامه بالاجازة فلا الزام فيكون القبض اولى منها من هذه الجهة اذ مادام لا يتحقق القبض في الخارج لا يتحقق الانتقال على الفرض فلاحظ.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لايبعد ان يكون الامر بالتأمل اشارة الى ان الحكم الشرعي لايمكن ان يكون مؤثراً في الموضوع العرفي الا على نحو الدور المحال لان ترتب الحكم الشرعي متوقف على عدم الغرر فاذا توقف رفع الغرر على الحكم الشرعي يدور.

نعم اصل اشكال الغرر لا اساس له اذ قد ذكرنا انه لاخطر فان اقباض كل من المتابعين مشروط باقباض الاخر فلا خطر فلا يتم تقريب الغرر لفساد البيع الا في فرض اشتراط الاقباض من طرف ولو مع عدمه من طرف آخر.

ويمكن القول بفساد الشرط المذكور لكونه خلاف السنة للنهي عن الغرر فلاحظ.

وللمحقق النائيني كلام في المقام وهو انه لا مجال لقياس ما نحن فيه بباب الفضولي فانه لا الزام في باب الفضولي قبل الاجازة لعدم تمامية العقد بخلاف المقام فان العقد تام ولذا ورد في النص عن منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا اشتريت ذهباً بفضة أو فضة بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه وان نزا حائطاً فانز معه[1].

ويرد عليه انه لا فرق بين المقام والفضولي فانه كما لا يتم العقد في الفضولي الا بالاجازة كذلك لا يتم الامر في المقام الا بالقبض واما الالزام بالوفاء المستفاد من قوله تعالى «اوفوا بالعقود» فهو ليس حكماً تكليفياً بل ارشاد الى اللزوم كما قلنا مراراً.

وأما النص المشار اليه فهو لاجل لزوم حصول القبض قبل التفرق فهو أيضاً ارشاد الى شرطية القبض قبل التفرق فيأمره بان لا يفارق طرف العقد كي يحصل الاقباض والقبض ولا يبطل العقد بالتفرق قبل القبض فلاحظ.

«قوله قدس سره: فلو قدر على التسلم صح البيع» الخ

ان كان المدرك حديث لا غرر فالامر كما افاده اذ لاغرر على الفرض واما ان كان المدرك حديث لاتبع ما ليس عندك فلااثر لقدرة المشتري على تسلّم المبيع فان المستفاد من الدليل على الفرض اشتراط قدرة البايع على العين والمفروض انتفائها وملاك

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب الصرف الحديث ٨.

الاشتراط رعاية مصلحة المشتري ومع كونه قادراً لا يلزم ان يكون البايع قادراً لا دليل عليه والقول به بلا بينه.

وان كان المدرك حديث الابق والابقة يصح البيع اذ المفروض ان المشتري قادر على القبض ومما ذكرنا علم ان ما افاده من الصحة في صورة رضى المشتري غير تام فان ملاكات الاحكام غير معلومة لنا فلاحظ.

«قوله قدس سره: فيصح بيع المغصوب ونحوه» الخ.

هذا رجم بالغيب فانه قد علم من الشرع الاقدس بطلان بيع غير المملوك فلامجال للصحة بل الحق انه غير معقول اذ الغاصب مثلاً في يوم الجمعة يبيع وفي يوم السبت يشتري العين من مالكها ويسلمها أو يجيز البايع في يوم السبت.

فنسئل انه في هذ الفاصل الزماني تكون العين مملوكة لمالكين أو لملاك ثلاثة أو لمالك واحد فعلى التقدير الاول والثاني فهو غير معقول وعلى الثالث فمن هو؟ فهل الغاصب مالك أو المشتري أو المالك الاصلي؟ مقضى القاعدة ان المالك الاصلي مالك ولا مجال لملكية العين لغيره.

«قوله قدس سره: لانه في معنى أكل مال بالباطل» الخ

قد ذكرنا مراراً ان الجار في الاية الكريمة للسببية لا للمقابلة فلا مجال للقول بان الاكل بالباطل يوجب البطلان فان السبب على الفرض التجارة عن الرضا ولا يكون اكلاً بالباطل والسبب الباطل غير التجارة كالقمار مثلاً.

«قوله قدس سره: انما هو مع عدم رضاء المشترى» الخ

ما افاده على خلاف القواعد المقررة فانه لا دليل على هذه الدعاوي اذ المحكم ظواهر الادلة وظاهر دليل النهي عن بيع الابق الارشاد الى فساده بلافرق بين كون المشتري راضياً وعدمه.

«قوله قدس سره: وفيه ما فيه» الخ

قد ظهر مما تقدم انه لا يبعد بل يقرب ان يكون المراد من الغرر الخديعة.

«قوله قدس سره: نعم عن نهاية الاحكام احتمال العدم» الخ

لابد ان يلاحظ المدرك للحكم فان قلنا ان المدرك للاشتراط حديث الغرر فالامر كما افيد من الصحة اذ لا غرر على الفرض وان كان المدرك حديث لاتبع ماليس عندك يكون العقد فاسداً فيما لا يكون البايع قادراً على التسليم.

«قوله قدس سره: وجهان بل قولان» الخ

لابد من ملاحظة دليل الاشتراط فان الدليل ان كان حديث لا غرر فلاوجه للبطلان اذ مع العلم بمدة التأخير ووصوله بعد انتهائها لا غرر واما ان كان المدرك حديث لاتبع ما ليس عندك فالقاعدة تقتضي البطلان اذ المفروض ان البايع غير قادر على العين فيكون العقد باطلاً.

«قوله قدس سره: نعم للمشترى الخيار مع جهله» الخ

اذا كان العقد فاسداً لاتصل النوبة الى الخيار كما هو واضح وان كان العقد صحيحاً يمكن القول بثبوت الخيار للمشتري بمقتضى الشرط الارتكازي.

«قوله قدس سره: ففي الصحة اشكال» الخ

الظاهر انه لايمكن الالتزام بالصحة فان دليل اعتبار القدرة على التسليم ان كان حديث لا تبع ما ليس عندك فالبايع غير قادر على تسليم العين في تلك المدة فالعقد باطل، وان كان المدرك حديث الغرر فايضاً كذلك اذ زمان امكان الانتفاع بالعين مجهول نعم اذا كان المدرك حديث الابق والابقة يمكن القول بالجواز اذ المفروض رجوع العبد المنفذ الى حاجة.

«قوله قدس سره: ثم ان الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين» الخ

تتصور في المقام صور: الصورة الاولى: ان تكون القدرة موجودة في الواقع وتكون معلومة للمتعاقدين.

الصورة الثانية: عكس الصورة الاولى . الصورة الثالثة أن تكون القدرة موجودة في الواقع ومجهولة عندهما.

الصورة الرابعة: عكس الصورة الثالثة . أما الصورة الاولى فلا اشكال في صحة العقد فان شرط الصحة موجود على الفرض فلاوجه للفساد.

وأما الصورة الثانية فلا اشكال في الفساد لانتفاء الشرط ومع انتفائه ينتفي المشروط. وأما الصورة الثالثة فلابد من التفصيل بان نقول ان كان المدرك للاشتراط حديث لاغرر يكون العقد فاسداً لتحقق الغرر مع الجهل وان كان المدرك حديث لاتبع ما ليس عندك يكون العقد صحيحاً لتمامية اركانه.

وأما الصورة الرابعة فنقول ان كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك يكون العقد باطلاً اذ المفروض انتفاء القدرة وان كان المدرك حديث لا غرر فالعقد صحيح لعدم الغرر.

«قوله قدس سره: ولو باع مايعتقد التمكن فتبين عجزه فيزمان البيع» الخ

ان كان المدرك للاشتراط حديث لا تبع ما ليس عندك فالصحة دائرة مدار التمكن الواقعي فعلى تقدير تحققه في الواقع يكون العقد صحيحاً وان لم يكن معلوماً عند المتعاقدين وتجدده بعد العقد لايفيد لان الشيء لا ينقلب عما هو عليه والمفروض ان وجوده شرط عند حدوث العقد.

وأما لوكان المدرك للاشتراط حديث لا غرر فاللازم رعاية حال المشتري فان كان واثقاً بوصول العين في يده فلا غرر والا يكون العقد غررياً على الفرض ويكون باطلاً على المبنى وكلا الامرين باطلان كما مر منا.

«قوله قدس سره: فلا يكفي مطلق الظن» الخ.

لعدم اغنائه عن الحق شيئاً.

«قوله قدس سره: ولا يعتبر اليقين» الخ

لعدم دليل عليه فان الميزان رفع الغرر وهو مرتفع بالوثوق بل يرتفع بقيام البينة المعتبرة كشهادة عدلين بل بشهادة عدل واحد بل بشهادة ثقة واحد.

«قوله قدس سره: ثم لا اشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكاً» الخ

تعرض الماتن قدس سره لعدة فروع. الفرع الاول: انه لوكان البايع نفس المالك تعتبر القدرة فيه والحق أن يقال: ان كان المدرك للشرط حديث لا غرر وفرضنا ان المشتري يمكنه قبض العين أو كانت في يده لا تعتبر قدرة البايع المالك لعدم الغرر.

وأما ان كان دليل الشرط قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك فلابد من اعتبار القدرة على العين في البايع.

الفرع الثاني: ان الوكيل في مجرد اجراء الصيغة لا يعتبر فيه الشرط المذكور وانه آلة محضة ولا دليل على لزوم كونه قادراً على التسليم.

ويختلج بالبال ان يقال ان الوكيل في اجراء الصيغة هل يصدق عليه عنوان البايع ام لا؟ لا مجال للثاني فلو فرض كونه بايعاً فبأي دليل نرفع اليد عن ظهور قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك.

وبعبارة واضحة بيع الوكيل في مجرد اجراء الصيغة هل يكون مورد النهي الوارد في قوله تعالى «وذروا البيع» فاذا نودى لصلاة الجمعة فهل يجوز البيع للوكيل في مجرد اجراء الصيغة ام لا؟

ان قلت يجوز فقد كذبت وان قلت لا يجوز. اقول: ما الفرق بين الموردين وصفوة القول ان الجزم بعدم الاعتبار كما اختاره الماتن وصرح به سيدنا الاستاد مشكل وان كان الجزم بخلافه أيضاً لا يخلو عن شيء.

الفرع الثالث ان الوكيل المفوض يكفي قدرته على العين وهل

تكفي قدرة الموكل ام لا؟ ربما يقال بالكفاية اذا رضي المشترى ورضي المالك بالرجوع اليه والحق ان يقال اذا كان المدرك للاشتراط حديث نفي الغرر فالميزان ارتفاعه واما ان كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فاللازم تحققها في الوكيل المفوض ولا اثر لقدرة المالك ولا فرق فيه بين رضى المشتري وعدمه فان موضوع الصحة كون البايع قادراً والمفروض ان البايع هو الوكيل.

الفرع الرابع: انه لو قلنا في هذه المسئلة بكفاية قدرة المالك فهل يكفي قدرة المالك في بيع الفضولي ام لا؟ وهل يمكن قياس الفضولي في المقام بأن نقول يكفي التراضى الواقع بين الفضولي والاصيل؟

الحق انه لامورد للقياس فان الفضولي لادخل له في الحكم بالصحة وعدمها ورضاه لايكون دخيلاً وعقده باطل من جهة عدم كونه مالكاً نعم لو كان قادراً على العين تكون اجازة المالك مؤثرة والا فلا تؤثر لان الاجازة انما تؤثر فيما يكون العقد الفضولى الصادر عنه قابلاً وصالحاً للاجازة.

الفرع الخامس: ان رضا المالك هل يخرج العقد الفضولي عن الفضولية ام لا؟ المشهور هو الثاني فان المستفاد من الادلة ان البيع لابد اما ان يصدر عن المالك واما ان يصدر عن وكيله واما ان يصدر عن وليه واما مجرد الرضا فلا اثر له واما قوله عليه السلام في رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: سأله رجل من اهل النيل عن ارض اشتراها بفم النيل واهل الارض يقولون هي ارضهم واهل الاشتان يقولون هي من ارضنا فقال:

لاتشترها الا برضا اهلها[1] فيدل على لزوم رضا المالك لا ان الشرط لصحة العقد رضا المالك فقط.

وبعبارة اخرى يكون المقام مثل قوله عليه السلام لا صلاة الا بفاتحة الكتاب أو لا صلاة الا بطهور اي لابد في الصلاة من الطهور ومن الفاتحة لا ان الصلاة تتم بالفاتحة فقط.

واما حديث الحميرى في كتاب «الاحتجاج» عن محمد بن عبدالله بن جعفر الحميرى انه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام ان بعض اصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان فيها حصة واكرته ربما زرعوا تنازعوا في حدودها وتؤذيهم عمّال السلطان وتتعرض في الكل من غلات ضيعته وليس لها قيمة لخرابها وانّما هي بائرة منذ عشرين سنة وهو يتحرج من شرائها لانه يقال ان هذه الحصة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديماً للسلطان فان جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صوناً وصلاحاً له وعمارة لضيعته وانه يزرع هذه الحصة من القرية البائرة بفضل ماء ضيعته العامرة وينحسم عن طمع اولياء السلطان وان لم يجز ذلك عمل بما تأمره به ان شاء الله فاجابه عليه السلام الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مالكها أو بامره أو رضاً منه[2].

فالظاهر انه لا بأس بسنده فان الطبرسي يقول في كتابه المسمى بالاحتجاج وفي كتاب آخر لمحمد بن عبدالله الحميري الى ان يقول وسئل ان بعض اخواننا ممن نعرفه له ضيعة الخ.

---

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٣.

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٨.

فان الظاهر من الجملة الشهادة الحسية والمقرر في محله اعتبار شهادة الثقة اذا كانت حسية فيجوز بيع مملوك الغير برضاه وهذا امر مهم وتترتب عليه فوائد مهمة.

«قوله قدس سره : وربما قيد الحكم بالكفاية بما اذا رضى المشترى بتسليم الموكل» الخ

بتقريب ان الاصيل هو المالك والوكيل وجود تنزيلي له فاذا كان المالك قادراً على التسليم وكان راضياً برجوع المشتري عليه وكان المشتري ايضاً راضياً بالرجوع على المالك يصح العقد.

وفرع على ما افيدان بيع الفضولي لا يصح اذ قدرة البايع على التسليم لا تتصور في الفضولي مع فرض الفضولية وقدرة المالك لا اثر لها بوجودها الواقعي بل انما تؤثر اذا كانت معلومة ويكون العقد الفضولي مبنياً عليها ويكون المشتري راضياً بها.

وفي هذه الصورة يخرج العقد الفضولي عن كونه فضولياً بل يكون عقداً للمالك وعلى فرض بقاء العقد على الفضولية لا يكون القائلون بصحة الفضولي مقتصرين في حكمهم بالصحة بهذه الصورة بل هم قائلون بصحة الفضولي في غير هذه الصورة ايضاً فيكون وجه الصحة غير التقريب المذكور.

وأورد الشيخ قدس سره اولاً على جعل هذه المسئلة مبنى لمسئلة الفضولى اذ مناط الجواز في المقام عدم الغرر وأما رضا المشتري برجوعه الى المالك ورضاء المالك برجوع المشتري اليه فلا دخل لهما.

وأورد ثانياً على التفريع المذكور وهو ان العقد الفضولي خارج

عن العقد لذي هو محل الكلام اذ المفروض إن العقد فاسد ولا مجال للبحث في قدرته على التسليم اذ الفضولي اجنبي.

وأورد ثالثاً على الاعتراض فان الفضولي اجنبي عن العقد ومجرد كونه قادراً على الارضاء لا يجعله قادراً.

وأورد رابعاً على الجواب الاول بان مجرد رضا المالك لايقتضي خروج العقد عن الفضولية.

وأورد خامساً بان عدم الاقتصار لايضر بالمدعى اذ يمكن الالتزام في العقد الفضولي الخاص بالصحة بملاك وفي بقية افراد الفضولي بملاك آخر.

«قوله قدس سره : مسئلة لا يجوز بيع العبد الابق» الخ

حيث ان الفروع الراجعة الى العبيد والاماء لا موضوع لها في زماننا لا وجه للتعرض لاحكامها.

«قوله قدس سره : مسئلة: المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدراً» الخ

تارة يقع الكلام في هذه المسئلة من حيث القواعد الاولية وأخرى يتكلم فيها من حيث النصوص الخاصة فيقع الكلام في مقامين:

أما المقام الاول فنقول القاعدة الاولية تقتضي صحة البيع اذ لا اشكال في صدق عنوان البيع عليه وايضاً يصدق عليه عنوان التجارة فيشمله قوله تعالى «احل الله البيع» ويشمله أيضاً قوله تعالى «الا ان تكون تجارة عن تراض» هذا بالنسبة الى المقام الاول.

وأما المقام الثاني فما يمكن ان يذكر في تقريب المنع وجوه:

الوجه الاول: الاجماع وفيه ان الاجماع المنقول غير حجة والاجماع المحصل على فرض حصوله يكون محتمل المدرك فلا يكون اجماعاً تعبدياً كاشفاً.

الوجه الثاني: حديث نفي الغرر بتقريب ان البيع بحكم احدهما غرر. وفيه اولاً ان الغرر لا دليل على اعتبار عدمه اذ قلنا لم يقم دليل معتبر على اعتبار عدمه، وثانياً انه يمكن ان لا يتحقق غرراي خطر مثلاً لو عين المشتري ثمناً يناسب المثمن لا يكون خطراً.

الوجه الثالث جملة من النصوص. منها ما رواه حماد عن أبي عبدالله عليه السلام قال يكره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم لانه لايدري كم الدينار من الدرهم[1].

وهذه الرواية ضعيفة سنداً بالارسال فلا يعتد بها مضافاً الى عدم دلالتها على المدعى فان المستفاد منها كون البيع المذكور مكروهاً تكليفاً واما الحرمة الوضعية فلا يستفاد منها وما اشتهر بين القوم بان النهي في باب المعاملات ارشاد الى الفساد غير تام بل النواهي بحسب الظهور الاولي ظاهرة في الحرمة التكليفية.

ومنها ما رواه السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليهم السلام في رجل يشتري السلعة بدينار غير درهم الى اجل قال فاسد فلعل الدينار يصير بدرهم[2] وهذه الرواية ضعيفة سنداً ببنان بن محمد ولعله بغيره ايضاً.

ومنها ما رواه وهب عن جعفر عن ابيه عليهما السلام انه كره

(١) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب احكام العقود الحديث ١.
(٢) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب احكام العقود الحديث ٢.

ان يشتري الرجل بدينار الا درهم والا درهمين نسيئة ولكن يجعل ذلك بدينار الا ثلثاً والا ربعاً والا سدساً أو شيئاً يكون جزءاً من الدينار[١].

وهذه الرواية على فرض تماميتها سنداً لا يدل على المدعى بل تدل على المنع عن نحو خاص من البيع مضافاً الى ان الظاهر من الحديث الكراهة التكليفية ولا تعرض في الرواية للحكم الوضعي.

ومنها ما رواه حماد بن ميسر عن جعفر عن ابيه عليهما السلام انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم[٢].

وهذه الرواية ضعيفة سنداً بالضرير. وفي المقام حديث آخر رواه رفاعة النخاس قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: ساومت رجلاً بجارية فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت اليه بألف درهم فقلت هذه الف درهم حكمي عليك ان تقبلها فابى ان يقبلها مني وقد كنت مسستها قبل ان ابعث اليه بالثمن فقال: ارى ان تقوم الجارية قيمة عادلة فان كان قيمتها اكثر مما بعثت اليه كان عليك ان ترد عليه ما نقص من القيمة وان كان ثمنها اقل مما بعثت اليه فهو له قلت: جعلت فداك ان وجدت بها عيباً بعد ما مسستها قال: ليس لك ان تردها ولك ان تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيب منه[٣].

---

(١) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب احكام العقود الحديث٣.

(٢) نفس المصدر الحديث ٤.

(٣) الوسائل الباب ١٨ من ابواب عقد البيع وشروطه.

وربما يقال انه يستفاد منه جواز البيع بحكم المشتري ويقع الكلام في هذه الرواية من نواح ثلاث:

الناحية الاولى انه هل يستفاد من الحديث جواز البيع بحكم المشتري ام لا؟

الناحية الثانية انه على فرض الاستفادة المذكورة من الحديث هل يستفاد منه الميزان الكلي الجاري في جميع الموارد ام لا؟

الناحية الثالثة هل يحتاج الحديث الى التأويل فيه ام لا؟ فنقول: أما الناحية الاولى فالحق انه يستفاد من الحديث جواز البيع بحكم المشتري.

ان قلت: عليه فما الوجه في اختيار البايع في القبول وعدمه قلت: الاحكام الشرعية تعبدية لا مجال للقيل والقال فيها.

وأما الناحية الثانية فالحق عدم دلالة الحديث على الحكم الكلي فلابد من العمل على طبق الادلة في بقية الموارد.

وأما الناحية الثالثة فنقول: مقتضى القاعدة اي مقتضى حجية الظهور ان يعمل على طبق الحديث ولا يتصرف فيه والمستفاد منه كما قلنا صحة بيع الجارية بحكم المشتري ولكن اذا لم يقبل البايع يلزم ارضائه بما ذكر في الحديث. وصفوة القول انه لايستفاد من الحديث جواز الفسخ كي يقال الخيار المجعول اما خيار الغبن وأما خيار الحيوان بل المستفاد من الحديث صحة البيع ولزومه غاية الامر بهذا النحو من التفصيل ولا اشكال من هذه الجهة. فالنتيجة انه نقول بان الحديث يدل على صحة البيع بحكم المشتري لكن لاعلى النحو الكلي بل في خصوص بيع الجارية مع الخصوصيات المذكورة في الحديث فنلتزم بصحة البيع في المورد الخاص ولا

نتعدي عنه ونلتزم ايضاً بلزوم العقد لكن في صورة عدم رضا البايع نرضيه بما في الحديث.

ومما ذكرنا ظهر ان الحق ما سلكناه لا ما ذهب اليه المشهورمن رفع اليد عنالحديث ورد علمه الى اهله ولاماسلكه صاحبالحدائق من الالتزام بانصرافالثمن الى القيمة المتعارفة والالتزام بسريان الحكم الى بقية الموارد والحكم بالجواز على النحو الكلي العام. فانه قد ظهر مما ذكرنا ان الرواية تدل على الصحة لكن في اطار خاص ودائرة مخصوصة.

وايضاً لا وجه لما أفاد من الانصراف بل يجوز بحكمه على الاطلاق ولذا نلتزم بانه لو لم يعترض البايع ورضى بما عينيكون البيع صحيحاً ولو مع كون ما عينه اقل من القيمة السوقية بكثير والحال انه يلزم فساد العقد على مسلك صاحب الحدائق. فانقدح بما ذكرنا ان الحق تمامية الحديث وعدم لزوم التأويل فيه بلا فرق بين القول بالصحة في البيع بحكم المشتري والقول بالفساد فيه على عكس ما افاده الشيخ قدس سره فلاحظ.

«قوله قدس‌سره: مسئلة: العلم بقدر المثمن كالثمن شرط» الخ

ايضاً يتكلم في هذه المسئلة في مقامين:

المقام الاول: في مقتضى القاعدة الاولية المقام الثانى في مقتضى الادلة الخاصة.

اما المقام الاول: فنقول مقتضى القاعدة الاولية عدمالاشتراط فان اطلاق قوله تعالى «احل الله البيع» وكذا اطلاق قوله تعالى «تجارة عن تراض» يقتضي الصحة بلا تحقق الشرط المذكور.

وأما المقام الثاني: فما يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على المدعى وجوه.

الوجه الاول: الاجماع واشكال الاجماع منقولاً ومحصلاً ظاهر فلا يعتد به.

الوجه الثاني: النبوي المشهور وهو نهيه عن الغرر. وفيه اولاً ان السند مخدوش وغير معتبر.

وثانياً انه على فرض تسليم السند قد مرّ أن الغرر بمعنى الخديعة فلا يرتبط بالخطر.

وثالثاً انه سلمنا تمامية السند والدلالة لكن نقول ظاهر النبوي النهي التكليفي فغاية ما في الباب كون الغرر حراماً أو مكروهاً واما الفساد الوضعي فلا يستفاد منه.

الوجه الثالث: النصوص الخاصة الواردة في المقام منها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم وان صاحبه قال للمشتري ابتع مني من هذا العدل الاخر بغير كيل فان فيه مثل ما في الاخر الذي ابتعت قال: لا يصلح الا بكيل وقال: وما كان من طعام سميت فيه كيلاً فانه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام[1].

فان المستفاد من الحديث ان المبيع اذا كان مكيلاً لايجوز بيعه مجازفة وقد اورد في الحديث ايراد ان احدهما ان الحديث مجمل اذ قد فرض لحاظ الكيل في المبيع ومع ذلك قال عليه السلام لا يصلح مجازفة والحال انه لا مجازفة في البيع بالكيل.

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٢.

وبعبارة اخرى: كيف يمكن الجمع بين الكيل والجزاف فالحديث مجمل.

وثانيهما: ان المشهور بينهم ان البايع يصدق في اخباره بمقدار المبيع والحال انه منع عنه في الحديث وحكم بعدم الصلاح ويمكن أن يجاب عن الايراد الاول بانه لا اجمال في كلامه عليه السلام اذ المراد من قوله عليه السلام ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً كون الامام عليه السلام ناظراً الى نوع خاص من الطعام اى اذا كان نوع خاص من الطعام يباع كيلاً لايباع جنسه جزافاً ان قلت الطعام يباع اما بالكيل واما بالوزن ولا يباع جزافاً فلا مجال للقيد قلت يمكن ان يكون القيد توضيحياً لااحترازياً كي يتوجه الاشكال.

وبعبارة واضحة: ان قوام الايراد بكون القيد احترازياً ولم لا يكون توضيحياً ولعل الماتن يشير الى هذه الجهة بقوله فتأمل والانصاف ان كون القيد توضيحياً بنفسه خلاف الظاهر لكن حيث ان الحمل على الاحتراز لايمكن يحمل على التوضيحية فلااجمال في الحديث ويمكن ان الوجه في ذكر القيد الاشارة الى علة الحكم اى الوجه في المنع عن الجزاف كون المبيع مما يكال لكن يرد عليه ان العلة المذكورة تعبدية الا ان يقال ان العلة خارجية عرفية فان بناء العرف كذلك في امثاله.

ويجاب عن الايراد الثاني ان الحديث ليس ناظراً الى صورة كون اخبار البايع طريقاً الى الواقع بل ناظر الى صورة كون اخباره موضوعاً خصوصاً مع عدم حصول الاطمينان بالمخبر به.

وفي المقام ايراد ثالث وهو انه كيف يجمع بين قوله يكره في ذيل الحديث وقوله لايصلح في صدره والحال ان الكراهة تقابل الحرمة.

ويمكن أن يجاب عن الايراد المذكور اولاً ان الكراهة اعم من الحرمة فلاتكون مقابلة وثانياً ان الكراهة التكليفية لا تنافي الحرمة الوضعية فان الجهة الوضعية في باب المعاملات لا ترتبط بالتكليف اضف الى ذلك انه لا معنى للكراهة في الحكم الوضعي.

ومنها ما رواه الحلبي ايضاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فلا يصلح بيعه مجازفة وهذا مما يكره من بيع الطعام[1].

والمستفاد من هذه الرواية عين ما يستفاد من تلك الرواية.

ومنها ما رواه الحلبي ايضاً قال: قال أبوعبدالله عليه السلام ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فلا يصلح مجازفة[2] ويستفاد من هذه الرواية ما يستفاد منهما.

ومنها ما رواه سماعة قال: سألته عن شراء الطعام وما يكال ويوزن هل يصلح شراؤه بغير كيل ولاوزن فقال اما ان تأتي رجلاً في طعام قد كيل ووزن تشتري منه مرابحة فلا بأس ان اشتريته منه ولم تكله ولم تزنه اذا كان المشترى الاول قد اخذه بكيل أو وزن وقلت له عند البيع انى اربحك كذا وكذا وقد رضيت بكيلك ووزنك فلا بأس[3].

---

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٣.

(٣) الوسائل الباب ٥ من هذه الابواب الحديث ٧.

وهذه الرواية يستفاد منها اشتراط بيع الطعام بالكيل أو الوزن واما من حيث السند فللنقاش فيها مجال كما ناقش سيدنا الاستاد قدس سره في مضمرات سماعة اذ سماعة من الواقفه ولا دليل على إنه لا يضمر الا عن المعصوم عليه السلام.

ومنها ما رواه أبو العطارد قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام اشتري الطعام فاضع في اوله واربح في آخره فاسأل صاحبي ان يحط عني في كل كر ّ كذا وكذا قال: هذا لا خير فيه ولكن يحط عنك جمله قلت: إن حط عني أكثر مما وضعت قال: لا بأس به قلت فاخرج الكر ّ والكرين فيقول الرجل اعطنيه بكيلك قال اذا أئتمنك فلا بأس[1].

وهذه الرواية من حيث الدلالة على المطلوب تامة ولكن من حيث السند مخدوشة بابي العطارد فان الظاهر ان الرجل لم يوثق.

ومنها ما ارسله ابن بكير عن رجل من اصحابنا قال سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يشترى الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل فقال اما أن يأخذ كله بتصديقه واما يكيله كله[2] وهذه الرواية من حيث الدلالة تامة ولكن من حيث السند مخدوشة بالارسال.

ومنها ما رواه محمد بن حمران قال قلت لابي عبدالله عليه السلام اشترينا طعاماً فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه واخذناه بكيله فقال: لا بأس فقلت: أيجوز أن ابيعه كما اشتريته بغير كيل قال: لا أما انت فلا تبعه حتى تكيله[3] والظاهر ان الحديث تام سنداً ودلالة.

---

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٦.

(٢) نفس المصدر الحديث ٣.

(٣) نفس المصدر الحديث ٤.

«قوله قدس سره : وفحوى مفهوم رواية إبى العطارد»

الظاهران الوجه في الاولوية ان المستفاد من حديث أبي العطارد عدم الجواز في صورة عدم الاعتماد باخبار البايع فتدل الرواية على عدم الجواز في صورة كون البيع جزافاً محضاً بالاولوية.

ويستفاد من الحديث التفصيل في الاعتماد على اخبار البايع بالمقدار بين الوثوق بقوله وعدمه لكن الحديث ضعيف والماتن يتعرض لجواز الاعتماد على اخبار البايع ونتعرض هناك للمسئلة تبعاً له فانتظر.

«قوله قدس سره : كما فى رواية كيل» الخ

وهي ما عن أبي عبدالله عليه السلام انه سئل عن الجوز لانستطيع ان نعده فيكال بمكيال ثم يعد مافيه ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد قال: لابأس به[1] فانه يستفاد من الحديث لزوم العد في المعدود وان لم يمكن يجوز بيعه بالكيل فلا يجوز البيع الجزافى.

«قوله قدس سره: ثم ان ظاهر اطلاق جميع ما ذكر» الخ

الشيخ في مقام بيان ان حكمة اشتراط الوزن والكيل والعد عدم تحقق الغرر وليس هذا علة كي يدور الحكم مدارها وعليه لايجوز بيع الموزون بلا وزن ولاكيل وبعبارة واضحة المستفاد من نصوص البات اشتراط بيع الطعام بالوزن أو الكيل أو العد.

ويرد عليه ان المستفاد من بعض نصوص الباب ان الميزان الكلي عدم جواز المجارفة لاحظ ما رواه الحلبى[2] فانه عليه السلام

---

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب عقد البيع و شروطه.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٤٣.

بعد ما اجاب عن سؤال الراوى بقوله لا يصلح الا بكيل بين روحى فداه ضابطاً كلياً وميزاناً عاماً حيث قال وما كان من طعام سميت فيه كيلاً فانه لا يصلح مجازفة فيعلم ان الميزان في الفساد والصحة كون البيع جزافياً وعدم كونه كذلك.

وببيان اوضح انه تارة يترتب حكم في الشريعة المقدسة على موضوع كوجوب العدة عند تحقق التقاء الختانين ولا ندرى ان وجوب العدة دائر مدار الحمل ام لا.

وبعبارة اخرى: لا ندري ان عدم اختلاط المياء ملحوظ في موضوع الحكم على نحو الحكمة أو العلة اى الحكم مترتب عند احتمال اختلاط المياء أوليس كذلك واخرى يترتب الحكم على موضوع على نحو الاطلاق بمقتضى الصناعة ومقدمات الحكمة فلا مجال للترديد والامر في المقام كذلك لان الميزان الذى اخذ في موضوع الحكم صريحاً عنوان الجزاف فالحكم يدور مداره وجوداً وعدماً

ان قلت الجزاف كما يظهر من بعض كلمات اللغويين البيع بلا كيل ولا وزن فاذا لم يكل ولم يزن ولم يعد يصدق عليه الجزاف وان لم يكن البيع غررياً كما لو وضع مقدار من الحنطة في احدي كفتيى الميزان ووضع مقدار مجهول من العدس في الاخرى ويكون قيمة كل منهما مساوياً مع قيمة الاخر وبيع احدهما بالاخر يكون العقد باطلاً لكونه جزافاً.

قلت يظهر من بعض كلماتهم ايضاً انه اشرب في مفهوم الجزاف عدم البصيرة والاقدام بامر بلا روية وبالحدس والتخمين وبعد التعارض يسقط اخبارهم ولابد من طريق آخر في فهم معنى الكلمة

فنقول مقتضى التبادر ان هذا اللفظ موضوع بازاء ما يكون مرادفاً مع عدم البصيرة.

وان شئت قلت يفهم من هذا اللفظ في المحاورات عدم انطباق الامر مع الموازين ولذا يقال فلان مجازف في قوله أو زيد اقدم في الامر الفلاني مجازفة وهكذا والتبادر آية الحقيقة كما حقق في محله وكذلك صحة الحمل وصحة السلب آية المجاز واذا شككنا ان هذا اللفظ لهذا المعنى هل كان في زمان المعصوم كذلك ام لا نحكم بمقتضى الاستصحاب القهقرى انه كان كذلك من ذلك الزمان فان الاستصحاب المذكور من الاصول اللفظية العقلائية وعليه يدور رحى الاستنباط في كثير من الموارد فتكون النتيجة جواز العقد اذا لم يكن جزافاً وان كان المقدار مجهولاً فالميزان في عدم الصحة بالجزاف لا بالجهل المقدار.

«قوله قدس سره : كما اذا كان للمتبايعين حدس قوى» الخ

اذا كان الامر كذلك لا يكون المقدار مجهولاً وبعبارة اخرى الكيل الخارجي أو الوزن كذلك وهكذا العد ليس لها موضوعية بل المناط العلم بالمقدار والمفروض انهما بالحدس يعلمان بالمقدار فالاستثناء منقطع.

«قوله قدس سره : قليلاً لم يتعارف» الخ

مع عدم التعارف اما لقلته أو لكثرته كزبرة من حديد لا يكون المبيع داخلاً في المكيل والموزون فهذا الاستثناء ايضاً منقطع.

«قوله قدس سره : اشير في صحيحة عبدالرحمن»

فعن عبدالرحمن بن الحجاج قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: اشترى الشيء بالدراهم فاعطي الناقص الحبة والحبتين قال: لاحتى تبينه ثم قال: الا ان يكون نحو هذه الدراهم الاوضاحية التي تكون عندنا عدداً[1]

ولا يبعد أن يكون المراد من الدراهم الاوضاحية هى الدراهم التى تكون مركبة من النحاس والفضة وكانت رائجة مثل الدراهم الصحيحة.

«قوله قدس سره : ثم ان الحكم في المعدود ووجوب معرفة العدد فيه» الخ

الامر في المعدود كما افاده فانه يستفاد الاشتراط فيه من حديث الجوز الذي تعرضنا له قريباً فالنتيجة ان الامر بالنسبة الى الطعام والمعدود واضح اذ الدليل المعتبر دال على الاشتراط فيهما.

انما الكلام في بقية الاشياء فهل يجب العلم بالمقدار في جميع الموزونات والمكيلات ام يختص الحكم بخصوص الطعام؟ فنقول: ان كان المدرك للاشتراط حديث نفي الغرر يلزم العلم بالمقدار في جميع الموارد كي لايلزم الغرر ففي كل مورد يصدق عنوان الغرر يكون العقد باطلاً.

ولكن قد ذكرنا انه لا مجال للاستدلال على المدعى بحديث لاغرر فان حديثه مخدوش سنداً ودلالة اما سنداً فلعدم تماميته وعدم انجباره بجابر واما دلالة فلما ذكرنا من ان الغرر بمعنى الخديعة

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الصرف الحديث ٧.

لا بمعنى الجهل مضافاً الى ان حمل النهي على الوضعي خلاف الظهور اللفظي.

وان كان المدرك للحكم النصوص الخاصة التي تعرضنا لها فلا يستفاد منها الا اشتراط العلم بمقدار في خصوص الطعام ولا يستفاد منها ازيد من هذا المقدار كما انه لا يستفاد الاشتراط من حديث الجوز الا في خصوصه واما الزائد عليه فلا فتحصل ان الاشتراط مخصوص بالطعام واما في غيره فان تم اجماع على الاشتراط فهو والا يكون مقتضى القاعدة عدمه.

«قوله قدس سره: بخلاف مثل الشاة» الخ

حيث ان المذكورات تعرف بالمشاهدة لا بالعدد ولا بالوزن والكيل.

«قوله قدس سره: مسئلة لو قلنا بان المناط في اعتبار تقدير المبيع في المكيل والموزون».

وقع الكلام بين القوم في أنه هل يجوز بيع المكيل بالوزن وبالعكس أم لا والذي يمكن أن يقال ان الحكم يختلف باختلاف مدركه ولذا افاد الشيخ قدس سره بأنه ان كان المناط الفرار عن الغرر يجوز بيع كل من المكيل والموزون بالاخر اذا فرض عدم عروض الغرر فان المفروض انه المانع.

واما ان كان المدرك النصوص الخاصة فقد تقدم ان مقتضى اطلاق الروايات لزوم تقدير كل من القسمين بما يكون متعارفاً فالموزون بالوزن والمكيل بالكيل وبعد ذلك ذكر الاقوال الواردة في المقام هذا ملخص كلامه.

اقول قدتقدم منا انالمستفاد من جملة منصوص الباب وجوب الاجتناب عن المجازفة فيصح البيع اذا لم يكن جزافياً فهذا هو الميزان وعليه يجوز بيع كل منهمسا بالاخر اذا لم يصدق عنوان الجزاف.

واما الاستدلال على الجواز بحديث وهب عن جعفر عن ابيه عن على عليهم السلام قال لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن[١].

بتقريب ان المستفاد منه جواز تقدير كل من القسمين بالاخر فيرد عليه اولاً ان الحديث ضعيف سنداً بوهب بن وهب فانه لم يوثق.

وثانياً انه يمكن ان يكون المراد من الحديث جواز جعل احد العوضين من الموزون وجعل العوض الاخر من المكيل لا تقدير احدهما بالتقدير الاخر.

«قوله قدس سره : فالظاهر جوازه»

الامر كما افاده اذ على هذا التقدير يكون الموزون بالوزن غاية الامر يكون الكيل امارة على الوزن وما به التفاوت مما يتسامح فيه مضافاً الى انه في مفروض الكلام لا يكون العقد جزافاً.

«قوله قدس سره: ويؤيده رواية عبدالملك بن عمرو» الخ

لاحظ ما رواه عبدالملك بن عمرو قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام اشترى مائة راوية من زيت فاعترض راوية أو اثنتين فأتزنهما ثم آخذ سائره على قدر ذلك قال: لا بأس[٢].

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب السلف الحديث ١.
(٢) الوسائل الباب٥ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ١.

والظاهر ان الحديث دليل على المطلوب ولاوجه لان يعتبر بالتأييد فان الرواية تدل على الجواز بالصراحة وصفوة القول ان المستفاد منجملة من النصوص انالمانع عن الصحة الجزافوعليه لايجوز بيع المكيل بالوزن ولا الموزون بالكيل اذ لكل واحد منهما قيمة ومالية خاصة.

«قوله قدس سره : نعم ربما ينافي ذلك التقرير المستفاد من الصحيحة الاتية» الخ

وهي ماروى عن ابي عبدالله عليه السلام[1] وجه التنافي انالمستفاد من هذه الرواية عدم جواز الكيل طريقاً الى العد ويرد عليه ان الامر بالعكس فانه يستفاد من هذه الرواية جواز جعل الكيل طريقاً الى العد والعجب من الشيخ قدس سره كيف تعرض لقولهم ولم يرده والحال ان الامر اوضح من أن يخفى فلاحظ.

«قوله قدس سره : وما تقدم من صحيحة الحلبي» الخ

وهي ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام[2] فانه لايستفاد من الرواية لزوم بيع المكيل بالكيل والموزون بالوزن بلالمستفاد منه انه لايجوز الجزاف.

«قوله قدس سره : فالظاهر جواز بيع الكيل وزناً» الخ

ان تحقق اجماع تعبدي على الجواز فهو والايشكل الامر فان المستفاد من النصوص لزوم بيع الموزون بالوزن والمكيل بالكيل اذ لولاه يلزم الجزاف وبعبارة اخرى لكل مقدر مالية خاصة وقيمة

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٤٧.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٤٣.

سوقية ويكون التجاوز عنها عمل بلا روية وبلا بصيرة.

وقد نهي عنه في جملة من النصوص بل يدل على النهي عنه احاديث الحلبي[١] فانه صرح في الحديث الثاني بعدم جواز بيع ما يكال الا بالكيل ولم يستثن التقدير بالوزن والحديثان الاخران اي الاول والثالث كالحديث الثاني فان كلها في مقام بيان امر واحد وايضاً يدل على المدعى ما رواه سماعة[٢].

«قوله قدس سره : اذ ليس هنا كيل واحد يقاس المكائيل عليه» الخ

لا فرق بين الوزن والكيل من هذه الجهة فان كل واحد منهما امر جعلي اعتباري ولا واقع ثابت لشي منهما فلا فرق.

«قوله قدس سره : غير جايز لان مجرد ذكر احد هذه العنوانات عليه» الخ

لااشكال في انه لايشترط المعرفة التفصيلية بالاوزان والمكائيل بل المعرفة الاجمالية كافية والسيرة جارية عليها فان كل مسافر اجنبي اذا ورد الى بلد من البلاد النائية يشترى الموزون والمكيل والمعدود بحسب ما هو المتعارف عند اهل ذلك البلد مع ان الغريب الوارد في ذلك البلد لا يعرف خصوصيات المقادير والاوزان.

وبعبارة واضحة انه يصدق انه اشترى الشيء الفلاني بالوزن الكذائي أو بالمكيال الفلاني ولا يكون بحكم المشاهدة فيصدق عليه ما ورد في النص من أن الموزون والمكيل يلزم ان يباع بالوزن

---

(١) قد تقدم ذكر الاحاديث فى ص١٤٣ و١٤٥.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٤٥.

والكيل ولا يصدق عليه عنوان الجزاف.

«قوله قدس سره : لكن التقرير غير واضح» الخ

بل اعتقاد السائل عدم الجواز غير واضح فان مجرد الجهل بالحكم يقتضي السؤال بحسب ما يرتكز عند عامة الناس فان رجوع الجاهل الى العالم في الامور المبتلى بها امر ارتكازي عادي.

نعم جواب الامام عليه السلام لا يشمل مورد غير الضرورة لان قوله عليه السلام لابأس به وارد في خصوص مفروض السائل ولا مفهوم له ينفى عن غير ذلك المورد لكن الجواز امر على طبق القاعدة الاولية اذ الوزن أو الكيل أو العد كلها طريق الى الواقع فطبعاً يقوم مقامها طريق آخر وهذا واضح ظاهر.

«قوله قدس سره : واما الوزن فالظاهر كفايته» الخ

لا فرق بين الكيل والوزن من هذه الجهة كما مرّ في جواز بيع المكيل بالوزن.

«قوله قدس سره : بل ظاهر قولهم في السلم انه لا يكفى العد في المعدودات» الخ

لاوجه لعدم الجواز وجملة من كلماتهم تدل على الجواز فلاحظ.

«قوله قدس سره: فافهم»

لعله بقوله فافهم يشير الى ان ما نحن فيه قوامه بالتعارف والجعل ولا تكون له حقيقة وواقعية فلا مجال لهذا الكلام.

«قوله قدس سره : بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشيء مكيلاً أو موزوناً» الخ

قال سيدنا الاستاد قدس سره ذكر المشهور ان ما كان موزوناً أو

مكيلا أو معدوداً في زمنهم عليهم السلام يكون كذلك الى يوم القيامة. واما غيره من بقية الاشياء فان كان فيه عرف عام يعامل معه كذلك والا ففي كل بلد يكون الحكم تابعاً لما تعارف فيه.

ثم أورد على هذه المقالة وقال ما ذهب اليه المشهور يستلزم المحال و لايمكن اجتماع الامرين في انشاء واحد والسر فيه ان لحاظ ما في زمنهم موزوناً أو مكيلاً أو معدوداً يكون على نحو القضية الخارجية المحفوظ فيه جميع الخصوصيات ولا يتصور فيه الاطلاق وما يلاحظ في غيره يلاحظ على نحو القضية الحقيقة وعلى نحو فرض الموضوع على نحو الاطلاق ولا يمكن الجمع بين نحوين في انشاء واحد هذا ملخص كلامه.

ويرد عليه ان المانع عن انشاء الامرين بانشاء واحد اما ثبوتي واما اثباتي. اما الاول فلا نرى فيه مانعاً وأي مانع في جعل الحكم نحوين وابرازه واما المانع الاثباتي فغاية ما يمكن ان يقال في وجه المنع انه يلزم استعمال اللفظ في اكثر من معنى واحد وهذا غير معقول اذ استعمال اللفظ في المعنى جعل اللفظ فانياً ومندكاً في المعنى وعليه يلزم من استعمال لفظ واحد في اكثر من معنى واحد اما وحدة المعنى واما تعدد اللفظ وكلاهما خلاف الواقع فيلزم ان يكون الواحد متعدداً وهذا خلف ومحال.

ويرد عليه ان المعنى المذكور باطل وفاسد وعاطل ليس تحته شيء فان الانشاء عبارة عن النشو وابراز، ما في النفس الى الخارج والاستعمال عبارة عن جعل اللفظ بحسب التعهد الوضعي علامة لارادة المعنى وعليه يمكن الاتيان بلفظ واحد وارادة آلاف من المعاني.

مضافاً الى أنه لا يلزم انشاء الحكمين بانشاء واحد كي يتوهم الاستحالة بل يمكن ابراز كل واحد منهما بانشاء غير الانشاء الاخر فلاحظ. اذا عرفت ما ذكرنا نقول ما يمكن ان يذكر في تقريب مذهب المشهور وجوه.

الوجه الاول: الاجماع وفيه ما فيه فان المنقول منه غير حجة والمحصل منه غيرحاصل وعلى فرض حصوله محتمل المدرك فلا يعتد به.

الوجه الثاني: ان المراد بالعناوين المصاديق الموجودة في زمان المتكلم المشرع للاحكام وفيه انه انما يكون كذلك فيما يكون القضية على نحو القضية الخارجية والا فلا.

الوجه الثالث: ان الموضوع يلزم اخذه من الشارع كما ان الحكم كذلك فعليه يلزم حمل اللفظ على ما هو المتعارف عنده.

ويرد عليه ان الموضوع ان كان مخترعاً من مخترعات الشارع يلزم اخذه منه واما ان كان الموضوع عرفياً يلزم اخذه منه مضافاً الى انه على هذا فما الوجه في التفصيل بين ما كان موزوناً في ذلك الزمان وغيره فانقدح بما ذكرنا انه لا وجه لما ذهب اليه المشهور والحق ان يقال ان هذا الحكم كبقية الاحكام ثابت لموضوعه على نحو القضية الحقيقية ففي كل مورد تحقق الموضوع يترتب عليه الحكم اذ الحكم بالنسبة الى الموضوع كالمشروط بالنسبة الى شرطه فكما ان تحقق المشروط تابع لتحقق الشرط كذلك الحكم بالنسبة الى موضوعه ولذا يمكن ان يختلف شيء واحد بحسب اختلاف الازمنة او الامكنة والبلدان.

نعم اذا كان عرف عام يحمل اللفظ عليه كما يستفاد من حديث علي بن ابراهيم عن رجاله ذكره في حديث طويل قال ولا ينظر فيما يكال ويوزن الا الى العامة ولا يؤخذ فيه بالخاصة فان كان قوم يكيلون اللحم ويكيلون الجوز فلا يعتبر بهم لان اصل اللحم ان يوزن واصل الجوز ان يعد[1].

فان الحديث يدل بالصراحة على تقديم العرف العام على العرف الخاص لكن الرواية ضعيفة سنداً فلا يعتد بها.

ولعله قدس سره بامره بالتأمل يشير الى الاختلاف في ان المقدم العرف العام أو الخاص، وحيث ان الرواية غير معتبرة لا يمكن اثبات احد الطرفين بها والذي يختلج بالبال ان يقال اذا ثبت من الشارع اعتبار خاص يرجع اليه والا فان كان عرف عام بحيث يتبادر الى الذهن يكون هو المرجع والا يكون المتبع في كل مكان وبلدة المتعارف عند اهل تلك البلدة وعليه تتفرع في المقام فروع.

الفرع الاول: انه لو كان من الشارع الاقدس تعبد خاص يتبع بلا اشكال ولا كلام.

الفرع الثاني انه لو كان هناك عرف عام بحيث يتبادر الى الذهن يكون متبعاً بلا كلام.

الفرع الثالث: انه لو كان الامر مختلفاً بحسب البلدان يكون الحكم تابعاً لعرف كل بلد.

الفرع الرابع: ان الميزان ببلد فيه المبيع.

الفرع الخامس: انه لو تعاقدوا في الصحراء فان كانا متفقين فهو

---

(١) الوسائل الباب٦ من ابواب الربا الحديث ٦.

وان كانا مختلفين فربما يقال بالتخيير وربما يقال بان كل واحد يعمل على طبق رأيه وربما يقال يقرع وربما يقال يؤخذ بما هو اقرب الى بلده وربما يقال المناط البلد الاعظم والظاهر انه ليس لها مدرك صحيح اما التخيير فلادليل عليه واما القرعة فايضاً لادليل عليها واما العمل على طبق الرأي فايضاً غير صحيح فان البيع مجموع من الايجاب والقبول فالجمع بين الرأيين هو القدر المقطوع من الفاسد وايضاً لادليل على الترجيح بالاقربية ولا بالاعظمية.

اذا عرفت ما ذكرنا نقول لايبعد أن يكون الحق ان دليل الاشتراط لايشمل مثله اذ شموله لكلا الطرفين غير معقول وترجيح احدهما على الاخر بلا مرجح والتخيير لادليل عليه فالدليل غير شامل ويكون مقتضى القاعدة الاولية عدم الاشتراط فانه مقتضى قوله تعالى «احل الله البيع» و«تجارة عن تراض» فلاحظ.

«قوله قدس سره : مسئلة لواخبر البايع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه» الخ

وقع الكلام بين القوم في جواز الاعتماد على اخبار البايع بمقدار المبيع وعدمه وانعقاد هذه المسئلة بعد فرض اشتراط البيع بالعلم بمقدار والا فلا مجال له كما هو ظاهر.

فنقول تارة يقع البحث في مقتضى القاعدة الاولية واخرى في مقتضى النص الخاص فهنا مقامان.

اما المقام الاول فلابد من التفصيل بين حصول العلم أو الاطمينان من اخباره وعدمه فعلى الاول يجوز وعلى الثاني لا يجوز.

واما المقام الثاني فمقتضى بعض الروايات جواز الاعتماد لاحظ ما رواه محمد بن حمران[١].

فان هذه الرواية صدراً وذيلاً تدل على جواز الاعتماد على اخبار البايع بمقدار المبيع اما الصدر فدلالته على المدعى ظاهرة اذ السائل فرض تصديق البايع في اخباره والامام عليه السلام صرح في الجواب بقوله لابأس واما الذيل فالامام عليه السلام انما جوز بيعه بعد الكيل فيعلم انه يكفي لجواز البيع كيل البايع فيكفي اخباره.

الا أن يقال انه لا ملازمة بين جواز البيع بعد الكيل واعتبار قول البايع في اخباره بالمقدار وربما يتوهم وقوع التعارض بين هذه الرواية وما رواه الحلبي[٢].

فان المستفاد من هذه الرواية عدم الجواز الا مع الكيل ولكن يمكن أن يقال ان رواية الحلبي مطلقة من حيث كون الاشتراء على طبق اخبار البايع وعدمه واطلاقه يقيد برواية ابن حمران والدليل على الاطلاق ان الامام عليه السلام علل الحكم بعدم الجواز بقوله ان الطعام الذي يباع بالكيل لا يجوز بيعه جزافاً فالمنهي البيع الجزافي ومن الظاهر ان البيع المبني على اخبار البايع وعلى حسب تقديره لايكون جزافاً فلاحظ.

ويمكن الجمع بين الحديثين بنحو آخر بان نقول رواية الحلبي مطلقة من حيث كون الاخبار حدسياً أو حسياً وحديث ابن حمران ظاهر في الاخبار الحسي فيقيد الاطلاق بالمقيد اللهم الا أن يقال

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٤٦.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٤٣.

انه لاوجه لحمل الاخبار في حديث الحلبي على الاعم وحمل الاخبار في الحديث الاخر على الحسي فتحصل انه يجوز الاعتماد باخبار البايع.

ثم انّه هل يشترط اعتبار قوله بكونه ثقة أو بشرط حصول الظن من اخباره؟ مقتضى اطلاق حديث ابن حمران عدم الاشتراط ومثله ما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله انه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام اشتريه منه بكيله واصدقه فقال لا بأس ولكن لاتبعه حتى تكيله[1].

وربما يقال: بأنه لابد من تقييد الاطلاق بحديث أبي العطارد[2] فان مقتضاه الجواز مع الائتمان فلابد من تقييد الاطلاق بهذا القيد لكن حديث أبي العطارد ضعيف سنداً حيث انه لم يوثق فلا يرفع اليد عن الاطلاق.

ويمكن الاستشهاد على الاطلاق وعدم تقييد الاعتماد بشيء بوجهين:

احدهما قول السائل في مقام السؤال صدقناه ولو كان اخباره موجباً لحصول العلم لم يكن مجال للتصديق وبعبارة اخرى الظاهر من التصديق التصديق العملي مع الشك.

ثانيهما: قوله عليه السلام اما انت فلا تبع الا مع الكيل والحال انه لوكان عالماً بصدق الخبر لم يكن وجه للكيل اذ الكيل لاموضوعية له قطعاً فلاحظ.

---

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٨.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٤٦.

«قوله قدس سره : ويندفع الغرر ببناء المتعاملين على ذلك المقدار» الخ

المراد من هذه الجملة غير واضح فان كان المراد التعليق على المقدار الخاص يلزم البطلان من جهة التعليق مضافاً الى انمقتضى التعليق بطلان البيع عند التخلف والحال ان بنائهم على الصحة وثبوت الخيار. وان كان المراد بيع العين بلا تعليق ولكن يشترط الخيار في فرض عدم كونه ذلك المقدار فانه مع شرط الخيار لا يكون البيع جزافاً تتوجه شبهة وهي ان اشتراط الخيار في العقد يتوقف على تمامية ذلك العقد وصحته فاشتراط الخيار يتوقف على تمامية العقد والحال ان تماميته تتوقف على الشرط فيلزم الدور المحال.

مضافاً الى انه لايمكن الالتزام به اذ على تقدير التخلف لا يقع الثمن في مقابل جميع المبيع فانه على تقدير الزيادة يكون الزايد للبايع وتتحقق الشركة بين المتعاقدين وعلى تقدير النقيصة يتحقق تبعض الصفقة فيكون المراد من البناء ان العقد يقع على العين بعنوان كل رطل مثلاً بكذا مقدار أو كل من فاذا قال البايع هذا السمن عشرة امنان فاشتراه المشترى بعشرة توامين يكون معناه كل من بتومان فلا غرر.

«قوله قدس سره : فتأمل»

لعله بالامر بالتأمل يشير الى ان الجزء والكل وصفان لا يوجبان الاختلاف في الحقيقة بل الاختلاف في الوصف فان جنس الجزء عين جنس الكل فالحق ان الجزء والكل وصفان عرضيان لاذاتيان.

«قوله قدس سره : تخير المغبون منهما» الخ

لا ارتباط بين هذا الخيار وخيار الغبن فان خيار الغبن على القول به ناش من الضرر الوارد على المغبون والمفروض انه لا ضرر في المقام لان الثمن يقابل بما هو موجود في المبيع فعلى تقدير النقصان يتحقق خيار تبعض الصفقة للمشتري وعلى تقدير الزيادة يتحقق خيار العيب الناشي من الشركة فان الشركة مع الغير بنفسه عيب في المتاع كما هو ظاهر وهل يثبت الخيار للبايع كما يثبت للمشتري؟ يظهر من كلام العلامة انه يثبت الخيار للبايع في صورة الزيادة ولكن سيدنا الاستاد قدس سره فصل بين البايع والمشتري وقال: يثبت الخيار للمشتري للعيب الذى في المبيع بلحاظ الشركة واما بالنسبة الى البايع فلا خيار لعدم المقتضي.

واظن ان الوجه في التفصيل الذي ذكره ان خيار العيب انما يثبت للمشترى للنص الخاص الوارد في خيار العيب وأما بالنسبة الى البايع فلا.

ويرد عليه اولاً بالنقض بصورة ما لو باع عبداً بعنوان كونه مريضاً فاصبح صحيحاً فانه يثبت للبايع الخيار بواسطة تخلف الوصف كما هو قدس سره صرح به وثانياً ان حكم الامثال واحد والشرط الارتكازي العقلائي يقتضي ثبوت الخيار للبايع كما يثبت للمشتري فلا وجه لتفصيله الذي ذكره بلا تقريب برهان واقامة دليل عليه.

«قوله قدس سره : وانما الاشكال فى ان المتخلف فى الحقيقة هل جزء المبيع» الخ

لا اشكال في ان التخلف في المقام تخلف الجزء وهذا واضح

غيرمحتاج الى البحث وربما يتصرر ويتخيل انالعقد باطل من اصله لانه وقع على المقدار الكذائي فانكشف خلافه فكما لو باع حماراً وحشياً فاصبح المبيع عبداً حبشياً يكون البيع باطلاً كذلك الحكم في المقام.

ويرد عليه انالقياس معالفارق فانالمبيعمتعلق بصورنوعيةعقلية كانت أو عرفية ومع التخلف يكون العقد باطلاً اذ ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد وبعبارة واضحة ان العقد لا يتعلق بالهيولى بل يتعلق بالصورة ومع التخلف ينكشف الخلاف والبطلان واما لو لم يكن العنوان المأخوذ في العقد كذلك لايكون وجه للبطلان عند التخلف بل غايته ثبوت الخيار والمقام كذلك.

«قوله قدس سره : فلذلك إختلف فى ان الامضاء هل هو بجميع الثمن أو بحصة منه» الخ

قد ظهر مما ذكرنا ان الاختلاف بالجزء والكل ولهذا يقسط الثمن على المبيع بالمقدار فيكون الخيار من باب تبعض الصفقة فمع زيادة المبيع تكون الزيادة للبايع وعلى تقدير النقيصة يرجع الثمن بالمقدار المقابل لما نقص الى المشتري وهذا ظاهر.

«قوله قدس سره : يشكل الحكم بالجواز فى كثير من هذهالموارد لثبوت الغرر» الخ

تارة يقع البيع على طبق التخمين ولكن مبنياً على المقدار الكذائي بحيث يقسط الثمن على اجزاء المبيع. واخرى يقعالعقد على طبق التخمين بلا ملاحظة التقسيط.

أما الصورة الاولى فلا وجه لبطلان العقد لعدم الغرر فلا وجه للفساد.

وأما الصورة الثانية فما يمكن ان يذكر في تقريب البطلان وجهان. الوجه الاول لزوم الغرر وهو منهي عنه. وفيه انه مر مراراً ان الحديث لا مدرك معتبر له.

الوجه الثاني ماورد من النصوص الدالة على ان البيع جزافاً غير صحيح. وفيه ان النصوص المشار اليها تختص بالمكيل والموزون والمعدود فلاوجه لاسراء الحكم من ذلك المقام الى مقامنا هذا.

فالنتيجة ان بيع غير ما دل الدليل فيه على الاشتراط يجوز ولو مع الجهل بمقدار المبيع اضف الى ذلك كله ان الجهل بمقدار المبيع اعم من الغرر.

ويضاف الى ذلك كله انه قد تقدم منا احتمال كون الغرر عبارة عن الخديعة فلا يرتبط بما نحن بصدده.

«قوله قدس سره: فافهم»

لعله يشير بالامر بالفهم الى انه لا خصوصية للوزن والكيل والعد فانها طريق الى درك الواقع.

«قوله قدس سره: ولا اشكال في صحة ذلك» الخ

الامر كما افاده فان المقتضي للصحة موجود ولا مانع عن التأثير وبعبارة واضحة ان جواز تعلق البيع بالكسر المشاع من الامور الواضحة والسيرة جارية عليه فلا وجه للاشكال.

«قوله قدس سره: ولم يعلم وجه الفرق الا منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد والشاة.»

حيث انه لا يطلق العبد بماله من المفهوم على نصفين من عبدين

وكذلك لا يطلق لفظ الشاة على نصفين من شاتين بخلاف لفظ الحنطة حيث يطلق على كل جزء من اجزاء الصبرة وهذا الاختلاف راجع الى مقام الاثبات والدلالة. والكلام في مقام الثبوت.

فالنتيجة انه لا اشكال في القسم الاول انما الكلام في ان ملكية المشاع باي نحو فربما يقال بان كل واحد من الشريكين أوالشركاء مالك لمقدار من العين بنحو الكلي في المعين وهذا القول باطل اذ يلزم ان لا تكون الخصوصيات مملوكة لاحد والحال انه لا شبهة في ان الخصوصيات مملوكة ومشتركة بين الشريكين أو الشركاء وربما يقال ان كل واحد من الشريكين أو الشركاء مالك للكل لكن بملكية ضعيفة.

وهذا القول في غاية الفساد اذ يرد عليه اولاً انه لامقتضي لكون كل واحد من الشريكين مالكاً لتمام العين.

وثانياً انه كيف يمكن أن تكون عين واحدة مملوكة لمالكين.

وثالثة ان احد المالكين لدار لو باع نصف الدار بلا اذن شريكه نسئل هل يكون بيعه صحيحاً ام لا؟ أما على الاول فنقول اذا كانت الملكية الضعيفة مقتضية لجواز البيع يلزم ان يكون بيع الكل ايضاً صحيحاً والحال انه ليس كذلك.

وأما على الثاني فيكون خلاف الضرورة ويستلزم لغوية خيار الشفعة وربما يقال ان كل واحد من الشريكين أو الشركاء مالك لحصة خاصة من العين.

ويرد عليه ان اختصاص تلك الحصة الخاصة باحدهما واختصاص الحصة الخاصة الاخر بالاخر تخصيص وترجيح بلامخصص ومرجح.

وربما يقال ان مجموع الشريكين أو الشركاء مالك للعين ذهب

اليه سيدنا الاستاد قدس سره واستدل على مدعاه بوجوه:

الوجه الاول: انه قد ثبت في الفلسفة عدم وصول الجسم الى حد لا يكون قابلاً للقسمة. وبعبارة اخرى: انكروا امكان الجزء الذي لايكون قابلاً للتجزية وعلى هذا الاساس أنكروا الجوهر الفرد فكل جزء قابل للتجزية ولا يصل الجسم الى حد لايكون قابلاً للقسمة ولكن بالنظر العرفي ليس كذلك فانه يصل الجسم الى حد لايكون قابلا للقسمة وعليه اذا وصل الى هذا الحد امايكون مملوكاً لكلا الشريكين وأما يكون ملكاً لاحدهما دون الاخر واما لايكون مملوكاً.

أما على الاول فيحصل المطلوب وهذا هو المدعى واما على الثاني فيلزم الترجيح بلا مرجح واما على الثالث فيلزم امر خلاف الضرورة الفقهية.

ويرد عليه اولاً النقض بمملوك لشخص واحد فانه لو فرض وصول جسم مملوك لمالك واحد الى حد غير قابل للقسمة فلو فرض قسمته نسئل ان ذلك الجزء الفرضي مملوك للمالك ام لا؟ أما على الاول يعود المحذور واما على الثاني فلا يمكن الالتزام به.

ان قلت: هذا فرض وخيال والاحكام الشرعية لاتبتني على الفروض والخيالات.

قلت: هذا صحيح ولذا اصل الاشكال غير وارد اذ يكون توجه الاشكال مبنياً على الفرض والخيال.

وثانياً انا نلتزم بكون الجسم ولو لم يكن قابلا للتقسيم مشتركاً بين شريكين اذ يكفي لاعتبار الملكية الفرض.

وثالثاً: انه يمكن ان يقال بانه اذا وصل الى هذا الحد لا يكون مملوكاً بل يكون جزء المملوك فالنتيجة ان الوجه الاول المذكور

في كلامه غير تام.

ولكن يمكن ان يقال ان الذي افيد غير مفيد اذ لو سلم ان الجزء الفرضي غير قابل لان يكون مملوكاً لاحد فلا اثر لكونه جزء للمملوك اذ لو قلنا ان العين مملوكة لكلا المالكين والشريكين يتم مدعى سيدنا الاستاد وان لم نقل به يلزم ان يكون بلا مالك فلا تغفل.

الوجه الثاني: انه لو بقي شيء من الميت وانتهى عدد الوراث الى حد لايكون نصيب كل واحد منهم ذا مالية وفرضنا ان شخصاً اتلف تلك العين لا يتحقق الضمان اما لو كان المالك مجموع الورثة يصدق اتلاف المال وهل يمكن الالتزام بعدم الضمان؟ كلا.

ويرد عليه اولاً: انه مجرد فرض وخيال ولا واقع له. وثانياً انه على هذا الفرض ان المالك شخص واحد ولكن الغاصب اتلف ماله بالتدريج كما لو اتلف صبرة من الحنطة ولكن بالتدريج بان اتلف الصبرة حبة حبة فانه يلزم على البيان المذكور عدم الضمان فكل ما يجاب عنه هناك يجاب به عن مورد كلام سيدنا الاستاد.

وثالثاً: انه لا اشكال في صدق انه اتلف المال وفي السيرة العقلائية الممضاة عند الشارع لا فرق بين اقسام اتلاف المال من جهة تحقق الضمان وبعبارة اخرى لا اشكال في ان الورثة شركاء في هذه العين فايضاً هم شركاء في بدله وبعبارة واضحة يصح ان يقال ان الغاصب اتلف مملوكاً لتلك الجماعة فيكون ضامناً لهم فهذا الوجه ايضاً غير صالح لاثبات المدعى.

الوجه الثالث: أن الاشاعة بالمعنى المشهور لا تتصور في البسائط كحق التحجير مثلاً وايضاً لاتتصور بالنسبة الى الافعال واما بالمعنى الذي ذكر فامر قابل فانه لامانع عن كون الحق الفلاني

أو الفعل الفلاني مملوكاً لمالكين أو ملاك ثلاثة. اذ لا يلزم عليه القسمة واما على القول الاخر فتلزم فيه القسمة والبسائط غير قابل للقسمة.

ويرد عليه ان البسائط لا تكون قابلة للقسمة الخارجية واما القسمة الاعتبارية فلا مانع فيها فالوجوه المذكورة كلها باطلة.

ويمكن الاستدلال على بطلان الدعوى المذكورة بانه لوفرض شخصان مالكان وشريكان في دار على نحو الاشاعة فنسئل انه لو باع احدهما نصيبه بلا اذن شريكه فاما يكون بيعه صحيحاً ام لا؟

أما على الاول فيلزم نفوذ تصرف من لا يكون مالكاً فان كل واحد من الشريكين نصف المالك لا تمامه ونفوذ تصرف غير المالك خلاف القاعدة.

وأما على الثاني فيلزم خلاف الضرورة ويلزم انسداد باب حق الشفعة ولغوية جعله الا ان يقال انه قد ثبت في الشرع الاقدس نفوذ تصرف كل شريك بالنسبة الى نصيبه فلا اشكال من هذه الجهة.

«قوله قدس سره : الثاني ان يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه» الخ

يقع الكلام تارة في تصوير القسم المذكور واخرى في امكان وقوع العقد عليه فهنا مقامان. اما المقام الاول: فنقول اذا كان المراد من الفرد المنتشر المبهم بحسب الواقع ونفس الامر فهذا امر غير معقول اذكل موجود في العالم له تميز وتشخص غاية ما يمكن ان يقال اختصاص معرفته بعلام الغيوب والذي يعلم الغيب بعناية الله تعالى.

وبعبارة اخرى المبهم وغير المشخص غير موجود وغير مخلوق له تعالى. وان كان المراد بالفرد المنتشر الجامع الانتزاعي كقول المولى جئني بواحد من هؤلاء العشرة الجالسين فهذا امر معقول ويمكن تعلق التكليف به كما في المثال المذكور وكما في خصال الكفارة متعلق الحكم مردد بين امور لكن ليس هذا فرداً منتشراً بل يعبّر عنه بالكلي وبالجامع الانتزاعي وان كان المراد من المردد والمبهم المعلوم عند الله المجهول عندنا كما لو قال بعتك العبد الذي يزورنا قبل كل زائر أو بعتك العبد الاكبر سناً الى غير ذلك من الاوصاف المعينة المفردة فهذا امر معقول وله واقع ومعلوم عنده تعالى.

وأما المقام الثاني فنقول لا كلام في بطلان العقد اذا كان متعلقه القسم الاول كما هو ظاهر فان المفروض انه لاواقع له فكيف يتعلق به البيع.

وأما القسم الثاني فيمكن ان يتعلق به البيع ويدل على المدعى بيع الكلي في المعين اذ يجوز تعلق البيع بالكلي في المعين كما لو باع صاعاً من الصبرة فلو كان البيع جامعاً للشرائط المقررة لامانع عن تعلقه بالكلي في المعين.

وبعبارة واضحة انه لا اشكال في صحة بيع الكلي في المعين والسيرة الخارجية العقلائية جارية عليه وممضى عند الشارع الاقدس.

مضافاً الى النص الخاص الوارد فيه. لاحظ ما رواه بريد بن معاوية عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب في انبار بعضه على بعض من اجمة واحدة والانبار

فيه ثلاثون الف طن فقال البايع: قد بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري: قدقبلت واشتريت ورضيت فاعطاه من ثمنه الف درهم ووكل المشتري من يقبضه فاصبحوا وقد وقع النار في القصب فاحترق منه عشرون الف طن وبقي عشرة آلاف طن فقال: العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري والعشرون التي احترقت من مال البائع[1].

والظاهر ان هذا ليس محل الكلام والاشكال فان ما وقع محل الاشكال الجزئي الخارجي الذي يعبرون عنه بالفرد المنتشر وهو القسم الثالث المذكور في كلامنا في مقام تعداد الاقسام. فنقول ما يمكن ان يذكر في تقريب المنع وجوه.

الوجه الاول ان المبيع مجهول وبيع المجهول باطل اجماعاً.

ويرد عليه انه لا دليل على كون مجرد الجهل موجباً للفساد والاجماع المدعى في المقام لا اثر له فان المنقول منه غير حجة والمحصل منه على تقدير حصوله محتمل المدرك فلا يكون تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام.

الوجه الثاني انه مبهم والابهام في المبيع يوجب فساد البيع ويرد عليه انه ما المراد من المبهم فان المراد به ان كان ما لا واقع له فهو لا يجوز بيعه، ولكن الكلام ليس فيه. وان كان المراد به ماله واقع ولكن مجهول فلا وجه لكونه مفسداً للبيع. الوجه الثالث انه غرري والغرر يوجب الفساد.

وفيه اولاً انه لادليل على كون الغرر مفسداً وثانياً انه يمكن تصويره على نحو لايكون غرريا كما لوعلم المشتري بان المبيع يسوى

(١) الوسائل الباب ١٩ من ابواب عقد البيع وشروطه.

مقدار الثمن والبايع ايضاً يعلم به. وثالثاً انه لا مجال لتحقق الغرر اذ المفروض ان البايع يملك ما يسوى الثمن من المشتري فلا غرر فيه ولا خطر يتصور فلا تغفل.

الوجه الرابع: ان الملكية امر وجودي يلزم تعلقها بامر موجود في الخارج وعنوان احدهما امر انتزاعي غيرقابل لذلك ويرد عليه ان المفروض في كلامنا تعلق البيع بفرد معين موجود في الخارج.

فتحصل انشيئاً من الوجوه المذكورة لايكون وجهاً وجيهاً لاثبات المدعى فالنتيجة ان البيع في هذا القسم صحيح فلاحظ. هذا فيما يكون جميع الافراد متساوية من حيث القيمة.

وأما لو فرض تفاوت القيمة فيمكن ان يقال ان البيع باطل اذ المشتري لا يعلم بان اي فرد من الافراد يصير نصيباً له ويرد عليه ان الجهل لايكون مانعاً اذ لو علم المشتري بان الجامع في اي فردمن الافراد تحقق يساوي ثمنه لا يكون العقد غررياً.

«قوله قدس سره : روى اصحابنا انه اذا اشترى عبداً من عبدين على ان للمشترى ان يختار ايهما شاء انه جايز» الخ.

تارة يقع البيع على مختار المشتري اى يكون اختياره اشارةالى الفرد الذي وقع عليه البيع واخرى يكون البيع معلقاً على اختياره ومشروطاً به.

وثالثة لا هذا ولا ذاك بل البيع واقع على الكلي في المعين غايته انه يشترط للمشتري ان يكون مختاراً في تعيين ذلك الكلي في فرد.

اما الصورة الاولى فالظاهر جواز البيع اذ المفروض وقوع البيع على الفرد الخارجي الذي تكون علامته اختيار المشتري واما الصورة الثانية فالظاهر بطلان البيع للتعليق وعدم معهوديته مثله

فان لازمه تحقق الانتقال من زمان الاختيار ويكون على نحو الوجوب المشروط ولا دليل على جوازه.

واما الصورة الثالثة فان كان بنحو اشتراط كون المشتري ذا حق يكون الشرط باطلاً لانه خلاف الشرع الاقدس فان التعيين مع البايع لا مع المشتري وان كان بنحو التوكيل في التعيين فهو جايز وصحيح اي البايع في ضمن العقد يوكل المشتري في تعيين المبيع يكون الشرط صحيحاً اذ التوكيل مشروع وهذا الامر المشروع يتحقق بالاشتراط في ضمن العقد وان كان مرجع الاشتراط الى ان البايع يشترط على نفسه ان يعيّن الكلي في مختار المشتري فايضاً يصح الاشتراط ويلزم عليه العمل به بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط.

«قوله قدس سره: فيرده منع لزوم الغرر مع فرض اتفاق الافراد في الصفات» الخ

بل يمكن منعه حتى مع فرض اختلاف الافراد كما لو علم المشتري بان المبيع يسوى هذا المقدار من الثمن فلا غرر ولا خطر.

«قوله قدس سره : ان الغرر الشرعى لا يستلزم الغرر العرفى وبالعكس» الخ.

كما لو باع مقداراً مجهولاً من الموزون بمثله فانه لا غرر عرفاً ولكن الغرر الشرعي موجود للجهالة وربما لا يوجد غرر شرعي والحال ان الغرر العرفي موجود كما لو باع الابق مع الضميمة.

«قوله قدس سره : مع حصولها فى اصل الماهية» الخ

كما لو باع منا من الموزون المجهول بمثله فان المقدار معلوم ولا جهل فيه ولكن اصل ماهية المبيع مجهول.

«قوله قدس سره : وهذا حسن لو لم يتسالما على صيغة ظاهرة في احد المعنيين» الخ

قد فصل الماتن قدس سره بين الاتفاق على لفظ ظاهر في احد الطرفين وعدم اتفاقهما وقال الظهور حجة ومرجع عند الشك ومع عدمه تكون اصالة الصحة محكمة.

اقول: اما ما افاده من لزوم الاخذ بظهور كليهما فصحيح فان الظواهر حجة، واصالة الصحة لا تصرف الظهور ولا تمنع عن العمل به.

وأما ما أفاده من الاخذ باصالة الصحة عند عدم الظهور فيرد عليه انه لم يرد دليل عام أو مطلق على لزوم الاخذ باصالة الصحة كي نلتزم بها في مورد الشك وفي كل مورد انما ناخذ بها بمقدار قيام السيرة العقلائية الممضاة من قبل الشارع والظاهر انه لو شك في عقد متسالم عليه عند المترافعين واختلفا في صحته وفساده كما لو توافقا على البيع واختلفا في صحته وفساده تجري اصالة الصحة ويحكم بصحته.

وأما لو دار الامر بين الصلح الفاسد والبيع الصحيح فلا دليل على الحكم بكون ما وقع هو البيع الصحيح.

«قوله قدس سره : واما اصالة عدم التعيين فلم اتحققها» الخ

اذ يرد عليها اولاً ان اصالة عدم احد الضدين لا يثبت تحقق الضد الاخر. وثانياً انه على فرض جريان الاصل يعارضه اصل عدم تحقق الاشاعة فلاحظ.

«قوله قدس سره : وفيه نظر»

اذ الاصل العملي لايعارض الدليل الاجتهادي كما حقق في محله.

«قوله قدس سره : الثالث من وجوه بيع البعض من الكل» الخ

الظاهر انه قدس سره اراد من الصورة الثانية الفرد الخارجي المبهم المردد بين الافراد وعليه تصير الاقسام ثلاثة:

القسم الاول: الاشاعة القسم الثاني: الفرد المنتشر. القسم الثالث: الكلي في المعين.

لكن قد ذكرنا آنفاً ان الفرد المبهم غير معقول ولا واقع له وان كان المراد منه الفرد المعلوم واقعاً فهذا ليس مبهماً بل يكون معيناً مشخصاً ومميزاً وقد ظهر مما ذكرنا صحة بيعه وايضاً ظهر مما ذكرنا صحة بيع الكلي في المعين ولا وجه للاطالة.

«قوله قدس سره : مسئلة لوباع صاعاً من صبرة فهل ينزل على الوجه الاول» الخ

وقع الخلاف بين القوم في انه لو باع صاعاً من صبرة فهل يحمل على الكلي في المعين أو يحمل على الاشاعة؟ قد ذهب الى القول الاول جملة من الاساطين.

ويمكن الاستدلال عليه بوجوه. الوجه الاول التبادر العرفي كما قال في جامع المقاصد بقوله انه السابق الى الفهم ولا اشكال في أن الظهور حجة.

الوجه الثاني ان لفظ الصاع مثلاً الواقع في كلام البايع حين البيع عنوان للمبيع لا انه عنوان للكسر المشاع.

وبعبارة واضحة اذا كان لفظ الصاع مثلاً عنواناً واشارة الى

الكسر المشاع لا يكون بنفسه موضوعاً للحكم بل يكون طريقاً الى شيء آخر اي ذلك الكسر واما ان كان عنواناً للمبيع يكون موضوعاً للحكم بنفسه. وعند دوران الامر بين الطريقية والموضوعية تتقدم الموضوعية فان كون العنوان المأخوذ في الموضوع طريقاً الى امر آخر خلاف الظاهر ويحتاج الى مؤنة فلاحظ.

الوجه الثالث النص الوارد في المقام[1] فان الامام عليه السلام اجاب بلا تفصيل بان الباقي من القصب مملوك للمشتري والمقدار الذي احترق يحسب على البايع والحال انه لوكان المبيع مشاعاًكان لازمه احتساب المقدار المحترق عليهما معاً.

«قوله قدس سره : احدها كون التخيير فى تعيينه بيد البايع» الخ

الامر كما افاده اذ المفروض ان المشتري بالاشتراء يصير مالكاً للكلي ولا يكون مالكاً للشخص فالخصوصيات الشخصية باقية في ملك البايع وتحت اختياره ولذا لو امكن للبايع تسليم الكلي مجرداً عن الخصوصيات كان جايزاً.

وعليه لا مجال لما افاده القمي قدس سره ونعم ما صنع الماتن من المقايسة بين التكليف المتعلق بالجامع والوضع فان المولى لو أمر بطبيعةكالصلاة مثلاً يصير طالباً للطبيعة من المأمور به ولاحق له بالنسبة الى الخصوصيات فكذلك الحال في بيع الكلي في المعين فلاحظ.

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٧٠

«قوله قدس سره : ومنها انه لو تلف بعض الجملة وبقي مصداق الطبيعة انحصر حق المشترى فيه» إلخ

اذالمفروض ان المشتري مالك للطبيعة والمفروض ان حقه باق فيكون الباقي له ولا يبعد ان تكون السيرة العقلائية جارية على هذا المنوال اضف الى ذلك حديث بريد[1] فان الامام عليه السلام صرح في تلك الرواية في مقام الجواب بان باقي الاطنان مملوك للمشتري.

ومع هذه الرواية لا يبقى مجال للبحث والترديد كما هو ظاهر وعليه لا مورد لان يقال ان الخصوصية مملوكة للبايع وبأي ميزان صارت مملوكة للمشتري فانه لا موقع لهذا البحث مع النص الدال على ان الباقي مملوك للمشتري مضافاً الى ان وجود الفرد الخارجي مركب معوجود الطبيعي بالتركيب الاتحادي ولا تعدد فكيف يمكن ان يقال ان البايع ايضاً مالك والحال ان الموجود الواحد لا يمكن ان يكون له مالك متعدد بالاستقلال فلاحظ.

«قوله قدس سره : فالظاهر انه اذا بقى صاع واحد كان للاول» الخ

قد ذكر هذا الفرق فارقاً بين القول بالاشاعة والكلي في المعين وقد وقع الفرع المذكور محل النظر وفيه احتمالات أو اقوال:

الاحتمال الاول ذهب اليه الماتن وهو ان الباقي مملوك للمشتري الاول بتقريب ان ما باعه ثانياً من المشتري الثاني سار في مملوكه وقد فرض ان مملوكه تلف.

ويرد عليه اولاً النقض بما لو باع صاعين من مشتريين دفعة واحدة فهل يمكن ترجيح احدهما على الاخر؟ كلا ثم كلا. فما الفرق بين الدفعة والدفعات.

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٧٠

وثانياً انه يجاب عنه بالحل وهو ان البايع للكلي في المعين مالك للخصوصيات وانما الخارج عن ملكه الجامع بين الافراد ولا تميز له ولا تشخص فاذا باع صاعاً آخر من مشترثان يكون المشتري الثاني في عرض المشتري الاول بلا فرق ولا مرجح للاول على الثاني.

ان قلت: التقدم الزماني اذا لم يكن مرجحاً فما الوجه في تقديم الواجب المقدم زماناً في باب التزاحم كما لو اضطر المكلف الى ترك صوم يوم واحد من ايام شهر رمضان ويجب ان يصوم اليوم الاول والثاني الى ان يحصل الاضطرار الى الترك.

قلت: قد ذكرنا في بحث التزاحم ان الاطلاق يقتضي وجوب الصوم في الزمان المتقدم فان مقتضى اطلاق دليل وجوبه لزومه على المكلف ولو مع الاتيان بالصوم في الزمان المتأخر.

وأما بالنسبة الى صوم الزمان المتأخر فلا اطلاق اذ لا يعقل الاطلاق وأما في المقام فلا وجه للترجيح لتساوي النسبة بينهما فكما ان المتقدم مالك للكلي كذلك المتأخر مالك بلا فرق فالاحتمال الاول ضعيف.

الاحتمال الثاني ان ينفسخ كلا البيعين بتقريب انه لو وقع التعارض بين عقدين كما باع زيد داره من بكر وفي تلك الساعة باع وكيله الدار من خالد يقع التعارض بين بيع المالك وبيع وكيله ولا ترجيح لاحدهما على الاخر فبالتعارض يتساقطان والمقام كذلك بقاءً.

وفيه ان التقريب المذكور فاسد اذ المفروض ان بيع المالك لكل من المشتري الاول والثاني صحيح فلا وجه للتعارض بقاءً بل يلزم

العمل على طبق القاعدة المستفادة من الشرع.

الاحتمال الثالث ان يكون البايع مخيراً في دفع الباقي الى كل من يريد ويرجح بحسب ارادته وهذا الاحتمال فاسد اذ لاوجه لاختيار البايع فان البايع لا يملك شيئاً لا الكلي ولا الخصوصيات المفردة والمشخصة اماعدم ملكه للكلي فظاهر بمقتضى السيرة والنص واما الخصوصية المفردة فايضاً يستفاد كونها للمشتري من النص.

مضافاً الى انه لا تعدد في الوجود كي يكون بعضه للمشتري وبعضه للبايع فان الوجود واحد وهذا الوجود الواحد وجود للشخص وللطبيعي الكلي أو الجامع الانتزاعي.

الاحتمال الرابع ان يكون البايع ذاحق في تنصيف المقدار الباقي وهذا القول كسابقه بالتقريب الذي ذكرنا.

الاحتمال الخامس ان يكون الباقي مشتركاً بين المشتريين بنحو التنصيف وهذا هو الحق فان المرجح لاحدهما قد فرض عدمه وخروج العين عن ملك مالكها مسلم فالاشتراك امر طبيعي.

ولتوضيح المدعى نقول لو بقي صاعان لاشك في كونهما مشتركين بين المشتري الاول والثاني فالصاع الواحد الباقي أيضاً كذلك غاية الامر يمكن ان يقال بثبوت خيار تبعض الصفقه لكل من المشتريين.

«قوله قدس سره: حصلت الشركة لحصول ماله في يده» الخ

تعرض الماتن قدس سره لفرعين الفرع الاول انه لو اقبض المبيع الكلي في ضمن اقباض مجموع الصبرة فتلف مجموع الصبرة يكون من تلف المبيع بعد القبض ويترتب عليه حكمه. الفرع الثاني:

انه بعد القبض يصير الكلي كسراً مشاعاً في المجموع وتتحقق الشركة بين البايع والمشترى.

أقول لابد من التفصيل بين ما افاده بالنسبة الى الفرع الاول وما افاده بالنسبة الى الفرع الثاني فنقول أما ما أفاده بالنسبة الى الفرع الاول فتام اذ المفروض ان المشتري مالك للكلي في المعين وأيضاً فرض ان المبيع وهو الكلي قد اقبض.

وبعبارة واضحة القبض تحقق في الخارج فيترتب عليه حكمه طبعاً فلا اشكال فيه. واما الفرع الثاني فما افاده من تحقق الشركة بالقبض لا وجه له اذ المفروض ان البايع لم يعيّن الكلي في الشخص الخارجي والاختيار بيده فتبدل الكلي بالكسر المشاع لا وجه له فالحق بقاء مملوك المشتري على كليته.

ثم ان الماتن افاد بان البايع اذا اقبض تمام الصبرة من المشتري بعنوان كونها امانة عنده كي يعيّن الكلي في الفرد بعد ذلك أو وكّل المشتري في التعيين فتلفت الصبرة قبل تعيين البايع وقبل عمل المشتري بالوكالة يكون حكم الامانة حكم ما قبل القبض.

وصرّح به سيدنا الاستاد وصفوة القول ان الاقباض لولم يكن بعنوان اقباض المبيع لا يترتب عليه حكم القبض ويكون تلف المبيع من البايع.

أقول لا يخفى ان هذا الحكم على خلاف القاعدة الاولية كما هو ظاهر لمن تكون له خبرة بالصناعة ولا دليل عليه الا الاجماع المدعى في المقام.

وحديثان احدهما ما رواه عقبة بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من رجل واوجبه غير انه ترك المتاع عنده

ولم يقبضه قال آتيك غداً ان شاء الله فسرق المتاع من مال من يكون قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه[1] ثانيهما ما ارسل عن النبي صلى الله عليه وآله[2].

وكلا الحديثين ضعيفان سنداً. اما الاول فبعيد الله بن هلال واما الثاني فبارسال مضافاً الى ان الخروج عن الضمان رتب في الحديثين على القبض ومقتضى الاطلاق عدم الفرق بين اقسام القبض.

وأما الاجماع المدعى فيرد عليه اولاً بعدم الاعتبار فان المنقول منه غير حجة والمحصل منه على فرض حصوله محتمل المدرك فلا يعتد به. وثانياً انه على فرض الاعتماد عليه لابد من الاقتصار على القدر المتيقن منه فلا وجه للالتزام بالضمان في مفروض الكلام فلاحظ.

«قوله قدس سره: وانما الاشكال في انهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات واستثنى منها ارطالاً معلومة انه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه» الخ.

ثم انه وقع في المقام نقض واشكال وهو انه ما الفارق بين المقام ومسئلة بيع ثمرة اشجار مع استثناء ارطال حيث انهم حكموا في تلك المسئلة بانه لو خاست الثمرة يحسب على كل من المشتري والبايع والحال ان البايع في تلك المسئلة كالمشتري في هذه المسئلة فكما ان المشتري في المقام مالك للكلي في المعين ولا يحسب التالف عليه بل يختص التالف بالبايع كذلك البايع في تلك المسئلة

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الخيار.
(٢) مستدرك الوسائل الباب ٩ من ابواب الخيار.

مالك للكلي في المعين فلابد ان يختص التلف بالمشتري فيلزم بيان الفارق بين الموردين.

وأيضاً يشكل تصرف المشتري في مسئلة استثناء الارطال في الثمرة بدون اذن البايع والحال ان لازم الاشتراك عدم جواز تصرف أحد الشريكين في المال المشترك بدون اذن شريكه وقد ذكرت في مقام حل الاشكال اجوبة.

الجواب الاول: الاجماع فانه الفارق بين المقامين وفيه ان المنقول منه غير حجة والمحصل منه على فرض حصوله محتمل المدرك اذ يحتمل استناد المجمعين الى أحد الامور المذكورة في المقام وصفوة القول انه لم يتحقق اجماع تعبدي كاشف عن رأى المعصوم فهذا الوجه غير وجيه.

الجواب الثاني: ان القاعدة الاولية تقتضي الحمل على الاشاعة وانما خرجنا عنها في المقام للنص الخاص أي حديث بريد[1].

ويرد عليه اولاً: انا ذكرنا ان مقتضى الظهور العرفي الكلي في المعين وقلنا ان الظاهر من لفظ الصاع عنوان المبيع لا الاشارة الى الكسر وبعبارة اخرى الظاهر من العنوان المذكور الموضوعية لا الطريقية.

وثانياً: انه لوكان الاشاعة على طبق القاعدة فما وجه جواز تصرف المشتري في الثمرة في ذلك الباب والحال ان الشريك لايجوز له التصرف في المال المشترك بلا اذن الشريك الاخر.

وثالثاً: ان ما حكم به الامام عليه السلام اما حكم كلي سار في جميع الموارد التي من هذا القبيل واما حكم خاص في مورده اما

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٧٠.

على الاول فلابد من الالتزام به في ذلك الباب ايضاً ولاوجه للتفصيل بين الموردين، اذ لا فارق بين المقامين.

وأما على الثاني فلابد من اختصاصه بخصوص مورده ولايجوز التعدي الى غيره اذ المفروض انه حكم تعبدي على خلاف الميزان الاولي.

ورابعاً: ان لازم القول بالاشاعة ان المشتري في مسئلة بيع الثمرة لو اتلف مقداراً منهايكون ضامناً للبايع بالنسبة الى نصيبه والحال انهم قائلون أن التالف يحسب على المشتري ويعطى نصيب البايع من الباقي.

وخامساً: انه لوكان الاشاعة مقتضى الظهور اللفظي وانها مقتضى القاعدة الاولية العقلائية يلزم أن يكون حكم الامام عليه السلام في مسئلة بيع صاع من الصبرة على خلاف ما قصده المتعاقدان والحال ان العقود تابعة للمقصود.

وبعبارة واضحة مرجع هذا الكلام الى انه لو سئل السائل الامام عليه السلام عن بيع كسر من الصاع كالعشر أو الربع أو الخمس يجيب الامام عليه السلام عن حكم بيع الكلي في المعين وهذا بعيد في حد نفسه.

الجواب الثالث: ما عن مفتاح الكرامة وهو ان التلف في المقام قبل القبض فيلزم على البايع تسليم المبيع مادام ممكناً فلو لم يبق من الصبرة الاصاع واحد يجب اقباضه من المشترى وهذا بخلاف ذلك المقام فان التلف بعد القبض فلا يحسب الا عليهما لان مال المشتري وصل اليه ومال البايع امانة في يده فيلزم ان يحسب عليهما لعدم وجه للاختصاص.

ويرد عليه اولاً: ان وجوب اقباض البايع في مسئلة بيع صاع من الصبرة مادام ممكناً يتوقف على عدم الاشاعة واثبات عدم الاشاعة بوجوب الاقباض تقريب دورى محال.

وبعبارة واضحة الاشكال في الفرق بين الالتزام بالاشاعة هناك وعدمها هنا واثبات عدم الاشاعة بوجوب الاقباض مادام ممكناً دوري.

وثانياً: انه ان اراد من القبض في مسئلة الارطال ان المشتري قبض حقه وماله فلا كلام فيه ويترتب عليه آثار القبض من كون تلفه عليه ولكن نسئل عن وجه الفرق بين المقامين وما الموجب للاشتراك هناك وعدمه هنا، وان كان المراد من القبض قبض البايع ماله ولذا حصلت الشركة فيرد عليه انه ما الوجه في التفريق بين المقامين فان البايع في تلك المسئلة كالمشتري في هذه المسئلة وتمام الاشكال في الفرق بين المقامين.

الجواب الرابع: ما افاده بعض المعلقين على المتن من ان الوجه في الفرق بين المقامين ناش من ان اللفظ في باب بيع صاع من الصبرة ظاهر في الكلي في المعين واما فى باب الارطال فالاشاعة مقتضى الاستثناء فان الظاهر من اللفظ ان المستثنى من سنخ المستثنى منه.

وبعبارة اخرى يكون الاستثناء ظاهراً في الاشاعة وان شئت قلت حمل الكلام في الكلي في المعين يتوقف على عدم ظهوره فى الاشاعة والحال ان الاستثناء يوجب ظهوره في الاشاعة.

واورد عليه سيدنا الاستاد بأن الاستثناء المتصل يقتضى دخول المستثنى في المستثنى منه لولا الاستثناء لازيد من هذا المقدار ومن الظاهر انه لولا الاستثناء لكانت الارطال داخلة في المبيع فهذا الجواب

ايضاً غير تام.

ويمكن الايراد على سيدنا الاستاد بأن الظاهر من الاستثناء المتصل ما افاده المعلق فلا يرد ايراده عليه لكن يبقى الاشكال في انه ما الوجه في جواز تصرف المشتري في الثمرة بلا اذن من البايع مع ان المال المشترك لا يجوز التصرف فيه لاحد الشريكين بلا اذن من الشريك الاخر.

الجواب الخامس: للايرواني قدس سره وهو ان المستثنى منه في بيع الارطال بمثابة صاع من الصبرة وبعبارة اخرى ماعدا الارطال مبيع بنحو الكلي في المعين ومقتضى القاعدة ان يكون التالف محسوباً على البايع كما هو كذلك في تلك المسئلة وانما نلتزم بانه يحسب عليهما من جهة كون التلف بعد القبض وحيث ان نصيب البايع منتشر في الثمرة يحسب التالف عليهما.

ويرد عليه اولاً: انه خلاف الظاهر من الجملة فان الظاهر من بيع جملة الا المقدار الكذائي تمليك الشخص الخارجي من المشتري لا تمليك الكلي.

وثانياً انه باي مجوز يتصرف المشتري في المبيع بلا اذن من البايع.

وثالثاً: انه يلزم الاحتساب عليهما في التالف وفي الباقي حتى في صورة كون التلف باتلاف المشتري غاية الامر يصير المشتري ضامناً للبايع بمقدار حصته فهذا الجواب ايضاً لايرفع الاشكال ولا يغني عن الحق شيئاً.

الجواب السادس: ما أجاب به الشيخ قدس سره وهو ان بناء الاصحاب في مسئلة الارطال اما على عدم الاشاعة واما عليها أما

على الاول فيكون الاشتراك عندهم يختص بالتالف الذي تلف بتلف سماوي واما الموجود فلا اشتراك فيه ويدل عليه انهم قالوا لواتلف المشتري شيئاً من المال لا يحسب على البايع بل يدفع نصيبه من الباقي.

وايضاً يدل على المدعى انهم جوزوا تصرف المشتري في المال بلا استيذان من شريكه فلا فرق بين المقامين الا في احتساب التالف بالتلف السماوي عليهما والحال ان لازم عدم الاشاعة أن يختص التلف بالمشتري والوجه لهذه الدعوى ان ما يملكه البايع هو الكلي الشايع فيما يبقى للمشتري لا مطلق العين وقت البيع.

ولا يخفى ان الوجه الذى ذكره يكون وجهاً لعدم الاحتساب لا له وقال سيدنا الاستاد على ما في التقرير لعل شيئاً سقط في العبارة وأما على الثاني فنقول الوجه في الاشاعة ان كل واحد من البايع والمشتري مالك للكلي فالبايع مالك لكلي المستثنى والمشترى مالك لكلي المستثنى منه وحيث ان نسبة كل واحد منهما بالمال على حد سواء لاوجه لترجيح احدهما على الاخر فيحسب التلف عليهما.

ويرد عليه اولاً انه لاوجه لكون المشتري مالكاً للكلي فان البايع كان مالكاً للخصوصيات والمفروض انه باعها من المشتري فالمشتري يصير مالكاً للخصوصيات والمالك للكلي البايع.

وثانياً انه لو لم تكن الخصوصيات مملوكة لا للبايع ولاللمشتري يلزم اما ان تكون بلا مالك واما تكون مملوكة لثالث وهل يمكن الالتزام به؟

وثالثاً: انه لا وجه لجواز تصرف المشتري في المال بلا اذن من الشريك.

ورابعاً: ان التلف يلزم ان يحسب عليهما ولو باتلاف المشتري غاية الامر يصير المشتري ضامناً بالاتلاف فهذا الجواب ايضاً لا يرفع الاشكال.

ولعله قدس سره اشار الى الاشكال بقوله فتأمل. ولقد اجاد قدس سره حيث اعترف بالحق وعدم اتيانه بما يكون وافياً لدفع الاشكال واوكل الامر الى غيره.

الجواب السابع ما افاده الميرزا النائيني وهو ان المستثنى في مسئلة الارطال كلي كما ان الصاع في مسئلة بيع صاع من الصبرة كلى ولاوجه للاشاعة في كلا المقامين غاية الامر ان المشتري في بيع الصاع مالك لنفس الكلي ولا يملك الخصوصية.

وأما البايع في مسئلة الارطال مالك للكلي مع الخصوصية فلا وجه لاحتساب التالف على خصوص المشتري بل يحسب عليهما وحيث ان البايع مسالك للكلي ان المشتري لو اتلف مقداراً من الثمرة يدفع حق البايع من الباقي لان حقه لا يكون مشاعاً مع حق المشتري فيرتفع اشكال جواز التصرف في المال من ناحية المشتري لعدم الاشاعة وعلى فرض تحقق الاشاعة بعد العقد بلحاظ كون جميع المال بيد البايع نقول جواز تصرف المشتري في المال بلحاظ الشرط الضمني المقتضي للتصرف.

وبعبارة اخرى اختيار تعيين المستثني في مسئلة الارطال بيد المشتري فان المشتري في تلك المسئلة كالبايع في مسئلة بيع الصاع فاذا اتلف من الثمرة شيئاً فمثل ان يبيع منها شيئاً فبتصرفه يعين حق البايع في غير التالف.

ويرد عليه أن البايع الذي يكون مالكاً للخصوصيات اما مالك لجميع الخصوصيات واما مالك لبعضها اما على الاول فيلزم ان يكون المشتري مالكاً كالمشتري في مسئلة بيع الصاع فلا وجه لاحتساب التالف عليهما ولا وجه لجواز تصرف المشتري في الثمرة اعم من أن تحقق الاشاعة بالقبض او لا تحقق وجواز تصرفه بالشرط الضمني كما في كلامه باى وجه وباى دليل وما الفرق بين الموردين وباى مستند فصل بين الموردين بالتفصيل المذكور.

وأما ان لم يكن مالكاً لجميع الخصوصيات بل مالك لبعضها فنسئل الخصوصيات التي لا تكون مملوكة للبايع هل تكون لثالث أو بلا مالك والحال انه لا يمكن الالتزام بما ذكر وان كانت مملوكة للمشتري فاما على نحو الاشاعة واما لا، اما على الاول فيلزم الاحتساب عليهما.

وأما على الثاني فباي نحو وعليه ماالمايز بين المملوكين مضافاً الى انه باي دليل ان التلف اذا كان باتلاف المشتري يحسب عليه لا عليهما والحال ان مقتضى الاشاعة الاحتساب عليهما.

الجواب الثامن : ما أفاده سيدنا الاستاد قدس سره وهو أن العقد تارة يتعلق بالكسر المشاع كما لو تعلق البيع بثلث الدار واخرى يتعلق بالكسر بنحو الكلي في المعين وهذا يتصور بنحوين:

احدهما: الكلي المضاف الى الخارج على نحو القضية الخارجية.

ثانيهما: الكلي المضاف الى الخارج على نحو القضية الحقيقية.

فتارة يوصي زيد بثلث داره لبكر فيكون البكر شريكاً مع الورثة في الثلث وتكون النتيجة الاشاعة والاشتراك في كل جزء واخرى يوصي بالثلث على نحو الكلي في المعين كما لو اوصى بالثلث الكلي من

الدار الفلانية ففي الصورة الاولى يكون التلف محسوباً عليهما بالنسبة وفي الصورة الثانية يحسب التالف على الوارث فقط. وثالثة يوصي بالثلث على نحو القضية الحقيقية اي اي" مقدار بقي للورثة يكون ثلثه لفلان ففي هذه الصورة يحسب التالف عليهما بالنسبة.

اذا عرفت هذه المقدمة نقول: اذا قال البايع للمشتري بعتك ثمرة هذه الشجرات الاعشرة ارطال يكون لفظ ارطال اشارة وعنواناً للعشر مثلاً" فيما يكون الثمرة مأة رطل مثلاً" فيكون البايع مالكاً للكسر الكلي في المعين ولكن على نحو القضية الحقيقية ويترتب عليه ان المشتري يجوز له التصرف في الثمرة لانها مملوكة له بشخصها.

وايضاً يترتب عليه ان التلف لوكان بآفة سماوية او باتلاف غاصب يحسب عليهما بالنسبة واما لوكان التلف باتلاف المشتري لايحسب على البايع لان اتلاف المشتري بمنزلة تعيين حصة البايع في الباقي. ويرد عليه اولاً": ان ما افاده خلاف ظاهر اللفظ فان ارادة الكسر من لفظ الرطل يحتاج الى القرينة ولا قرينة على هذه الارادة فلا وجه لهذه الدعوى.

وثانياً ان الظاهر من الاستثناء الاشاعة والحمل على الكلي في المعين خلاف الظاهر.

وثالثاً ان اتلاف المشتري بمنزلة تعيين حق البايع في الباقي يحتاج الى توجه المشتري الى هذه الجهة واما لو اتلف غفلة اوجهلاً" بالموضوع وامثالهما فلا وجه لما إفاد فلا يرتفع الاشكال بجوابه ايضاً.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم انه لا وجه للقياس بين المقام ومسئلة الارطال فان الظاهر من اللفظ في المقام الكلي في المعين وأما الظاهر من اللفظ في تلك المسئلة الاشاعة فانها مقتضى الاستثناء ويترتب عليه عدم جواز تصرف المشتري في الثمرة والتالف على كليهما ونلتزم بهذا اللازم الا ان يقوم اجماع تعبدي كاشف عن الحكم الشرعي ولكن هذا مجرد فرض وخيال والله العالم بحقائق الامور وعليه التوكل والتكلان.

«قوله قدس سره: فان كانت معلومة صح بيعها اجمع»

اذ لاوجه للفساد فانه لاجهل ولا غرر ولا جزاف فالمقتضي للصحة موجود والمانع عنها مفقود فيصح البيع في الصورة الاولى بلا اشكال.

«قوله قدس سره: وبيع جزء منها معلوم مشاع»

الكلام فيه هو الكلام طابق النعل بالنعل فلاحظ.

«قوله قدس سره: وبيع مقدار كقفيز تشمل عليه» الخ

بعين التقريب المتقدم في القسم الاول والثاني.

«قوله قدس سره: وبيعها كل قفيز بكذا» الخ

بعين البيان الذي تقدم في الصورة المتقدمة بلا فرق.

«قوله قدس سره: لا بيع كل قفيز منها بكذا» الخ.

لعل الوجه في البطلان في الصورة المفروضة ان المشتري لايعلم ان البايع أي مقدار يبيع وأى مقدار يبقي لنفسه فالمبيع مجهول وبيع المجهول غير جايز والظاهر انه لا وجه للبطلان اذ لا يكون مثله معنوناً بعنوان الجزاف فلا يكون فاسداً.

وببيان واضح انه لا دليل على كون مجرد الجهل بمقدار المبيع موجباً للبطلان وبتعبير اوضح ان البطلان اما من ناحية الغرر كما يقولون ولا غرر في المقام ولاخطر واما من ناحية الجزاف ولاجزاف كما هو المفروض واما من ناحية ان المكيل والموزون لابد من ان يكال أو يوزن والحال ان الامر كذلك فلا وجه لعدم الصحة.

«قوله قدس سره: والمجهولة كلها باطلة الا الثالث» الخ

أما الصورة الاولى فالوجه للفساد كون المقدار مجهولاً وبنائهم على الفساد في مورد الجهل بالمقدار في المكيل والموزون ومن هذا البيان ظهر وجه الفساد في الصورة الثانية.

واما الصورة الثالثة فلا وجه للفساد اذ مقدار المبيع معلوم فلا مانع عن الصحة بوجه هذا فيما يعلم كون الصبرة مشتملة على المقدار المبيع.

وأما مع الجهل بالاشتمال فوقع الكلام بينهم في الصحة والفساد والحق انه صحيح لعدم ما يوجب الغرر والجزاف.

وان شئت قلت تارة يبيع البايع قفيزين من الصبرة مع الشك في الاشتمال بمعنى انه يقع البيع في مقابل العين الخارجية على الاطلاق واخرى يبيع كل قفيز بدينار مثلاً ونصف القفيز بنصف دينار وهكذا اما على الاول فربما يكون غررياً وخطرياً واما على الثاني فلا غرر ولا جزاف غاية ما في الباب ان يتحقق خيار تبعض الصفقة.

ولا يخفى انا لا ندّعي ان الخيار يرفع الغرر كي يقال الخيار انما يترتب على العقد الصحيح فلو توقف صحة العقد على الخيار

لزم الدور بل ندعي ان العقد بالنحو الذي ذكرنا لايكون غررياً.

وحيث انجر الكلام الى هنا ننبه بنكتة وهي ان الخيار على قسمين فان الخيار تارة خيار عقلائي امضاه الشرع واخرى يكون الخيار خياراً شرعياً وبحكم الشارع. اما اذا كان بحكم الشارع فلا يمكن ان يكون رافعاً للغرر لاشكال الدور الذي ذكرناه واما ان كان عقلائياً فيمكن ان يقال ان البيع الخياري العقلائي لا غرر فيه وحيث انه لاغرر فيه يكون صحيحاً شرعاً بلا اشكال فلاحظ واغتنم.

«قوله قدس سره : ان الغرر ان ثبت حال البيع لم ينفع تبين الاشتمال» الخ

فان الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه وبعبارة واضحة اذا لم يكن البيع عند حدوثه غررياً فلا وجه لتعين فساده وان كان غررياً فلا مقتضي لصحته من اول الامر اللهم الا ان يكون المراد ان المبيع اذا كان مجهول الوجود يمكن ايقاع العقد عليه على نحو التعليق فان التعليق على الوجود لا يفسد العقد لانه تعليق على ما يتوقف صحة العقد عليه مثلاً لو قال زيد بعتك هذا الكتاب ان كان مملوكاً لي لا يبطل البيع بالتعليق اذ يتوقف صحة البيع على كون المبيع مملوكاً للمالك.

«قوله قدس سره : وفيه نظر»

الظاهر ان وجه النظر الجهل بالمقدار وقد ذكرنا انه لا دليل على كون مجرد الجهل بالمقدار موجباً للفساد بعد فرض عدم الغرر والجزاف فالحق هي الصحة في الصورة المفروضة وعليه يكون القسم الرابع يصح بيعه لتمامية المقتضي وعدم المانع فلاحظ.

«قوله قدس سره : اذاشاهد عيناً في زمان سابق على العقد عليها» الخ .

تارة يكون بقاء الصفات معلوماً أو موثوقاً به واخرى تغير تلك الصفات معلوم أو موثوق به وثالثة يشك في بقائها وعدمه اما الصورة الاولى فلا اشكال في جواز البيع لوجود المقتضي وعدم المانع.

وأما الصورة الثانية فلا يجوز البيع لاجل الغرر على ما هو المقرر عندهم واما الصورة الثالثة وهي صورة الشك فهل يجوز جريان استصحاب بقاء العين على تلك الصفات المشاهدة سابقاً ام لا؟

ربما يقال كما في كلام الشيخ قدس سره بان الاستصحاب يجري بتقريب انه قد ثبت في الاصول قيام الاستصحاب مقام القطع الطريقي المحض والقطع المأخوذ في الموضوع على نحو الطريقية وعليه لا مانع عن جريانه لان العلم بالواقع في المقام مأخوذ بالنسبة الى جواز البيع على نحو الطريقية.

ويرد عليه ان التقريب المذكور وان كان تاماً لكن يشكل جريان الاستصحاب من ناحية اخرى وهي أن المانع على مسلك القوم لزوم الغرر والخطر ولا يترتب عدم الغرر على الاستصحاب الا على التقريب الاثباتي الذي لا نقول به وعليه يشكل جريانه.

وبعبارة واضحة تارة نقول الموضوع لفساد البيع الشك في بقاء الصفة واخرى نقول بان الموضوع للفساد كون العقد غررياً اما على التقدير الاول فيجرى الاستصحاب اذ الاستصحاب يقوم مقام القطع الطريقي والمأخوذ في الموضوع على نحو الطريقية.

وأما على التقدير الثاني فلا يجرى اذ لا يترتب على جريانه ارتفاع الخطر والغرر تكويناً الا على القول بالاثبات.

وببيان اوضح نقول اذا كان الموضوع للصحة إحراز كون العين واجدة للصفة الكذائية يجري الاستصحاب بلا إشكال واما اذا كان المانع عن الصحة كون العقد خطرياً فلا يجري ولا اشكال في إن مجرد طريق تعبدي الى كون العين واجدة للصفة لايرفع الغرر فان الغرر عبارة عن الخطر وهو وجداني.

«قوله قدس سره : فان بلغت قوة الظن»

الظاهر انه يصير التغير مورد الاطمينان فيكون كالقسم الاول في عدم جواز بيعه

«قوله قدس سره : والا جاز مع ذكر تلك الصفات» إلخ

لا ادري ما المراد من الجملة المذكورة فان الاصل اذا كان جارياً في حد نفسه كما هو كذلك على مسلكه فلا تكون الامارة على الخلاف مانعة عن جريانه إذ غاية ما في الباب أن يحصل الظن بخلاف الحالة السابقة وقد قرر في محله جريان الاستصحاب ولو مع الظن بخلاف الحالة السابقة.

«قوله قدس سره : لانه لا ينقص عن الغائب الموصوف» الخ

اي يجوز بيع الغائب الموصوف بالوصف المذكور والامر كما افاده لان البيع مع ذكر الوصف تارة يكون بعنوان الاشارة الى ذلك الفرد بلا دخل للصفة واخرى بعنوان التعليق على تلك الصفة وثالثة بعنوان البناء على الوصف والالتزام بالخيار عند التخلف.

أما الصورة الاولى فباطلة لفرض الغرر على ماهو المقرر عندهم واما الصورة الثانية فايضاً باطلة لبطلان العقد التعليقي واما

الصورة الثالثة فلا وجه لبطلانها بل مقتضى القاعدة الصحة لايقال تصحيح العقد بالخيار دوري.

قلت: قد مرّ الاشكال المذكور مع جوابه وقلنا الخيار على قسمين عقلائي وشرعي ورفع الغرر بالخيار العقلائي والحكم عليه بالصحة شرعاً لايكون دورياً.

ان قلت: الشرط مادام لم يذكر في متن العقد لا اثر له فلا وجه للصحة والبناء على بقاء تلك الصفات لا اثر له.

قلت قد يكون المقدر كالمذكور في المحاورات العرفية العقلائية وبعبارة اخرى الشرط قد لا يكون مقوماً للعقد كالشروط الخارجية كما لو اشترط خياطة ثوب وامثالها واخرى يكون مقوماً لصحة العقد كما فيما نحن فيه.

أما القسم الاول فلابد من ذكره اذ بدونه يصح العقد ولا يكون مقوماً له واما القسم الثاني فلا يحتاج الى ذكره فان بناء العقد عليه وبدونه لايكون العقد صحيحاً فيكون في قوة الذكر ان قلت اذا تخلف الوصف المبني عليه العقد فاما يكون عدم نقضه وفاءً بالعقد واما لا يكون اما على الاول فلاخيار واما على الثاني فيكون العقد باطلاً لانتفاء المشروط بانتفاء شرطه. قلت لا يكون الثمن واقعاً في مقابل الوصف كي يكون تخلف الوصف موجباً للبطلان بل الثمن واقع في مقابل العين والوفاء معلق على الوصف والخيار معلق على تخلفه فالعقد صحيح مع ثبوت الخيار.

«قوله قدس سره : لقاعدة الضرر» الخ

الصحيح الاستدلال على الخيار بتخلف الشرط واما الاستدلال

بقاعدة لاضرر على الخيار فليس تاماً اذ الضرر يتحقق بنفس العقد والخيار لايوجب نفي الضرربل اعمال الخيار جبران للضرر الوارد بالعقد ودليل لا ضرر غير متكفل للجبران.

وإن شئت قلت مفاده النفي لا الاثبات فلا مجال للاستدلال على الخيار بالقاعدة مضافاً الى ان قاعدة لاضرر على مسلكنا تدل على النهي لا النفي كما هو المشهور بين القوم.

وحيث انجر الكلام الى هنا ننبه بنكتة وهي ان قاعدة لاضرر على مسلكنا نهي عن الاضرار لانفي للضرر فلا يتوجه علينا اشكال واما على مسلك القوم من ان مفادها نفى الحكم الضرري في الشريعة فيلزم عليهم الالتزام بجملة من اللوازم التي لا يلتزمون بها.

منها: ان البيع اذا كان ضررياً لاحد المتعاقدين يلزم القول ببطلان العقد للضرر وهل يلتزمون به ومنها: انه لو وقعت قطرة بولفيحوض مملو منالزيت المايع يلزم انتقول بعدمانفعاله اذ لو تنجس يتضرر مالكه.

ومنها: انه لو فرض ان امرئة تزوجت جاهلة مع رجل شارب الخمر قطاع الطريق متجاهر بانواع الفسق والفجور بحيث يكون الازدواج معه ضرراً بالنسبة الى الزوجة يلزم ان نقول بفساد الازدواج المذكور وهكذا وهل يمكن الالتزام بهذه اللوازم واما نحن فلا ترد علينا هذه النقوض والايرادات.

ان قلت: في قاعدة لا ضرر فرق بين مسلك المشهور والمسلك الاخر واما في قاعدة لا حرج فلا اختلاف في مفادها وهل تسلمتلك القاعدة من الايرادات المذكورة.

قلت: نعم لا مجال لهذه الايرادات في مفاد تلك القاعدة فانمفاد

قاعدة لا حرج رفع التكاليف الحرجية فكل تكليف حرجى يرتفع عن المكلف بالحرج ولا تشمل القاعدة الاحكام الوضعية ففرق بين القاعدتين.

وبعبارة واضحة: المستفاد من قاعدة لا حرج رفع كل حكم تكليفى حرجى فاذا كان حكم الشارع بمشروعية الازدواج الموقت حرجياً بالنسبة الى شخص لا يستفاد من القاعدة رفع الحكم المذكور وهكذا وتفصيل الكلام موكول الى مجال آخر.

«قوله قدس سره : تقديم قول المشترى» الخ

وقع الخلاف بين القوم في انه لو اختلف البايع والمشتري في تغير العين عن صفتها وعدمه بان ادعى المشتري التغير وانكره البايع، ان قول ايهما يقدم وقد ذكرت وجوه لتقديم قول المشتري.

الوجه الاول: ان المشتري هو الذي ينتزع عن يده الثمن ولاوجه للانتزاع الا مع اعترافه ومع عدم اعترافه تكون يده امارة كون ما في يده مملوكاً له فلابد من قيام بينة على الخلاف.

ويرد عليه ان المشتري معترف بتحقق العقد وصيرورة العين مملوكة للبايع وان الثمن له غاية الامر يدعي الخيار والاصل عدمه فان الخيار مسبب عن تغير العين والاصل عدم التغير بل ليس للمشتري حبس الثمن حتى مع الخيار اذ المفروض ان الثمن مملوك للبايع ولا وجه لحبس مال الغير.

«قوله قدس سره : ولان البايع يدعى علمه بالمبيع» الخ

هذا هو الوجه الثاني الذى ذكر في وجه تقديم قول المشتري فان البايع يدعى ان المشتري كان عالماً بكون العين موصوفة بهذا

الوصف الموجود، فلا خيار له والاصل عدم علم المشتري به.

وأورد الشيخ اولاً بان الاصل المذكور معارض باصالة عدم علمه بوصف آخر كي يثبت له الخيار عند التخلف.

وثانياً: بان الشك في كون تعلق علم المشتري بالوصف الموجود أو بغيره مسبب عن تغير وصف العين والاصل عدم تغيره فلا خيار له وفي كلا الجوابين اشكال.

أما جوابه الاول فيرد عليه ان عدم علمه بالوصف الاخر لايترتب عليه عدم الخيار فان الخيار مترتب على الاشتراط وعدمه مترتب على عدم التخلف وترتب عدم تخلف الوصف على الاصل المذكور عقلي لاشرعي فالاصل المذكور مثبت فلا اعتبار به. واما جوابه الثاني فيرد عليه ان تقدم الاصل السببي على الاصل المسببي متوقف على كون التسبب شرعياً والا فلا اثر له وترتب عدم تعلق علم المشتري بغير الوصف الموجود على عدم التغير لا يكون شرعياً بل عقلياً.

فالحق في الجواب عن الوجه الثاني أن يقال ان المشتري يدعى ان له الخيار والاصل عدمه فان الخيار امر حادث وقد شك فيه والاصل عدم حدوثه.

«قوله قدس سره : ولان الاصل عدم وصول حقه اليه» الخ

هذا هو الوجه الثالث الذي ذكر في مقام الاستدلال على ان القول قول المشتري ويرد عليه: انه ما المراد من الحق فان العين صارت مملوكة له بالعقد والمفروض وصولها بيده واما الخيار فمشكوك والاصل عدمه.

«قوله قدس سره : أو انها مأخوذة فى نفس المعقود عليه بحيث يكون المعقود عليه هو الشيء المقيد» الخ

المبنى فاسد فانه يستلزم التعليق الذي يبطل العقد نعم العناوين الذاتية التي تكون صور نوعية للاعيان وان كانت كذلك بحسب نظر العرف تكون معلقاً عليها واذا تبين الخلاف يكون العقد فاسداً ولذا لو باع جسماً بعنوان كونه عبداً حبشياً فبان انه حمار وحشي يكون البيع باطلاً.

وأما العناوين العرضية والاوصاف الطارية فلا يجوز تعليق العقد عليها بل غايته ثبوت الخيار عند تخلفها.

وبعبارة واضحة ان البيع امايقع على الكلي وأما يقع على الجزئي الخارجي كما هو ظاهر عنوان الفرع اما على الاول فيكون تقييد المبيع بالوصف الفلاني قابلاً فاذا ادعى المشتري ان المبيع الحنطة العراقية وقال البايع بل كان حنطة شامية يكون النزاع داخلاً تحت عنوان التداعي اذكل من القولين خلاف الاصل وأما اذا قال المشتري كان حنطة عراقية وانكر البايع وقال لم يكن مقيداً بقيد بل كان مطلقاً فربما يقال ان النزاع داخل في التداعي إذ كما ان التقييد يحتاج الى اللحاظ كذلك الاطلاق يحتاج إليه غاية الامر الملحوظ في التقييد لحاظ الموضوع مقيداً وفي الاطلاق يكون الموضوع ملحوظا مطلقاً.

ولكن الحق ان النزاع داخل في عنوان المدعي والمنكر اذ الاطلاق وان كان عبارة في مقام الثبوت عن رفض القيد فيكون تقابله مع التقييد تقابل الضدين لكن تقابلها في مقام الاثبات تقابل العدم والملكة فان المولى لو كان في مقام البيان ولم يذكر قرينة على

التقييد يستفاد من كلامه الاطلاق فالنزاع يرجع الى دعوى ذكر القيد في مقام الاثبات وانكاره هذا تمام الكلام فيما يكون المبيع كلياً.

وأما اذا كان شخصياً فلا مجال للتعليق ولا للتقييد اذ التعليق مبطل للعقد والتقييد محال في الجزئي الخارجي بل الامر منحصر في اشتراط الخيار عند تخلف الوصف والاصل عدم جعله وعدم تحققه اي مقتضى الاصل الموضوعي والحكمي عدم الخيار.

ولا يخفى ان الخيار انما ينشأ من الاشتراط الضمني بتقريب ان البيع اذا وقع على عين بشرط الوصف الفلاني كما لو باع عبداً بشرط الكتابة معناه ان المشتري يشترط على البايع الخيار في صورة التخلف وظاهر ان جعل الخيار امر جايز في الشريعة والسيرة جارية عليه وتفصيل الكلام في باب الخيار والشرط فانتظر.

«قوله قدس سره : لكنه ليس شيئاً مستقلاً» الخ

بل الحق انه شيء مستقل اذ كما مر قريباً لا يعقل تقييد الجزئي الخارجي فمرجع الاشتراط والتقييد في الجزئي الخارجي الى اشتراط الخيار بان يجعل الشارط لنفسه الخيار عند التخلف والاصل عدمه فالقول قول البايع.

«قوله قدس سره : فحينئذ يرجع النزاع الى وقوع العقد على ما ينطبق على الشيء الموجود» الخ

لامجال لهذا البيان لان وقوع العقد على العين الخارجية مفروض الوجود ولا ريب فيه انما الكلام في ثبوت الخيار وعدمه مضافاً الى ان التقييد في الجزئي الخارجي غير معقول والكلام في بيع عين شخصية لا في بيع الكلي.

«قوله قدس سره : ودعوى معارضته بـاصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة» الخ

بعد بيان تقريب كون الاصل مع المشتري يقول لايعارض الاصل المذكور عدم جريان اصالة عدم وقوع العقد على المقيد اذ اثبات الاطلاق باصالة عـدم التقييد يتـوقف على القـول بالمثبت الذي لا نقول به.

«قوله قدس سره : ليثبت الجواز» الخ

الظاهر ان مراده من الجـواز الذي تكـرر ذكـره مضي العقـد وتماميته لا الجواز في مقابل اللزوم اذ الاصل المفيـد للبايع اصالة اللزوم بحيث لا يمكن للمشتري الفسخ فلاحظ.

«قوله قدس سره : وبما ذكـرنا ظهـر فساد التمسك بـاصالة اللزوم» الخ

فان مقتضى قوله تعالى «اوفوا بالعقود» لزوم كل عقد الا ماجعل فيه الخيار وحيث ان الخيار ثابت على ما رامه لا تصل النوبة الى اصالة اللزوم. وفيه انه قد ظهر مما ذكرنا ان مقتضى الاصل عدم الخيار وعدم الاشتراط فالمرجع اصالة اللزوم المستفادة من دليل وجوب الوفاء.

ولا يخفى ان دليل اللزوم منحصر بقـوله تعالى «اوفوا بالعقود» ولا يستفاد اللزوم من غيره وتحقيق الكلام من هـذه الجهة موكول الى مجال آخر.

«قوله قدس سره : فانا نقول الاصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود» الخ

قد ظهر مما تقدم انه لا مجال لهذا الاصل اذ المفروض ان المبيع جزئي لا كلي ومن ناحية اخرى قلنا ان التعليق يوجب بطلان العقد ومن ناحية ثالثة ذكرنا ان الجزئي الخارجي غير قابل للتقييد فلا اشكال في تعلق العقد بهذا الموجود وانما الشك في جعل الخيار على فرض فقدان المبيع للوصف الفلاني والاصل عدمه فالاصل موافق مع البايع المنكر للخيار فلاحظ.

«قوله قدس سره : لكنه غير جار» الخ

بل جار فانه قد ثبت في الاصول جريان الاصل في الاعدام الازلية فنقول البايع قبل العقد على هذا الموجود لم يقيد أو لم يجعل الخيار في بيعه للمشتري والاصل بقائه فلا يكون خيار للمشتري كما انه بهذا التقريب يجري الاصل في عدم الكرية للماء الذي وجد في الحوض دفعة فانه يجري فيه اصل عدم الكرية.

بتقريب ان الماء الموجود دفعة في الحوض قبل وجوده لم يكن كراً والان كما كان وبعبارة واضحة نقول الاصل عدم كون الماء الموجود كراً فانه قبل أن يوجد لم يكن كراً والاصل بقائه على العدم المذكور.

«قوله قدس سره : فالاصل عدم دفع العوض» الخ

لامجال لهذا الاصل كما تقدم منا اذ لا اشكال في ان مملوك المشتري وصل اليه انما الشك في شرط الخيار والاصل عدمه فالقول قول البايع.

«قوله قدس سره : هو عدم كون العين الخارجية منطبقة على ما وقع العقد عليه» الخ

هذا مجرد فرض وخيال ولا يتصور في المقام اذ المفروض انه لا خلاف ولا نزاع في ان العقد وقع على العين الخارجية الواصلة الى يد المشتري وانما النزاع في الاشتراط وعدمه.

«قوله قدس سره : فمقتضى ما ذكرنا فى طرف المشترى تقديم قول البايع» الخ

بل الحق انه في هذه الصورة ينعكس الامر ويكون القول قول المشتري اذ لا اشكال في وقوع العقد على العين الخارجية والاصل عدم الخيار للبايع.

«قوله قدس سره : تعارض كل من اصالة عدم تقدم البيع والتغير» الخ

الظاهر انه لايترتب على الاصلين المذكورين اثر الا على القول بالاثبات الذي لانقول به فان الخيار مترتب على تخلف الوصف لاعلى تأخر البيع عن التغير وكذلك عدم الخيار لا يترتب على تقدم البيع على التغيّر وبعبارة اخرى النزاع في وجود الخيار وعدمه أو في سبب الخيار وعدمه والقول قول منكره فهذا الفرع عين الفرع الاول من حيث النتيجة.

ولقائل ان يقول ان الخيار يترتب على تغيّر المبيع بالنسبة الى ماقبل البيع اذ الخيار المبحوث عنه في المقام خيار تخلف الوصف مثلاً لو كان المبيع سميناً يترتب الخيار على تبدل سمنه بهزاله فاستصحاب بقائه على سمنه وعدم طرو الهزال عليه موضوع للزوم العقد فهذا الاصل يجري ولا يعارضه استصحاب عدم تحقق البيع

الى زمان الهزال فان الاصل المذكور لا يثبت وقوع العقد على المهزول وفي زمان الهزال الاعلى القول بالاثبات.

«قوله قدس‌سره: ومقتضى الاصل فى المقامين عدم اللزوم»إلخ

بل مقتضاه في كلا المقامين اللزوم فان الخيار خلاف الاصل فالقول قول منكره وقد تقدم ان‌اصالة عدم وصول الحق الى‌المشتري لا مجال لها اذ لا اشكال في وقوع العقد على العين ومن ناحية‌اخرى المفروض وصول العين الى يد المشتري وقس عليه حال البايع اذا كان مدعياً للخيار على المشتري فان‌كل من يدعي الخيار لابد له من إقامة الدليل عليه.

«قوله قدس سره : وقد يتوهم جريان اصالة صحة البيع هنا» إلخ

تارة نتمسك بالاستصحاب في الحكم بالصحة اى استصحاب بقاء العين الى زمان البيع واخرى نتمسك باصالة الصحة كما تعرض لها الماتن قدس سره اما استصحاب بقاء العين الى زمان البيع فهو معارض باستصحاب عدم تحقق البيع الى زمان التلف.

واما اصالة الصحة فالظاهر عدم جريانها فان مدركها منحصر في السيرة وحيث انها دليل لبّي لا اطلاق فيه فلابد من احراز كون البايع له ان يبيع ومع الشك في وجود المبيع نشك في هذه الشأنية فلا تجري اصالة الصحة فتصل النوبة الى استصحاب بقاء المثمن في ملك المشتري.

«قوله قدس سره : حيث تمسك باصالة صحة الرجوع» إلخ

الظاهر انه لامجال للاصل‌المذكور اذ الرجوع‌بعد البيع لغو وانما تجري اصالة الصحة‌فيما يمكن للشخص ايقاع الامر الفلاني ويشك

في صحته وفساده واما مع الشك في اصل الامكان فلا مجال لهما لعدم الدليل عليه.

«قوله قدس سره: اذا باع بلا ثمن» الخ

الظاهر انه لايتصورالبيع بلا ثمن بلا فرق بين الشرع والعرف فلاحظ.

«قولهقدس‌سره: مسئلة لابد من اختبار الطعم واللون والرائحة» الخ

لو قلنا بان الغرر لا يفسد البيع لا يكون مجال لهذا البحث اذ غاية ما في الباب لزوم الغرر بدون الاختبار والمفروض عدم‌كون الغرر موجباً للفساد واما على القول بالاشتراط فتارة لادخل‌للصفة في زيادة قيمة العين واخرى لها دخل فيها.

اما على الاول فلا يضر الجهل بوجود الصفة اذ المفروض انه لا دخل لها واما على الثاني‌فيكفي‌لرفع الغرر والخطر توصيف‌العين بوصف كذائي وبناء البيع عليه واشتراط الخيار عند التخلف فانه يرتفع الخطر واشكال الدور قد اجبنا عنه سابقاً فراجع.

ولكن هذا التقريب انما يتم فيما يكون للوصف انضباط قابل للبيان واما ما لا انضباط فيه كالعطور وامثالها فانه لا انضباط لكيفية الرائحة فلابد من الاختبار.

ولكن في المقام شبهة وهو انه ما المانع عن الصحة لو بيع مع اشتراط الخيار اذا انكشف عدم كون العين على الوصف الفلانى‌اذ المانع المتصور هو الغرر وهو يرتفع بالخيار فالظاهر عدم وجه للمنع وصفوة القول ان الخيار يرفع الغرر والخطر.

«قوله قدس سره : بناء على اصالة الصحة»

الظاهر انه لاإساس للاصل المذكور الا الاستصحاب وعدم كون المبيع معيباً على نحو استصحاب العدم الازلي بان نقول هذه العين قبل وجودها لم تكن معيوبة والان كما كانت واما استصحاب السلامة فلا مجال لجريانه الا فيما كانت العين بعد وجودها سالمة وصحيحة فيجري استصحاب الصحة فيها.

وكيف كان لا اثر للاستصحاب اذ قد مرمنا ان استصحاب الصحة أو عدم العيب أو غيرهما لا يرفع الغرر فلا مصحح للبيع مع الشك في الصحة إلا اشتراط الخيار عند انكشاف كون العين معيبة.

فالنتيجة انه لا دليل على وجوب الاختبار واما حديث محمد بن العيص قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ما يذاق يذوقه قبل ان يشتري؟ قال: نعم فليذقه ولا يذوقن ما لا يشتري[1].

فلا يكون في مقام بيان هذه الجهة بل في مقام بيان جواز الذوق تكليفاً عند ارادة الاشتراء وعدم جوازه عند عدمه مضافاً الى عدم اعتبار سنده.

واما حديث عبد الاعلى بن اعين قال نبئت عن أبي جعفر عليه السلام انه كره شراء ما لم تره[2]. فلااعتبار بسنده مضافاً الى الخدش في دلالته فلاحظ.

فانقدح بما تقدم إن المبيع اعم من ان يكون غائباً أو حاضراً ويمكن مشاهدته يجوز ان يباع بالمشاهدة وبالوصف بل ولو مع عدم

---

(١) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب عقد البيع وشروط الحديث١.

(٢) نفس المصدر الحديث٢.

الوصف وعدم ذكره في زمان البيع ولكن القرينة قائمة على ان المشتري في مقام اشتراء العبد الكاتب مثلاً فان اشتراط الخيار الارتكازي يكفي للصحة ورفع الغرر.

«قوله قدس سره: كان البيع باطلاً والمتبايعان فيها بالخيار» الخ

يرد عليه اولاً: انه لا وجه للبطلان بل البيع صحيح غاية الامر عند انكشاف الواقع وكون المبيع على ما اشترط فيه ولو ارتكازاً يقتضي الخيار وثانياً ان ما افاده جمع بين المتنافين فان البيع اذا كان فاسداً كيف يتصور فيه الخيار.

«قوله قدس سره: الا بشرط الصحة والبرائة من العيب»

الظاهر ان العطف تفسيري اى البايع يبرء العين من العيب لا انه يبرء نفسه عن الالتزام بكونها سليمة عن العيب فان البرائة بهذا المعنى لا يكون شرطاً للصحة ولا تكون رافعة للغرر ان لم تكن مؤكدة له واذا فرض البرائة بمعنى عدم الالتزام وعدم اشتراط الخيار وجعل البيع لازماً فهل يكون البيع صحيحاً ام لا؟

لابد من التفصيل بان نقول: تارة لا يكون في الاقدام في مثل العقد المذكور غرر بان يعلم المشتري انه يصل اليه ما يقابل بما يدفعه فاذا كان كذلك يكون العقد جايزاً اذ لا يكون العقد غررياً ولا جزافاً واخرى يكون العقد غررياً فيكون باطلاً على ما قرر عندهم من كون الغرر يوجب الفساد.

«قوله قدس سره: سواء شرط احدهما أو خلى عنهما أو شرط العيب» الخ

قد ظهر مما ذكرنا ان العطف تفسيري كما هو مقتضى العطف

بالواو وأما اشتراط العيب فالظاهر جعل عنوان المبيع معيباً والظاهر صحة العقد في هذه الصورة اذ لا غرر والظاهر انه يثبت الخيار للبايع عند انكشاف كون المبيع سالماً عن العيب.

«قوله قدس سره : الا فيما اذا كان الشك في طرو المفسد» الخ

قد تقدم منا ان الاستصحاب لا اثر له ولا يرفع الغرر بلا فرق بين احراز السلامة سابقاً ويكون الشك في عروض الفساد وان يكون الشك في سلامته فانا قلنا ان الاستصحاب يجري ومقتضاه عدم كون العين معيبة لكن بالاستصحاب لا يرتفع الخطر فيكون البيع باطلا.

«قوله قدس سره : مسئلة يجوز إبتياع ما يفسده الاختبار بدون الاختبار» الخ

في هذه المسئلة فروع: الفرع الاول: ان الماتن أفاد ان ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بلا اختبار اجماعاً وهذا الاجماع هل يمكن الاستناد اليه مع احتمال كونه مدركياً والذي يهون الخطب ان جواز البيع مع التوصيف جايز لارتفاع الخطر لاجل الخيار المشترط فيه صريحاً أو ضمنياً فلا إشكال.

الفرع الثاني: انه افاد الماتن بانه يكفي الاعتماد على اصالة السلامة. وفيه انه قد تقدم منه ومنا ان اصالة السلامة لا دليل عليها وقلنا ان استصحاب عدم العيب أو استصحاب السلامة لا يفيد في ارتفاع الغرر الاعلى القول بالاثبات.

الفرع الثالث: انه لو تبين كون المبيع فاسداً قبل التصرف فيه بالكسر ونحوه وبعبارة اخرى قبل الاختبار ان كان لفاسده قيمة دون قيمة الصحيح تخير المشتري بين الابقاء واخذ الارش وبين

الرد على ما قرر في باب خيار العيب من الاختيار بين الامرين.

الفرع الرابع: ان الفساد إن كان الى مرتبة لا يعد المعيب من مصاديق المبيع فافاد الشيخ قدس سره بانه يحتمل فساد البيع.

اقول اذا كان كذلك لابد من الالتزام بالبطلان فان البيع معلق على الصورة النوعية الكذائية وبعد انكشاف الخلاف ينكشف بطلان البيع ولذا قلنا انه لو باع جسماً بعنوان غلام حبشي فانكشف انه حمار وحشي يكون البيع باطلاً.

الفرع الخامس: انه لو لم يكن لفاسده مالية وقيمة فافاد الماتن ان البيع فاسد لانه وقع على ما لا مالية له.

وفيه انا قد ذكرنا في محله انه لا دليل على اعتبار المالية في المبيع فلا وجه للبطلان فمقتضى القاعدة جواز الرد واما الارش فلا لانتفاء موضوعه.

الفرع السادس: انه لو كان إنكشاف العيب بالاختبار وكانت لفاسده مالية وقيمة يجوز للمشتري أن يأخذ الارش واما الرد فلا يجوز اذ قد فرض انه تصرف في العين واحدث فيها حدثاً وتفصيل الكلام من هذه الجهة موكول الى بحث خيار العيب.

وهل يفرق بين التصرف بمقدار الاستعلام فقط وبين الزائد عن هذا المقدار؟ ربما يقال كما عن المبسوط بعدم سقوط الرد بالاول وسقوطه بالثاني.

ولكن الظاهر انه لا وجه لهذا التفصيل فان مقتضى اطلاق دليل سقوط خيار الرد بالتصرف عدم الفرق الا أن يشترط المشتري على البايع خيار الرد حتى بعد التصرف فان الشرط المذكور جايز.

الفرع السابع: ان الارش الذي يؤخذ من البايع مابه التفاوت بين الصحيح والمعيب غير المكسور لان الكسر نقص حصل بفعل المشتري ومنه يظهر ثبوت الارش حتى فيما لا يكون لمكسوره قيمة اذ الميزان بما قبل الكسر.

الفرع الثامن: إنه لو لم يكن لفاسد المبيع مالية ففيه قولان احدهما فساد البيع من الاول ذهب اليه جماعة من الاعلام ثانيهما انفساخ البيع من حين الانكشاف ذهب اليه الشهيد في الدروس.

والظاهر ان ما أفاده الشهيد غير تام اذ اشتراط المالية على فرض القول به واقعي لا ذكري بل الحق هو القول الثالث وهو صحة البيع إذ قلنا لا دليل على الاشتراط المذكور.

الفرع التاسع انه لو لم يكن للمعيب قيمة فأفاد الماتن إنه لا ارش ولا رد أما الأرش فلعدم موضوعه وأما الرد فلانه تلف بعد القبض فلا مجال للرد.

وأورد عليه الايرواني قدس سره بأن الخيار مقتضى الاشتراط صريحاً أو ارتكازاً ويرد عليه ان المستفاد من النص الخاص ان الرد يسقط بالتصرف في العين نعم يمكن رده بعد التصرف ايضاً فيما يشترط الخيار حتى بعد التصرف فيجوز في الفرض فلاحظ.

الفرع العاشر: انه هل يمكن ان يقال ان العين لو كانت لها قيمة وسقطت عن المالية بالاختبار انها كانت ذا مالية الى زمان تبين الفساد فاذا سقط عن المالية لامر سابق على العقد وهو فساده واقعاً كان في ضمان البايع وحيث ان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه نلتزم بانفساخ العقد؟ الظاهر إنه لا وجه له اذ المفروض ان سقوطها عن المالية بالكلية بفعل المشتري ولا دليل على كون حدوث

سبب التلف في يد البايع موجباً لكون الضمان عليه.

مضافاً الى أن دليل قاعدة التلف قبل القبض عليل فلا وجه للانفساخ بل العقد على حاله وليس للمشتري الرد حيث تصرف في العين فاذا فرض مالية للعين قبل التصرف اقل من قيمة العين الصحيحة يكون له اخذ الارش والا فلا.

ولا وجه لما أفاده الماتن من انه على البايع أن يدفع تمام الثمن اذ بعد عدم الالتزام بالفسخ لا وجه لما أفاده بل الامر منحصر بالارش.

لكن في المقام نكتة وهي ان مثل هذه العين الفاسدة التي تسقط عن المالية بتمام معنى الكلمة بواسطة الاختبار هل يعد مالاً؟ وهل تكون له قيمة؟

الظاهر انها لا تكون مالاً في الصورة المفروضة ويدل على ما ذكرنا ما أفاده الشيخ بقوله «وفيه وضوح كون ماليته عرفاً وشرعاً من حيث الظاهر» وأما اذا انكشف الفساد حكم بعدم المالية من أول الامر فعلى هذا يكون البيع باطلاً من اصله على مسلك من يرى صحة البيع متوقفة على كون العين ذا مالية كما هو كذلك على مذهب الشيخ.

وأما على مسلك من يرى صحة البيع ولو مع عدم مالية المبيع كما نرى ان الامر كذلك فلا وجه للبطلان ولذا لا نلتزم بالفساد حتى لو قلنا بانكشاف كون المبيع ساقطا عن المالية عند البيع خلافاً للشيخ حيث التزم بالفساد في الصورة المفروضة.

ثم ان الماتن افاد بان العلم بالعيب يوجب سقوط المعيب عن

المالية والمفروض ان العلم بالعيب تحقق بعد قبض المشتري العين وبعبارة اخرى لا يكون العلم كاشفاً بل له موضوعية في تحقق العيب فليس هذا عيباً مجهولاً ولو سلم فهو عيب حادث في يد المشتري كالعمى الحادث بعد القبض مستنداً الى الرمد السابق والمريض يموت فان الموت حادث في يد المشتري مع استناده الى المرض السابق.

ثم قال ان فوات المالية يعد تلفاً لا عيباً فلا موضوع للانفساخ ولا للرد ولا للارش.

وما افاده يرتكز على عدة امور. الامر الاول: العلم بالعيب موضوع وبنفسه له موضوعية ولا يكون كاشفاً.

وليس على ما أفاده دليل فان العلم كاشف عن العيب لا انه بنفسه عيب وبعبارة اخرى لا يسقط العين عن المالية بالعلم.

الامر الثاني: انه عيب حادث في يد المشتري كالعمى الناشي عن الرمد وما أفاده تام والامر كذلك.

الامر الثالث: ان فوات المنفعة يوجب صدق التالف على العين. وفيه: انه نفرض انه يصدق التالف على العين كما يتصور هذا المعنى في الشاي فانه بعد الطبخ وزوال لونه وطعمه يعد تالفاً.

وفي هذه الصورة قد يكون بحيث لا يصدق عليه عنوان المبيع كما هو كذلك في الشاي بعد الطبخ فان الظاهر عدم عنوان الشاى عليه بل يصدق عليه عنوان آخر فيكون البيع باطلاً لقوامه بالصورة النوعية، وأما ان لم يكن كذلك فلا وجه لبطلان البيع.

الفرع الحادى عشر: ان الاثر بين القول بالبطلان من اول الامر وبين الانفساخ من زمان الانكشاف يظهر في الثمن فان تصرف البايع فيه على الاول باطل وفضولي.

واما على القول الثاني فيكون صحيحاً اذ صدر من اهله ووقع في محله وايضاً يظهر في المبيع بالنسبةالى مؤنة نقلـه من مكان البيع الى مكان الاختبار فانه على القول الثاني يكون على المشتري لانـه ملكه فعليه مؤنة نقله.

وأما على القول الاول فربما يقال بأنه ان كان مغروراً من قبـل البايع يكون على البايع فان المغرور يرجع الى من غره واذا لم يكن مغروراً يكون عليه لعدم المقتضي لجعله على البايع.

وربما يقال انه لايصدقالغرور لان البايـع كالمشتري ويشترط في الغار كونه عالماً وان البايع جاهل كالمشتري.

ويرد عليه اولاً انه يمكن أن يكون عالماً بواسطة سبب مادي أو غير مادي.

وثانياً: ان التغرير لايختص بالعالم بل يمكن صدوره عن الجاهل.

الفرع الثاني عشر: وقع الكلام بينهم في ان مؤنة النقل من مكان الاختبار في صورة لزوم التفريغ كما لو وضعه في المسجد مثلاً أو في ملك الغير وطالب المالك التفريغ، على البايع أو المشتري.

أفـاد المامن إنـه لو كـانت العيـن المفروض عـدم المالية لها مملوكة تكون المؤنة على البايع اذ المفروض انفساخ العقد بعـد انكشاف الواقع ويجب على المالك تفـريغ ملك الغير عن مملوكـه واما لولم تكن قابلة لكونها مملوكة فلا يبعد ان تكون مؤنـة النقل على المشترى وفي رجوعه على المالك ما تقدم.

اقول فيما افاد مواردللنظر. المورد الاول: ان العين يتصورفيها ان تسقط عن المالية واما السقوط عن الملكية فلا يتصور فيهافانه لو دخل شيء في ملك الغير يكون باقياً في ملكه الى ان ينعدم الا مع

المخرج الخارجي فانه لا يشترط في المملوكية شيء وعليه لا وجه للتقسيم الذي ذكره.

المورد الثاني: انه لا وجه لانفساخ العقد ودخول العين في ملك البايع بل العين باقية في ملك المشتري اذ قلنا ان بيع ما لا مالية له جايز فلا مجال لما افيد.

المورد الثالث: انه لو لم تكن مملوكة فلا وجه لالزام المشتري بالاخراج ولا دليل عليه بل على المتولي على المسجد ان يستأجر احداً للاخراج فانه من شئون المسجد نعم لو كان المكان ملك احد كما لو وضع العين في دار شخص فلا يبعد ان يكون المرتكز في اذهان العقلاء الزام الواضع بالاخراج وعليه فيفرق من هذه الجهة بين دار زيد والمسجد فلاحظ.

الفرع الثالث عشر: ان البايع لو تبرء عن العيب بالنسبة الى العين التي لا قيمة لها فهل يصح البيع ام لا؟ ربما يقال بالبطلان من باب انه اكل للمال بالباطل.

ويرد عليه اولاً: انا ذكرنا مراراً ان الجار في قوله تعالى في آية النهي عن الاكل بالباطل لا يكون للمقابلة بل الجار للسببية فلا وجه للبطلان من هذه الجهة.

وثانياً: انه على فرض كونه اكلاً بالباطل وفرض بطلان العقد فلا فرق بين التبري وعدمه فان ملاك البطلان مشترك.

وثالثاً: ان المراد بالتبري اذا كان عدم الالتزام بشيء كما هو ظاهر اللفظ فهذا يوجب الغرر للمشتري والمقرر عندهم كون الغرر مبطلاً للعقد فالنتيجة ان العقد مع الاشتراط المذكور يكون باطلا من حيث الغرر.

لا الفسخ ولا اخذ الارش اذ المفروض ان البايع تبرء من العيب ولم يلتزم بشيء واما لو لم يتبرء وكانت العين بلا مالية بتمام معنى الكلمة وقلنا بكون البيع صحيحاً كما قلنا فلا اشكال في ان المشتري ليس له ان يرد العين إذ المفروض انه تصرف فيها بالاختبار.

وأما الارش فهل يمكن له أن يأخذ بمقتضى دليله ام لا؟ والارش في المقام عبارة عن تمام الثمن إذ المفروض ان لا مالية للعين فربما يقال بعدم الجواز لانه يرجع الى الجمع بين العوض والمعوض.

ولكن الاشكال المذكور مدفوع بان الارش غرامة ولذا لا يجب على البايع ردّ عين الثمن ويظهر المدعى فيما لا يكون الثمن من النقود والاوراق النقدية بل كان من الاعيان كالمبيع فيرد البايع من النقود أو الاوراق فلا اشكال من هذه الجهة.

نعم يتوجه الاشكال من ناحية اخرى وهي انه لا دليل على الارش في مفروض الكلام فان الارش عبارة عمّا به التفاوت بين الصحيح والمعيب وقد فرض ان المعيب لا قيمة له فلا موضوع للارش وتنقيح المناط خارج عن اطار العبودية والتعبديات امرها بيد الشارع الاقدس وليس لنا التصرف فيها والله العالم.

«قوله قدس سره : مسئلة المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فاره» الخ

يقع الكلام في مقامين المقام الاول فيما هو مقتضى القاعدة الاولية المقام الثاني: في مقتضى الدليل الثانوى. أما المقام الاول فمقتضى دليل صحة البيع جوازه وصحته ولا اشكال في ذلك.

وأما المقام الثاني فما يتصور أن يكون مانعاً عن الصحة احد امرين احدهما نجاسته ثانيهما جهالته أما النجاسة فلا دليل على

ومع الاغماض عن هذه الجهة والالتزام بالصحة لايكون للمشتري فساد بيع النجس بما هو نجس كما حقق في محله.

وأما الجهالة فانقلنا بعدم كون الغرر موجباً للفساد فالامر ظاهر واما على تقدير كـون الغرر مفسداً للعقد فلو كـان المشتري عالماً بان ما يدفعه من الثمن يصل اليه مقابله فلا غرر كما هو ظاهر واما لو لم يعلم فمنشأ الجهالة تارة عدم العلم بالصحة والفساد واخرى الخصوصيات الموجبة لزيادة المالية وقلتها كمراتب الرائحة.

أما الاول فيتم الامر باجراء اصالة السلامة وبعبارة اخرى يرتفع الغرر بجعل الخيار كما مر.

وأما الثاني فان لم يمكن الاستعلام مادام لم يفتق فيمكـن فتقه بادخال ابرة فيه وشمّها وعلى التقدير المذكور هل يكون ضامناً ام لا؟

فنقول تارة يتحقق الاختبـار بفعل البايـع فـلا اشكال في عدم الضمان فـانه لا وجه له واخـرى يتحقـق بفعل المشتري وفي هذه الصورة تارة يكون التصرف باذن المالك بلا ضمـان واخرى يكون باذنه مع شرط الضمان وثالثة بلا اذن منه.

أما الشق الاول فلاضمان كما هو ظاهر وأما الشق الثاني فالضمان متحقق بلا إشكال.

وملخص الكلام: انـه لاوجـه للمقايسه بيـن المقـام والمأخوذ بالسوم بل اللازم لحاظ انه هل يكون وجه للضمان ام لا؟ فان كـان الفتق بفعل البايع أو باذنه في الفتق بلا شرط الضمـان فلا اشكال واما لوكان بلا اذن من البايع ففيه الضمان واما المأخوذ بالسوم فيمكن أن يكون الوجه في ضمانه انه عارية مضمونة.

«قوله قدس سره : ثم ان الظاهر من العلامة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف» الخ

تارة يشك في وجود اللؤلؤ في الصدف واخرى يشك في صحته وعيبه وثالثة في الخصوصيات التي توجب الاختلاف في القيمة فهنا صور ثلاث:

اما الصورة الاولى: فلا اشكال في جواز بيعه معلقاً على وجوده فان التعليق على وجود المبيع لا يفسد البيع مضافاً الى انه لو فرض عدم التعليق لايكون البيع محققاً اذ المفروض عدمه فلا اشكال على اي تقدير.

وأما الصورة الثانية فلا مانع عن الصحة مع جعل الخيار عند التخلف كما تقدم وان شئت قلت المشهور الاعتماد على اصالة الصحة وان قلنا بانه لا اساس لهذا الاصل.

وأما الصورة الثالثة فتارة يعلم المشتري بوصول مقابل مادفعه من الثمن واخرى لا يعلم اما الشق الاول فلا مانع عن الصحة ايضاً اذ المفروض انه لا غرر .

وأما الشق الثاني فايضاً يمكن تصحيحه باشتراط الخيار عند تخلف تلك الخصوصية غير القابلة للوصف فلا مانع عن البيع على جميع التقادين.

«قوله قدس سره : مسئلة لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم اليه وعدمه» الخ

اختلفت الاراء في هذه المسئلة فجملة قائلون بعدم الفرق بين ضم المعلوم الى المجهول وجملة قائلون بالجواز مع الضم ويقع البحث

في هذه المسئلة تارة من حيث القاعدة الاولية واخرى من حيث اقتضاء النصوص الخاصة فهنا مقامان:

أما المقام الاول فتارة يكون المجهول تابعاً ولا يكون مستقلاً بوقوع العقد عليه واخرى يكون مستقلاً باللحاظ وعلى الثاني تارة يكون الاتحاد في الانشاء فقط اي يكون هناك بيعان. أحدهما متعلق بالمعلوم ثانيهما متعلق بالمجهول والاتحاد بالجمع بينهما في مقام الاثبات والدلالة واخرى يكون المجموع امراً واحداً وعقداً فارداً.

وأما القسم الاول وهو كون المجهول تابعاً فنتكلم فيه انشاءالله في ذيل المسئلة عند تعرض الماتن.

وأما القسم الثاني فلا اشكال في صحة بيع المعلوم وبطلان بيع المجهول إذ لا اشكال في عدم ارتباط احد الامرين بالاخر وهذا واضح ظاهر.

وأماالقسم الثالثفالظاهر بطلان البيع والوجه فيه انالمفروض فساد بيع المجهول ومن ناحية اخرى ان ضم المعلوم الى المجهول لا يوجب إرتفاع الجهل عن المجهول فيدور الامر بين فساد بيع المجهول وصحة بيع المعلوم وفساد المجموع وصحته.

اما الاحتمال الاول فلا وجه له لعدم تعدد البيع فرضاً واما الاحتمال الثالث فلا وجه له ايضاً فالمتعين الاحتمال الثاني هذاعلى حسب القاعدة الاولية.

وذهب جملة من الاساطين الى الصحة ايضاً بلحاظ النصوص الخاصة الواردة في هذا المورد وهو المقام الثاني من المقامين فنقول قد وردت جملة من النصوص في المقام ومن تلك النصوص ما ارسله محمد بن أبي نصر عن بعض اصحابه عن أبي عبدالله عليه

السلام قال: اذا كانت اجمة ليس فيها قصب اخرج شيء من السمك فيباع وما في الاجمة[١]. وهذه الرواية ضعيفة بالارسال وبغيره.

ومنها ما رواه أبوبصير عن أبي عبدالله عليه السلام في شراء الاجمة ليس فيها قصب انما هي ماء قال يصيد كفاً من سمك تقول اشتري منك هذا السمك وما في هذه الاجمة بكذا وكذا[٢] والحديث ضعيف بالارسال.

ومنها ما رواه ابراهيم الكرخي قال قلت لابي عبدالله عليه السلام ما تقول في رجل اشترى من رجل اصواف مائة نعجة وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهماً قال لا بأس بذلك ان لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف[٣].

وهذه الرواية مخدوشة فان الكرخي بهذا العنوان لم يوثق وعلى فرض العمل بالرواية لابد من الاقتصار على موردها ولا وجه للتعدي فان الحكم المذكور في الحديث خلاف القواعد الاولية اذ مع تبعض الصفقة يقسط الثمن والحال ان مقتضى الرواية لا يكون كذلك.

ومنها ما رواه الهاشمي عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتقبل بجزية رؤوس الرجال وبخراج النخل والاجام والطير وهو لايدرى لعله لا يكون من هذا شيء ابداً أو يكون ايشتريه وفي أي زمان يشتريه ويتقبل منه قال: اذا علمت ان من ذلك شيئاً واحداً انه

---

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٦.

(٣) الوسائل الباب ١٠ من هذه الابواب الحديث ١.

قد ادرك فاشتره وتقبل به[١] والحديث ضعيف سنداً بالهاشمي.

ومنها ما رواه معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا بأس ان يشتري الاجام اذا كانت فيها قصب[٢].

وهذه الرواية واردة في مورد خاص ومورده ضم المجهول الى مجهول آخر فلا تكون الرواية دليلاً على المقصود.

فتحصل انه لا دليل على الدعوى. ان قلت: يستفاد المدعى من النص الوارد في المملوك الابق حيث يدل على جواز بيعه مع الضميمة لاحظ حديثي رفاعة[٣] وسماعة[٤].

قلت: لاوجه لاستفادة المدعى من النص المشار اليه فانه حكم خاص وارد في اطار مخصوص والحال ان الحكم المذكور على خلاف القاعدة الاولية اذ ذكر فيه ان المشتري لولم يقدر على الابق يكون ما دفعه في مقابل تلك الضميمة والحال ان القاعدة تقتضي التقسيط فلاحظ.

«قوله قدس سره : فتأمل»

لعله قدس سره يشير بالامر بالتأمل الى ان السمك قبل موته ومادام يكون حياً لا يكون من الموزونات كي يشترط بيعه بالوزن بل يكفي في جواز بيعه المشاهدة فلاحظ.

---

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٤.

(٢) نفس المصدر الحديث ٥.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١١٨.

(٤) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١١٩.

«قوله قدس سره: والذى يظهر من مواضع من القواعد والتذكرة ان مراده بالتابع ما يشترط دخوله فى البيع وبالمقصود ماكان جزءً» الخ

مقتضى القواعد عدم تماميـة ما افاده قدس سره فان الشرط المذكور خلاف المشروع وببيان واضح كيف يمكن ان يدخل مال احد في ملك الغير بالاشتراط؟ فان الشرط لا يكون مشرعاً.

وان شئت قلت دخول مملوك احد في ملك الغير يتوقف على تحقق سببه والا يكون خلاف المقرر الشرعي ولا يمكن اشتراط مايخالف المقرر شرعاً.

«قوله قدس سره : كاساس الحيطان» الخ

لاوجه للمقايسة بين المقامين فان اساس الحيطان جزء من المبيع بلا اشكال لكن لايبعد ان يقال ان الاساس تابع لاجزء ولذا لايقسط عليه الثمن فلاحظ.

«قوله قدس سره : وان أحلنا ملكه اشترط» الخ

الظاهر انه لا فرق بين القولين اذ لو جاز الاشتراط يجوز على كلا التقديرين وان لم يكن جايزاً لم يكن ايضاً على الاطلاق.

«قوله قدس سره : ثم التابع فى كلام هولاء» إلخ

الظاهر ان المراد بالتابع في كلماتهم ما يكون ملحقاً بالمبيع في نظر العرف والعقلاء ولو كان حين العقد مغفولاً عنه كالبيض في الدجاجة وكالمسمار الثابت في الجدار ومثل الكهرباء ووسائل الماء والغاز والهاتف وامثالها فانها تابعة المعين ولذا تدخل في المبيع وتكون تابعة له الا ان تخرج بالاشتراط.

«قوله قدس سره : والباغ في الدار»

فسر لفظ الباغ في بعض الكلمات بالكرم والله العالم

«قوله قدس سره: وفي التمثيل نظر لخروج زخرفة الجدران» الخ

لايبعد ان يكون الوجه في خروجه ان مثل زخرفة الجدران والمسمار الثابت فيه وامثالهما داخلة وتابعة للمبيع بلا اشكال فلابد ان يقع البحث فيما يكون محل الكلام.

اقول الظاهر ان التابع هو الذى لا يحتاج الى الذكر بل يدخل في المبيع وان كان مغفولاً عنه بالكلية كالمسمار الثابت في الجدران واما ان لم يكن كذلك فلا وجه لدخوله في المبيع ولا وجه لكونه تابعاً ولا يدخل في المبيع الا مع الاشتراط وقد مرّ منا الاشكال في الاشتراط.

«قوله قدس سره : وان فرض تعلق الغرض الشخصى» الخ

لا دخل لتعلق الغرض الشخصي به وعدمه فان الميزان في التبعية العرف والسيرة العقلائية الممضاة عند الشارع وملخص الكلام ان التبعية تحتاج الى الدليل ففي كل مورد تحققت السيرة العقلائية على التبعية نلتزم بها والا فلا وجه للالتزام بها فلاحظ.

«قوله قدس سره : ان اطلاق العبارة يشمل ما اذا شرط حمل دابة في بيع دابة اخرى» الخ

قد ظهر مما ذكرنا فساد ما ذكر فان التابعية لا تكون بالقصد ولا بالجعل بل أمر عقلائي ولابد من الاقتصار فيها على القدر المعلوم ومن الظاهر ان حمل دابة لايكون تابعاً لدابة اخرى ولا اثر للشرط اذ الشرط لا يكون مشرعاً ومما ذكرنا يظهر الاشكال في

جملة من الكلمات المذكورة في عبارة الماتن فان الميزان في التبعية حكم العقلاء والعرف ولااثر للقصد ولا للذكر ولا للشرط فلا تغفل.

«قوله قدس سره : فهذا لا بأس به»

قد ظهر مما ذكرنا ان الميزان في الصحة كون التابع امراً عقلائياً واما في غيره فلا وجه للالتزام بالصحة.

«قوله قدس سره : واما قصد المتبايعين بحسب الشخص» الخ

الظاهر ان المراد من العبارة ان ارتفاع الغرر الشخصي لا يؤثر في الصحة بل الميزان بالنوع ويرد عليه ان كل حكم تابع لموضوعه في القضايا الحقيقية وعليه يكون الميزان الغرر الشخصي ولا وجه لجعل الميزان النوعي فلاحظ.

«قوله قدس سره: واما التابع للمبيع الذى يندرج في المبيع» الخ

الظاهر ان التابع منحصر في هذا القسم كما ذكرنا واما غيره فلا دليل على صحته بل مقتضى القاعدة ان يقال اذا لوحظ بعنوان الجزء يصح مع رعاية الشرائط واما لو لم يلاحظ على هذا النحو ولوحظ على نحو الاشتراط لا يصح لان الشرط المخالف فاسد.

«قوله قدس سره : مسئلة: يجوز ان يندر لظرف مايوزن مع ظرفه مقدار» الخ

الظاهر ان بحث الانذار يرتبط بالانذار وقت البيع لا الانذار موقع تسليم المبيع وعليه يلاحظ الانذار تارة بالنسبة الى زمان البيع واخرى الى زمان تسليم المبيع والكلام الان في القسم الاول.

ويقع البحث فيه في مقامين. المقام الاول: فيما تقتضيه القاعدة الاولية. المقام الثاني: فيما تقتضيه النصوص الخاصة.

أما المقام الاول فتارة نتكلم على فرض عدم اشتراط البيع بعدم الغرر وبعدم الاشتراط بالعلم بمقدار المبيع واخرى على القول بكون الغرر مفسداً أما على الاول فلا اشكال في البيع لوجود المقتضي وهو دليل صحة البيع والتجارة وفقد المانع.

وأما على الثاني فلو لم يكن غرر ولم يصدق الجزاف فالبيع صحيح كما لو علم المشتري بان ما يدفعه من الثمن يصل اليه مما يقابله وأما مع صدق الغرر أو الجزاف فلا يكون العقد صحيحاً.

وأما المقام الثاني: فمن النصوص الواردة في المقام ما رواه حنان قال: كنت جالساً عند أبي عبدالله عليه السلام فقال له معمر الزيات: انا نشتري الزيت في زقاقه ويحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق فقال ان كان يزيد وينقص فلا بأس وان كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه[1]

ومقتضى الحديث التفصيل بين أن يزيد وينقص وبين أن يزيد ولا ينقص بالحكم بالصحة في الاول والبطلان في الثاني ولم يتعرض عليه السلام لصورة النقصان وعدم الزيادة فلابد فيها من العمل بالقاعدة الاولية كما تقدم.

وهذا الذي ذكرنا ميزان عام لجميع الموارد والمستفاد من الحديث جواز بيع المظروف بعد اندار مقدار الظرف كما ان الظاهر من معقد الاجماع كذلك ولا يجوز بيع مجموع الظرف والمظروف بوزن واحد.

---

(١) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٤.

«قوله قدس سره : فلا يحتاج الى الاندار» الخ

كيف لا يحتاج الى الاندار والحال ان مقدار المظروف مجهول ومن ناحية اخرى ان المكيل والموزون يشترط فيهما العلم بمقدارهما وانما الاجماع قائم على صحة بيع المظروف باندار الظرف فعليه ما أفاده في هذه الصورة غير تام لكن الماتن فرض البيع صحيحاً وجعل الاندار في مقام دفع الثمن وعليه لا يحتاج الى الاندار كما أفاد اذ المفروض ان الثمن جعل في مقابل المظروف اي مقدار كان فلا مجال ولا موضوع للاندار.

والحاصل ان الموزون يشترط في بيعه بمقتضى النص كون وزنه معلوماً الا أن يقال: ان مقتضى النص والاجماع جواز بيع المظروف منفرداً فلا احتياج الى الاندار.

ويرد عليه انه كيف يجوز بيع المظروف منفرداً بدون الاندار في زمان العقد؟ نعم لو صح بيعه لايحتاج الى الاندار في مقام تسليم الثمن لان الثمن بتمامه واقع في مقابل المظروف فقط.

«قوله قدس سره : فتأمل»

لعله بالامر بالتأمل يشير الى عدم الفرق فانه يحتاج الى الاندار على كل حال وبعبارة اخرى يمكن ان يكون الامر بالتأمل اشارة الى ان الاندار في مقام دفع الثمن يتوقف على جواز بيع المظروف مع الجهل بوزنه.

«قوله قدس سره : فيكون دخول هذه المسئلة في فروع مسئلة تعيين العوضين»

الظاهر ان مقصوده بيان ان عنوان مسئلة الاندار في المقام من باب انه يجوز بيع المظروف مع الجهل بمقدار وزنه واما الاندار

فهو راجع الى مقام تعيين الثمن الذي يجب دفعه بعد تمامية البيع.

وبعبارة واضحة الكلام في المقام في اشتراط العلم بمقدار الثمن وحيث انه يجوز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول عنونت المسئلة، فالاندار لا يرتبط بالمقام هذا ما يرجع الى كلامه قدس سره.

اقول: قد ذكرنا ان المستفاد من حديث حنان بحسب الظهور العرفي جواز بيع المظروف بعد الاندار بالشرط المذكور في الحديث فالامر ليس كما افاده فلاحظ.

«قوله قدس سره : فالذى يقوى فى النظر هو المشهور بين المتأخرين من جواز اندار ما يحتمل الزيادة والنقيصة» الخ

الاندار اما لتصحيح البيع واما لتعيين الحق بعد تمامية العقد وفرض وجوده فيقع الكلام في مقامين. اما المقام الاول: فلابد من الاقتصار على العمل بمفاد حديث حنان والمستفاد منه انه حكم واقعي فلا مجال لكشف الخلاف وأما مع قطع النظر عن الحديث فلا يجوز البيع لمكان الجهل بمقدار المبيع.

وأما المقام الثاني: فلا مانع عن العمل بالاصل مادام لم ينكشف الخلاف واما مع انكشافه فلامجال للعمل اذ حجية الاصل مادام الشك باقياً واما مع كشف الواقع فلا مجال للعمل بالاصل كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره : فان كان هنا عادة تقتضيه كان العقد واقعاً عليها» الخ

الظاهر ان مراده قدس سره انه مع العادة والعلم بها يكون العقد مشروطاً بها فلا يحتاج الى تراض جديد بعد العقد.

لكن يرد عليه ان الشرط المذكور ان كان شرط الفعل فلابد

من تحققه بعد العقد والا فلا اثر لمجرد الشرط حين العقد وان كان على نحو شرط النتيجة فلا يكون نافذاً لكونه مخالفاً مع المقرر الشرعي اذ بالشرط لا ينتقل ملك أحد الى ملك الاخر اللهم الا ان يتحقق الانشاء بنفس الشرط كما لو شرط على الزوج في ضمن عقد النكاح كون الزوجة ذات وكالة عن الزوج في طلاق نفسها لكن يختص هذا بما يكون قابلاً للانشاء بهذا النحو فلابد من ملاحظة الشرط وانه هل يمكن فيه ذلك ام لا؟

«قوله قدس سره: على أن يسقط لكل ظرف كذا فهو هبة له» الخ

يتوقف جواز هذا على جواز انشاء الهبة في ضمن العقد ولو بنحو الشرط.

«قوله قدس سره : لان هذا ليس من افراد المطلق» الخ

مثلاً لو باع السمن كل رطل منه بدينار وكان وزن مجموع الظرف والمظروف عشرة ارطال وكانت العادة جارية على انذار رطل للظرف لا يجوز الانذار لعدم تسعة ارطال من افراد كل رطل فلابد من ان تكون العادة الى حد توجب الاشتراط الضمني هذا تفسير كلامه ويرد عليه ان الموجب للاشتراط المذكور العادة مع العلم بها فلا فرق بين الموارد.

«قوله قدس سره : غير مختص بظروف السمن والزيت»

حيث ان الحكم المذكور على خلاف القاعدة الاولية لا يمكن التعدي عن مورد الرواية الا مع القطع بعدم الفرق وانّى لنا بذلك والله العالم.

«قوله قدس سره : مسئلة يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه وان لم يعلم إلا بوزن المجموع» الخ

اذا فرض ان المبيع من الموزونات أو المكيلات لا يجوز بيعه كذلك اذ المفروض انه استفيد من الدليل الشرعى اشتراط العلم بالمقدار والمفروض عدمه الا ان يقوم على الجواز اجماع تعبدي كاشف عن رأي المعصوم أو قلنا بان المستفاد من نصوص اشتراط العلم بالوزن النهي عن ارتكاب الجزاف واما ان لم يكن جزافاً فيصح العقد وان كان مقدار المبيع مجهولاً.

ولما انجر الكلام الى هنا يناسب أن نشير الى نكتة وهى ان المعروف بين الاصحاب فساد البيع الغرري والحال انه لو بيع شيء بثمن مع شرط الخيار لا يصدق الغرر كما انه لايصدق الجزاف ولولا هذه الجهة كان الاشتراء مع احتمال الغبن غرريا وخطرياً وجزافاً وهل يمكن الالتزام بهذا اللازم؟ كلا فالذي يكون موجباً لعدم صدق الغرر والجزاف اشتراط الخيار ولو ارتكازاً.

«قوله قدس سره : مع جهالة وزن كل واحد» الخ

كيف يجوز وكيف يكون مجهولاً والحال ان المستفاد من النص والاجماع جواز بيع المظروف باندار ما تعارف انداره وانكشاف مقدار المبيع ووزنه وبعبارة اخرى المستفاد من النص الجواز بشرط الاندار وانكشاف وزن المظروف بعد الاندار فاذا فرض توزين المجموع واندار الظرف كان وزن المظروف معلوماً واما قبل الاندار فلا يجوز.

«قوله قدس سره : فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصي» الخ

كيف يلزم الغرر مع فرض اشتراط الخيار كما تقدم منا نعم مع عدم جعل الخيار يلزم الغرر والجزاف الا فيما يعلم المشتري بانه يصل اليه ما يقابل ما دفعه اللهم الا ان يكون المبيع من الموزون وقلنا ان المستفاد من النص اشتراط صحة البيع بالعلم بالمقدارفي الموزون والمكيل.

«قوله قدس سره : لاكل جزء منه» الخ

تارة يكون المركب له صورة نوعية ولو عرفاً واخرى يكون كل جزء له صورة مغايرة مع صورة الجزء الاخر فاذا كان من القسم الاول كسقمونيامثلاً يجوز بيعالمركب والميزان هوعنوانالمركب اذ هو شيء واحد واما اذا كان من القسم الثاني فالظاهر انه لا أثر للعلم بوزن المجموع اذ المفروض كون الجزء مجهولاً من حيث الوزن.

«قوله قدس سره : فان فرضنا الشمع تابعاً» الخ

قد ذكرنا سابقاً ان التابع في المقام عبارة عما يكون داخلاً في المبيع ولو مع الغفلة عنه كالمسمار الثابت فيالجدار وفي غيرهذه الصورة لا اثر للتابعية وعدمها فلاحظ.

«قوله قدس سره: احداهما ان يبيعه من ظرفه» الخ

بتقريب انه يشترط في بيع الموزون ان يوزن وبالنحوالمذكور يحصل الشرطوفيه انه يتوقف على انيكون الظرفمما يباع بالوزن والا فلا أثر له وايضاً لابد من القول بكفاية وزن شيئين بوزن واحد والا يلزم وزنكل واحد منهما وفي النفس شيء.

«قوله قدس سره : فيقسط الثمن على قيمتي كل من المظروف والظرف» الخ

ولا مدخلية للوزن بل الدخل للقيمة فان المفروض ان الثمن جعل في مقابل المجموع المركب بلا لحاظ الوزن بل الملحوظ القيمة ومما ذكر يظهر الوجه فيما افاده في الصورة الثانية فان الملحوظ فيها ايضاً القيمة ولكن لا يلاحظ المبيع شيئاً واحداً بل الوحدة في مجرد الانشاء وفي الحقيقة يتحقق بيعان احدهما متعلق بالمظروف وثانيهما متعلق بالظرف.

«قوله قدس سره: على ان يكون التسعير للظرف والمظروف» الخ

اى يكون الملحوظ الوزن الخاص في مقابل ثمن خاص بلا خصوصية للظرف أو المظروف ففي هذا الفرض لابد من ملاحظة نسبة وزن الظرف بالنسبة الى وزن المظروف واما اذا لوحظ الظرف والمظروف شيئاً واحداً ويباع بهذا اللحاظ فلابد من ملاحظة نسبة القيمة مثلاً لو بيع فرش مركب من ديباج وقطن فاحتيج الى تقسيط الثمن وتعيين قسط القطن لا يمكن ان يلاحظ القيمة بالنسبة الى المساحة بل لابد من لحاظ قيمة القطن الى قيمة الديباج فلاحظ.

«قوله قدس سره : مسئلة المعروف بين الاصحاب تبعاً لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغي استحباب التفقه» الخ

الكلام تارة في انه هل يجب تعلم الاحكام ام لا واخرى يقع الكلام بالنسبة الى تعلم أحكام التجارة لمن يريدان يتصدي لها فالكلام في مقامين.

أما المقام الاول فقد تعرضنا في بعض المباحث الاصولية ان

المستفاد من بعض النصوص وجوب تعلم الحكم الشرعي مقدمة للعمل. لاحظ ما ورد في تفسير قوله تعالى «فلله الحجة البالغة» عن مسعدة بن زياد قال: سمعت جعفر بن محمد عليهما السلام وقد سئل عن قوله تعالى «فلله الحجة البالغة» فقال ان الله تعالى يقول للعبد يوم القيمة: عبدي كنت عالماً؟ فان قال نعم قال له افلا عملت بما علمت وان قال كنت جاهلاً قال افلا تعلمت حتى تعمل فيخصمه فتلك الحجة البالغة[1].

فان المستفاد من هذه الرواية انه يلزم تعلم الحكم الشرعي مقدمة للعمل به فيكون وجوبه عقلياً ارشادياً ولايكون واجباً بنفسه. وأما المقام الثاني فتارة نبحث فيه من حيث مقتضى القاعدة واخرى من حيث مقتضى النصوص الواردة في المقام فيقع الكلام في موضعين:

أما الموضع الاول فنقول لاوجه للالتزام بوجوب تعلم مسائل التجارة ولا لاستحبابه ومقتضى القاعدة عدم الوجوب اذا شك فيه فان البرائة عن الوجوب تقتضي عدمه كما ان مقتضى الاستصحاب عدم استحبابه نعم اذا احتمل المكلف حرمة فرد من افراد التجارة يجب عليه الفحص ولا يجوز له الارتكاب قبله وهذا ميزان عام جار في جميع الشبهات الحكمية.

وأما الموضع الثاني فقد وردت في المقام جملة من النصوص فلابد من ملاحظتها كي نرى انها هل تقتضي الوجوب ام لا؟ فنقول من تلك النصوص ماورواه الاصبغ بن نباتة قال: سمعت امير المؤمنين عليه السلام يقول على المنبر يامعشر التجار الفقه ثم المتجر الفقه

(١) تفسير البرهان ج ١ ص ٥٦٠ الحديث ٢.

ثم المتجر الفقه ثم المتجر والله للربا في هذه الامة اخفى من دبيب النمل على الصفا شوبوا ايمانكم بالصدق التاجر فاجر والفاجرفي النار الا من اخذ الحق واعطى الحق[١].

وهذه الرواية مخدوشة سنداً مضافاً الى انه لا يستفاد منه وجوب التعلم أو استحبابه شرعاً بل المستفاد منه الارشاد الى طريق يسلم المكلف الذي يتصدى للتجارة عن الوقوع في الربا والحرام.

ومنها مارواه طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: من اتجر بغير علم ارتطم في الربا ثم ارتطم[٢].

وهذه الرواية ايضاً مخدوشة سنداً وغير دالة على المدعى لما ذكرناه في الحديث الاول وقس عليهما الحديث الثالث والرابع من الباب المشار اليه فانهما ضعيفان سنداً وغير دالين على المقصود فلاحظ.

فتحصل انه ليس في النصوص مايدل على الوجوب أوالاستحباب نعم لا اشكال في استحباب طلب العلم فان الروايات الواردة في فضيلة طلبه كثيرة جداً والحاصل انه لااشكال في محبوبية طلب العلم لاحظ الاخبار الواردة في هذا الباب في كتاب بحار المجلسي قدس سره وغيره.

«قوله قدس سره : فمن لم يعرف فرق مابين الحلال من المكتسب والحرام» الخ

هذا التقريب لا يقتضي الوجوب أو الاستحباب شرعاً بل هذاحكم

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب آداب التجارة الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

عقلي فانه بعد ما تنجز على المكلف حكم الزامي يلزم ان يخرج عن عهدته فيجب عليه عقلاً القيام بمقدماته مضافاً الى انه قد مرّ منا قريباً ان تعلم الاحكام يجب مقدمة.

«قوله قدس سره : فان معرفة الحلال والحرام واجبة على كل احد» الخ

لادليل على هذه الكلية ولا على الجزئية الا أن يراد من الوجوب الوجوب العقلي أو الارشادي الشرعي كما تقدم.

«قوله قدس سره : ولذا اجمعنا على ان الكفار يعاقبون على الفروع».

المسئلة مورد الاختلاف ولا تكون اجماعية نعم انا نرى ان الامر كذلك فان المستفاد من الادلة الاولية كونهم مكلفين كما انه يدل على المدعى بعض الايات لاحظ قوله تعالى في سورة المدثر «قالوا لم نك من المصلين ولم نك نطعم المسكين»[1] فان المستفاد من الاية انهم مؤاخذون في الاخرة لترك الصلاة والزكاة.

«قوله قدس سره : فى غير واحد من الاخبار»

لعله اراد بقوله الحديث الذي تقدم ذكره[2] في تفسير قوله تعالى «فلله الحجة البالغة» والاحاديث الواردة في التيمم منها ما رواه محمد بن سكين وغيره عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قيل له ان فلاناً اصابته جنابة وهو مجدور فغسلوه فمات فقال قتلوه الا سألوا الا يمّموه إن شفاء العي السؤال[3].

---

(١) المدثر/٤٣.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٣١

(٣) الوسائل الباب ٥ من ابواب التيمم الحديث ١.

ومنها: مرسل الكليني قال وروي ذلك في الكسير والمبطون يتيمم ولا يغتسل[١].

ومنها مرسلة ابن أبي عمير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن مجدور اصابته جنابة فغسلوه فمات فقال: قتلوه ألا سألوا فان دواء العي السؤال[٢].

ولا يخفى على الخبير أن هذه الطائفة من النصوص ايضاً لا تدل على وجوب التعلم نفساً بل المستفاد منها انه لا عذر للجاهل في تقصيره فانه كان عليه بمقتضى وظيفته السؤال.

«قوله قدس سره : ثم ان المقام يزيده على غيره» الخ

الامر كما افاده فان مقتضى الاصل عدم الانتقال فيحرم التصرف في العين لكن حرمة التصرف بمقتضى الاصل العملي لا تقتضي وجوب تعلم الاحكام كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره : ويمكن أن يكون في قوله عليه السلام التاجر فاجر»

لاحظ ما روى مرسلاً قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله التاجر فاجر والفاجر في النار الا من اخذ الحق واعطى الحق[٣] وما رواه الاصبغ بن نباته[٤] بتقريب ان كل تاجر فاجر وهو في النار الا من يعلم جواز المعاملة وصحتها ويرد عليه اولاً ان الحديث الاول مرسل ولا اعتبار به واما الحديث الثاني فقد مر انه غير تام سنداً وثانياً انه هل يمكن ان يلتزم بان المكلف إذا احتاط ولم يدخل في

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب التيمم الحديث٢.
(٢) نفس المصدر الحديث ٣.
(٣) الوسائل الباب ٢ من ابواب آداب التجارة الحديث ٥.
(٤) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٢٣١

معاملة الا مع العلم بجوازها وصحتها يدخل النار لاجل جهله وهل الماتن يلتزم بهذا اللازم الفاسد.

«قوله قدس سره : بل الاولى وجوبه عليه عقلاً وشرعاً»

قد ظهر مما تقدم انه لاوجه للوجوب الشرعي فلاحظ ما تقدم منا.

«قوله قدس سره : قوله عليه السلام» الخ

لاحظ ما رواه الاصبغ بن نباته[1].

«قوله قدس سره : قول الصادق عليه السلام»

لاحظ ما ارسله المفيد قال: قال الصادق عليه السلام من اراد التجارة فليتفقه في دينه ليعلم بذلك ما يحل له مما يحرم عليه ومن لم يتفقه في دينه ثم اتجر تورط الشبهات[2].

«قوله قدس سره : ثم ان التفقه فى مسائل التجارة»

لا اشكال في كفاية التقليد كما انه لااشكال في العمل بالاحتياط وصفوة القول المطلوب الاجتناب عن الحرام لا تعلم الاحكام والاجتناب عن الحرام يتحقق بواحد من الامور الاربعة الاول الاجتهاد. الثاني: التقليد. الثالث: الاحتياط. الرابع: ترك العمل وعدم التصدي للتجارة.

«قوله قدس سره : التعارض بين ادلة طلب مطلق العلم» الخ

ينبغي قبل الخوض في المعركة بيان الفرق بين التعارض والتزاحم فان التعارض عبارة عن التكاذب في مقام الجعل مع تفصيل مذكور في محله من بحث التعادل والترجيح كما لوقام دليل على وجوب صلاة

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٣١

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب آداب التجارة الحديث ٤.

الجمعة وقام دليل آخر على نفيه فان الدليلين متعارضان.

وأما التزاحم فهو عبارة عن التعاند في مرحلة الامتثال بلا ارتباط بمرحلة الجعل فان المولى يجعل وجوب انقاذ كل غريق مسلم مثلاً على كل مكلف فلو غرق شخصان والمكلف لا يمكنه انقاذ كليهما يقع التزاحم بين الوجوبين المتعلقين بالنسبة إلى الغريقين فمع الترجيح يرجّح احد الطرفين ومع عدمه يخيّر بينهما.

اذا عرفت ما ذكرنا نقول: المقام لا يرتبط بباب التعارض فان التكاذب ليس في مقام الجعل بل التعاند في مقام الامتثال احياناً وليس هذا مختصاً بالمقام بل سار وجار في كثير من المستحبات مثلاً يستحب لكل مكلف أن يزور الرضا عليه السلام وايضاً يستحب ان يبني المسجد وايضاً يستحب أن يصل رحمه في قرية فلانية فلانية الى غيرها من المستحبات.

ومن الظاهر انه لا يمكن الجمع بين جميع هذه الامور فتصل النوبة الى ملاحظة انه هل يكون مرجح في بعض الاطراف ام لا؟ فعلى تقدير وجوده يرجح والا يتخير هذا هو الميزان الكلي والمقام كذلك فان طلب العلم مطلوب ومحبوب على الفرض والاكتساب ايضاً محبوب ومطلوب على الفرض.

فلو امكن الجمع بين الامرين يتوجه كلا الامرين وان لم يمكن لابد من رعاية المرجحات المذكورة في باب التزاحم فلو كان احد الطرفين واجباً بسبب من الاسباب وجهة من الجهات يقدم اذ الاستحباب لا يزاحم الوجوب كما انه لو كان مرجح في احدهما يقدم ويرجح والا يخير فالمقام غير مرتبط بباب التعارض.

«قوله قدس سره : يكفى فى طرف الاكتساب ما ورد» الخ

لاحظ ما رواه الفضل بن أبي قرة عن أبي عبدالله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام قال: اوحى الله عزوجل الى داود عليه السلام انك نعم العبد لولا انك تأكل من بيت المال ولا تعمل بيدك شيئاً قال فبكى داود عليه السلام اربعين صباحاً فاوحى الله عزوجل الى الحديد ان لن لعبدي داود فالان الله عزوجل له الحديد فكان يعمل كل يوم درعاً فيبيعها بالف درهم فعمل ثلاثمائة وستين درعاً فباعها بثلاثمائة وستين الفاً واستغنى[1].

«قوله قدس سره : وما ارسله فى الفقيه»

محمد بن الحسين قال: قال عليه السلام: ليس منا من ترك دنياه لاخرته ولا آخرته لدنياه[2].

«قوله قدس سره : وذكر فى الحدائق»

إن الجمع بينهما باحد الوجهين: الاول ولعله الاظهر كما هو بين علمائنا اشهر تخصيص الاخبار الدالة على وجوب **طلب الرزق** بهذه الاخبار الدالة على وجوب طلب العلم بان يقال بوجوب ذلك على غير طالب العلم المشتمل بتحصيله واستفادته أو تعليمه وافادته الخ[3].

«قوله قدس سره : تخصيص اخبار وجوب طلب الرزق»

على فرض التعارض لاوجه لهذا التخصيص فانه جمع تبرعي لا صناعي وبهذا القسم من الجمع يمكن أن يجمع بين المتعارضات

---

(١) الكافى ج ٥ ص ٧٤ الحديث ٥.

(٢) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب مقدمات التجارة الحديث ١.

(٣) الحدائق ج١٨ ص ١٠.

فانه لو قال المولى يجب اكرام العلماء وفي دليل آخر قال لا يجب اكرام العلماء يمكن أن يجمع بين الطرفين بان يحمل الدليل الاول على العدول من العلماء ويحمل الدليل الثاني على فساقهم فاين التعارض.

«قوله قدس سره : وقد ورد فى الحديث عن النبى صلى‌الله عليه وآله وسلم»

ما وجدت الرواية في مظانها فانها ان كانت تامة من حيث السند امكن ان يستفاد منها الفرق بين طالب العلم وغيره ولكنا نرى أمير المؤمنين ومولى الكونين عليه السلام كان يكسب الا ان يقال انه عليه السلام واضرابه لا يتصور في حقهم طلب العلم فان تحصيل الحاصل محال وعلومهم بافاضة خاصة الهية.

«قوله قدس سره : وروى شيخنا المقدم»

لاحظ ما رواه الكليني: عن الحسين بن علوان قال: كنا في مجلس نطلب فيه العلم وقد نفدت نفقتي في بعض الاسفار فقال لي بعض اصحابنا: من تؤمل لما قد نزل بك؟ فقلت: فلاناً فقال: إذاً والله لا تسعف حاجتك ولا يبلغك املك ولا تنجح طلبتك قلت وما علمك رحمك الله؟

قال: ان اباعبدالله عليه السلام حدثني انه قرأ في بعض الكتب ان الله تبارك وتعالى يقول «وعزتي وجلالي ومجدي وارتفاعي على عرشي لا قطعن امل كل مؤمل (من الناس) غيري ولا كسونه ثوب المذلة عند الناس ولا نحينه من قربي ولا بعدته من فضلي ايؤمل غيري في الشدائد والشدائد بيدي ويرجو غيري ويقرع بالفكر باب

غيري وبيدي مفاتيح الابواب وهي مغلقة وبابي مفتوح لمن دعاني فمن ذا الذي املني لنوائبه فقطعته دونها؟ ومن ذا الذى رجاني لعظيمة فقطعت رجاءه مني؟ جعلت آمال عبادي عندي محفوظة فلم يرضوا بحفظي وملأت سماواتي ممن لا يمل من تسبيحي وأمرتهم ان لا يغلقوا الابواب بيني وبين عبادي فلم يثقوا بقولي الم يعلم (ان) من طرقته نائبة من نوائبي انه لا يملك كشفها احد غيري الا من بعد اذني فمالي اراه لاهياً عني اعطيته بجودي مالم يسألنى ثم انتزعته عنه فلم يسألني رده وسأل غيري افيراني ابدأ بالعطاء قبل المسألة ثم اسأل فلا اجيب سائلي ابخيل انا فيبخلني عبدي أو ليس الجود والكرم لي أو ليس العفو والرحمة بيدي أو ليس انا محل الامال فمن يقطعها دوني افلا يخشى المؤملون ان يؤملوا غيري فلو ان اهل سماواتي واهل ارضي املوا جميعاً ثم اعطيت كل واحد منهم مثل ما املّ الجميع ما انتقص من ملكي مثل عضو ذرة وكيف ينقص ملك اناقيّمه فيا بؤساً للقانطين من رحمتي ويا بؤساً لمن عصاني ولم يراقبني[1].

«قوله قدس سره : وانت خبير بان ما ذكره» الخ

بل الامر بالعكس فان كلام الشهيد يرتبط بما افاده كمال الربط فانّه صرح بالتقسيم بين الطالب وغيره كما ان الحديث المذكور في كلامه يدل على التفصيل والعجب من الشيخ وكذا من سيدنا الاستاذ كيف لم يتوجها.

---

(١) الاصول من الكافى ج٢ ص٦٦ الحديث ٧.

«قوله قدس سره: ولذا كان أمير المؤمنين صلوات الله عليه» إلخ

هذا ليس مورد النقض فان أمير المؤمنين واولاده كانوا كرسول الله صلى الله عليه وآله في ان علومهم مفاضة من قبل الله بلا تعلم ومقدمة.

«كار نيكان را قياس از خود مگير»

ولما انجر الكلام الى هنا لابأس بذكر فائدة مهمة وهي انه اذا كان الشخص طالباً للعلم فهل يجوز له ان يأخذ من الحقوق الشرعية فنقول تارة يكون طالب العلم فقيراً ولا يقدر على الكسب واخرى يكون فقيراً وقادراً على الكسب وثالثة يكون غنياً فهنا اقسام ثلاثة.

أما القسم الاول: فلا اشكال في جواز اخذه للوجوه الشرعية ان كانت الشرائط فيه موجودة كما لوكان سيداً جاز له اخذ سهم السادة وايضاً يجوز له إخذ سهم الامام عليه السلام واذا كان غير سيد جاز له اخذ الزكاة وهكذا.

وأما القسم الثاني: فتارة يكون اشتغاله بطلب العلم واجباً ولا يمكنه الجمع بين الامرين فايضاً يكون الاخذ جايزاً له وأما اذا لم يكن طلب العلم في حقه واجباً أوامكنه الجمع بين الامرين فهل يجوز أن يأخذ الوجوه التى لابد ان تدفع الى الفقراء ام لا؟ وهل يجوز له ان يأخذ سهم الامام عليه السلام؟

الحق أن يقال تارة نبحث في مقتضى القاعدة الاولية واخرى في مقتضى النص الخاص. أما مقتضى القاعدة الاولية فهو الجواز اذ المفروض انه فقير فيجوز له ان يأخذ سهم السادات ان كان سيداً.

وايضاً يجوزله اخذ المظالم والكفارات والصدقات غير الزكوات

كماانه يجوز له اخذ السهم المبارك فان مصرفه مورد رضا الامام عليه السلام ولا اشكال في انه مورده وعليه من لا يكون سيداً فانه يجوز له اخذ جميع ما ذكرو الزكوات نعم لا يجوز له اخذ سهم السادة فتحصل ان مقتضى القاعدة الاولية هو الجواز.

ان قلت: الذي يقدرعلى الكسب ويمكنه تحصيل المعاش لايكون فقيراً.

قلت: الظاهر ان الدعوى المذكورة باطلة فان مجرد القدرةعلى تحصيل المال لا يوجب صدق عنوان الغني عليه ولا يخرج عنعنوان الفقير وأمابلحاظ النص الخاص ففي المقام طائفتان من النصوص.

الطائفة الاولى ما يدل على عدم الجواز لمن يقدرعلى الاكتساب. لاحظ ما رواه زرارة بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول: ان الصدقة لاتحل لمحترف ولا لذي مرة سوي قوى فتنزهوا عنها[1].

وما رواه ايضاً عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى‌الله عليه وآله: لاتحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي ولا لمحترف ولا لقوي قلنا: مامعنى هذا؟ قال: لايحل له ان يأخذها وهو يقدر على ان يكف نفسه عنها[2].

فان المستفاد من الحديثين عدم الجواز لكن يعارضهما ما رواه معاوية بن وهب قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: يروون عن النبي صلى‌الله عليه وآله ان الصدقة لا تحل لغني ولا لذي مرة سوي

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب المستحقين للزكاة الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٨.

فقال أبو عبدالله عليه السلام: لا تصلح لغني[1].

فان المستفاد من حديث معاوية ان المانع عن الاخذ تحقق الغناء وحيث ان المرجح منحصر في الاحدثية يرجح حديث معاوية حيث انه مروي عن أبي عبدالله عليه السلام والحديثان الاخران مرويان عن أبي جعفر عليه السلام.

مضافاً الى ان حديث معاوية موافق مع اطلاق الكتاب فالنتيجة انه لا دليل على المدعى في الزكاة فكيف بغيرها وعلى فرض تسلم الامر في الزكاة لاوجه لاسراء الحكم الى باب الخمس فعليه يجوز اخذ سهم السادة لهم ولو مع التمكن من الاكتساب وتحصيل المال فيحل له ما يكون جايزاً اخذه للفقير واما سهم الامام عليه السلام فالظاهر انه يجوز للفقير الذي يكون مشتغلاً بامر مفيد للشريعة والدين.

وأما القسم الثالث وهو الذي يكون غنياً فلا اشكال في عدم جواز اخذ حقوق الفقراء لانتفاء الموضوع فلا يجوز له اخذ سهم السادة ان كان سيداً كما انه لا يجوز له اخذ الزكاة ان كان غير سيد.

واما سهم الامام عليه السلام فهل يجوز له ان يأخذه ام لا؟ الذي يختلج بالبال ان يفصل بان يقال ان كان اشتغاله مفيداً للشرع وخدمة للامام عليه السلام ولا يشتغل الاعلى تقدير الاخذ يجوز ان يأخذ اذ المفروض ان وجوده مفيد وحصول الفائدة منه متوقف على اخذه واما ان لم يكن وجوده مفيداً أو كان مفيداً لكن يشتغل بشغله ولا يكون متوقفاً على الاخذ فلا يجوز لعدم العلم برضاه عليه السلام فلاحظ.

---

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب المستحقين للزكاة الحديث٣.

«قوله قدس‌سره: مسئلة لاخلاف في مرجوحية تلقي الركبان» الخ

الكلام في هذه المسئلة تارة يقع فيما هو مقتضى القاعدة الاولية واخرى يتكلم فيما يستفاد من النصوص الخاصة الواردة فيقع الكلام في مقامين:

أما المقام الاول: فمقتضى القاعدة عدم حرمة التلقي و عدم كراهته من حيث التكليف كما ان مقتضى دليل صحة البيع والتجارة صحة المعاملة مع الركبان بعد التلقي وهذا ظاهر واضح فان اصالة البرائة عن الحرمة تقتضي عدم حرمتها كما ان البرائة تقتضي عدم كراهتها فانه لا يبعد جريان البرائة عن كل حكم اقتضائي ولا تختص البرائة بالحكم الالزامي وايضاً لا اشكال في ان مقتضى دليل حلية البيع تماميته.

واما المقام الثاني فما يمكن أن يستدل به على الحرمة أو الكراهة احد امرين احدهما عدم الخلاف المدعى في المقام.

ومن الظاهر ان عدم الخلاف غايته يكون اجماعاً والاجماع المنقول قد ثبت عدم اعتباره والمحصل منه على فرض تحققه محتمل المدرك بل مقطوعه.

ثانيهما النصوص المشار اليها ومن تلك النصوص ما رواه منهال القصاب قال: قال أبو عبدالله عليه السلام لا تلق فان رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن التلقي قال: وما حد التلقي قال: ما دون غدوة أو روحة قلت: وكم الغدوة والروحة قال اربعة فراسخ[1] وهذه الرواية ضعيفة بمنهال.

---

(١) الوسائل الباب ٣٦ من ابواب آداب التجارة الحديث ١.

ومنها مارواه منهال ايضاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال: لا تلق ولا تشتر ما تلقي ولا تأكل منه[١] والكلام فيه هو الكلام.

ومنها ما رواه منهال ايضاً انه سأل أباعبدالله عليه السلام عن تلقي الغنم فقال: لا تلق ولا تشتر ما تلقي ولا تأكل من لحم ماتلقي[٢] والكلام فيه هو الكلام.

ومنها مارواه منهال ايضاً قال: قلت له: ماحد التلقي قال روحة[٣] والكلام فيه هو الكلام.

ومنهاما رواه عروة بن عبدالله عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا يتلقى احدكم تجارة خارجاً من المصر[٤] ولم يوثق عمرو بن شمر وعروة فالحديث ساقط عن الاعتبار.

ومنها ما ارسله الصدوق قال: روي أن حد التلقى روحة فاذا صار الى اربع فراسخ فهو جلب[٥].

والمرسل لا اعتبار به وبعد فرض النصوص الواردة ضعيفة سنداً لا يبقى مجال للاستدلال بها ووجودها كعدمها وايضاً لامجال لاتمام الامر بادلة التسامح فان تلك الادلة ناظرة الى صورة وعد الثواب لا التوعيد على العقاب.

وبعبارة اخرى بتلك الاخبار على القول بذلك المذهب يتحقق الاستحباب واما اثبات الكراهة بها فلا مقتضي له مضافاً الى انها

---

(١) الوسائل الباب ٣٦ من ابواب آداب التجارة الحديث ٢.
(٢) نفس المصدر الحديث ٣.
(٣) نفس المصدر الحديث ٤.
(٤) نفس المصدر الحديث ٥.
(٥) نفس المصدر الحديث ٦.

ذكرنا في محله ان المستفاد من تلك الادلة الارشاد الى حكم العقل لا الدلالة على الاستحباب فراجع ما ذكرناه هناك وعلى هذا الاساس لاوجه للتعرض لذيل المسئلة بل الاولى صرف الوقت الى ما يكون أهم وأولى.

«قوله قدس سره : مسئلة اذا دفع انسان الى غيره مالاً ليصرفه فى قبيل»

هذه مسئلة مهمة ويترتب عليها الاثر ومورد الابتلاء فنقول يقع البحث فيها تارة من حيث مقتضى القاعدة الاولية واخرى من حيث ما يستفاد من النصوص الخاصة الواردة في المقام فيقع الكلام في مقامين:

أما المقام الاول فتارة يكون اللفظ مقروناً بالقرينة بحيث يفهم العرف من شمول الاذن للمدفوع اليه واخرى يكون ظهور اللفظ في غيره وثالثة يكون مجملاً من هذه الجهة ورابعة يكون بحيث لايشمله الاذن ولكن يعلم من القرائن انه راض باخذ المدفوع اليه كغيره فهنا اربعة صور .

أما الصورة الاولى فلا اشكال في جواز الاخذ بلا كلام ولااشكال وأما الصورة الثانية فلا يجوز الاخذ بلا اشكال ولا كلام ايضاً.

وأما الصورة الثالثة فايضاً لا يجوز لعدم جواز التصرف في مال احد الاباذنه مضافاً الى انه يمكن احرازعدم الرضا في بعض الموارد فان مقتضى الاستصحاب عدم رضاه واما الصورة الرابعة فلااشكال في جواز تصرفه فيما دفع اليه لكن هل يمكنه التملك بمجرد الرضا ام لا؟

فان قلنا بأن العلم بالرضا يكفي للتصرف الاعتباري في ملك الغير يجوز تمليكه من نفسه بالعلم برضاه اي رضا صاحب المال والا يشكل اذ مع عدم صيرورة المال ملكاً للمدفوع اليه يبقى في ملك مالكه واذا مات ينتقل الى وارثه ولايجوز التصرف الاعتباري فلابد من تحقيق هذه الجهة.

وقد ورد في بيع مال الغير حديث وهو مارواه الحميري انه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام ان بعض اصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان فيهاحصة واكرتهربما زرعواتنازعوا في حدودها وتؤذيهم عمّال السلطان وتتعرض في الكل من غلات ضيعته وليس لها قيمة لخرابها وانما هي بائرة منذ عشرين سنة وهو يتحرج من شرائها لانه يقال ان هذه الحصة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديماً للسلطان فان جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صوناً وصلاحاً له وعمارة لضيعته وانه يزرع هذه الحصة من القرية البائرة بفضل ماء ضيعته العامرة وينحسم عن طمع اولياء السلطان وان لم يجز ذلك عمل بما تأمره به ان شاء الله، فاجابه عليه السلام الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مالكها أو بامره أو رضا منه[1].

فانه يستفاد من هذا الحديث جواز بيع مال الغير برضاه فان قلنا يفهم العرف من الحديث عدم الفرق بين البيع وبقية الانشائيات كما هو ليس ببعيد نلتزم بالجواز ونقول المدفوع اليه بعد علمه برضا الدافع كما انه يملك المال من قبل الدافع الى القبيل المعين من قبل الدافع كذلك يملك مقداراً من نفسه مستنداً الى رضاه فلا فرق

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٨.

بينه وبين بقية الاخذين.

واما اذا قلنا بعدم امكان الجزم بالتسوية واحتمال اختصاص الحكم بخصوص البيع يشكل التعدي والله العالم بحقائق الاشياء.

وأما المقام الثاني فقد وردت فيه طائفتان من الروايات. الطائفة الاولى: ما يدل على المنع. الطائفة الثانية ما يدل على الجواز.

فمن الطائفة الاولى ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج قال: سألته عن رجل اعطاه رجل مالاً ليقسمه في محاويج أو في مساكين وهو محتاج ايأخذ منه لنفسه ولا يعلمه قال لا يأخذ منه شيئاً حتى يأذن له صاحبه[١].

ومن الطائفة الثانية مارواه سعيد بن يسار قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: الرجل يعطى الزكاة فيقسمها في اصحابه ايأخذ منها شيئاً قال: نعم[٢] ومنها مارواه عبدالرحمن بن الحجاج عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اعطاه رجل مالاً ليقسمه في المساكين وله عيال محتاجون ايعطيهم منه من غير ان يستأذن صاحبه قال: نعم[٣]. ومثلهما ما رواه الحسين بن عثمان عن أبي ابراهيم عليه السلام في رجل اعطى مالاً يفرقه في من يحل له أله ان يأخذ منه شيئاً لنفسه وان لم يسم له قال: يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره[٤].

فيقع التعارض بين الجانبين فلابد من العلاج وقال الشيخ قدس سره يجمع بين الطرفين بحمل اخبار الجواز على صورة كون

(١) الوسائل الباب ٨٤ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٣.

(٢) نفس المصدر الحديث ١.

(٣) نفس المصدر الحديث ٢.

(٤) الوسائل الباب ٤٠ من ابواب المستحقين للزكاة الحديث ٢.

غرض الدافع وصول المال الى المستحقين بلا موضوعية لاحد وحمل اخبار المنع على صورة كون الدافع ناظراً الى اشخاص مخصوصين بحيث يكون المدفوع اليه في نظره غير معنون بعنوانهم.

ولا يخفى ان مثل الجمع المذكور يكون جمعاً تبرعياً لايصار اليه بلا دليل فلابد من العلاج فماهو؟

فاقول وعلى الله التوكل والتكلان ان في المقام طائفة ثالثة من النصوص ولنا أن نجمع بين الطرفين ونصالح بين المتعارضين ببركة هذه الطائفة لاحظ ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج قال: سألت اباالحسن عليه السلام عن الرجل يعطي الرجل الدراهم يقسمها ويضعها في مواضعها وهو ممن تحل له الصدقة قال: لابأس ان يأخذ لنفسه كما يعطي غيره قال: ولا يجوزله ان يأخذ إذا امره ان يضعها في مواضع مسماة الا باذنه[1].

فان المستفاد من هذه الرواية التفصيل بين امر الدافع بوضع المال في مواضع مسماة وامره بوضع المال في المساكين مثلاً فلا يجوز الاخذ للمدفوع اليه في القسم الاول ويجوزله في القسم الثاني وبهذا يرتفع التنافي من البين ويقع التصالح بين المتعارضين فلاحظ واغتنم.

لكن الحديث المفصل المتصالح به بين المتعارضين مخدوش سنداً باليونسي العبيدى فيبقى التعارض بحاله فان حديث ابن عثمان وان كان صادراً عن موسى بن جعفر عليهما السلام ولكن مضمر ابن الحجاج[2] يمكن أن يكون منه ايضاً فلا يحرز الاحدث عن غيره بل

(١) الوسائل الباب ٤٠ من ابواب المستحقين للزكاة الحديث ٣.
(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٤٧.

مقتضى القاعدة اي الاستصحاب عدم كون حديث ابن عثمان احدث فلابد من الاحتياط اذ لا يجوز التصرف في مال الغير الا باذنه.

الا ان يقال: ان حديث ابن الحجاج الدال على عدم الجواز مضمر ولم يحرز ان عبدالرحمن لا يروي الا عن الامام فيحتمل ان يكون المروي عنه غير الامام وعليه يبقى دليل الجواز بلا معارض.

«قوله قدس سره : مسئلة احتكار الطعام وهو كما في الصحاح»

يتكلم في هذه المسئلة من جهات الجهة الاولى في تفسير الاحتكار قال في الحدائق الاحتكار وهو افتعال من الحكرة بالضم وهو جمع الطعام وحبسه يتربص به الغلاء وماافاده موافق لما نقل الماتن عن الصحاح والمصباح من ان الاحتكار حبس الطعام لانتظار غلائه.

الجهة الثانية: في حكمه وانه حرام أو مكروه أو مباح وقد اختلفوا في حرمته وكراهته والعمدة النصوص الواردة عن مخازن الوحي ولابد من ملاحظتها.

فنقول من تلك النصوص ما رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الحكرة في الخصب اربعون يوماً وفي الشدة والبلاء ثلاثة ايام فمازاد على الاربعين يوماً في الخصب فصاحبه ملعون ومازاد على ثلاثة ايام في العسرة فصاحبه ملعون[1] والحديث ضعيف سنداً بالنوفلي وللرواية سند آخر وهو مخدوش ايضاً.

ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحتكر الطعام ويتربص به هل يصلح ذلك؟ قال: ان كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به وان كان الطعام قليلاً لايسع

(١) الوسائل الباب ٢٧ من ابواب آداب التجارة الحديث ١.

الناس فانه يكره ان يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام[١] والحديث لا بأس به سنداً لكن لا يدل على أزيد من الكراهة.

ومنها ما رواه ابن القداح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الجالب مرزوق والمحتكر ملعون[٢] والسند مخدوش فلا يعتد بالرواية.

ومنها ما رواه غياث عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ليس الحكرة الا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن[٣] والحديث لايدل على الحكم بل في مقام بيان الموضوع.

ومنها ما رواه حسين بن ثوير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا اصابتكم مجاعة فاعتنوا بالزبيب[٤].

وهذه الرواية لا يستفاد منها حكم الاحتكار بل لاترتبط بالمقام اصلاً فلاحظ.

ومنها ما رواه أبو مريم عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ايّما رجل اشترى طعاماً فكبسه اربعين صباحاً يريد به غلاء المسلمين ثم باعه فتصدق بثمنه لم يكن كفارة لما صنع[٥] والرواية مخدوشة سنداً.

ومنها ما رواه ابوالبختري عن جعفر بن محمد عن ابيه ان علياً عليه السلام كان ينهى عن الحكرة في الامصار فقال: ليس الحكرة

---

(١) الوسائل الباب ٢٧ من ابواب آداب التجارة الحديث ٢.
(٢) نفس المصدر الحديث ٣.
(٣) نفس المصدر الحديث ٤.
(٤) نفس المصدر الحديث ٥.
(٥) نفس المصدر الحديث ٦.

الا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن[١] والحديث ضعيف سنداً.

ومنها ما ارسله الصدوق قال: قال رسول‌الله صلى‌الله عليه وآله: لا يحتكر الطعام الا خاطىء[٢] والمرسل لا اعتبار به ومنها ما ارسله ايضاً قال: ونهى أمير المؤمنين عليه السلام عن الحكرة في الامصار[٣] والكلام فيه هو الكلام.

ومنها ما رواه السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عن النبي صلى‌الله عليه وآله قال الحكرة في ستة اشياء في الحنطة والشعير والتمر والزيت والسمن والزبيب[٤] والحديث ضعيف سنداً مضافاً الى عدم الدلالة على المدعى.

ومنها ما رواه ورام بن أبي فراس في كتابه عن النبي صلى‌الله عليه وآله عن جبرئيل قال: اطلعت في النار فرأيت وادياً في جهنم يغلى فقلت: يا مالك لمن هذا فقال لثلاثة المحتكرين والمدمنين الخمر والقوادين[٥] والحديث ضعيف سنداً.

ومنها ما رواه اسماعيل بن أبي زياد عن أبي عبدالله عليه السلام عن ابيه قال: لا يحتكر الطعام الا خاطىء[٦] والحديث لا يدل على الحرمة بل غايته الدلالة على الكراهة.

---

(١) الوسائل الباب ٢٧ من ابواب آداب التجارة الحديث ٧.
(٢) نفس المصدر الحديث ٨.
(٣) نفس المصدر الحديث ٩.
(٤) نفس المصدر الحديث ١٠.
(٥) نفس المصدر الحديث ١١.
(٦) نفس المصدر الحديث ١٢.

ومنها ما رواه محمد بن الحسين الرضي عن أمير المؤمنين عليه السلام في كتابه الى مالك الاشتر قال فامنع من الاحتكار فان رسول الله صلى الله عليه وآله منع منه وليكن البيع بيعاً سمحاً بموازين عدل واسعاً لا يجحف بالفريقين من البائع والمبتاع فمن قارف حكرة بعد نهيك اياه فنكل وعاقب في غير إسراف[1] والحديث مخدوش سنداً.

ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن الحكرة فقال: انما الحكرة ان تشتري طعاماً وليس في المصر غيره فتحتكره فان كان في المصر طعام أو متاع غيره فلا بأس ان تلتمس بسلعتك الفضل[2].

والظاهر ان الحديث يدل على الحرمة وسندها تام ظاهراً وللرواية سند آخر وذلك السند ايضاً تام وقد جعلها صاحب الوسائل الحديث الثاني من الباب.

ومنها ما رواه سالم الحناط قال: قال لي أبو عبدالله عليه السلام: ما عملك قلت: حناط وربما قدمت على نفاق وربما قدمت على كساد فحبست قال: فما يقول من قبلك فيه؟ قلت: يقولون: محتكر فقال: يبيعه احد غيرك.

قلت: ما ابيع إنا من الف جزء جزءاً قال: لا بأس انما كان ذلك رجل من قريش يقال له حكيم بن حزام وكان اذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله فمر عليه النبي صلى الله عليه وآله فقال: ياحكيم بن حزام

---

(١) الوسائل الباب ٢٧ من ابواب آداب التجارة الحديث ١٣.

(٢) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب آداب التجارة الحديث ١.

اياك ان تحتكر[١] والظاهر ان الحديث يدل على الحرمة والسند تام فالنتيجة ان الاحتكار حرام في الجملة.

الجهة الثالثة في بيان ما يجرى فيه الاحتكار وقد عين في بعض النصوص منها ما رواه أبو البختري[٢] وقد مر[٣] ان الحديث ضعيف سنداً ومنها ما رواه السكوني[٣] والرواية ضعيف سنداً.

ومنها ما رواه غياث[٤] وهذه الرواية تامة سنداً وقد رويت الرواية بسندين ولفظ الزيت في احد الطريقين دون الاخر وعند دوران الامر بين الشك في الزيادة والنقيصة يؤخذ بما فيه الزيادة فتحصل ان حكم الحكرة مختص بالامور المذكورة.

الجهة الرابعة ان حرمة الاحتكار تختص بمورد يكون البيع منحصراً في المحتكر واما لوكان غيره يبيع ما احتكره المحتكر لا تكون الحكرة محرمة لاحظ ما رواه الحلبي[٥] ولاحظ ما رواه حماد قال: وسألته عن الزيت فقال: اذا كان عند غيرك فلا بأس بامساكه[٦] ولاحظ ما رواه سالم الحناط[٧].

بل يستفاد من بعض النصوص ان حرمة الاحتكار تختص بزمان يكون الناس في ضيق واما اذا لم يكن كذلك فلا يحرم لاحظ مارواه الحلبي[٨].

---

(١) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب آداب التجارة الحديث ٣.
(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٥٠.
(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٥١.
(٤) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٥٠.
(٥) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٥٢.
(٦) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب آداب التجارة الحديث ٢.
(٧) قد تقدم فى ص ٢٥٢.
(٨) تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٤٩

الجهة الخامسة أن الاحتكار الحرام هل يكون فيه تحديد من حيث الزمان أم لا؟ الحق هو الثاني.

نعم ربما يستفاد التحديد من حديث السكوني[١] والرواية ضعيفة سنداً فلا يعتد بها ولاحظ ما رواه ابو مريم[٢] والحديث ضعيف سنداً فلا اثر له.

الجهة السادسة: انه هل يجوز اجبار المحتكر على البيع إم لا؟ ويتكلم في هذه الجهة تارة من حيث القاعدة الاولية واخرى من حيث النص الخاص اما من حيث القاعدة الاولية فلا يجوز فانه لا يحل لاحد اجبار الغير فيما يتعلق به نعم بعد فرض الحرمة يجب نهيه عنه لوجوب النهي عن المنكر.

وأما من حيث النص الخاص فيستفاد من بعض الروايات الجواز لاحظ ما رواه حذيفة بن منصور عن أبي عبدالله عليه السلام: قال: نفد الطعام على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله فاتاه المسلمون فقالوا: يا رسول الله قد نفد الطعام ولم يبق منه شي الا عند فلان فمره ببيعه قال: فحمد الله واثنى عليه ثم قال: يا فلان ان المسلمين ذكروا ان الطعام قد نفد الا شيء عندك فاخرجه وبعه كيف شئت ولا تحبسه[٣].

وهذه الرواية ضعيفة سنداً فلا يعتد بها مضافاً الى ان المذكور في الرواية فعل النبي اى امره بالبيع فلعل النبي صلى الله عليه وآله

(١) تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٤٩

(٢) تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٥٠

(٣) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب آداب التجارة الحديث ١.

استفاد من ولايته على اموال الناس فيختص بمن يكون له الولاية كالنبي واوصيائه عليهم السلام.

ويضاف الى ذلك كله انه صلى‌الله عليه وآله امر بالبيع ولم يجبر المالك ومن الظاهر ان مجرد الامر لا يدل على المدعى.

ولاحظ ما رواه ضمرة عن علي بن أبي‌طالب عليهما السلام انه قال: رفع الحديث الى رسول الله صلى‌الله عليه وآله انه مرّ بالمحتكرين فأمر بحكرتهم ان تخرج الى بطون الاسواق وحيث تنظر الابصار اليها فقيل لرسول‌الله صلى‌الله عليه وآله لو قومت عليهم فغضب رسول الله صلى‌الله عليه وآله حتى عرف الغضب في وجهه فقال: انا اقوم عليهم انّما السعر الى الله يرفعه اذا شاء ويخفضه اذا شاء[1].

ولا يمكن الاستدلال بالحديث على المدعى اذ يمكن ان النبي استفاد من ولايته على الاموال.

الجهة السابعة هل يجوز تسعير ما احتكره المحتكر ام لا؟ الظاهر هو الثاني لاحظ ما رواه حفص بن غياث عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال: كان سنين يوسف الغلاء الذي اصاب الناس ولم يتمنّ الغلاء لا حد قط قال: فاتاه التجار فقالوا: بعنا فقال: اشتروا فقالوا نأخذ كذا بكذا فقال: خذوا وامر فكالوهم فحملوا ومضوا حتى دخلوا المدينة فلقيهم قوم تجار فقالوا: كيف اخذتم قالوا: كذا بكذا واضعفوا الثمن.

---

(١) الوسائل الباب ٣٠ من ابواب آداب التجارة الحديث ١.

قال: فقدم اولئك على يوسف فقالوا: بعنا قال: اشتروا قالوا: بعنا كما بعت كذا بكذا فقال: ماهو كما يقولون ولكن خذوا فاخذوا ثم مضوا حتى دخلوا المدينة فلقيهم آخرون فقالوا كيف اخذتم قالوا: كذا بكذا واضعفوا الثمن.

قال: فعظم الناس ذلك الغلاء وقالوا: اذهبوا بنا حتى نشتري قال فذهبوا الى يوسف فقالوا: بعنا فقال اشتروا فقالوا بعنا كما بعت فقال وكيف بعت فقالوا كذا بكذا فقال: ماهو كذلك ولكن خذوا قال: فأخذوا ورجعوا الى المدينة فاخبروا الناس فقالوا تعالوا فيما بينهم حتى نكذب في الرخص كما كذبنا في الغلاء[1].

فانه يستفاد من الحديث انه لا يجوز التسعير ويستفاد المدعى من طائفة اخرى من النصوص الواردة في الباب المشار اليه فلاوجه لما ذهب اليه بعضهم من جواز التسعير فانه اجتهاد في مقابل النص فلا مجال لأن يقال انه يجوز في صورة الاجحاف لقاعدة نفي الضرر اذ لا مجال للاستدلال بالقاعدة مع النص على عدم الجواز على الاطلاق.

مضافاً الى أن الاجحاف اذا كان سبباً لجواز التسعير يلزم جوازه في كل مورد يكون كذلك ولايختص بباب الاحتكار وهل يمكن الالتزام به؟ ويضاف الى ذلك انه معارض بالضرر الوارد على البايع فان منعه عن اعمال قدرته ضرر عليه.

اضف إلى ما ذكر ان دليل لا ضرر لا يتصدي للاثبات بل يدل على

---

(١) الوسائل الباب ٣٠ من ابواب آداب التجارة الحديث ٩.

النفي وبالاضافة الى جميع ما ذكران قاعدة لا ضرر تدل على النهي اي ان الاضرار حرام فيجوز نهي البايع من باب النهي عن المنكر لازيد من هذا ولكن هل يمكن الالتزام بحرمة البيع بالثمن الغالي مع ان الناس مسلّطون على اموالهم؟

الجهة الثامنة: انه هل يختص الاحتكار بحبس الطعام الذي اشتراه أو يكون اعم يمكن ان يقال بالاختصاص للنص لاحظ مارواه الحلبي[1] فان المستفاد من الحديث ان الموضوع للحكم الاحتكار الخاص لا مطلقه.

«قوله قدس سره: خاتمة ومن اهم آداب التجارة الاجمال في الطلب والاقتصاد فيه ففي مرسلة ابن فضال» الخ

لاحظ ما ارسله ابن الفضال عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ليكن طلبك للمعيشة فوق كسب المضيع ودون طلب الحريص الراضي بدنياه المطمئن اليها ولكن أنزل نفسك من ذلك بمنزلة المنصف المتعفف ترفع نفسك عن منزلة الواهن الضعيف وتكسب ما لابد منه ان الذين اعطوا المال ثم لم يشكروا لا مال لهم[2].

وما رواه ابو حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله في حجة الوداع: الا ان الروح الامين نفث في روعي انه لاتموت نفس حتى تستكمل رزقها فاتقوا الله واجملوا في الطلب ولا يحملنكم استبطاء شيء من الرزق ان تطلبوه بمعصية الله فان الله تبارك وتعالى قسم الارزاق بين خلقه حلالاً ولم

(١) تقدم ذكر الحديث في ص ٢٥٢.

(٢) الوسائل الباب ١٣ من ابواب مقدمات التجارة الحديث ٣.

يقسمها حراماً فمن اتقى الله وصبر أتاه الله برزقه من حله ومن هتك حجاب الستر وعجّل فأخذه من غير حلّه قص بـه من رزقه الحلال وحوسب عليه يوم القيامة[١].

وعن أبي عبدالله عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام كثيراً ما يقول اعلموا علماً يقيناً ان الله جل وعز لم يجعل للعبد وان اشتد جهده وعظمت حيلته وكثرت مكائده ان يسبق ما سمّي له في الذكر الحكيم ولم يخل من العبد في ضعفه وقلّة حيلته ان يبلغ ما سمّي له في الذكر الحكيم الحديث[٢].

وفي رواية عبدالله بن سليمان قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول ان الله عزوجل وسّع في ارزاق الحمقى ليعتبر العقلاء ويعلموا ان الدنيا ليس ينال ما فيها بعمل ولاحيلة[٣] وفي مرفوعة سهل بن زياد رفعه قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: كم من متعب نفسه مقتر عليه ومقتصد في الطلب قد ساعدته المقادير[٤].

وفي رواية علي بن عبدالعزيز قال: قال أبو عبدالله عليه السلام ما فعل عمر بن مسلم قلت: جعلت فداك اقبل على العبادة وترك التجارة فقال: ويحه اما علم ان تارك الطلب لا يستجاب له ان قوماً من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله لمّا نزلت «ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ويرزقه من حيث لا يحتسب» اغلقوا الابواب

---

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب مقدمات التجارة الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ١٣ من ابواب مقدمات التجارة الحديث ٤.

(٣) نفس المصدر الحديث ١.

(٤) نفس المصدر الحديث ٢.

واقبلوا على العبادة وقالوا قد كفينا فبلغ ذلك النبي صلى‌الله عليه وآله فأرسل اليهم فقال ماحملكم على ما صنعتم فقالوا: يا رسول الله تكفل لنا بارزاقنا فاقبلنا على العبادة فقال انه من فعل ذلك لم يستجب له عليكم بالطلب[1].

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب مقدمات التجارة الحديث ٧.

فى تعريف الخيار

«قوله قدس سره: الاولى الخيار لغة اسم مصدر من الاختيار» الخ

قد ذكر الماتن في المقدمة الاولى اموراً. الامر الاول: ان لفظ الخيار اسم مصدر من الاختيار وقال الطريحي في مجمع البحرين والخيار هو الاختيار. وعن المصباح انهما لغتان بمعنى واحد والظاهر ان الخيار بمعنى الاختيار فانه يفهم من موارد استعمالاته لانا لانرى فرقاً بين ان يقال لي الاختيار في الامر الفلاني وأن يقال لي الخيار في ذلك الامر فلا فرق بين لفظي الاختيار والخيار من حيث المعنى.

الامر الثاني: انه غلب في كلمات جماعة من المتأخرين في ملك فسخ العقد فنقل عن معناه اللغوي الى معنى جديد ولكن يمكن ان يقال ان استعماله في ملك فسخ العقد بلحاظ المعنى الاصلي اي يكون لذي الخيار فسخ العقد.

وبعبارة اخرى الخيار عبارة عن كون زمام امر شيء بيد من له الخيار فتارة يكون متعلقه الفعل الخارجي كالقيام والقعود واخرى يكون متعلقه الامر الاعتباري فكل داخل تحت معنى واحد ومفهوم فارد فيشمل خيار الفسخ على مقتضى ذلك المعنى اللغوي والظاهر

عدم شموله لرد المالك العقد الفضولي وكذلك لا يشمل ردالوارث العقد على مازاد على الثلث وكذلك رد العمة والخالة اذ الفسخ متفرع على تحقق العقد والمفروض ان العقود المذكورة لا تؤثر الا باجازة من بيده الامر ولا موضوع للفسخ.

الا ان يقال ان المقصود هذا المعنى فان المالك له ان يجيز وان لايجيز والامر سهل.

الامر الثالث: انه قدس سره فرق بين الحكم والحق وقال لعلّ التعبير بالملك للتنبيه على ان الخيار من الحقوق لا من الاحكام والحق ان يقال لا فرق بين الحق والحكم فان الحق في مقابل الباطل ولذا يصح ان يقال لي حق شرب الماء واكل الخبز والنظر الى المحارم الى غيرها كما يصح أن يقال لي حق الخيار وايضاً يصح ان يقال ليس لزيد حق شرب الخمر وضرب اليتيم فالحق مقابل الباطل ولذا يقال هذا الكلام حق وهذا التصرف حق.

نعم الحق على قسمين احدهما قابل للاسقاط كبعض اقسام الخيار ثانيهما غير قابل للاسقاط فلا فرق بين نوعي الخيار الا من حيث الاثر والملكية عبارة عن السلطة والمفروض ان السلطة لا تختص بخصوص ما يكون قابلاً للاسقاط فلاحظ.

الامر الرابع: ان الماتن قد ذكر انه قد عرف الخيار بملك اقرار العقد وازالته وقد اورد عليه بانه ما المراد من الاقرار فان كان المراد من الاقرار عدم الازالة فذكره مستدرك اذ القدرة لا تتعلق باحد الطرفين فملك الازالة يكفي وان كان المراد من الاقرار جعله غير قابل للفسخ فيرجع الى اسقاط الخيار فالخيار عرف بنفسه.

ويمكن ان يقال انه ليس دورياً فان تثبيت العقد جعله بنحو غير قابل للفسخ ومن اسبابه اسقاط الخيار فلا يلزم الدور.

ولنا ان نقول قوام الخيار بالقدرة على الازالة وتركها ولا يتقوم باثبات العقد وعدم امكان فسخه فلا تنافي بين الامرين والخيارات التي لاتكون قابلة للاسقاط من هذا القبيل.

الامر الخامس: ان المتبادر من الخيار المعنى الاصطلاحي والا ففي الاخبار قد اطلق على غير هذا المعنى فانه اطلق على خيار المالك بين الرد والامضاء اقول قد تقدم منا ان جميع الاستعمالات من واد واحد وانما الاختلاف في المتعلق.

«قوله قدس سره : الثانية غيرذكرواحد تبعاً للعلامة فى كتبه ان الاصل فى البيع اللزوم» الخ

وقد وقع الكلام في انه ما المراد من الاصل وقد ذكرت في المقام احتمالات: الاحتمال الاول: أن يكون المراد منه الراجح.

ويرد عليه كما في كلام الماتن انّه ان كان منشأ الرجحان غلبة افراد اللازم فلا يكون الامركذلك اذمامن بيع الا وفيه خيار المجلس وان كان المراد الغلبة من حيث الزمان فلا اثر له اقول مضافاً الى ما ذكر لااثر للغلبة فان غايته حصول الظن الذي لايغني عن الحق شيئاً.

الاحتمال الثاني : ان يكون المراد من الاصل استصحاب بقاء الملكية بعد الفسخ وقال الشيخ قدس سره: هذا حسن ويرد عليه انا ذكرنا في بحث الاستصحاب ان استصحاب بقاء الحكم الكلي دائماً معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد فهذا الاحتمال ايضاً لا يمكن الاخذ به.

الاحتمال الثالث: ان نقول وضع البيع لوخلي وطبعه على اللزوم وانقطاع علاقة البايع عن المبيع وانقطاع المشتري عن الثمن بخلاف الهبة فان وضعها على خلاف البيع حيث ان الجواز في الهبة اصل اولي.

ويرد عليه أن الاصل بهذا المعنى لا يترتب عليه اثر عند الشك بحيث يكون مرجعاً عنده واثبات الخيار يكون محتاجاً الى الدليل.

الاحتمال الرابع: ان يكون المراد من الاصل القانون المستفاد من الشرع بان في كل مورد يشك في الخيار وعدمه يحكم بعدمه وكون العقد باقياً بحاله وهذا هو الصحيح فان قوله تعالى «أوفوا بالعقود» يقتضى اللزوم بتقريب ان الامر بالوفاء لا يكون تكليفاً اذ من الواضح ان الفسخ ليس حراماً وعدم الفسخ ليس واجباً فيكون ارشاداً الى عدم تأثير الفسخ ففى كل مورد يشك في لزوم بيع وعدمه يحكم باللزوم بمقتضى وجوب الوفاء وهذا البيان تام ظاهراً ولا خدشة فيه.

وفي المقام اشكال وهو ان الخيار تارة يكون بالتعبد الشرعي كخياري المجلس والحيوان واخرى يكون بالجعل أما القسم الاول فلا يتوجه به اشكال.

وأما الثاني فيرد فيه الاشكال وهو انه كيف يمكن اجتماع البيع مع جعل الخيار وكان سيدنا الاستاد قدس سره يقول مرجعه الى قول البايع بعتك الى زمان قولي فسخت فلا تنافي بين البيع وجعل الخيار واعماله اذ قول ذي الخيار فسخت انتهاء التمليك.

ويرد عليه ان الفسخ عبارة عن ازالة الملكية فلابد من فرض وجودها في الرتبة السابقة كي يرد عليها الازالة.

وبعبارة اخرى الفسخ بمثابة القطع الخارجي وهل يمكن تحقق القطع وصدقه بلا فرض الوصل قبله.

وكان سيدنا الاستاذ قدس سره توهم التنافي بين اعتبار الملكية المستمرة وجعل الخيار وحق الفسخ والحال انه ليس كذلك فان البايع يعتبر ملكية العين للمشتري في قبال الثمن مستمراً الى زمان انعدام العين على الاطلاق أي بلا تقيد اعتباره بقيد وبحادث من الحوادث فكما ان نزول المطر من السماء وعدمه لا يؤثر ولا يقيد اعتباره كذلك الفسخ المتأخر عن البيع وعدمه لا يؤثر ولا يقيد.

وبعبارة واضحة: كون المبيع مملوكاً للمشتري الى آخر ازمنة العين اعم من ان يتحقق فسخ أم لا؟

وببيان آخر نقول البيع عبارة عن تمليك العين من المشتري الى زمان انعدامها ولا ينافيه جعل الخيار بان يجعل الشارط لنفسه حق ازالة الملكية المذكورة كما ان الامر في النكاح كذلك فان الزوجة تجعل نفسها زوجة للزوج وتعتبر الزوجية بينهما الى زمان وفاتها او وفاته ومع ذلك يمكن ان يجعل لنفسها حق طلاقها فالزوجية مستمرة على كل حال لا انها موقتة ومحدودة بالطلاق فلا اشكال في جعل الخيار من هذه الناحية.

فانقدح ان الفسخ كالطلاق يتوقف على استمرار متعلقه واولاه لا يصدق عنوان الازالة أو الطلاق اذ الازالة متوقف على وجود متعلق الازالة كي يصدق عنوانها ومع عدمه لا متعلق للقطع والازالة فلا يصدق العنوان.

«قوله قدس سره: مع انه لا يناسب ما في القواعد» الخ

يمكن ان يكون وجه عدم المناسبة ان الافراد الغالبة لا تشمل

الفرد النادر فلا يصح التعبير بالخروج اذ الخروج فرع الدخول فلاحظ.

«قوله قدس سره: لكنه مع عدم تمامه تكلف» الخ.

قد ذكر في وجه عدم التماميـة ان الحصر المذكور منقوض بالجواز في عقد الفضولي والجواز في المعاطاة والامر سهل.

«قوله قدس سره: والمراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد في نفسه» الخ

تقريب الاستدلال بالاية على اللزوم انه يجب بحكم الاية ترتيب الاثار على العقد كي يصدق عنوان الوفاء الواجب فلو عقد البيع وملك داره به من المشتري يكون الوفاء بهذا العقد ان يسلم الدار منه ولا يتصرف فيها بدون اذنه لا خارجاً ولا اعتباراً فيجب عليه ترتيب آثار ملكية الدار للمشتري ويستفاد من هذا التكليف الوضع وهو عدم تأثير الفسخ فلا مجال لان يقال الكلام في تأثير الفسخ وعدمه فلو لم يكن الفسخ مؤثراً يكون البيع لازماً فتحصل ان اللزوم الوضعي يثبت بالايجاب التكليفي المتعلق بالوفاء.

ويرد عليه ان الوفاء بالعقد انما يتحقق بعدم رفع اليد عن نفس العقد مثلاً اذا تعهد زيد ان يزور الامام الرضا عليه السلام في كل يوم فتارة يكون متذكراً لعهده ويزور واخرى ينسى عهده وثالثة يرفع اليد عن عهده.

اما في الصورة الاولى فيصدق انه وفى بعهده وأما في الصورة الثانية فلا يصدق عدم الوفاء اذ المفروض انه معذور لنسيانه.

وأما في الصورة الثالثة فيصدق انه لم يف بعهده ورفع اليد عن

عهده وهل يتصور انه لم يرفع اليد عن عهده ولا يزور بلامانع الظاهر انه لا يتصور فانه كيف يمكن ان يكون التعهد بشيء باقياً ولا يتبعه العمل الخارجي فعلى هذا الاساس نقول البايع للدار مثلاً اما يلتزم بعقده وبيعه ويرى ان المشتري للدار مالكاً لها ومع ذلك يتصرف في الدار عدواناً واما يتصرف في الدار بعد رفع يده عن العقد وفسخه.

أما على الاول فلا مجال للاستدلال بالاية على اللزوم اذ البايع يرى ان المشتري مالك للدار ومعترف به فيرى ان العقد بحاله.

وأما على الثاني فلا مجال للاستدلال اذ بعد الفسخ لا يكون العقد باقياً كي يترتب الاثر عليه فالاشكال ليس من ناحية التمسك بالدليل في الشبهة المصداقية بل الاشكال من ناحية القطع بعدم بقاء الموضوع.

ولو تنزلنا وقلنا انه يشك في بقائه وعدمه يكفي لعدم جواز الاستدلال انه لايجوز الاخذ بالدليل مع الشك في المصداق ان قلت يستصحب بقائه قلت: يرد عليه اولاً انه رجوع من الاية الى الاستصحاب.

وثانياً ان استصحاب المجعول معارض باستصحاب عدم جعل الزائد فالصحيح في مقام الاستدلال بالاية ان يقال المستفاد منها وجوب اتمام العقد أي عدم رفع اليد عنه وعدم فسخه ومن الظاهر ان الفسخ بما هو لا يكون حراماً فيفهم ان الفسخ لايتحقق ولايؤثر.

وببيان أوضح ان العقد والعهد والالتزام والبناء مع بقائها لا يعقل ان لا يترتب عليها آثارها فلا يتصور العدم كي يقال يجب الترتيب وانما المتصور رفع اليد عن نفس العهد والالتزام فالاية

تدل على حرمة فسخ العزائم ونقض الهمم ومن الظاهر ان رفع اليد بنفسه لا يكون حراماً ولا يوجب الفسق والخروج عن العدالة فيكون المقصود بقائه محفوظاً في وعاء الشرع والامر بالوفاء ارشاد الى هذه الجهة فالعقد لازم شرعاً.

ولما انجر الكلام الى هنا يناسب بل يلزم أن نذكر نكتة مهمة جداً وهي ان العقد قد فسر في لسان المعصوم عليه السلام بمطلق العهد لاحظ ما رواه علي بن ابراهيم في تفسيره عن النضر بن سويد عن عبدالله ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قوله «أوفوا بالعقود» قال بالعهود[1].

والظاهر ان الرواية تامة سنداً وعليه نقول اذا تعهد شخص بشيء كما لو عقد قلباً أن يزور كل ليلة الجمعة الامام الرضا عليه السلام يجب ولا يمكنه ان يرفع اليد عن عهده وعقده لوجوب الوفاء بالعقد بمقتضى قوله تعالى فلابد في التفصي عن هذه العويصة من مخرج صحيح والظاهر إنه لا مخرج له الا التسالم والضرورة.

«قوله قدس سره: فان حلية البيع التي لا يراد منها الا جميع التصرفات» الخ.

تقريب الاستدلال ان يقال المراد من حلية البيع حلية تصرف كل من المتعاملين فيما انتقل اليه على الاطلاق أي قبل الفسخ وبعده فيفهم ان العقد لازم اذ لو كان جايزاً كان مقتضى الفسخ انتقال العين الى مالكها الاول فلا يجوز التصرف فيها لعدم جواز التصرف في مال الغير بلا اذنه فمن الحكم بالجواز يفهم لزوم العقد هذا تقريب الاستدلال بالاية على المدعى.

---

(١) تفسير القمي ج١ ص ١٦٠.

ويرد على الاستدلال ان الا حلال عبارة عن جعل الشيء حلالاً ويظهر هذا المعنى من التقابل الواقع في الاية بين احلال البيع وتحريم الربا والربا عبارة عن الزيادة و تعلقت الحرمة بها فيعلم ان الربا لا تصير مملوكة للطرف بالملازمة اذ لوكانت مملوكة لم يكن وجه لحرمتها ويستفاد من مقابلها وهو احلال البيع انه حلال وبالملازمة العرفية يفهم ان البيع صحيح وضعاً اذ مجرد الحلية التكليفية لا اثر له فلامجال لاستفادة اللزوم من الاية الشريفة بالتقريب المتقدم ذكره.

نعم يمكن الاستدلال على المدعى بالاية بتقريب آخر وهو ان مقتضى اطلاق احلال البيع وحليته حلية جميع الافراد المتصورة للبيع فانه مقتضى الاطلاق ومن الافراد المتصورة ان يبيع زيد داره من بكر ويملكه على الاطلاق حتى بالنسبة الى ما بعد الفسخ.

وبعبارة واضحة تمليك العين من قبل البايع للمشتري ليس تمليكاً موقتاً بيوم أو شهر أو سنة وايضاً غير مقيد بحرارة الهواء وبرودته الى غير ذلك بل تمليك على الاطلاق ومن جملة الحوادث الممكنة عروض الفسخ فلابد بالنسبة الى هذا الحادث اما يكون التمليك مقيداً واما يكون مهملاً واما يكون مطلقاً.

أما التمليك الموقت بزمان خاص فهو غير معهود في البيع وأما الاهمال فهو غير معقول في الواقع فيكون الامر منحصراً في الاطلاق فاذا فرض الاطلاق وقد فرض انه قسم من البيع ومن ناحية اخرى اطلاق حلية البيع يمضيه فتكون النتيجة اللزوم بالتقريب المذكور.

ثم ان الشيخ قدس سره أورد على نفسه بانه لو شك في تأثير الفسخ لا ينفع الاطلاق بل يحتاج الى الاستصحاب.

أقول: يمكن أن يكون مراده مما أفاده انه بعد الفسخ يشك في بقاء البيع وعدمه ومع الشك في الموضوع لا مجال للاخذ باطلاق الحكم فلابد من جريان الاستصحاب في الموضوع ويحتمل انه بعد الفسخ لا يكون التصرف جايزاً إذ مع الفسخ المؤثر لا مجال للجواز ويحتاج الى استصحاب الجواز.

وما افاده على كلا التقديرين غير تام.

أما على الاول فلان الموضوع هو البيع ولا مجال لان يشك فيه فان الشيء لا ينقلب عما هو عليه وبعبارة اخرى إذا كان مفاد الاية انه لو تحقق البيع يجوز التصرف على الاطلاق لا مجال للاشكال اذ المفروض تحقق البيع فيترتب عليه جواز التصرف في العين مضافاً الى انه لو وصلت النوبة الى الاستصحاب يقع التعارض بين الاصل الجاري في المجعول والجعل.

وأما على الثاني فلا مجال لرفع اليد عن الاطلاق فان مقتضاه جواز التصرف فيما انتقل اليه وجواز التصرف فيه يستلزم اللزوم كما تقدم مضافاً الى ان الاستصحاب في الحكم الكلي معارض باصالة عدم الجعل الزائد كما تقدم آنفاً فلاحظ.

«قوله قدس سره: ومنه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم باطلاق حلية اكل المال» الخ.

وتقريب الاستدلال ان المستفاد من الاية جواز التصرف في المال المنتقل الى المتصرف بالتجارة ومقتضى الاطلاق عدم الفرق بين التصرف الواقع قبل الفسخ وبعده وبهذا الاطلاق يكشف لزوم العقد.

ويرد عليه أن المستفاد من الاية الشريفة ليس جواز التصرف بل المراد ان تملك اموال الناس على نحوين.

أحدهما: ما يكون بالسبب الباطل كما لوكان بالسرقة أو القمار أو إمثالهما.

ثانيهما: ما يكون بالسبب الشرعي كالتجارة عن تراض فلامجال لذلك التقريب لاثبات المدعى نعم يمكن اثبات الدعوى بتقريب آخر وهو ان مقتضى اطلاق التجارة عدم الفرق بين انواعها ومن تلك الانواع التملك المطلق أي بلا فرق بين تحقق الفسخ وعدمه مثل التقريب الذي سبق في آية احلال البيع.

وبهذا التقريب يمكن اثبات المدعى ولا يتوجه اليه ما افاده الشيخ من انه لابد من التوسل بذيل الاستصحاب وقد تقدم تقريب اشكاله مع رده.

ويمكن أن يكون نظره الى انه مع الشك لابد من اجراء استصحاب عدم تأثير الفسخ.

ويرد عليه انه ما المراد من عدم تأثير الفسخ فان كان المراد ان العقد كان لازماً في زمان والان كما كان فيرد عليه انه متى كان العقد لازماً وان كان المراد ان الملكية كانت ثابتة قبل الفسخ والان كما كانت.

فيرد عليه ان استصحاب بقاء الملكية معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد وإن كان المراد استصحاب عدم جعل الخيار بان نقول نشك في بقاء الملكية بعد الفسخ والشك في بقاء الملكية ناش ومسبب عن الشك في جعل الخيار فيجري الاصل في عدم جعل الخيار فيترتب عليه اللزوم لان الاصل الجاري في السبب حاكم على الاصل الجارى

في المسبب.

وببيان آخر ان بقاء الملكية بعد الفسخ اثر شرعي وحكم لعدم جعل الخيار فالتسبب شرعي.

فيرد عليه ان البيان المذكور ليس الا مغالطة وعند التأمل لا يرجع الى محصل اذ من الظاهر ان الحكم الشرعي ليس الا اعتبار الشارع فانه يرتب الحكم الفلاني على الموضوع الكذائي وليس الحكم الشرعي مرتبطاً بباب العلة والمعلول والسبب والمسبب وعليه نقول الشك في بقاء الملكية وعدم بقائها ناش عن ان الجعل الشرعي تعلق بالملكية الطويلة أو تعلق بالملكية القصيرة فيقع التعارض بين بقاء المجعول بالاستصحاب المتعلق به واستصحاب عدم الجعل الزائد.

وببيان واضح نقول يتعلق الشك بان الشارع الاقدس هل حكم بالملكية الى زمان الفسخ أو حكم بالملكية على الاطلاق؟ ومقتضى استصحاب بقاء المجعول بقائها بعد الفسخ أيضاً ومقتضى عدم الجعل الزائد عدم بقائها بعده وهذا هو التعارض الواقع بين الاستصحابين في كل مورد يكون الشك في بقاء الحكم الكلي.

نعم لوكان الشك في البقاء من جهة الشبهة الموضوعية يجري الاستصحاب في السبب ويترتب عليه المسبب ولا تعارض مثلاً لو توضأ زيد يبقى وضوئه الى ان يحدث له النوم أو غيره فاذا شك في النوم وعدمه يجري استصحاب عدم النوم اذ قد علم من الشرع ان الطهارة ترتفع بالنوم وتبقى عند عدمه فاذا اجرى الاستصحاب في عدم النوم واحرز بالاستصحاب يترتب عليه بقاء الطهارة فلاحظ.

ثم انه لا وجه ظاهراً في تفريق الوجه الاول أي الاستدلال بوجوب

الوفاء بالعقد عن الوجهين أي حلية البيع والتجارة في الاشكال فانه قدس سره خصّص ايراده بالوجهين الاخرين والحال انه لا فرق بين الوجوه الثلاثة من هذه الجهة فان الاشكال اذا كان وارداً يرد على الوجه الاول أيضاً والا فلا بلا فرق فلاحظ.

قوله قدس سره : ومنها قوله تعالى «ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل»» الخ

بتقريب ان المراد بالاكل التصرف في مال الغير بكل سبب باطل واما الاكل بالاسباب الشرعية كاكل المارة وامثاله فلا يكون باطلاً بل يكون جايزاً.

ويرد على التقريب المذكور اولاً ان المراد من الاكل تملك مال الغير لا التصرف فيه.

وثانياً ان الممنوع التصرف بالباطل وكون الفسخ باطلاً اول الكلام والاشكال والاخذ بالدليل في الشبهة المصداقية غير جايز كما حقق في محله.

وثالثاً انه ما المانع عن الاخذ بدليل البرائة وقاعدة قبح العقاب بلا بيان اذا عرفت ما تقدم نقول يمكن الاستدلال بالاية على المدعى بنحو آخر وهو ان المراد من الاكل في الاية التملك فيستفاد من الاية الشريفة ان تملك مال الغير باي نحو باطل والسبب الوحيد الذي لا يكون باطلاً التجارة عن تراض.

وبعبارة واضحة النهي عن التملك ارشاد الى فساده والعرف يفهم من الاية حصر الحلية في خصوص التجارة عن تراض فكل سبب للاكل اى التملك باطل الا سبب واحد وهي التجارة عن تراض.

«قوله قدس سره : ومما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله صلى الله عليه وآله لايحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه»

لاحظ ما رواه سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث إن رسول‌الله صلى‌الله عليه وآله قال من كانت عنده امانة فليؤدها الى‌من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرىء مسلم ولاماله الا بطيبة نفسه.

بتقريب ان المستفاد من‌الحديث عدم‌جواز التصرف في‌مال‌الغير بلا اذنه فاذا انتقل المبيع بالبيع الى ملك المشتري ليس للبايع التصرف فيه بلا اذنه فيكشف ان‌فسخ البايع لا اثر له فالبيع يكون لازماً.

ويرد عليه انه لابد في ترتب الحكم على موضوعه‌من‌بقاء ذلك الموضوع والمفروض انه بعد الفسخ يحتمل رجوع العين الى ملك مالكها الاول فلا مجال للاخذ باطلاق دليل عدم حل التصرف فان الاخذ بالدليل لايجوز اذا كانت الشبهة مصداقية واثبات بقائها في ملك المشتري بالاستصحاب رجوع اليه.

مضافاً الى ان الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد ان قلت مقتضى عدم جواز التصرف عدم جواز الفسخ قلت الفسخ حل العقد.

وبعبارة اخرى: الفسخ تصرف في العقد لا في العين ورجوع العين ببركة حل العقد مضافاً الى ان التصرف الاعتبارى في مال الغير لا يكون حراماً قطعاً فانه لا إشكال في عدم حرمة بيع مال‌الغير بلا تصرف خارجي فيه ويضاف الى ذلك كله ان النهى التكليفي

---

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب مكان المصلى الحديث ١.

لا يستلزم المنع الوضعي.

«قوله قدس سره : ومنها قوله صلى‌الله عليه وآله وسلم الناس مسلطون على اموالهم»[1]

بتقريب انمقتضى الحديث كون الشخص مسلطاً على ماله وأمره بيده وهذاينافي تصرف الغير فيه واخراجه عنملكه بلا رضاه ويرد عليه اولاً ان الحديث ضعيف سنداً ولا جابر له وثانياً ان الفاسخ يتصرف في العقد لا في المال وان شئت قلت لا تنافي بين كون المالك مسلطاً علىماله بان يكون له كل تصرف يكونللملاك شرعاًو بين جعل خيار الفسخ للغير.

«قوله قدس سره : ومنها قوله صلى‌الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم»

عن منصور بزرج عن عبد صالح عليه السلام قال قلت له انرجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانتمنه فأراد ان يراجعها فابت عليه إلا ان يجعل لله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها فاعطاها ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع فقال بئس ما صنع وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار قل له فليف للمرأة بشرطها فان رسول الله صلى‌الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم[2].

بالتقريب المتقدم في الاستدلال على المدعى بقوله تعالى«أوفوا بالعقود» وتقدم الاشكال في الاستدلال بالاية ويجري ذلك الاشكال

---

(١) بحار الانوار ج ٢ ص ٢٧٢.

(١) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث٤ وتهذيب الاحكام ج٧ ص٣٧١ الحديث ٦٦.

في المقام ايضاً طابق النعل بالنعل.

واجماله ان الشارط مع بقاء التزامه بالشرط والتزامه وعدم رفع يده عنه لا يمكن أن لا يرتب الاثر الخارجي واما مع رفع يده عن الشرط والتزامه الاولي فلا يكون الموضوع باقياً فيكون الاخذ بوجوب ترتيب الاثر من الاخذ بالدليل مع القطع بزوال الموضوع.

ومع التنزل يكون من الاخذ بالدليل مع الشك في المصداق ومن الظاهر عدم جواز الاخذ بالدليل مع الشك في الموضوع كما انه لا يجوز مع القطع بالزوال فلابد من الاستدلال بنحو آخر.

وهو ان نقول انه بحكم الشارع الاقدس أن الذي يشترط شرطاً لا يفترق عن شرطه وهو عنده والشرط يلازمه لكن الاشكال تمام الاشكال كما هو مذكور في كلام الشيخ قدس سره ان الشرط لايصدق على الالتزام الابتدائي بل عنوان الشرط متقوم بالارتباط بين امرين والشريط يطلق على الحبل الرابط بين شيئين فلا مجال للاستدلال على المدعى بدليل الشرط.

«قوله قدس سره : وانه اذا افترقا وجب البيع»

لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال: ايما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا فاذا افترقاوجب البيع[1].

فان مقتضى هذه الطائفة من النصوص لزوم البيع بعد الافتراق عن مجلس البيع وتوهم ان اللزوم بعد الافتراق حيثيتي اي النصوص ناظرة الى سقوط الخيار وعدمه من حيث خيار المجلس فلا ينافي

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

الحكم باللزوم مع ثبوت الخيار من ناحية اخرى فاسد فان الاحتمال المذكور مناف مع الاطلاق المتحقق بمقدماته وحمل الكلام على الحكم الحيثي خلافَ القاعدة الاولية والمحاورات العرفية العقلائية فلاحظ.

«قوله قدس‌سره: وقد عرفت ان ذلك مقتضى الاستصحاب ايضاً»

وقد عرفت انه معارض باستصحاب عدم جعل الزائد وبالتعارض يتساقطان فتصل النوبة الى البرائة ومقتضاها جواز التصرف ولكن لاتصل النوبة الى التقريب المذكور بعد وفاء ادلة اللزوم به.

«قوله قدس‌سره: ربما يقال ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين» الخ

فان مقتضى الاستصحاب المذكور بقاء العلاقة المتعلقة بالعين للمالك الاول ويرد عليه انه ان اريد بها العلاقة المتفرعة على الملك والمتقومة بها فلا اشكال في زوالها بزوال الملكية وان اريد بها العلاقة الحادثة بعد زوال الملكية فالاصل عدمها فان كل حادث مسبوق بالعدم ومقتضى الاستصحاب عدم حدوثه.

وان اريد بها الخيار الثابت في المجلس فان مقتضى الاستصحاب بقائه فيرد عليه اولاً انه لا مجال له فيما لايتحقق الخيار كما لو اشترط سقوطه في ضمن العقد.

وثانياً ان مقتضى قوله عليه السلام فاذا افترقا وجب البيع سقوطه كما تقدم وثالثاً إنه لو وصلت النوبة الى الشك فالمرجع عموم العام لااستصحاب الحكم الخاص ومقتضى العموم وجوب الوفاء وهو اللزوم عند الشك ورابعاً إن الاستصحاب المذكور معارض باستصحاب

عدم الجعل الزائد فلا مجال للتقريب المذكور.

«قوله قدس سره : فتأمل»

لعله يشير بالامر بالتأمل الى إنه لا مجال للاستصحاب مع وجود الامارة وهو العموم كقوله تعالى احل الله البيع.

«قوله قدس سره : نعم هو حسن في خصوص المسابقة»

لم يظهر لي تقريب الاصل بنحو يفيد إذ لا اشكال في ان العقد اللازم ما لا ينفسخ بالفسخ والعقد الجايز ما ينحل بالفسخ وعليه نقول يمكن تقريب الاصل المذكور بان نقول العقد الفلاني قبل تحققه لم يكن لازماً والان كما كان.

لكن الاصل المذكور لا يثبت كون العقد جايزاً الا على تقدير القول بالاثبات الذي لا نقول به مضافاً الى انه يعارضه اصل عدم كونه جايزاً بالتقريب المذكور وبعبارة واضحة لامجال لاثبات احد الضدين باصالة عدم الضد الاخر ويضاف الى ذلك ان المرجع في الشك في اللزوم والجواز عموم وجوب الوفاء بالعقود بلا فرق بين المسابقة وغيرها فالتوسل بالاصل لا حسن فيه حتى في المسابقة وشبهها فلاحظ.

«قوله قدس سره : ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لاصالة اللزوم»

حاصل مرامه في المقام انه تارة يشك في اللزوم والجواز من جهة الشبهة الحكمية واخرى من جهة الشبهة الموضوعية اما القسم الاول فيؤخذ بعموم العام ويحكم بكونه عقداً لازماً.

وأما القسم الثاني فان قلنا ان الميزان الاخذ بالعموم في الشبهة

المصداقية فالامر ظاهر واما اذ لم نقل بذلك تصل النوبة الى استصحاب الاثر وعدم زواله.

ويرد عليه ان استصحاب الاثر معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد فما الحيلة وما الوسيلة فنقول لو شك في اللزوم والجواز في عقد فتارة يكون الاصل موضوعي يعيّن أحد القسمين واخرى لايكون.

أما القسم الاول فيؤخذ بذلك الاصل الموضوعي ويحكم على طبقه مثلاً لو علمنا بالهبه وشك في أن الواهب قصد القربة كي تكون الهبة لازمة ام لم يقصدها كي تكون جايزة فيما تكون لغير ذي رحم يكون مقتضى الاصل عدم قصد القربة فنقول تحقق الهبة وجداني ونشك في قصد القربة وعدمه فيحرز عدمه بالاصل فتكون جايزة اذ كل هبة جايزة الا الهبة القربية كما انه لو علمنا بتحقق البيع ونشك في جعل الخيار نحرز عدمه بالاصل فنحكم باللزوم بمقتضى وجوب الوفاء بالعقد.

وأما اذا لم يكن اصل موضوعي ينقح المورد كما لو شك في العقد الصادر انه بيع أو هبة يكون مقتضى اصالة عدم كونه هبة لزوم العقد فان كل عقد لازم الا العقد الفلاني والاصل عدمه واصالة عدم كونه بيعاً لايثبت كونه هبة الاعلى القول بالاثبات لكن هذا التقريب انما يتم على القول بتمامية استصحاب العدم الازلي واما لو لم نقل به فتصل النوبة إلى القرعة ان تم اطلاق دليلها والا فلا مناص عن الصلح والتسالم.

«قوله قدس سره : بمعنى استصحاب الاثر»

لا مجال للاستصحاب المذكور حيث انه قد ذكرنا مراراً ان

الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم جعل الزائد.

«قوله قدس سره: فان الاصل عدم قصد القربة»

فيكون من قسم الموضوع المركب من الوجدان والاصل فانه تمليك وجداناً واما قصد القربة فيحكم بعدمه بالاصل.

«قوله قدس سره : فيحكم بالهبة الجايزة»

هذا على تقدير ان الجواز يترتب على التمليك وعدم قصد القربة واما ان قلنا ان الهبة عنوان بسيط في مقابل الصدقة فلا يمكن اثباتها الاعلى القول بالاثبات الذى لانقول به ولكن الظاهران الهبة عبارة عن التمليك المجاني وعدم قصد القربة فيكون الموضوع مركباً فيمكن احراز احد جزئيه بالوجدان والاخر بالاصل.

«قوله قدس سره : واما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سايرآثار العقد اللازم كما اذا اريد تعيين البيع عند الشك فيه وفى الهبة فلا» الخ

لان مرجعه الى المثبت الذي لا نقول به وبعبارة اخرى اصالة عدم الضدين لا يثبت الضد الاخر.

«قوله قدس سره : لعموم على اليد» الخ

فان مقتضى عموم قاعدة على اليد ضمان كل ما وضعت عليه اليد واذا شك في خروج فرد بواسطة احتمال كونه من افراد الخارج بالتخصيص ينفي بالاصل فيتحقق الضمان.

لكن يرد عليه ان قاعدة اليد ضعيفة سنداً فلا يعتد بها اللهم الا ان يقال ان كلام الماتن تعليقي ولذا لا مجال للاشكال عليه.

«قوله قدس سره: وان كان المستند دخوله في ضمان العين»

فانه يمكن احراز عدم الموضوع بالاصل اذ يشك في الاقدام والاصل عدمه.

«قوله قدس سره: أو قلنا بان خروج الهبة من ذلك العموم مانع عن الرجوع اليه» الخ.

ربما يقال ان وجه القول المذكور قاعدة المقتضي والمانع ويرد عليه ان تلك القاعدة غير تامة والحق ان يقال انه بعد فرض تمامية قاعدة على اليد اذا شك في كون الفرد معنوناً بعنوان اخرج عن تحت العام بالدليل يمكن احراز الموضوع بالوجدان والاصل فان وضع اليد وجداني واحتمال كونه هبة ينفى بالاصل ولو باصالة العدم الازلي.

مثلاً لوقال المولى اكرم العلماء الا الفساق منهم فاذا شك في فرد من العالم انه فاسق أم لا نقول كونه عالماً بالوجدان واحتمال كونه فاسقاً منفى بالاصل فيجب اكرامه بمقتضى وجوب اكرام كل عالم فلاحظ.

«قوله قدس سره: فالمراد بالمجلس مطلق مكان المتبايعين حين البيع» الخ.

الامر كما افاده فانه لا مدخلية للجلوس وغيره بل الميزان المستفاد من النص عدم تحقق الافتراق وبعبارة واضحة يستفاد من قوله واذا افترقا وجب البيع ان المناط في ثبوت الخيار وتحققه عدم تحقق الافتراق فمادام لم يتحقق عنوان الافتراق يكون الخيار باقياً.

ولذا لقائل ان يقول اذا تحقق عقد البيع بين البايع والمشتري بواسطة الهاتف يتحقق خيار المجلس مادام الاتصال الهاتفي باقياً بينهما واما لو انقطع الارتباط المذكور فلا خيار اذ يصدق عنوان الافتراق فالميزان بطلاق الافتراق وعدمه.

«قوله قدس سره: ولا خلاف بين الامامية في ثبوت هذا الخيار»

بل من الضروريات الفقهية ولذا لامجال لابداء الشبهة في المقام.

«قوله قدس سره: مطروح او مؤّل»

لاحظ ماورواه غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام قال: قال علي عليه السلام اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وان لم يفترقا[1].

أفاد سيدنا الاستاد بانه لا يحتاج الى التأويل أو الطرح اذ المراد بالصفق الذي ذكر في الخبر اسقاط الخيار ومن الظاهر ان الخيار يسقط بالاسقاط فالرواية على طبق القاعدة وادعى انه فسر اللفظ في اللغة بما ذكر ولكن لم يذكر المدرك الذي نقل عنه.

ويمكن ان يكون الامر كما أفاده لاحظ كلام الطريحي في هذا المقام يقول يقال صفقت له بالبيعة صفقاً أي ضربت بيدي على يده وفي الدعاء اعوذ بك من صفقة خاسرة أي بيعة خاسرة وكانت العرب اذا وجب البيع ضرب احدهما يده على يد صاحبه الى آخر كلامه.

ويستفاد من كلامه ان الصفقة عبارة عن البيع كما انه يستفاد هذا المعنى من حديث البارقي فان رسول الله قال بارك الله في صفقة يمينك أي بارك الله في بيعك أو شرائك فعن الازهري ان الصفقة للبايع والمشتري.

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب الخيار الحديث ٧.

وصفوة القول ان الظاهر أن المراد نفس البيع لا اسقاط الخيار بل يدل على المدعى نفس الحديث فانه عليه السلام قال اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وان لم يفترقا اذلو كان المراد بالكلمة إسقاط الخيار لم يكن مجال لذكر الجملة الاخيرة أي قوله عليه السلام وان لم يفترقا فان اسقاط الخيار يقتضي سقوطه ولا خصوصية للافتراق وعدمه.

الا ان يقال ان المراد ان الخيار يسقط بالاسقاط حتى مع عدم الافتراق فالخيار الثابت ببقاء الاجتماع يسقط بالافتراق وأيضاً يدل على المدعى قوله عليه السلام اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب والحال ان اسقاط خيار البايع لا يقتضي سقوط خيار المشتري والحال انه عليه السلام حكم بوجوب البيع على الاطلاق فيعلم ان المراد بوجوب البيع لزومه وان الامام عليه السلام في مقام نفي خيار المجلس فلابد من العلاج فنقول لا مجال لرفع اليد عن حكم الخيار بهذه الرواية اذ قلنا ان خيار المجلس من ضروريات الفقه.

«قوله قدس سره : ولا فرق في اقسام البيع وانواع المبيع»

الامر كما افاده فان الاطلاق المنعقد في قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا واذا افترقا وجب البيع يشمل اقسام البيع وانواع المبيع والتخصيص يحتاج الى الدليل فلاحظ.

«قوله قدس سره: اذا كانا اصيلين»

فان القدر المعلوم من الدليل هذه الصورة والحكم بمرتبة من الوضوح لا مجال للبحث فيه والاستدلال عليه.

«قوله قدس سره: ولا في ثبوته للوكيلين في الجملة»

فانه قدس سره اشار بقوله في الجملة الى ان الوكيل ليس قسماً واحداً

بل له إقسام فنقول القسم الاول: ما يكون وكيلاً مفوضاً في امر المعاملة احداثاً وإبقاءً كالعامل في باب المضاربة حيث ان العامل مفوض بتمام معنى الكلمة ولا إشكال في ثبوت الخيار له اذ في هذه الصورة يكون الوكيل وجوداً تنزيلياً للموكل ويكون له ما يكون لموكله.

وهذا لا اشكال فيه بل نقول ان الخيار حكم ثابت لعنوان البايع والمتبايع والبيّع وهذه العناوين تصدق على الوكيل المفوض فالمقتضي للخيار موجود والمانع عنه مفقود فلاحظ.

إلقسم الثاني ما يكون وكيلاً في مجرد اجراء الصيغة والمشهور عندهم عدم ثبوت الخيار له ويقع الكلام في مقامين إحدهما فيما يقتضيه ظاهر دليل الخيار بدواً ثانيهما فيما ذكر من الموانع.

أما المقام الاول فنقول البايع أو إلبيّع عبارة عن ذات يكون العنوان ثابتاً له كماهوكذلك في كل مشتق ولا اشكال في ان المتصدي للبيع ولو كان وكيلاً في مجرد إجراء الصيغة معنون بهذا العنوان فلو تم الاطلاق في دليل الخيار بمقدماته يكون الخيار ثابتاً له.

وأما المقام الثاني فقدذكرت للمنع وجوه الوجه الاول الانصراف بدعوى ان دليل الخيار منصرف عن الوكيل في مجرد اجراء الصيغة.

ويرد عليه انه لا وجه للانصراف المستقر بحيث يكون اللفظ غير شامل له فان الانصراف المدعى ان كان من جهة قلة الوجود فمضافاً الى ان قلة الوجود لاتوجب الانصراف والمعروف أن المطلق لاينصرف الى إلفرد النادر لا انه منصرفٌ عنه ان قلة الوجود ان كانت موجبة للانصراف لكان مقتضاها عدم ثبوت الخيار للوكيل المفوض وهو القسم الاول اذ لا اشكال في إن تحقق البيع في العالم بالوكالة اقل

قليل بالنسبة الى بيع الاصيل.

الا أن يقال أن بيع الوكيل المفوض كالعامل في المضاربة والبيع الصادر من الدلاليين كثير في حد نفسه وان كان اقل قليل بالنسبة والظاهر انه لا فرق بين الموردين فان قلة الوجود ان كانت موجبة للانصراف تكون كذلك على الاطلاق والا فلا، وان كان الانصراف المدعى من ناحية المادة أو الهيئة فايضاً لا يتم الدعوى فان البيع بمادته عبارة عن التمليك بعوض وهذا المفهوم جار في الاصيل والوكيل مطلقا والهيئة دالة على انتساب تلك المادة الى الذات بلا دخل لكون المتصدي مالكاً أو وكيلاً مفوضاً أو وكيلا في مجرد اجراء الصيغة.

الوجه الثاني ان جعل الخيار لمصلحة ذي الخيار بان يتروى ويختار ما هو اصلح له فلا يثبت للوكيل في مجرد اجراء الصيغة اذ ليس له شأن ويرد عليه نقضاً وحلاً أما النقض فكما لو باع زيد كتابه من بكر بالف تومان والحال انه كتابه لايسوى أزيد من عشرة تومانين ونفرض ان المشتري يعلم بالحال فهل يكون للبايع الخيار أم لا؟

لاسبيل الى الثاني والحال ان الخيار والفسخ ليس مصلحة له وأما الحل فبان مصالح الاحكام وملاكاتها لا توجب رفع اليد عن اطلاق الادلة وعمومها ولذا التزم الاصحاب بوجوب العدة على المدخول بها ولو مع عدم الانزال وعدم احتمال الحمل فالوجه المذكور أيضاً ساقط والمرجع اطلاق دليل الخيار.

الوجه الثالث: انه قد اقترن في بعض ادلة الخيار خيار المجلس بخيار الحيوان، لاحظ مارواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى

يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام[1].

وحيث ان خيار الحيوان يختص بصاحب الحيوان يكون الخيار في المقام كذلك لوحدة السياق.

وبعبارة اخرى نفهم من التقارن وحدة الموضوع فلا مجال لان يقال انه لا تنافي بين المثبتين فان الدليل الذي لا تقارن فيه يدل على الاطلاق فان التقارن يقتضي الاختصاص ويوجب تضيق موضوع خيار المجلس ويجعله كخيار الحيوان.

ويرد عليه اولاً ان لازم التقريب المذكور عدم ثبوته للوكيل المفوض لعين التقريب.

وثانياً: ان ما افيد من غرائب الكلام فانه اي ربط بين المقامين فان مجرد الاقتران بين حكمين في دليل لايقتضي اتحاد موضوعيهما فانه لو ثبت في دليل كون خيار الحيوان لابن اخ البايع فهل يتوهم ان خيار المجلس ايضاً كذلك لو فرض التقارن بينهما في الدليل كلا ثم كلا فلاحظ.

الوجه الرابع ان المستفاد من دليل خيار المجلس ان صاحب الخيار له ان يتصرف فيما انتقل عنه بارجاعه الى ملكه بعد فرض تسلطه على التصرف فيما انتقل اليه ومن الظاهر ان الحكم تابع لموضوعه لا العكس فلابد من احراز الموضوع وهو التمكن من التصرف فيما انتقل اليه كي يؤخذ بدليل الخيار.

ومع الشك في الموضوع لا مجال للاخذ بدليل الحكم فانه قد ثبت في الاصول عدم جواز الاخذ بالعموم أو الاطلاق في الشبهة المصداقية ولذا لو كان ما انتقل اليه منذور الصدقة أو كان ممن يحتمل انعتاقه

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

على البايع كما لو كان الثمن من اقربائه لامجال للاخذ بدليل الخيار لنفي وجوب التصدق وعدم انعتاق الثمن ومن الظاهر ان الوكيل في مجرد اجراء الصيغة ليس له التصرف فيما انتقل اليه فلا خيارله

ويرد عليه ان الخيار حق متعلق بالعقد وليس حكماً عارضاً على العين فلا مجال للتقريب المذكور نعم من آثار الفسخ انتقال كل من المبيع والثمن الى ما كان اذا كان باقياً الى زمان الفسخ ومن الظاهر انه لا فرق بين الاصيل والوكيل من هذه الجهة فان العقد الذي هو موضوع الحكم مشترك بين الموردين واما ما افيد من ان الخيار يوجب نفي الصدقة فليس الامر كذلك فان الخيار ثابت والاخذ به حرام لانه حنث للنذر والنهي التكليفي لا ينافي الصحة الوضعية.

واما مسئلة انعتاق الثمن فهوايضاً غير تام اذ الانعتاق لايقتضي عدم الخيار بل الخيار ثابت غاية الامر تصل النوبة الى دفع البدل.

وبعبارة اخرى حيث ان موضوع الخيار هو العقد لا يفرق فيه بين بقاء العين وعدمه فعلى فرض بقائها ترجع هي وعلى فرض تلفها تصل النوبة الى البدل فان كانت مثلية يجب دفع المثل وان كانت قيمته يجب دفع القيمة.

الوجه الخامس ان الخيار يتحقق لمن يكون له حق الاقالة وحيث ان الوكيل في مجرد إجراء الصيغة ليس له الاقالة فلا يكون له الخيار.

وفيه اولاً ان الخيار ثابت في النكاح في الجملة والحال انه لا اقالة في النكاح وثانياً ان هذه الدعوى بلا بينة وبرهان ولا يرتبط احد المقامين بالاخر بل المرجع اطلاق دليل الخيار فاذا ثبت الاطلاق يؤخذ به.

الوجه السادس ان خيار الفسخ ثابت في حق من يكون مخاطباً بخطاب اوفوا بالعقود فان الفسخ يقابل الوفاء فمن يكون الوفاء واجباً عليه يكون الفسخ ثابتاً له وحيث ان الوكيل في مجرد اجراء الصيغة غير مخاطب بالوفاء فلا يكون له الخيار.

ويرد عليه ان مفادالاية لوكان الحكم التكليفي لكان لهذاالتقريب مجال وأما على ما قلنا وذكرنا من أن الاية الشريفة ارشاد الىاللزوم ولايكون مفادهاحكماً تكليفياًفلايتم الاستدلال المذكور فانالمستفاد من الاية لزوم العقد فلا ينافي مع ثبوت الخيار للوكيل في مجرد اجراء الصيغة.

مضافاً الى الاشكال في اصل التقريب فانا نفرض ان مفاد الاية الحكم التكليفي وذلك الحكم يختص بغير الوكيل في مجرد اجراء الصيغة لكن لا دليل على اختصاص الخيار بمن يكون مخاطباً بخطاب وجوب الوفاء فانه لا ارتباط بين الامرين.

الوجه السابع ان خيار المجلس لوكان ثابتاً للوكيل في مجرد اجراء الصيغة لكان ثابتاً للفضولي بل كان ثبوته له اولى ويرد عليه ان التقريب المذكور فاسد اذ خيار المجلس ثابت للبيع الصحيح.

وبعبارة اخرى الخيار واللزوم فرعا تحقق العقد شرعاً وبيع الفضولي فاسد في وعاء الشرع.

وإن شئت قلت: ان البيع الصادر عن الفضولي قبل الاجازة لغو محض وبعد الاجازة اذا كان مجلس العقد باقياً يمكن الالتزام بثبوت الخيار للفضولي وببيان واضح ان الفضولي تارة يرفع اليد عنعقده ويحله قبل الاجازة واخرى يبقى على ما عقد وعلى الثاني تارة يحصل الافتراق بين المتبايعين قبل الاجازة واخرى يكونمجلسهما

باقياً ولايحصل الافتراق.

أما على الاول فلا موضوع للاجازة ولا للخيار اذ المفروض انهدام العقد بحله وعلى الثاني فلا مجال للخيار اذ فرض الافتراق قبل الاجازة وعلى الثالث يمكن القول بثبوت الخيار للفضولي فان موضوع الخيار البايع في بيع صحيح فاذا فرض انه تحقق عنوان البايع كما هو كذلك وفرض ايضاً بقاء مجلس العقد.

ومن ناحية اخرى فرض إجازة المالك للعقدالفضولي ومن ناحية رابعة قد دل النص الخاص على تمامية العقد الفضولي بالاجازةفما المانع عن الالتزام بالخيار.

اللهم الا أن يقال: ان الظاهر من دليل خيار المجلس كقوله صلى‌الله عليه وآله البيعان بالخيار اعتبار الخيار للبايع من حين صدور البيع وحدوثه.

وبعبارة اخرى: يكون الدليل ناظراً الى اثبات حق الحل والفسخ للعقد الصحيح والمفروض ان العقد الصادر عن الفضولي باطل ولغو والاجازة المتأخرة لا توجب انقلاب الشيء الباطل وجعله صحيحاً فانه امر غير معقول فالنتيجة ان هذا الوجه ايضاً غير مفيد لاثبات المدعى.

الوجه الثامن ان الوجوه المذكورة وان كانت باطلة وغير تامة لاثبات المدعى لكن تكون مانعة عن تحقق الاطلاق فان تحقق الاطلاق يتوقف على تمامية مقدمات الحكمة والمفروض انه مع هذه الوجوه لاتتم تلك المقدمات ولا يحرز الاطلاق.

ويرد عليه ان ضم امر غير معتبر الى مثله وامثاله لا يقتضي الاعتبار ولا يكون قابلاً للمنع عن الاطلاق فالاطلاق محكم.

الوجه التاسع ان ادلة سائر الخيارات لا تشمل الوكيل في اجراء الصيغة فخيار المجلس ايضاً لا يكون له.

ويرد عليه ان الوجه المذكور في غاية الضعف فان الميزان ملاحظة كل دليل بحياله واستقلاله ففي كل مورد كان الدليل شاملاً لمورده يؤخذ بذلك الدليل ويحكم على ذلك الموضوع بذلك الحكم وفي كل مورد لا يكون الدليل شاملاً لموضوع لا يحكم به عليه وهذا ظاهر واضح

الوجه العاشر ان النسبة بين دليل الخيار ودليل سلطنة المالك على ماله عموم من وجه ويقع التعارض بينهما فيما يفسخ الوكيل ولا يكون المالك راضياً فان مقتضى الخيار الفسخ ومقتضى دليل السلطنة فساده وعدم انحلال القيد ودليل السلطنة مقدم على معارضه لكونه معاضداً بالحكم العقلائي.

وعلى فرض التعارض وعدم مرجح يتساقطان فتصل النوبة الى بقاء الملكية بالاستصحاب ويرد عليه اولاً ان دليل السلطنة ضعيف وثانياً انه لا تعارض بين الدليلين اذ مقتضى دليل السلطنة تسلط المالك على ماله ودليل الخيار يقتضي جواز انحلال العقد.

وبعبارة واضحة ان الخيار ملك فسخ العقد ولا يرتبط بالعين وثالثاً انه لا مجال لتقديم احد الدليلين على الاخر بحكم العقلاء فان الترجيح يحتاج الى الدليل.

ورابعاً انه لا تصل النوبة الى الاستصحاب اذ دليل الوفاء محكم ومعه لامجال للاصل العملي وخامساً ان الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد فالنتيجة ان الصناعة تقتضي الالتزام بثبوت الخيار للوكيل في مجرد اجراء الصيغة.

ويؤيد ما ذكرنا أن المنقول عن صاحب الحدائق أنه التزم بثبوت خيار المجلس للوكيلين في اجراء الصيغة بل قال بثبوته لهما ولو مع منع المالك اللهم الا أن يقوم دليل قطعي على الخلاف والا فمقتضى القاعدة ثبوته له فلاحظ.

القسم الثالث من الوكيل من يكون وكيلاً في البيع فقط أو الشراء فقط بحيث ينتهي امد وكالته بالبيع أو الشراء فهل يثبت له خيار المجلس ام لا؟ ومما ذكرنا في الوكيل في مجرد اجراء الصيغة يظهر الحال في المقام فان ثبوته للقسم الثالث بالاولوية ولو فرضنا عدم ثبوته للقسم الثاني لبعض الوجوه المتقدمة كالانصراف المدعى نلتزم بثبوته للقسم الثالث لتمامية الموضوع فالقاعدة تقتضي ثبوت الخيار له ولو مع منع المالك.

وأما ثبوت الخيار للفضولي فقد مر الكلام فيه في ذيل البحث في القسم الثاني وذكرنا ما يختلج ببالنا ومجمل القول فيه التفصيل بل اخترنا عدم ثبوته له على الاطلاق وقلنا ان الظاهر من دليل الخيار حدوث الخيار بحدوث البيع ويبقى الخيار الى زمان حصول الافتراق وفي الفضولي لا مجال لجريانه بالنحو المذكور اذ غايته ان البيع الفضولي بعد وقوعه قابل للامضاء من قبل المالك لكن لا يحدث الخيار بحدوث البيع بل يتوقف على اجازة المالك فاذا كان ظاهر دليل الخيار كما ذكرنا لا يشمل البيع الفضولي فلا مجال للقول به ولا فرق فيما ذكرنا بين القول بالكشف والنقل نعم لو قلنا بالكشف الحقيقي كان الالتزام بالخيار على طبق القاعدة لكن الكشف الحقيقي باطل من اصله ولا وجه للقول به فلاحظ.

ثم ان الماتن قدس سره تعرض في هذه المسئلة لعدة فروع وتبعاً له نتعرض لكل واحد من هذه الفروع ونبين ماهو مقتضى القاعدة والصناعة بحوله وقوته فنقول.

الفرع الاول ان المالك الذي وكل غيره في اجراء الصيغة هل يثبت له الخيار ام لا؟ اقول الخيار رتب على عنوان البيع والمتبايع والبيع عبارة عن الاعتبار النفساني وابراز ذلك الاعتبار بمبرز خارجي من لفظ أو فعل ولا اشكال في ان الاعتبار وكذا ابرازه بمبرز امر تكويني وهل يمكن نسبة الامر التكويني الى احد والحال انه صدر عن غيره.

وان شئت قلت ان الدليل قائم على جواز التوكيل في بعض الامور التكوينية ولكن فعل الوكيل غير صادر عن الموكل ومن الظاهر ان المشتق موضوع لمن ثبت له المبدء.

وببيان آخر نقول صحة السلب آية المجاز وصحة الحمل آية الحقيقة وانا نرى انه لا يصح حمل الفعل الصادر عن الوكيل على الموكل مثلاً لو فرض ان وكل بكراً في بيع داره ثم ان البكر باع داره في زمان كان زيد نائماً هل يصح ان يقال ان زيداً في حال النوم باع داره أو يقال باع وكيله داره في زمان كان نائماً وايضاً نرى انه يصح ان يقال باع فلان ذلك الشيء لفلان وكذلك في طرف الاشتراء ونرى انه يصح ان يقال زيد في اليوم الفلاني باع داره من فلان وفي ذلك اليوم باع وكيله تلك الدار من غيره ولا يقال زيد باع داره في اليوم الفلاني من شخصين وعدم صحة الحمل علامة المجاز.

وصفوة القول ان وكيل زيد لو باع داره لا يقال زيد باع داره

مباشرة بل يقال باع داره بواسطة وكيله اى لم يبع بنفسه وبعبارة اخرى لم يصدر البيع عن نفسه بل صدر عن وكيله والخيار حكم من يصدر عنه البيع مباشرة.

ويتضح المدعى بانا نسئل ان الوكيل اذا باع دار الموكل هل يصدق ان الموكل اعتبر الملكية في نفسه وهل يصدق انه ابرز اعتباره بمبرز كذائى ام لا يصدق؟ لا سبيل الى الاول وعلى الثاني كيف يمكن الالتزام بصدور البيع عنه وصدقه؟ والحال ان البيع عبارة عن الاعتبار وابراز ذلك الاعتبار وقد فرض انه لم يعتبر ولم يبرز.

ولك ان تقول بان غاية مايمكن ان يقال ان الوكيل وجود تنزيلي للموكل وفعله فعل تنزيلي للموكل فلا يكون الوكيل متحداً مع الموكل ويكون فعله فعلاً له فانتساب البيع الصادر من الوكيل الى الموكل ادعائي لا واقعي وعليه لا دليل على ثبوت الخيار له اذ الظاهر من قوله البيعان بالخيار اثبات الخيار لمن يكون بايعاً بالحمل الحقيقي لا بالحمل الادعائي مثلاً لو ثبت حكم لعنوان العالم لا يثبت ذلك الحكم لولد العالم فان ولد العالم عالم ادعائي لاحقيقي فلا اطلاق في الدليل.

ان قلت: البايع موضوع في اللغة للجامع بين البيع بالمباشره وبالوكالة فلا فرق بين الموكل والوكيل من هذه الجهة.

قلت: يكفي الشك في هذه الدعوى فان الشك في صدق الموضوع مانع عن الاخذ باطلاق الحكم بل بالاستصحاب يحرز عدم تعنون الموضوع بالعنوان اذ قد ذكرنا مراراً إنا بنينا على جريان الاستصحاب في الشبهة المفهومية.

بل يمكن ان يقال انه يحرز عدم تعنونه بغير الاستصحاب ايضاً

وهو انه لو باع وكيل زيد داره في يوم الجمعة نسئل انه قد تحقق البيع اي بيع دار زيد مرتين أو مرة لا سبيل الى الاول وعلى الثاني كيف يمكن نسبة صدور فعل واحد الى فاعلين كل واحد على نحو الاستقلال وحيث ان صدقه من الوكيل قطعي فلايكون صادقاًبالنسبة الى الموكل فتحصل ان العقد الصادر عن الوكيل لايستند الىالموكل بل منسوب الى الوكيل فحسب.

ومما يدل على صدق مقالتنا انهم عنونوا انه هل يشترط حضور المالك في مجلس العقد إم لا؟ فان البيع الصادر عن الوكيل اذا كان صادراً عن الموكل حقيقة وبلا عناية فما الوجه في اشتراط حضور المالك فيمجلس العقدبل الميزان على هذا بمجلس المالك فلوكان المالكان مجتمعين في مكان غير مجلس العقد يلزم ان يثبت لهما خيار المجلس ويكون باقياً ذلك الخيار الى تفرقهما ولو مع تفرق الوكيلين وانقضاء مجلس العقد بل لابد من القول بان مجلس العقد متعدد واحدهما انقضى وثانيهما باق وهل يمكن الالتزام بهذا اللازم؟

ويتضح الامر في النيابة كما لو إستناب احد غيره في ان يحج عنه وحج النائب فهل يصح ان يقال ان المنوب عنه اى الفلان حج في هذه السنة وهل يكون فرق بين النيابة والوكالة.

وما ذكرنا في تقريب عدم ثبوت الخيار للموكل يتخلص فيعدة تقاريب. التقريب الاول: ان البيع عبارة عن الاعتبار النفساني وابراز ذلك الاعتبار بمبرز منقول أوفعل وكلمن الاعتبار وابرازه امر تكويني وهل يمكن اسناد الامر التكويني من شخص الى شخص آخر؟

التقريب الثاني ان المشتق حقيقة في ذات ثبت له المبدء ومن ناحية اخرى المبدء ثابت للوكيل لا للموكل.

التقريب الثالث ان صحة الحمل آية الحقيقة وعدم صحة الحمل آية المجاز فلو فرض ان الوكيل باع دار زيد في يوم الجمعة والحال ان زيداً كان نائماً في زمان البيع هل يصح ان يقال انزيداً فيحال كونه نائماً باع داره أو يقال انه لم يبع داره بل وكيله باع داره.

التقريب الرابع انه لو فرض ان الموكل اذا باع داره في الساعة الفلانية من اليوم الفلاني من شخص وباع وكيله في تلك الساعة دار الموكل من شخص آخر فهل يصح ان يقال ان زيداً باع داره في تلك الساعة من شخصين أو يقال باع هو داره من شخص وباع وكيله داره من شخص آخر.

التقريب الخامس: انه لو باع وكيل زيد دار موكله لا يقال زيد باع داره مباشرة بل يقال ان زيداً باع داره بواسطة وكيله والخيار حكم من يكون متصدياً للبيع مباشرة ولا اقل من انصرافه اليه.

التقريب السادس ان غاية ما يمكن ان يقال ان الوكيل وجود تنزيلي للموكل ومن الظاهر ان الوجود التنزيلي وجود ادعائي لا واقعي مثلاً ولد العالم عالم ادعائي لا حقيقي والحكم يترتب على الموضوع الواقعي لا على الفرد الادعائي وعليه يترتب الخيار على البايع الواقعي لا البايع الادعائي.

التقريب السابع: ان النيابة عبارة عن الوكالة وكلاهما من باب واحد فلو استناب زيد شخصاً لان ينوب عنه في الحج والنائب حج فهل يصح ان يقال ان زيداً حج في تلك السنة أو يقال استناب للحج فاذا كان الامر كذلك في النيابة يكون هكذا في الوكالة.

التقريب الثامن: انه لوكان استناد البيع الى الموكل حقيقياً واقعياً فما الوجه في عنوان القوم انه هل يشترط حضور الموكل في مجلس العقد في ثبوت خيار المجلس له ام لا؟ فانه لا وجه لهذا الاشتراط بل المناط حضور المالكين في مجلس في زمان العقد واجتماعهما فيه ولوكان ذلك المجلس بعيداً عن مجلس العقد بفراسخ وكان بين المكانين بون بعيد.

التقريب التاسع انه لو كان الامر كما يقولون ويكون الفعل الصادر عن الوكيل منسوباً الى الموكل حقيقة وواقعاً يلزم ان الموكل لو باع داره يصح اسناد البيع الى وكيله ايضاً للتلازم من الجانبين ولا وجه للتخصيص.

إن قلت الفعل فعل الموكل والوكيل آلة فان الموكل تارة يبيع داره بلسانه المباشري واخرى بغيره والوكيل لا موضوعية له فان الموضوع هو الموكل.

قلت: فعليه لابد ان نلتزم بعدم صحة اسناد الفعل الى الوكيل واذا قال احد باع وكيل زيد داراً في اليوم الكذائي يكون كاذباً وهل يمكن الالتزام بهذا اللازم؟ كلا ثم كلا.

وان ابيت عما نقول فلا اقل من الشك في صدق العنوان على الموكل ومع الشك لا مجال للاخذ بالدليل اذ لا يجوز الاخذ بالدليل في الشبهة المصداقية بل يمكن احراز عدم صدق العنوان باستصحاب فانا ذكرنا مراراً جريان الاستصحاب في الشبهة المفهومية وبه يحرز عدم كون الموكل مصداقاً للبايع والبيع.

وأما مسئلة النذر فالظاهر انه لا مجال للاستدلال بها اذ النذر تابع لقصد الناذر فان قصد ترك البيع ولو بالواسطة يحنث ببيع

وكيله والا فلا اللهم الا ان يتعلق النذر بما يصدق عليه البيع في العرف فعلى فرض صدق العنوان حتى لوكان بالواسطة والتوكيل يحنث والا فلا ولا فرق فيما ذكرنا بين ان يكون التوكيل قبل النذر أو بعده.

وربما يقال كما عن سيدنا الاستاد بانه لوكان التوكيل قبل النذر لا يتحقق الحنث اذ فعل الوكيل ليس اختيارياً للناذر.

ويرد عليه اولاً انه يمكن ان يفرض الكلام فيما يكون فعل الغير اختيارياً له بان يكون الغير مطيعاً للناذر ويأتي بما يأمره به وينتهي عما ينهاه عنه.

وثانياً ان الناذر بعد النذر يمكنه ان يعزله عن الوكالة في البيع حتى لا يتحقق الحنث فلاحظ.

الفرع الثاني انه على القول بثبوته للموكلين هل يشترط حضورهما في مجلس العقد ام لا؟ وقد تقدم التعرض منالهذا الفرع وبينا ما هو الحق عندنا وقلنا ان الميزان بمجلسهما على القول بثبوت الخيار لهما لا بمجلس العقد وان الميزان بافتراقهما عن ذلك المجلس بالنسبة الى خيارهما واما بالنسبة الى الخيار الثابت للوكيلين فالميزان في سقوط الخيار بافتراقهما فلو فرض مجلس جامع للوكيلين وللموكلين يكون الخيارلهم ويسقط خيار الموكلين بافتراقهما وخيار الوكيلين بافتراقهما.

الفرع الثالث انه على فرض الخيار للوكيلين و الموكلين ففارق احد الموكلين واحد الوكيلين المجلس فهل يبقى الخيار للموكل والوكيل الباقيين في المجلس ام لا؟ الظاهر انه يبقى اذيصدق عنوان

المبيعين والمتبايعين عليهما فالخيار يكون باقياً الى ان يتفرقا عن المجلس.

الفرع الرابع انه لوكان الوكيل وكيلاً مفوضاً في جميع الجهات حتى الاقالة والفسخ فهل يثبت له الخيار وقد تقدم الكلام حوله فلا نعيد واما ثبوت الخيار للموكل فالكلام فيه هو الكلام الذي تكلمنا حوله بالتفصيل فلاوجه للاعادة.

«قوله قدس سره: لكن الوجه الاخير لا يخلو عن قوة» الخ

الظاهر ان المراد بالوجه الاخير الاولوية المذكورة في كلامه والانصاف انه لا وجه للاولوية فان الخيار بمقتضى ظهور الدليل ثابت للبايع فعلى تقدير صدقه على الموكل يثبت له واما على تقدير عدم الصدق فلا وجه للالتزام بالثبوت فان اجراء حكم ثابت لموضوع على موضوع آخر خلاف القاعدة وملاك الاحكام غير معلوم عندنا.

الفرع الخامس انه لو ثبت الخيار لعدة اشخاص من طرف فكل واحد منهم سبق الى اعمال الخيار بالاسقاط أو بالانفاذ هل يسقط خيار الباقين أم لا؟

حكم الشيخ قدس سره بالسقوط وقال ليس المقام مقام تقديم الفاسخ أو الموجب فان تلك المسئلة تتصور في الاختلاف في طرفي العقد لا من جانب واحد.

أقول: اذا قلنا بثبوت الخيار لكل واحد من الموكل والوكيل فلاوجه للالتزام بالسقوط بفعل واحد منهما بل اللازم ملاحظة كل واحد منهما على حياله واستقلاله.

وبعبارة اخرى نقول تارة الخيار للجامع واخرى نقول للمجموع من حيث المجموع كالعام المجموعي.

وثالثة نقول الخيار لكل واحد على نحو العموم الاستغرافي أما على الاول فالامر كما افاده فان الخيار يسقط باسقاط واحد كما انه ينحل العقد بفسخه اذ المفروض ان الخيار تعلق بالجامع والمفروض ان الجامع تصدى للاسقاط أو الفسخ ولكن هذا القول لا دليل عليه.

وأما على الثاني فيلزم أن يشترك كلاهما في الاسقاط أو الفسخ اذ المفروض ان الموضوع عبارة عن المجموع من حيث المجموع وهذا القول ايضاً لادليل عليه واماعلى الثالث فكماقلنا ينحل الخيار ولكل واحد منهما يثبت فلا وجه لسقوط خيار احدهما باسقاط الاخر والحق هو القول الثالث فلاحظ.

«قوله قدس سره : لاشخاص كثيرة من طرف واحد» الخ

كيف يتصور الخيار لاشخاص كثيرة من طرف واحد فان مايمكن تعقله ثبوته للموكل والوكيل ولا مقتضي لازيد منهما اللهم الا ان يقال ان الموكل اذا باع داره يثبت الخيار له ولوكيليه أو اذا باع احد الوكلاء يثبت الخيار للمالك ولجميع الوكلاء وهل يمكن الالتزام به؟ وهل يكون مقتضاً لهذه المقالة؟

«قوله قدس سره: فيكفي بقاء اصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد»

الامر كما أفاده فان ما فرضه يكفي لبقاء الخيار ولكن قد ذكرنا انه لا مدخلية لمجلس العقد بل يكفي لثبوت الخيار وبقائه اجتماع المالكين في مجلس آخر حين العقد.

بل لنا ان نقول انه على القول بثبوت الخيار للوكيل والموكل يكفي لبقاء الخيار بقاء الاجتماع بين اصيل مع وكيل آخر على نحو الاطلاق ولو بحضور الاصيل في مجلس العقد بقاءً مع عدم حضوره حدوثاً.

وايضاً يكفي لبقاء الخيار حضور وكيل احدهما بقاءً في مجلس الموكلين بان يفرض اجتماع موكلين في مجلس غير مجلس العقد وحضور احد الوكيلين في ذلك المجلس وبقائه مع احد الاصيلين. وهذا احد الفروع التي تعرض الماتن لبعض صوره فيكون فرعاً سادساً للفروع المشار اليها في المتن.

الفرع السابع: انه هل يثبت الخيار للوكيل في مجرد البيع فقط البرزخ بين القسم الاول والثاني؟ الماتن انكر ثبوته له ولكن على ما ذكرنا يثبت له الخيار بل ثبوته له اولى من ثبوته للقسم الثاني كماهو ظاهر وقدذكرنا ماهو الحق حول الفرع المذكورسابقاًايضاً.

الفرع الثامن: انه هل يكون للموكل على تقدير اختصاص الخيار به تفويض الامر الى الوكيل بحيث يصير ذا حق ام لا؟

الظاهر كما اشار اليه الماتن انه لا يكون للموكل التفويض بهذا النحو اذ لا دليل عليه ومقتضى الاصل الاولي عدمه نعم له ان يوكله في اثبات العقد كما ان له ان يوكله في الفسخ وايضاً له تفويض كلا الامرين اليه.

الفرع التاسع: انه هل يثبت الخيار للفضوليين ام لا؟ قد تقدم منا تحقيق هذه الجهة وبينا ما هو الحق فلاوجه للاعادة وراجع ماذكرناه وبيناه ولافرق بين كون الاجازة نافلة أو كاشفة اذ الكشف على القول به يرجع الى النقل نعم على القول بالكشف الحقيقي الباطل يثبت الخيار للفضولي اذ المفروض صدق عنوان البيع عليه.

ومن ناحية اخرى فرض تحقق الملكية من زمان العقد ومن ناحية ثالثة الخيار حكم العقد الصحيح وقد فرض كونه صحيحاً فلابد من

التفصيل الذي ذكرنا.

الفرع العاشر: انه هل يثبت الخيار في الصرف والسلم قبل القبض ام لا؟ الحق ثبوته اذ المفروض ان العقد صحيح شرعاً فيكون قابلاً للبقاء والانهدام بالفسخ فيكون قابلا لعروض الخيار وحصول الملكية وعدمه لا دخل له في الخيار بل الميزان في امكان تعلق الخيار تحقق العقد الصحيح الشرعي والمفروض تحققه.

لكن الانصاف يقتضي عدم الخيار وعدم ترتبه الاعلى العقد الصحيح والمفروض ان البيع قبل القبض لايكون صحيحاً شرعاً وغير تام وان شئت قلت الفسخ والحل فرع تحقق الانعقاد والمفروض انه لم يتحقق العقد في وعاد الشرع.

«قوله قدس سره: فحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين»

لاوجه للفحوى والاولوية فان عدم ثبوته للوكيل في مجرد اجراء الصيغة لاجل انصراف دليل الخيار مثلاً فاذا كان الدليل منصرفاً عن الفضولي ايضاً يكون المناط واحداً بدون الاولوية وان لم يكن منصرفاً عنه فالامر اوضح فعدم ثبوته للفضولي لما ذكرنا من ان الخيار حكم للعقد الصحيح شرعاً وعقد الفضولي غير صحيح.

الفرع الحادي عشر انه على القول بالنقل هل يكون دخل لمجلس الاجازة ام لا؟ الحق هو الثاني فان مجلس الاجازة لا موضوعية له اذ الاجازة لاتكون بيعاً ولا عقداً فلا يكون موضوعاً للخيار فلا يكون مجال للبحث المذكور.

الفرع الثاني عشر ان الفضولي قبل الاجازة لو رد وفسخ ورفع

اليد عن التزامه فهل يكون قابلاً للاجازة بعده ام لا؟ الظاهر هو الثاني اذ الفسخ يهدم العقد ومع الانهدام لا مجال لاجازته من قبل المالك

«قوله قدس سره : فتأمل»

الظاهر انه يشير بالامر بالتأمل الى ان الاجازة لاترتبط باسقاط الخيار بل الاجازة موجبة لاثبات العقد والاذعان به والا يلزم الدور اذ اسقاط الخيار يتوقف على وجوده والحال ان وجوده يتوقف على الصحة التي تتوقف على الاجازة.

«قوله قدس سره : فلو تبايع غاصبان ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحوق الاجازة بخلاف ما لورد الموجب منهما قبل قبول الاخر لاختلال صورة المعاقدة والله العالم»

كيف يكون العقد قابلاً للحوق الاجازة مع انهدامه بالتفاسخ وبعبارة واضحة بعد ما تبايع الغاصبان ثم تفاسخا قبل الاجازة من المالك نسئل ان العقد الصادر منهما هل يكون باقياً ام لا؟ اما على الاول فكيف يكون باقياً مع ان الفسخ عبارة عن حل العقد وهل يمكن اجتماع بقاء العقد بحاله مع فرض انحلاله بالفسخ والحال ان مرجعه الى اجتماع الضدين واما على الثاني فلا موضوع لان يجاز من قبل المالك.

«قوله قدس سره : مسئلة لوكان العاقد واحداً لنفسه أو غيره»

وقع الكلام في انه لوكان العاقد واحداً ومتصدياً للايجاب والقبول هل يثبت له خيار المجلس ام لا؟ وما يمكن أن يذكر في تقريب العدم وجوه.

الوجه الاول: ان الخيار ثابت في الدليل لعنوان بيعين ومتبايعين وبعبارة اخرى ثبت لصيغة التثنية والمفرد لايكون مثنى فلا يتحقق الخيار فيما لا يتحقق عنوان المثنى.

والجواب عن التقريب المذكور ان المستفاد من دليل الخيار ثبوته للبايع وللمشتري والمفروض ان العاقد في مفروض الكلام معنون بكلا العنوانين.

وبعبارة واضحة لا موضوعية لعنوان المثنى بل الموضوع عبارة عن البايع والمشتري والمفروض ان كلا العنوانين منطبقان على الوجود الواحد ومقتضى الاطلاق عدم الفرق بين الصورتين اضف الى ذلك إنا نسلم ان المستفاد من الدليل كون الموضوع متعدداً.

لكن نقول المستفاد من دليل الخيار تعدد العنوان والمفروض تعدده وبعبارة اخرى الميزان والمناط هو العنوان ولا خصوصية للشخص.

وببيان اوضح: ان غاية ما يمكن ان يقال في تقريب المدعى ان عنوان المثنى دخيل في ترتب الحكم لكن نقول هل يكفي تحقق عنوان المثنى ولو بتعدد العنوان ووحدة المصداق أم يلزم تعدد المصداق ايضاً؟ فانه لا دليل على تعدد المصداق بل الدخيل تعدد العنوان وهو حاصل في محل البحث فلاحظ.

الوجه الثاني انه لا يمكن جعل غاية الحكم امراً مستحيلاً كما لو قال المولى الشيء الفلاني نجس حتى يتحقق الدور وعليه لايمكن جعل الخيار الى زمان الافتراق الذي لايمكن تحققه في الخارج.

ويرد عليه اولاً بالنقض بمورد يكون البايع والمشترى متلاصقين

وغير قابلين للافتراق فهل يمكن القول بعدم الخيار لعدم امكان الافتراق؟

وثانياً بالحل وهو ان المدعى على فرض تسلمه انما يكون كذلك فيما لا يكون للموضوع مصداقان احدهما قابل لتحقق الغاية فيه واما اذا كان الحكم ثابتاً للجامع بين فردين احدهما غير قابل لتحقق الغاية فيه والاخر قابل كما في المقام فلا محذور ومن الظاهر ان المتعاملين لايكونان منحصرين في فردين لايمكن افتراقهما.

وثالثاً انه يرد عليه انه لا مانع من جعل المحال غاية للحكم فانه عبارة اخرى عن الدوام وعدم زوال الحكم.

الوجه الثالث: الظهور العرفي فان الظهور العرفي يحكم بان الشارع الاقدس اثبت الخيار لمتعاقدين متعددين.

والظاهر ان الوجه المذكور لا بأس به ولو سلمنا عدم الجزم فلا اقل من الشك في تحقق الاطلاق وصدق موضوع الخيار على الواحد فلاحظ

الوجه الرابع: احتمال كون الخيار مشروطاً بكون ذي الخيار معنوناً باحد العنوانين من البايع والمشتري واما من يكون معنوناً بكلا العناوين فلا يكون الخيار له.

وفيه ان مجرد الاحتمال لا يكون مانعاً عن الاطلاق والا لانسد باب الاخذ بالاطلاق وهو كما ترى.

الوجه الخامس: ان الافتراق غاية الحكم فلابد من التعدد وببيان واضح ان الافتراق يستلزم التعدد والاجتماع واجاب الشيخ قدس سره عن الوجه المذكور بان كون الغاية الافتراق المستلزم للتعدد مبني

على الغالب وفيه انه خلاف الظاهر.

فالحق في الجواب أن يقال ان التعدد محفوظ في المقام فان المفروض ان البايع والمشترى عنوانان وكلاهما موجودان لكن العنوانين متصادقان على فرد واحد ولا دليل على لزوم كون المصداق متعدداً فانه خلاف الاطلاق.

وبعبارة اخرى نسلم ان الافتراق يستلزم التعدد والاجتماع لكن نقول التعدد مفروض في المقام فان البايع والمشتري عنوانان مجتمعان في شخص واحد.

«قوله قدس سره: فالظاهر بقائه الى ان يسقط باحد المسقطات غير التفرق»

هذا من القضايا التى قياساتها معها فان المفروض انه لا يعقل الافتراق فلا يعقل مايكون مترتباً عليه فسقوط الخيار بغيره فلاحظ.

«قوله قدس سره: منها من ينعتق على احد المتبايعين»

قد اشار الماتن في هذه المسئلة الى عدة امور. الامر الاول: انه اذا كان المبيع من ينعتق على المشتري فهل يتحقق خيار المجلس ام لا؟ ونقل عن المشهور عدم الخيار والكلام على مسلك من يرى تحقق الملك بمجرد العقد وأمالو قلنا بتوقف الملك على مضي زمان الخيار فلا إشكال في ثبوت الخيار.

اذا عرفت مركز البحث فاعلم ان الحق ثبوت الخيار اذ الخيار يتعلق بالعقد فلامنافاة بين انعتاق المبيع وعدم بقائه على المملوكية وبين ثبوت الخيار فان الخيار ملك فسخ العقد غاية ما في الباب انه لو انعدم المبيع بالانعتاق القهري تصل النوبة إلى البدل ولذا نرى

انه لو تلف المبيع أو الثمن بالتلف السماوي في البيع الخياري يكون الخيار باقياً عند القوم وان ذا الخيار اذا فسخ العقد تصل النوبة الى اخذ البدل من المثل أو القيمة.

الامر الثاني ان الفسخ الصادر عن ذي الخيار من الحين لا من الاصل وبعبارة واضحة ان الخيار ملك فسخ العقد ورفعه من حين اعمال الخيار ولا يرتفع بالفسخ اصل العقد فلاحق لذي الخيار بعد الفسخ بالنسبة الى نفس العين الا مع بقائها.

وأما على تقدير عدم البقاء كما هو المفروض في المقام حيث ان ملكية العمودين توجب الانعتاق فلا يبقى مجال لعود الملك الى مالك الاول بل تصل النوبة الى البدل كما تقدم.

الامر الثالث انه ربما يقال ان الخيار ثابت للبايع دون المشتري وهذا التفصيل غير تام ولا وجه له فان مقتضى القاعدة الاولية عدم الفرق بينهما ودليل خيار المجلس يقتضي ثبوت الخيار لهما ولا ترجيح للبايع على المشتري.

وقد ذكر لعدم ثبوت الخيار للمشتري وجهان: احدهما ان المشترى وطن نفسه على الغبن فانه بعد علمه بانعتاق المبيع عليه وطن نفسه على الغبن والصبر فلا خيار له.

ثانيهما انه سيجيء ان اتلاف العين بل التصرف فيها يسقط الخيار فاذا كان الاتلاف رافعاً للخيار الثابت فهو دافع له بالاولوية وفي كلا الوجهين اشكال.

أما الوجه الاول فيرد عليه انه يمكن أن لا يكون المشتري عالماً بالحكم كي يقال بانه وطن نفسه على الغبن ومع الجهل لا مجال للبيان المذكور مضافاً الى انه لا اساس للتقريب المشار اليه فان هذا الاقدام

لا يرتبط بالتوطين ورفع اليد عن الخيار فانه حكم شرعي من قبل الشارع.

اضف الى ذلك كله ان خيار المجلس تابع لدليله ولا يرتبط بتوطين المشتري أو البايع ومقتضى اطلاق دليل الخيار ثبوته كما تقدم ومما ذكرنا ظهر انه لا وجه لمنع البايع عن الخيار بالتقريب المذكور في ناحية المشتري فلا نعيد الكلام.

وأما الوجه الثاني فيرد عليه ان سقوط الخيار بالتصرف ولوكان اتلافاً اول الكلام والاشكال مضافاً الى ان القول بالسقوط بسبب التصرف أو الاتلاف لايرتبط بالمقام فان البايع أوالمشتري لايقصد بالبيع أو الشراء اتلاف العين كي يتم التقريب المذكور بل يقصدان البيع وانما التلف بحكم الشارع كما ان المتعاقدين لا يقصدان بالعقد ايجاد الخيار بل يقصدان البيع وانما يترتب الخيار في مورده بحكم الشارع.

وبما ذكرنا ظهر انه لاوجه لسقوط الخيار وعدمه بالنسبة الى المشتري والبايع كما انه لا وجه للتفصيل بين البايع والمشترى بالالتزام بثبوت الخيار للبايع وعدمه للمشتري واما تغليب جانب العتق كما نقل عن التذكرة فانما يكون وجهاً لعدم رد العين بل يحكم بانعتاقها واما كونه مانعاً عن الخيار فلا وجه له فلاحظ.

الامر الرابع: ان ملكية العمودين بالاشتراء تقديرية أو تحقيقية ربما يقال انها تقديرية اذ لا يمكن أن يتملك الانسان احد عموديه فلابد من الالتزام بالملك التقديري.

والحق أن يقال: ان القاعدة الاولية تقتضي بطلان العقد لان البيع عبارة عن تمليك العين لامجاناً وحيث انه لايمكن الالتزام بالملكية

يلزم البطلان لكن الاجماع قائم على صحة العقد فلابد من الالتزام بتحقق الملكية آناً ما والانعتاق بعدها فان مقتضى الجمع بين الاجماع على صحة العقد من ناحية والتسالم على عدم امكان تملك العمودين من ناحية اخرى ما ذكرناه.

الامر الخامس: انه قدس سره تعرض لكلام صاحب المقابيس وهو فصل في ثبوت الخيار للبايع اذا كان المبيع من ينعتق على المشتري بان قال تارة نقول الخيار والانعتاق كلاهما يتحققان بالبيع واخرى نقول بان كليهما يتحققان بالملك وثالثة نقول الخيار يثبت بالعقد والانعتاق يحصل بالملك ورابعة نقول الانعتاق يتحقق بالعقد والخيار يحصل بالملك.

فان قلنا بالاول أو الثاني أو الرابع يلزم ان نقول بعدم الخيار اذ على الاول والثاني يتحقق التعارض بين دليلي الخيار والانعتاق وحيث ان دليل الانعتاق انص من دليل الخيار يؤخذ به ويطرح الدليل الاخر وكون القيمة بدل العين فلا مجال لتملك البايع اياها اذ البدلية تتوقف على تملك المبدل والمفروض ان المبدل لا يصير مملوكاً له.

وأما على الرابع فلسبق تعلق حق الانعتاق على حق الخيار فهو يتحقق لتقدمه دون ما يكون متأخراً وأما على القول الثالث فنلتزم بالخيار حيث فرض انه اسبق من العتق.

وبعد ما حكم كذلك وفصل بهذا التفصيل رجع عما أفاده وقال يحتمل قريباً الثبوت جمعاً بين الحقين ودفعاً للمنافاة عن البين وعملاً بالنصين وبالاجماع على عدم امكان زوال يد البايع عن العوضين وتنزيلا للفسخ منزلة الارش مع ظهور العيب في احدهما

والمعتق بمنزلة التلف أي تلف العين ولانهم حكموا بجواز الفسخ والرجوع الى القيمة فيما اذا باع بشرط العتق فظهر كونه ممن ينعتق على المشتري أو تعيب بما يوجب ذلك والظاهر عدم الفرق بينه وبين المقام.

ثم قال وحيث كان المختار في الخيار تحققه بمجرد العقد وفي العتق انه بعد الملك والمستفاد من الادلة ان الخيار بالنسبة الى العقد كالمعلول بالنسبة الى علته كما ان الانعتاق بالنسبة الى الملك كذلك يكون الاقرب الالتزام بالخيار ان لم يكن اجماع على خلافه.

وفيما افاده مواقع للنظر الموقع الاول: انه قدم دليل العتق على دليل الخيار بتقريب ان دليل العتق انص والحال ان مجرد الانصية لا يكون وجهاً للتقديم بل تقديم احد المتعارضين على الآخر يتوقف على كون المقدم قرينة على معارضه.

الموقع الثاني انه استدل على عدم تملك البايع قيمة العبد بان العبد لا يصير ملكاً له والحال انه يرد عليه ان المفروض ان العبد كان مملوكاً للبايع وقد جعله في مقابل الثمن وبعد الفسخ وانتقال الثمن الى المشتري لابد من اخذه القيمة للعبد اذ لا يمكن رجوع العين الى ملكه واشتراط امكان التملك وفرض رجوع التالف الى ملك البايع لا دليل عليه يل يكفي انه لو فرض بقاء العين صارت مملوكة له وهذا المقدار قابل لان يلتزم به.

الموقع الثالث: انه قدس سره قاس التقدم الرتبي على التقدم الزماني وتصور انه كما يرتفع التعارض والتنافي بالاختلاف الزماني كذلك يرتفع بالاختلاف الرتبي والحال انه لا اثر للاختلاف الرتبي في رفع التعاند فان قوام التعاند بالاتحاد الزماني وهذا

الملاك موجود في الاختلاف الرتبي.

الموقع الرابع ما افاده من الاجماع على عدم امكان زوال يد البايع عن العوضين والحال انه على القول بالخيار لا يقتضي زوال يد البايع عنهما اذ مادام لم يتحقق الفسخ تكون يده على المثمن وبعد تحقق الفسخ يتملك قيمة العين أي العبد فلا محذور.

الموقع الخامس: ما افاده بقوله وتنزيلاً للفسخ منزلة الارش والحال انه أي ارتباط بين الامرين الامر السادس ان الشيخ قدس سره جعل كلام صاحب المقابيس مورد النظر وبين ما هو الحق عنده وقال تارة نقول يلزم في مورد الفسخ خروج العين من ملك من انتقل اليه ودخوله في ملك من انتقل عنه واخرى نقول الفسخ لا يقتضي الا رد العين ان كانت موجودة ورد بدلها ان كانت تالفة تكويناً أو تشريعاً.

فان قلنا بالاول لا يمكن الالتزام بالخيار في المقام اذ العبد بعد انعتاقه غير قابل لصيرورته رقاً فلا يمكن الالتزام بالخيار ولو على القول بكون الخيار مترتباً على العقد والانعتاق على الملكية.

وأما ان قلنا بالقول الثاني يمكن الالتزام بالخيار ولذا التزموا بالخيار في اشباه المقام ونظائره ومقتضى عموم دليل الخيار ثبوته في المقام.

أقول الحق ان يقال: كما في كلام الماتن ان الفسخ لا يقتضي رد العين الى مالكها الاول فان كانت العين موجودة ترد الى مالكها الاول وان كانت تالفة تصل النوبة الى البدل بمقتضى السيرة العقلائية.

ولذا نقول لو تلفت العين بآفة سماوية أو ارضية وانفسخ العقد

بعد تلف العين يكون مقتضى السيرة العقلائية الارتكازية تبدل العين ببدلها فلا يبقى اشكال في المقام ولا ملزم للملك التقديري اى الفرضي بل لو قلنا بلزوم الملك التقديرى اى الفرضى نلتزم به في المقام ايضاً بلا وجه للتفصيل ففي مورد البحث نفرض ان العبد كان في يد المشترى وانفسخ العقد ونفرض ان العبد بعد الفسخ صار مملوكاً للبايع وتلف حالكونه مملوكاً له فلا وجه للتفريق بين المقام وبقية الموارد.

الامر السابع انه أفاد الشيخ قدس سره بان المتبايعين اذا كانا عالمين بالحكم الشرعى وان البيع يوجب انعتاق العبد لعدم جواز تملك العمودين ومع ذلك اقدما على البيع والشراء لايتحقق الخيار اذ الخيار حق يتعلق بالعين مادام تكون موجودة وببدلها اذا كانت معدومة فعقدهما مع علمهما عبارة عن اعدامهما العين فيكون كتفويت نفس الخيار كما لو اشترطا سقوطه. وقد قال بعضهم ان اتلاف البايع العين اسقاط للخيار وحيث ان بيعه لمن ينعتق اعدام للعين يكون موجباً لسقوط الخيار بالاولوية فان الدفع اهون من الرفع.

ويرد عليه اولاً ان الخيار حق متعلق بالعقد لا بالعين وثانياً ان العتق فعل الشارع لا فعل المتعاقدين.

وثالثاً انه لا وجه لكون اتلاف البايع العين موجباً لسقوط الخيار مادام لا يقصد به الاسقاط وعلى فرض القول به لا وجه للالتزام به في المقام لعدم الجامع بين الموردين فان الانعتاق بفعل الشارع لابفعل البايع ولعل أمره بالتأمل في آخر المسئلة اشارة الى بعض ما ذكرنا أو الى كله والله العالم كما ان امره بالتأمل قبل اسطر يمكن ان يكون اشارة الى بعض ما تقدم منا من المناقشة فلاحظ.

فرع لطيف وهو انه لو كان احد عمودي شخص مملوكاً لشخص آخر يمكن للولد أن يتوسل الى وسيلة ينجى اباه أو امه عن الرقية بلا توجه خسارة مالية اليه وهو ان يشتري اباه أو امه بثمن ومبلغ بلغ ما بلغ فان البايع اذا لم يكن عالماً بالمسئلة أو كان غافلاً وباع العبد أو الامة وكان المبيع عند البايع ينفسخ العقد فان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فالنتيجة ان المملوك ينعتق ولا شيء على الولد ولا خسارة عليه.

«قوله قدس سره : ومنها العبد المسلم المشترى من الكافر»

ما يمكن أن يقال في وجه عدم الخيار في المقام ان مقتضى قوله تعالى «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً»[1] عدم امكان تملك الكافر للمسلم وحيث ان الفسخ يوجب انحلال العقد ورجوع كل من العوضين الى مالكه الاول لا يتحقق الخيار إذ لا يمكن شرعاً رجوع العبد المسلم الى ملك الكافر فلا خيار.

وفيه اولاً: انه لا دليل على كون التملك سبيلا ومقصوداً من الاية بل الظاهر منها بملاحظة ماقبلها ان المراد بها طريق الغلبة وسبيل الظفر في الاخرة في مقام المحاجة ولذا نرى انه عبر في الاية بقوله تعالى «ولن» فان النفي ناظر الى المستقبل أي لايجعل الله في الاخرة للكافر سبيلاً على المؤمن.

وأما الحكم الشرعي الذى حقق في ظرفه من قبل وفي عالم التشريع في دار الدنيا فغير مربوط بمفاد الاية ظاهراً ولا يصار اليه وإلا كان اللازم عدم جواز استيجار الكافر للمؤمن لخدمته وهل

---

(١) النساء، الاية ١٤١.

يمكن الالتزام به؟

و ثانياً انا نفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم ولازمه عدم رجوع العبد الى ملك الكافرلكن نقول لا يكون هذا مانعاً عن الخيار واعماله اذ غايته كونه كالتالف فتصل النوبة الى اخذ البدل ولايلزم رجوعه الى ملك البايع كى يرد الاعتراض المذكور وثالثاً انه اذا كانمفاد الاية كما توهم فكيفيمكن التفصيل بين التملك الاختياري وغير الاختياري وهل يمكن الالتزام بالتفصيل في نفى السبيل المستفاد من الاية حسب توهم المتوهم؟

أو ان الحكم المذكور على الفرض من الاحكام غير القابلة للتخصيص وبعبارة اخرى هل يمكن أن يقال: ان الله لن يجعل الكافر مسلطاً على المؤمن لان المؤمن عزيز عنده لكن في بعض الاحيان يسلطه عليه فلاحظ.

«قوله قدس سره : من ان البيع بالنسبة الى الكافر استنقاذ»

يرد على ما افيد اولاً ان الامر بالعكس فان الكافر معتقدللملكية فهو يقصد البيع والمشترى يقصد الاستنقاذ.

وثانياً ان الكلام على فرض تماميته انما يكون في التملك الابتدائي الاختياري كما عنون في عنوان المسئلة في كلام الماتن وعليه لاوجه لكونه استنقاذاً ولا يكون بيعاً واستنقاذاًبل بيع وشراء حقيقة.

وثالثاً انه لا مجال للتفكيك فان البيع قائم بالطرفين فتحققه وصدقه من طرف وعدمه من الطرف الاخر جمع بين المتنافيين.

ورابعاً ان ما افيد لا يرجع الى محصل اذ لو كان استنقاذاً لعدم الملكية فما فائدة الخيار وأي اثر يترتب عليه فان المفروض عدم

كون العبد ملكاً للكافر.

«قوله قدس سره : ليس سبيلاً للكافر على المسلم»

ماهوالمراد من التقدير فان كان المرادمنه مجرد الفرض والتصور فلا اثر له اذ الاحكام الشرعية مترتبة على الموضوعات الواقعية لا على الفروض والتصورات وان كان المراد الملكية حقيقة فينهدم اصل الدعوى اذ حكم الامثال واحد ولا وجه للتفصيل.

وبعبارة واضحة ان كانت الملكية سبيلاً فلا يمكن تحققها كما توهم وان لم تكن فلا فرق بين افرادها فالحق ما ذكرنا وهوالالتزام بصحة البيع وترتب الخيار ورجوع العين الى مالكها الاول نعم اذاتم الدليل على وجوب الزام الكافر ببيع عبده المسلم نلتزم به.

«قوله قدس سره : ومنها شراء العبد نفسه»

اذا قلنا بجواز شراء نفسه كما هو المفروض فلاوجه لعدم الخيار وأي فرق بين المقام والفرع السابق وهو بيع من ينعتق على المشتري فان العين غير قابلة للبقاء مملوكة كما تقدم ولكن لا تنافى بينه وبين الخيار اذ الخيار من احكام العقد وغير مترتب على العين.

وبعبارة واضحة: لاتعاند بين الخيار المتعلق بالعقد وتلف العين ولذا لا مجال لقوله قدس سره لانه لا يسقط اذا ثبت قبله فانا ندعي انه ثابت قبله ولا مقتضى لسقوطه بتلف العين ولعله اشار الى ما ذكرنا بامره بالتأمل.

«قوله قدس سره : لا يثبت خيار المجلس فى شيء من العقود»

هذا من الواضحات الاولية فان كل حكم مترتب في دليل على موضوع فلاني لايترتب على غيره لعدم المقتضى وهذا مما لا ريب

فيه وصفوة القول انه لا مجال لجريان خيار المجلس في غير البيع من العقود بلا فرق بين الجايزة منهما ولازمها اما القسم الاول فمضافاً الى عدم مقتضي الجريان بعد اختصاص موضوعه انه لامجال للخيار في العقد الجايز ولايترتب عليه اثر.

وأما القسم الثاني فيتصور الخيار فيه لكن لامقتضي للالتزام به بعد خروج موضوعه وعدم شمول موضوع الخيار له وهذا ظاهر واضح.

وأما لو اشترط عقد في ضمن البيع على نحو شرط النتيجة كما لو باع زيد داره من بكر ويشترط فيه كون المشترى وكيلاً في بيع كتابه فهل ينفسخ العقد المشروط بفسخ عقد البيع ام لا؟

الحق هو الثاني أما لوكان المشروط بنحو شرط النتيجة عقداً لازماً فلا مقتضي لانفساخه اذ المفروض تحققه ومن ناحية اخرى فرض لزومه فلا وجه لانفساخه بفسخ عقد البيع.

وأما لوكان جايزاً فالكلام فيه هوالكلام لانه ولوفرض كونه جايزاً في حد نفسه وقابلاً للفسخ لكن المفروض اشتراطه في ضمن العقد ولا وجه لانفساخه بانفساخه فان الشرط في ضمن العقد اللازم لازم ولا ينفسخ بانفساخ العقد بل لنا ان نقول الشرط في ضمن العقد الجايز لازم اذمقتضى قوله عليه السلام المسلمون أوالمؤمنون عند شروطهم لزوم المشروط.

«قوله قدس سره : مسئلة مبدء هذا الخيار من حين العقد»

فان الظاهر من قوله عليه السلام «البيعان بالخيار مالم يفترقا» تحقق الخيار من اول زمان العقد وتماميته ويمكن تقريب المدعى

بان الخيار يتصور فيما يكون العقد في حد نفسه لازماً اذ الخيار عبارة عن ملك فسخ العقد فلو فرض عدم تحققه لم يكن موضوع الخيار تاماً.

وبعبارة واضحة: الخيار عبارة عن ملك فسخ العقد فمادام لم يتحقق العقد في الخارج ولم يتم في نظر الشارع لا مجال لفسخه ورفعه فان الرفع فرع الوضع والمفروض انه لم يوضع وحيث ان بيع الصرف والسلم يتوقف على القبض في المجلس وقع الكلام بين القوم في انه هل يجرى خيار المجلس فيهما قبل القبض ام لا؟ وحيث ان التقابض اذا كان واجباً في المجلس تكليفاً يمكن القول بالخيار بان نقول على القول بالخيار لا يجب فيقع الكلام في مقامين:

المقام الاول انه هل يجب التقابض ام لا؟ وما يمكن أن يذكر في تقريب الوجوب وجوه:

الوجه الاول: انه قد دل النص على النهي عن المفارقة حتى يحصل التقابض لاحظ ما رواه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا اشتريت ذهباً بفضة أو فضة بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه وان نزا حائطاً فانز معه[1] فان الحديث يدل على وجوب التقابض.

ويرد عليه ان المستفاد من الحديث الوجوب الوضعي الشرطي لا الوجوب التكليفي وبعبارة اخرى لا يستفاد من الرواية الا الاشتراط.

الوجه الثاني: انه مع عدم حصول التقابض يلزم الربا فيجب التقابض ويرد عليه اولاً: انه على القول به يختص بما يكون

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب الصرف الحديث ٨.

كلاهما من جنس واحدكبيع الذهب بالذهب واما بيع الذهب بالفضة فلا يجري فيه.

وثانياً ان الاشكال على فرض تماميته يختص بما اقبض احدهما دون الاخر وثالثاً ان الربا على تقدير لزومه يختص بما يشترط فيه التأخير.

ورابعاً ان هذا الاشكال على فرض تماميته يختص ببيع الصرف واما في السلم فلا يجري.

وخامساً ان العقد الربوي باطل وضعاً والكلام في الوجوب التكليفي.

وسادساً انه لو تحقق الافتراق قبل القبض يكون العقد كالعدم فاين يتحقق الربا.

الوجه الثالث: ان الاقباض شرط ارتكازي بين الطرفين فيجب بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط وفيه ان الدليل اخص من المدعى اذ الواجب على كل واحد منهما الاقباض عند اقباض الاخر لامطلقاً.

الوجه الرابع: ان المستفاد من دليل وجوب الوفاء وجوب الاقباض.

وفيه اولاً انا ذكرنا مراراً ان دليل وجوب الوفاء ناظر الى الحكم الوضعي ولا تعرض فيه للحكم التكليفي فلا موضوع للاستدلال المذكور.

وثانياً ان وجوب الوفاء على القول به يختص بالعقد الصحيح التام والمفروض ان العقد قبل القبض والاقباض غير تام فغير صحيح فانقدح انه لا دليل على وجوب الاقباض.

واما المقام الثاني: وهو انه على القول بوجوب الاقباض هل يترتب عليه الخيار ام لا؟ فنقول الظاهر انه لا مقتضي للخيار حتى

على القول بوجوب الاقباض لان الخيار في مقابل اللزوم اي في مقابل وجوب الوفاء فمادام لا يكون العقد لازماً بحسب الدليل لا مقتضي للخيار.

وبعبارة اخرى: انما يتصور الخيار في مورد تصور اللزوم بعد تمامية العقد والمفروض ان العقد قبل التقابض في المجلس غير تام وغير صحيح فلامجال لتوجه وجوب الوفاءبه فلاموضوع للخيار.

«قوله قدس سره: ومما ذكرنا يظهر الوجه فيكون مبدء الخيار للمالكين الحاضرين» الخ

بتقريب ان البيع انما يستند الىالمالك من حين الاجازة فلامجال للخيار للمالك الا بعد الاجازة بلا فرق بين الكشف والنقل هذا تقريب ما افاده.

ولكن قد مرمنا ان عنوان البايع والبيع والعاقد ينطبق على من يتصدي البيع بالاصالة أو بالوكالة أو بالولاية أو بالفضولية وعلى هذا لابد من أن يقال ان مجلس العقد لوكان باقياً الى زمان الاجازة وكان المتعاقدان حاضرين في المجلس يثبت الخيار لهما اي يثبت في مفروض الكلام للفضوليين دون غيرهما.

الا ان هذه الدعوى تقرع الاسماع فان قام دليل قطعي علىخلافه فهو والا فلا مناص عن الالتزام به وهل يمكن القول بثبوت الخيار للاصيل اذا كان احدهما اصيلاً من زمان العقد؟ الظاهر انه لا وجه له اذ الخيار ملك فسخ العقد والمفروض انه لم يتحقق العقد في وعاء الشرع فلا موضوع لهذه الدعوى.

«قوله قدس سره : مسئلة لا خلاف ظاهراً فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد»

ما افاده من اشتراط سقوطه يتصور على نحوين: النحو الاول ان يشترط في ضمن العقد اسقاطه اي بالشرط الضمني يسقط الخيار المترتب على العقد واورد فيه انه اسقاط لما لم يجب وهو غيرجايز

وربما يجاب عن الاشكال المذكور بان دليل الخيار منصرف عن مورد الشرط اذ الخيار للارفاق ومع اشتراط عدمه لا مجال للارفاق.

ويرد عليه اولاً انه لا وجه للانصراف وعلى فرض تسلمه بدوي يزول بالتأمل.

وثانياً ان البيان المذكور دوري اذ يتوقف صحة الاشتراط على عدم شمول دليل الخيار فلو توقف عدم شمول دليل الخيار على الشرط يلزم الدور.

وببيان واضح: ان المدعي يدعي ان دليل الخيار لايشمل المقام فلا يكون الشرط اسقاطاً لما لم يجب اذ لا خيار فدليل الشرط يتوقف على عدم شمول دليل الخيار كي لايكون اسقاطاً لمالم يجب والحال ان عدم شمول دليل الخيار يتوقف على الاشتراط وهذا دور.

فالجواب الصحيح أن يقال انه لا دليل على بطلان اسقاط ما لم يجب الا التعليق وبطلان التعليق بالاجماع وحيث ان الاجماع دليل لبي لا يشمل المقام لعدم كونه ذا لسان فالحق جواز اشتراط الاسقاط في ضمن العقد لكن في المقام دقيقة وهي ان الخيار اما لايتحقق باشتراط الاسقاط واما يتحقق ويسقط.

أما على الاول فلا يتصور الاسقاط اذ الاسقاط فرع الاثبات والسقوط فرع الثبوت فلابد من ثبوته.

وأما على الثاني فيلزم انه لو فسخ العقد الوكيل المفوض للمشروط عليه في ذلك الان فهل يؤثر الفسخ أم لا؟ اما على الاول فيلزم ان الشرط لم يؤثر في اسقاطه وأما على الثاني فما الوجه في عدم تأثيره ومقتضى القاعدة عدم تأثير شيء منهما اذ تأثير كليهما غير معقول وتأثير احدهما المعين ترجيح بلا مرجح وتأثير احدهما لا على التعيين الذي يرجع الى التخيير أيضاً لا دليل عليه فالنتيجة بعد التعارض بقاء الخيار بحاله.

وبعبارة واضحة: كل واحد من الاسقاط في ضمن العقد بالاشتراط وفسخ الوكيل في عرض واحد وموضوع كليهما متحقق في الخارج فيقع التعارض بينهما.

ونظير ذلك ما لو كان لزيد وكيلان مفوضان وباع داره من بكر وبعد البيع في آن واحد احد الوكيلين اسقط الخيار وفي ذلك الزمان الوكيل الاخر فسخ العقد فهل يقدم الفاسخ أو المسقط أو يصح كلا الامرين أو لا هذا ولا ذاك ويبقى الخيار بحاله؟

الحق هو الاخير لعدم وجه لترجيح احد الطرفين على الاخر ومن ناحية اخرى تأثير كليهما غير معقول فالنتيجة التعارض ثم التساقط وبقاء الخيار بحاله فلاحظ هذا تمام الكلام في النحو الاول.

ومع ذلك في النفس شيء وهو انه لا دليل على جواز اسقاط مالم يجب ومجرد عدم الدليل على البطلان لا اثر له اذ يتوقف الحكم بالصحة على الدليل بل مقتضى الاصل عدم تماميته فان الاستصحاب يقتضي عدم جوازه.

واما النحو الثاني وهو اشتراط عدم الخيار فنقول قد اوردت فيه ايرادات الايراد الاول ان الشرط لابد أن يكون فعلاً مقدوراً

للمشروط عليه والحال ان الخيار المجعول من قبل الشارع زمام امره بيده ولا سبيل للمكلف اليه.

والجواب عن هذا الايراد اولاً ان الشرط اذا كان فعلا يجعل على المكلف كالصلاة والخياطة يلزم ان يكون مقدوراً للمكلف وأما اذا علق العقد على امر فلا يلزم ان يكون المعلق عليه فعلاً مقدوراً للمكلف ولذا وقع الكلام بين القوم في جواز التعليق وعدمه ولولا الاجماع على بطلانه لجاز تعليق كل عقد أو ايقاع على امر غير مقدور كنزول المطر من السماء وقدوم زيد من السفر وطلوع الشمس وغروبها وهكذا.

وثانياً انه يكفي للالتزام بالجواز ورود النص الخاص في المقام لاحظ مارواه سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن رجل كان له اب مملوك وكانت لابيه امرأة مكاتبة قد ادّت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لك ان اعينك في مكاتبتك حتى تؤدّي ما عليك بشرط ان لا يكون لك الخيار على أبي اذا انت ملكت نفسك قالت: نعم فاعطاها في مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك قال لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم[1].

فان مقتضى الحديث المذكور جواز اشتراط عدم الخيار.

الايراد الثاني ان اشتراط عدم الخيار ينافي مقتضى العقد فلا يجوز اشتراط عدمه.

ويرد عليه اولاً ان الخيار لا يكون باقتضاء العقد بل الخيار حكم شرعي مترتب على العقد في جملة من الموارد ولذا نرى ان العقد بمقتضى دليل وجوب الوفاء لازم في حد نفسه والخيار يحتاج الى

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب المكاتبة الحديث ٨.

الدليل.

وثانياً انه يكفي لرفع الاشكال النص الخاص الوارد في باب الخيار.

الايراد الثالث ان الشرط يلزم ان يكون في ضمن العقد اللازم كي يلزم وأما لولم يكن العقد لازماً فلا يكون الشرط لازماً والا يلزم كون الفرع زائداً على الاصل.

وان شئت قلت لزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد والحال ان لزوم العقد يتوقف على لزوم الشرط وهذا دور فباطل.

ويرد عليه اولاً ان التقريب المذكور لوكان تاماً لكان مخصوصاً بالشروط الراجعة الى المكلف والافعال الصادرة منه والخيار في المقام بحكم الشارع كما ان عدمه كذلك الا ان يقال لا فرق في التقريب المذكور بين فعل الشارع وما يصدر عن المكلف لوحدة الملاك وهو عدم زيادة الفرع على الاصل.

وثانياً ان اي دليل دل على الاشتراط المذكور فان الشرط يتوقف على تحقق الارتباط فانه متقوم به فاذا تحقق هذا العنوان يتحقق الشرط ويترتب عليه حكمه ولذا قلنا ونقول في محله انشاء الله ان الشرط الواقع في ضمن العقد الفاسد تام وصحيح فلا يختص الشرط بما يكون في ضمن عقد صحيح.

وثالثاً انه يكفي للقول به ورود النص الخاص أي حديث سليمان ابن خالد فان الشرط وقع تلو العقد الجايز أى الهبة الايراد الرابع انه يقع التعارض بين دليل نفوذ الشرط ودليل ثبوت الخيار والنسبة بين الدليلين عموم من وجه اذ ربما يتحقق الشرط ولا يرتبط بالخيار كاشتراط الخياطة وربما يتحقق الخيار ولم يشترط عدمه.

وثالثة يجتمع الامران كما في المقام فيقع التعارض بين الدليلين فاذا قلنا في تعارض الاطلاقين يسقط كلا المتعارضين فتصل النوبة الى العموم أو الاطلاق الفوقاني ان كان وتكون النتيجة اللزوم لعموم قوله تعالى «اوفوا بالعقود» وان قلنا بلزوم تقديم الدليل الاحدث يلزم تمييز الاحدث عن غيره وتقديمه.

ويرد عليه اولاً ان كل مشروط قبل تعلق الشرط به محكوم بحكم في الشريعة المقدسة فان قلنا باختصاص دليل الشرط بما يكون موافقاً مع حكم ذلك الموضوع تلزم اللغوية في دليل الشرط وان قلنا بالعموم كما نقول لا يبقى للتقريب المذكور مجال كما هو ظاهر فيقدم دليل الشرط.

وثانياً ان العرف لا يرى معارضة بين الدليلين فان الادلة الدالة على حكم بالعنوان الثانوي تقدم على ادلة العناوين الاولية ولا تعارض بين الطرفين عرفاً ولذا نرى ان ادلة النذور والايمان والعهود واطاعة الوالدين وامثالها تقدم على الادلة المعارضة لها بلا كلام ولا اشكال والمقام كذلك.

وثالثاً انه يكفى للالتزام به النص الخاص الوارد في المقام.

الايراد الخامس: انه قد حقق في محله انه يشترط في صحة الشرط عدم كونه مخالفاً مع الشرع والمفروض ان الدليل قد دل على الخيار فان مقتضى قوله صلى الله عليه وآله البيعان بالخيار ثبوت خيار المجلس ولا يمكن رفع اليد عنه بدليل الشرط.

ان قلت: الامر كما افيد لكن نرفع اليد عن القاعدة في امثال المقام بحديث سليمان بن خالد حيث يستفاد منه جواز اشتراط عدم الخيار.

قلت: هكذا يستفاد من الحديث المذكور لكن هل يمكن الاخذ باطلاق ماورد فيه فان استدلال الامام عليه السلام بعموم دليل الشرط يقتضى جريان الكبرى الكلية في جميع الموارد وتكون النتيجة ان الشرط مشرع في الشريعة فانه يستفاد من الكلية انه لو اشترط احد على احد عدم حرمة شرب الخمر صار شرب الخمر جايزاً نعوذ بالله ونستعين به.

والذي يختلج بالبال في هذه العجالة ان يقال ان المستفاد من الحديث وان كان كما افيد لكن لا يمكن الالتزام به فانه خلاف الضرورة الدينية فنقتصر فيه بالمقدار الذي يمكن الاخذ به وفي الباقي نعمل على طبق القواعد المقررة فلاحظ.

«قوله قدس سره: لانها مسوقة لبيان ثبوت الخيار باصل الشرع فلا ينافى سقوطه»

الظاهر ان الماتن في مقام نفي الاطلاق في دليل الخيار فلا تعارض ويرد عليه انه لا وجه لعدم الاطلاق بعد تمامية مقدماته فالحق ما ذكرنا من الاطلاق في دليل الخيار وتقديم دليل الشرط بالتقريب المتقدم ذكره آنفاً.

«قوله قدس سره: الثانى ان يشترط عدم الفسخ» الخ

لا اشكال بحسب القواعد في صحة الشرط المذكور وتكون النتيجة حرمة الفسخ وهل يمكن القول بفساده كما ذكر في كلام الماتن الظاهر انه لا وجه له فان المستفاد من دليل الشرط لزومه وعدم مفارقة المشروط عليه عن الشرط فاذا كان متعلقه فعلاً من الافعال يجب كما لو اشترط خياطة الثوب وان كان تركاً يحرم ذلك

الفعل وفي المقام يحرم الفسخ بمقتضى الاشتراط واما عدم نفوذه فلا دليل عليه ووجوب الوفاء بالشرط ليس وجوباً تكليفياً بل وجوب وضعي أي لا ينحل بالفسخ كما ذكرنا نظيره في وجوب الوفاء بالعقد مضافاً الى ان الوجوب التكليفي الراجع الى الحرمة التكليفية لا يستلزم الفساد الوضعي كما هو محقق في محله.

«قوله قدس سره: وجهان» الخ

بل المتعين تأثير الفسخ ولا دليل على بطلانه والكلام هنا هو الكلام نعم بفسخه يصير عاصياً اذ يجب عليه بمقتضى الشرط ان يسقط الخيار وفسخه يناقض اسقاطه وعلى الجملة يجب عليه الاسقاط بعد البيع واذا لم يسقط ولم يفسخ يكون للطرف الآخر حق الفسخ بمقتضى تخلف الشرط كما هو المقرر عندهم.

«قوله قدس سره: ان تأثير الشرط انما هو مع ذكره في متن العقد» الخ

الحق ان يقال انه لو صدق في العرف تحقق الاشتراط ولو بمعونة القرينة بحيث يصدق عرفاً انه باع داره مع الشرط الكذائي يكون الاشتراط صحيحاً ويترتب عليه آثاره واما ان لم يصدق عنوان الاشتراط فغير صحيح فان كل حكم تابع لموضوعه والمفروض انه لا يصدق الموضوع فلا يترتب عليه الحكم.

وان شئت قلت تارة يكون الشرط غير المذكور من الشرائط العامة المرتكزة عند العقلاء بحيث يكون المقدر عندهم كالمذكور واخرى يكون امراً شخصياً وعلى الثاني قد يشيران به في ضمن العقد وقد يغفلان عن الشرط الذي تكلما حوله قبل العقد.

أما القسم الاول فلا اشكال في صحته وأما القسم الثاني فالظاهر صحته اذ المفروض انهما يشيران اليه فيكون كالمذكور في العقد وأما القسم الثالث فلا يكون صحيحاً اذ المفروض انه غير مذكور لا بالصراحة ولا بالاشارة ولا بالارتكاز

«قوله قدس سره : لم يصح البيع» الخ

الظاهر انه لا وجه لما افيد فان النذر معلق على البيع فالعمل بالنذر والوفاء به انما يجب في ظرف البيع وبعبارة اخرى البيع شرط لوجوب العتق فالوجوب وجوب مشروط فمادام لم يتحقق البيع لايتحقق الوجوب وبعد تحقق الوجوب لايمكن العمل بالنذر الا اذا فرض امكان اشترائه من المشتري أو استملاكه بنحو آخر فيجب من باب مقدمة الواجب.

وأما اسقاطه للخيار فلا مانع لان الوجوب بعد لم يتحقق مضافاً الى ان الوجوب التكليفي لا يقتضي الفساد الوضعي فلاحظ

«قوله قدس سره : مسئلة ومن المسقطات، اسقاط هذا الخيار بعد العقد» الخ

ما يمكن ان يذكر في تقريب جواز اسقاط الخيار بعد العقد وجوه. الوجه الاول عدم الخلاف المدعى في المقام فان الماتن أفاد بقوله لا خلاف ظاهراً في سقوطه بالاسقاط.

ومن الظاهر انه لا يترتب عليه اثر اذ غايته أن يكون اجماعاً منقولاً والاجماع المحصل غير حجة فكيف بمنقوله.

الا أن يقال انه اذا احرز عدم الخلاف في مسئلة وفرع من الفروع الفقهية يطمئن الفقيه بتمامية قيام الحجة على الحكم الشرعي.

الوجه الثاني انه قد دل الدليل على سقوط خيار الحيوان بتصرف

المشتري فيه لاحظ ما رواه علي بن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام قال الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط ام لم يشترط فان احدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الايام فذلك رضى منه فلا شرط له قيل له وما الحدث قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء[1].

فانه عليه السلام حكم في الحديث المذكور بقوله «فذلك رضى منه فلا شرط له» بان احداث الحدث في الحيوان كالنظر والتقبيل اسقاط للخيار فيعلم ان ذا الخيار له ان يرضى بالعقد وسقط خياره فله ايضاً ذلك في المقام.

ان قلت: الدليل وارد في خيار الحيوان فما وجه تسرية الحكم الى خيار المجلس.

قلت: يفهم من كلامه عليه السلام ان خيار الحيوان يسقط بالاسقاط ولو بمعونة التعبد الشرعي فيفهم العرف عموم الحكم أي يفهم ان الخيار الثابت بالمجلس كالخيار الثابت بالحيوان وان كان للاشكال مجال.

الوجه الثالث ان الفرق بين الخيار الحكمي والخيار الحقي والمابين بينهما ان الخيار الحكمي كالخيار الثابت في الهبة لايسقط باسقاط من له الخيار واما الخيار الحقي فهو قابل للاسقاط واختياره بيد من له الحق ومن ناحية اخرى خيار المجلس خيار حقي بلا اشكال ولا كلام.

الوجه الرابع فحوى دليل السلطنة على الاموال قال رسول الله

---

(١) جامع الاحاديث ج١٨ الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث٨.

صلى الله عليه وآله: ان الناس مسلطون على اموالهم[١].

بتقريب انه لوكان الانسان مسلطاً على التصرف في الملكية واعدامها فبالاولوية يكون مسلطاً على التصرف في الحق الذي يكون مرتبة نازلة من الملك وفيه ان دليل السلطنة ضعيف فلاتصل النوبة الى التقريب المذكور.

الوجه الخامس التمسك بدليل وجوب الوفاء بالشرط لاحظ مارواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عزوجل فلا يجوز له على الذي اشترط عليه والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عزوجل[٢].

بتقريب ان الدليل باطلاقه يشمل اسقاط الخيار.

ويرد عليه اولاً ان مفهوم الشرط متقوم بالارتباط ولا يصدق الشرط على الامر الابتدائي.

وثانياً انه ما المراد من الشرط في المقام فان كان المراد الالتزام بعدم الخيار فان الخيار في المقام باعتبار الشارع وليس زمام امره بيد المتعاقدين وان كان المراد اسقاط الخيار فلابد من احراز مشروعيته اولاً ثم اشتراطه اذ دليل الشرط لايكون مشرعاً ولامجال لكونه مجوزاً لما لا يكون جايزاً في الشريعة فيكفي لعدم الجواز الشك في اصل المشروعية.

مضافاً الى انه يمكن احراز عدمها باستصحاب عدم كونه مشروعاً فانقدح ان الوجه الوحيد وضوح كون خيار المجلس امراً حقيقياً

---

(١) بحار الانوار الطبع الجديد ج٢ ص ٢٧٢ الحديث ٧.

(٢) جامع الاحاديث ج١٨ الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث ١.

وقابلاً للاسقاط ويمكن ان يقال ان المدعى اوضح من ان يخفى.

«قوله قدس سره : ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ» الخ

ما افاده على طبق القاعدة إذ بعد ما ثبت جواز الاسقاط فلو دل الدليل بالدلالة العرفية على الاسقاط يترتب عليه السقوط لوجود المقتضي وعدم المانع وهذا ظاهر ولا يحتاج اثبات المدعى الى الاستدلال بالفحوى المتقدمة.

«قوله قدس سره : وفحوى ما دل على كفاية بعض الافعال» الخ

لاحظ ما رواه معاوية بن وهب قال: جاء رجل الى أبي عبدالله عليه السلام فقال: اني كنت مملوكاً لقوم واني تزوجت امراة حرة بغير اذن مواليّ ثم اعتقوني بعد ذلك فأجدد نكاحي اياها حين اعتقت فقال له: اكانوا علموا انك تزوجت امرأة وانت مملوك لهم فقال: نعم وسكتوا عنّي ولم يغيروا عليّ قال: فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاول[1].

بتقريب ان السكوت الذي يكون ناشئاً عن الرضا اذا كان كافياً في اجازة العقد الفضولي فبالاولوية يكون اللفظ الدال على الاسقاط مسقطاً للخيار.

ويرد عليه انه يمكن ان الشارع الاقدس سهل الامر في باب النكاح لسد باب الزنا فلا يتم التقريب المذكور وان شئت قلت اما يصدق عنوان الاسقاط بحسب الفهم العرفي على اللفظ الصادر عنه واما لا يصدق اما على الاول فلا يحتاج الى الاستدلال بالفحوى بل يتم الامر على طبق القاعدة واما على الثاني فلا وجه للتعدى.

---

(١) الوسائل الباب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١.

«قوله قدس‌سره: لكون رضاه باسقاط الاخرخياره اسقاطاً ايضاً»

يمكن ان يرد عليه بان مجرد الرضا بامر لا اثر له فان الامور الانشائية لابد من اعتبارها اولاً ثم ابرازها وانشائها بمبرز نعم لوكان مجرد الرضا وعدم الرد في مورد مصداقاً للانشاء يكون كافياً لكن الاشكال في تمامية الصغرى فلاحظ.

«قوله قدس سره : وليس فيه دلالة» الخ

الحق ما افاده فانه ليس في هذا اللفظ دلالة لا على التفويض ولا على التمليك ولا على استكشاف الحال بل هذه الجملة دالة على طلب اختيار احد الطرفين من الطرف المقابل وكونها دالة في العرف السابق لا اثر له.

ثم انه هل يجوز تمليك الخيار من الغير ام لا؟ في هذه العجالة لا يخطر بنظري ما يستدل به على الجواز نعم يجوز التوكيل فيه بلا اشكال واما تفويض الامر الى الغير فان رجع الى التوكيل فهو والا فلا دليل على الجواز ايضاً. اللهم الا ان يقال اذا بيع مال الغير برضاه يكون المقام اولى بكونه جايزاً والله العالم.

«قوله قدس سره : كما يظهر من باب الطلاق» الخ

لاحظ ما رواه زرارة عن أبي‌جعفر عليه السلام قال: قلت: له: رجل خيّر امرأته قال: انما الخيار لها مادامت في مجلسهما فاذا تفرقا فلا خيار لها[1] الى غير ذلك من اخبار الباب.

«قوله قدس‌سره: وما ورد فى‌ذيل بعض اخبار خيارالمجلس» الخ

روى‌نافع عن ابن‌عمر ان النبي‌صلى‌الله‌عليه‌وآله قال: المتبايعان

(١) الوسائل الباب٤١ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه الحديث٧.

بالخيار ما لم يفترقا أو يقول احدهما لصاحبه اختر[1].

«قوله قدس سره: ثم انه لااشكال فى ان اسقاط احدهما لايوجب سقوط خيار الاخر» إلخ.

الشيخ قدس سره تعرض لفروع. الفرع الاول: انه لو اسقط احد المتعاقدين خياره لا يكون اسقاطه موجباً لسقوط خيار الاخر بل خيار الاخر باق بحاله فان الخيار ثابت لكل واحد منهما ولا ارتباط لاحدهما بالاخر.

الفرع الثاني: انه لو اجاز احدهما وفسخ الاخر فينفسخ العقد اذ المفروض ان الخيار ثابت لكل واحد منهما وقلنا لا ارتباط لاحدهما بالاخر واجازة العقد من قبل احدهما توجب سقوط خياره وخيار الاخر باق بحاله فلو فسخ العقد ينفسخ طبعاً وليس هذا من باب تقديم الفسخ على الاجازة عند التعارض بل من باب ان لكل منهما فسخ العقد فمادام الحق موجوداً يؤثر اثره وان شئت قلت اجازة المجيز توجب سقوط خياره وفسخ الاخر يوجب انحلال العقد.

الفرع الثالث: ان الخيار من طرف واحد لوكان لمتعدد فاجاز بعضهم وفسخ الاخر يقع التعارض والنتيجة التساقط وبقاء الخيار بحاله لعدم وجه للترجيح ومن ناحية اخرى لا يعقل تأثير الكل لاوله الى التناقض فلو فرض ان الاصيل ووكيله لهما الخيار فاجاز احدهما وفسخ الاخر في زمان واحد يقع التعارض ولا يرجح احدهما على الاخر وما عن العلامة من ترجيح جانب الفسخ، لا وجه له ظاهراً.

ومثل الشيخ قدس سره للتعارض بموارد. منها: انه لو اجاز العقد

---

(١) الخلاف للطوسى طبع جديد ج١ ص ٥٠٧ مسئلة ٧.

بعض الورثة وفسخ البعض الاخر وما افاده يتوقف على القول بان الخيار ينتقل بالارث الى الورثة.

والحال انه محل الكلام والاشكال ونتعرض انشاء الله لتفصيل هذه الجهة في بحث ارث الخيار ويتوقف ايضاً على كون الخيار لطبيعي الوارث وأما لوقلنا بكونه للمجموع بنحو العموم المجموعي أو قلنا يكون الخيار لكل واحد منهم في مقدار ارثه فلا موضوع للتعارض أماعلى الاول فلعدم صدور الاجازة أوالفسخ من المجموع وأما على الثاني فلتعدد الحق وعدم ارتباط بين الحق الثابت لبعضهم والحق الثابت للاخر فلاحظ.

«قوله قدس سره : مسئلة من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين»

قد تعرض الماتن في هذه المسئلة لجملة من الفروع. الفرع الاول ان الخيار يسقط بافتراق المتعاقدين والامر كما افاده فانه قد بيّن في جملة من النصوص ان قوام الخيار ببقاء المجلس وبهذا الاعتبار عرف الخيار بخيار المجلس.

الفرع الثاني: انه ربما يقال انه يستفاد من بعض النصوص ان التفرق بما هو لا يكون موجباً لسقوط الخيار بل التفرق الذى يكون ناشياً عن الرضا ببقاء العقد وعدم ارادة فسخه فلا يكون التفرق مسقطاً على الاطلاق.

لاحظ ما رواه فضيل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: ما الشرط في الحيوان فقال: ثلاثة ايام للمشتري قلت: فما الشرط في غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا

خيار بعد الرضا منهما[١].

ودلالة الحديث على المدعى غير ظاهرة اذ يمكن ان يكون المراد بالرضا الرضا باصل البيع كما انه يمكن ان يكون المراد به التفرق عن الرضا لا عن الاكراه فلا دليل على كون المراد من الرضا الوارد في الحديث ما ادعوه اضف الى ذلك ان سقوط خيار المجلس بالتفرق من الواضحات التي لا مجال للبحث فيه فلاحظ.

الفرع الثالث انه يكفي في سقوط الخيار صدق عنوان الافتراق فلو صدق عنوان الافتراق عن مجلس العقد يكفي ولا تعتبر فيه تحقق الخطوة أو اكثر لعدم دليل عليه ودعوى انصراف الدليل عهدتها على مدعيها.

وأما حديث محمد بن مسلم قال سمعت اباجعفر عليه السلام يقول: اني ابتعت ارضاً فلما استوجبتها قمت فمشيت خطاً ثم رجعت فاردت ان يجب البيع[٢]، فلا يدل على تمامية الدعوى اذ لم يعلم من نقله عليه السلام فعله اشتراط الحكم به فانه من الممكن ان المجلس كان على نحو لا يتحقق الافتراق الا بما فعل والمحكم اطلاق الدليل.

ثم انه لو وصلت النوبة الى الشك فهل يمكن الحكم بالبقاء بالاستصحاب ام لا؟ الحق هو الثاني فانه يرد على الاستصحاب اولاً انه لا مجال للاصل مع وجود الامارة والمفروض ان قوله تعالى «اوفوا بالعقود» يقتضي اللزوم وانما رفعنا اليد عنه بالمقدار الذي دل عليه الدليل وثانياً ان استصحاب الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد فلاحظ.

---

(١) جامع الاحاديث ج١٨ الباب ١ من ابواب الخيار الحديث ٥.

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب الخيار الحديث ٢.

الفرع الرابع انه لا يلزم في تحقق الافتراق صدور الحركة من كل واحد من المتعاقدين بل ان تحرك احدهما عن مكانه وبقى الاخر يحصل الافتراق ويكفي للسقوط الاطلاق بل يدل عليه ايضاً النص الخاص المتقدم ذكره آنفاً.

«قوله قدس سره: المعروف إنه لا إعتبار بالافتراق عن اكراه اذا منع من التخاير ايضاً» الخ

وقع الكلام بينهم في انه لو تحقق الافتراق عن اكراه ومنع عن التخاير ايضاً فهل يسقط الخيار أم لا؟ ويقع الكلام في هذه المسئلة تارة من حيث القاعدة الاولية واخرى من حيث القاعدة الثانوية.

أما الكلام من الناحية الاولى فمقتضى القاعدة سقوط الخيار لاطلاق الدليل فان مقتضاه السقوط وهذا ظاهر.

وأما من الناحية الثانية فربما يقال ببقاء الخيار ومايمكن ان يذكر في تقريبه وجوه الوجه الاول آستصحاب الخيار.

وفيه اولاً انه لو تم الاطلاق لايبقى مجال للاستصحاب وثانياً انه لو وصلت النوبة الى الشك يكون المرجع وجوب الوفاء بالعقود وثالثاً ان الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض بعدم الجعل الزائد.

الوجه الثاني انصراف الدليل عن الافتراق الاكراهي وفيه انه لاوجه للانصراف وعلى فرض تحققه يكون بدويا ويزول بالتأمل.

وبعبارة واضحة: لا دليل على التقييد والفعل يستند الى الفاعل بلا دخل للاختيار فضلاً عن الاشتراط بعدم كونه عن اكراه نعم بعض المواد يقتضي القصد والاختيار كالتعظيم والاهانة كما آن بعض

المواد اشرب فيه عدم القصد كالموت.

الوجه الثالث: مارواه فضيل عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال قلت له ما الشرط في غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما[١].

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان الافتراق المقرون بالرضا يسقط الخيار لا الافتراق على الاطلاق.

وبعبارة اخرى مقتضى مفهوم الشرط عدم السقوط بالافتراق الاكراهي وفيه انه يمكن ان يكون المراد من الرضا كما تقدم الرضا باصل البيع واصل المعاملة الواقعة لا الرضا بالافتراق ولذا لا اشكال في انه لو فارق أحدهما المجلس مع عدم رضا الاخر يسقط الخيار والحال ان الحكم قد علق في الحديث على الرضا منهما.

الوجه الرابع: حديث الرفع فانه قد ورد في جملة من النصوص رفع الاكراه منها مارواه اسماعيل الجعفي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: وضع عن هذه الامة ست خصال الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه وما لا يعلمون وما لا يطيقون وما اضطروا اليه[٢].

ومنها مارواه ربعي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: عفي عن امتي ثلاث الخطاء والنسيان والاستكراه قال أبو عبدالله عليه السلام وهنا رابعة وهي مالا يطيقون[٣].

ومنها مارواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا

(١) الوسائل الباب١ من ابواب الخيار الحديث ٣.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الايمان الحديث٣.

(٣) نفس المصدر الحديث٤.

عليه[١].

وعن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك فقال: لا، ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن امتي ما اكرهوا عليه وما لم يطيقوا و ما اخطأوا[٢] والظاهر اعتبار بعضها سنداً فلا اشكال من هذه الناحية والمراد من الرفع رفع الحكم.

وقد اورد في الاستدلال بحديث الرفع بايرادات الايراد الاول ان حديث الرفع مختص برفع الاحكام التكليفية والكلام في المقام في الحكم الوضعي.

وفيه انه لا وجه لهذا التقييد والمحكم اطلاق الدليل مضافاً الى ان مورد بعض هذه النصوص الامور الوضعية لاحظ الحديث السادس من الباب السادس عشر.

الايراد الثاني: ان حديث الرفع امتناني وبقاء الخيار للمكره بالفتح خلاف الامتنان بالنسبة الى الطرف المقابل.

ويرد عليه اولاً انه لا دليل على كون الحديث في مقام الامتنان على الامة بل لا يبعد أن يكون امتناناً بالنسبة الى الرسول الاكرم صلى الله عليه وآله فان قوله صلى الله عليه وآله: رفع أو وضع عن امتي ظاهر في كون الامتنان بالنسبة اليه ولا اقل من الشك وعدم الظهور في احد طرفي الاحتمال.

وثانياً انه يكفي للامتنان كونه امتناناً بالنسبة الى من يرفع حكم الاكراه عنه ولا يلزم أن يكون امتناناً على جميع الامة.

---

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الايمان الحديث ٥.

(٢) نفس المصدر الحديث ٦.

الايراد الثالث: ما افاده سيد الحاشية قدس سره وهو أن حديث الرفع ناظر الى رفع الحكم عن الفعل الذي يكون موضوعاً بما هو صادر عن القصد والاختيار كالبيع والنكاح والطلاق الى غيرها واما اذا كان الموضوع الفعل بما هو فعل فلا يشمله حديث الرفع ولذا لو اتلف احد مال غيره بلا قصد واختيار يتحقق الضمان ولا يرفعه حديث الرفع.

ويرد عليه انه أي دليل دل على هذا المدعى ومقتضى الاطلاق رفض القيود ولا نسلم عدم شموله لمثل الاتلاف بالنسبة الى الضمان الا ان يقوم اجماع تعبدي كاشف عنه أو يقوم عليه دليل معتبر غيره.

الايراد الرابع: ما افاده السيد ايضاً وهو انه لو كان الامر كذلك كان اللازم ان نلتزم ببقاء الخيار حتى مع عدم المنع عن التخاير اذ المفروض انه اعتبر الافتراق كالعدم ولا يقولون به.

ويرد عليه انه لو اقتضى الاطلاق ما ذكر نلتزم به ولا نبالي بعدم قولهم به فان المتبع قول الشارع لا قولهم.

الايراد الخامس: ما افاده السيد ايضاً وهو انه يلزم على هذا الالتزام ببقاء الخيار مع الافتراق الناشي عن النسيان او الاضطرار ولم يلتزموا به... والكلام فيه هو الكلام الا أن يتضح الفرق بالدليل كالاجماع التعبدي الكاشف ونحوه والا فالصناعة تقتضي الالتزام بالسريان.

الايراد السادس: ما افاده السيد أيضاً وهو ان شمول حديث الرفع لفعل يتوقف على كون ذلك الفعل موضوعاً لاثر شرعي كي يرتفع بعروض الاكراه أو الاضطرار أو النسيان مثلاً شرب الخمر موضوع لاثر وهو الحد فلو شرب احد الخمر اكراهاً يرتفع الحد

وأيضاً لو اتلف مال احد اكراهاً يشمله الحديث اذ الاتلاف موضوع اثر شرعي وهو الضمان واما الافتراق في المقام فليس موضوعاً لاثر شرعي بل الموضوع للاثر هو الاجتماع الذي هو ضد الافتراق فان الاجتماع موضوع الخيار واما الافتراق فهو نهاية الخيار وامده ولا يكون موضوعاً للحكم.

وان شئت قلت عند الافتراق لا حكم فلا موضوع للارتفاع.

ان قلت الافتراق موضوع لزوم العقد قلت ليس الامر كذلك فان اللزوم ثابت لكل عقد بمقتضى عموم وجوب الوفاء المستفاد من الاية الشريفة وببيان واضح اللزوم حكم لمطلق العقد ولا دخل للافتراق فيه.

وصفوة القول ان الافتراق امد الخيار ولذا نرى قد يعبّر في كلامهم بقوله عليه السلام حتى يفترقا وقد يعبّر بقوله عليه السلام فاذا افترقا فيستفاد من كلامهم روحي فداهم ان الميزان بالاجتماع وأما الافتراق فلا يكون موضوعاً للحكم بل يبدل موضوع الحكم بضده واطلاق الموضوع عليه مسامحة.

وببيان واضح قد أستفيد من ادلة خيار المجلس اختصاص الخيار ببقاء عنوان الاجتماع وعدم تحقق الافتراق وهذا الوجه الاخير دقيق وبالترحيب حقيق.

ولعمري اجاد فيما افاد فعلى الله اجره واقول مضافاً الى ما أفاده انك ان ابيت وقلت: ان الافتراق موضوع للزوم بمقتضى دليل خيار المجلس ويرتفع بالاكراه فلا اثر لالحاحك واصرارك اذ نفرض ان اللزوم يستفاد من دليل الخيار.

لكن يكفي للزوم العقد عموم وجوب الوفاء المستفاد من قوله

تعالى «اوفوا بالعقود».

وببيان واضح لو سلمنا ان قوله صلى الله عليه وآله اذا افترقا وجب البيع يقتضي اللزوم وبالافتراق الاكراهي لا يتحقق اللزوم لكن نقول دليل اللزوم غير منحصر فيه بل اللزوم مستفاد من قوله تعالى «اوفوا بالعقود» فلابد من الالتزام بلزوم العقد وعلى الجملة لا مجال للاخذ بحديث الرفع.

ومن هذا البيان اللطيف والتقريب الدقيق يفهم عدم ورود جملة من الموارد التي يمكن توهم جواز الاخذ بحديث الرفع مثلاً لو اغتسل احد أو توضأ فنام اكراهاً هل يمكن القول بعدم بطلان طهارته لحديث الرفع أو اذا فرض ان الصائم اكره على الافطار فهل يمكن الالتزام بعدم بطلان صومه بتقريب ان حديث الرفع يقتضي ارتفاع الحكم الشرعي كلا ثم كلا والوجه في ذلك في جميع هذه الموارد التي يمكن فيها التوهم المذكور ان النوم أو الافطار أو غيرهما لا تكون موضوعاً للحكم الشرعي بل هذه الامور غاياة وينتهي الحكم بها فان زمان الطهارة ينتهي بتحقق الحدث أي حكم الشارع بهذا المقدار.

وأيضاً ان الصائم صائم مادام يجتنب هذه الخصال كما في الحديث.

بقي شيء وهو انه لو انعكس الامر بان اكرها على عدم التفرق فهل يكون الخيار باقياً مقتضى ما تقدم ان يكون الخيار ساقطاً لان مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد هو اللزوم وانما خرجنا بمقدار دلالة دليل خيار المجلس ومن ناحية اخرى الاجتماع وعدم الافتراق موضوع للاثر الشرعي ومن ناحية ثالثة الاكراه يرفع الاثر عن الموضوع الاكراهي فيلزم عدم الخيار وهل يمكن الالتزام بهذا

اللازم فلاحظ وطبق القاعدة على المورد والله العالم.

«قوله قدس سره : مسئلة لو اكره احدهما على التفرق» الخ

تعرض الشيخ قدس سره في هذه المسئلة لفروع وتبعاً له نتعرض لها والا فعلى ما ذكرنا لا مجال للتعرض لها ولا موضوع لها.

الفرع الاول: انه لو اكره احدهما على الافتراق ومنع عن التخاير ومنع الاخر عن المصاحبة مع المكره بالفتح ومنع عن التخاير يكون الخيار باقياً على ذلك المبنى الفاسد والوجه فيه ظاهر.

الفرع الثاني: انه لو اكره احدهما على ترك المجلس ويكون الاخر مختاراً فهل يسقط الخيار بالنسبة الى المختار أو يبقى بالنسبة اليه كما يبقى للمكره بالفتح الظاهر بقائه بالنسبة اليه على جميع انحاء الاستدلال فان بقاء الخيار ان كان بالاستصحاب يبقى بالنسبة اليهما ولا وجه للتفكيك كما أن الامر كذلك لو كان المدرك تبادر الاختيار من الافتراق فان السقوط متفرع على التفرق الاختياري والمفروض انه غير متحقق.

كما ان الامر كذلك لوكان المدرك صحيح فضيل فان الغاية الافتراق الناشى عن رضاهما والمفروض عدمه كما ان الامر ايضاً هكذا اذا كان المدرك حديث الرفع فان الافتراق الاكراهى ولو من جانب كالعدم فلاحظ.

الفرع الثالث: عكس الصورة الاولى والكلام فيه هو الكلام ولا يحتاج الى الاعادة.

«قوله قدس سره: لوزال الاكراه فالمحكى عن الشيخ وجماعة» الخ

على فرض الالتزام بالمسلك الباطل أى الالتزام بعدم سقوط

الخيار عند التفرق الاكراهي اذا زال الاكراه هل يبقى الخيار أم لا؟ وعلى فرض البقاء بماذا يسقط فنقول تختلف الحال باختلاف مدرك الحكم فان كان المدرك للبقاء الاجماع فالخيار بعد رفع الاكراه فوري لان مقتضى عموم قوله تعالى «اوفوا بالعقود» لزوم كل عقد وانما رفعنا اليد عن العموم المذكور للاجماع على عدم اللزوم فبالقدر المعلوم نرفع اليد عن وجوب الوفاء وفي الزائد نأخذ بالعموم ونحكم باللزوم.

وأما اذا كان المدرك انصراف الدليل الى خصوص الافتراق الاختياري يكون الخيار لكلا الطرفين باقياً لانه لم يحصل الافتراق الاختياري فالخيار باق.

وان كان المدرك حديث فضيل فالخيار باق ايضاً الى ان يحصل مسقط آخر من المسقطات كما ان الامر كذلك ان كان المدرك حديث الرفع والوجه في الكل ان المسقط التفرق الاختياري عن مجلس العقد والمفروض انه لايمكن تحقق العنوان المذكور اذ المفروض انه زال مجلس العقد ولا يعقل عوده فان اعادة المعدوم غير معقول

وصفوة القول ان تحقق الافتراق المؤثر غير معقول فلابد من تحقق مسقط آخر للالتزام بالسقوط.

«قوله قدس سره: مسئلة ومن مسقطات هذا الخيار التصرف» الخ

ما يمكن ان يذكر في تقريب الاستدلال وجوه. الوجه الاول: النصوص الواردة في خيار الحيوان منها ما رواه علي بن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام قال الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشترى اشترط ام لم يشترط فان احدث المشترى فيما اشترى حدثاً قبل

الثلاثة الايام فذلك رضا منه فلا شرط قيل له وما الحدث قال ان لا مس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء[١].

ومنها ما رواه محمد بن الحسن الصفار قال كتبت الى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشترى من رجل دابة فاحدث فيها حدثاً من اخذ الحافر أو انعلها أو ركب ظهرها فراسخ اله ان يردها في الثلاثة الايام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ فوقع عليه السلام اذا احدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء ان شاء الله[٢].

ومنها ما رواه علي بن رئاب قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار فقال الخيار لمن اشترى الى ان قال قلت له ارايت ان قبلها المشتري أو لامس قال: فقال اذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته[٣].

بتقريب ان الميزان باطلاق الجواب لا بخصوص السؤال وبعبارة اخرى خصوص المورد لا يكون مانعاً عن الاطلاق ومقتضى الاطلاق نفي الخيار بعد التصرف على الاطلاق فالتصرف موجب لسقوط مطلق الخيار لا خصوص خيار الحيوان.

ويرد عليه اولاً انه يلزم جريان التقريب المذكور في خيار المجلس بان نقول التفرق يوجب سقوط مطلق الخيار حتى خيار

---

(١) الوسائل الباب٤ من ابواب الخيار الحديث١.

(٢) نفس المصدر الحديث٢.

(٣) نفس المصدر الحديث٣.

الحيوان وهل يمكن الالتزام به والحل ان الظاهر من كل دليل سقوط ذلك الخيار بما يكون مسقطاً له لامطلق الخيار فالتفرق مسقط لخيار المجلس والتصرف مسقط لخيار الحيوان.

وثانياً انه على القول بسقوط مطلق الخيار يلزم اختصاص سقوط خيار المشتري بالتصرف وأما خيار البايع فلا.

ان قلت: لافصل بين الموردين قلت: عدم القول بالفصل لااعتبار به فان الاجماع لا يكون حجة فكيف بعدم القول بالفصل مضافاً الى انه يلزم القول بكون تصرف البايع مسقطاً بالتقريب المذكور.

وثالثاً انه يرد على التقريب المشار اليه انه يقع التعارض بين دليل خيار الحيوان ودليل خيار المجلس فان مقتضى الاول سقوط خيار المجلس ومقتضى الثاني بقائه مادام بقاء المجلس.

الوجه الثاني: عموم التعليل الوارد وهو قوله عليه السلام «فذلك رضا منه فلاشرط له» بتقريب ان العلة تعمم وتخصص وفي المقام قد اقيمت العلة مقام الجواب في الشرطية كما في قوله تعالى «ان كذبوك فقد كذب رسل من قبلك» اي ان كذبوك فلا تحزن لانه قد كذبت رسل من قبلك.

والتقدير في المقام هكذا فان احدث المشتري فلا خيار بعد لان احداث الحدث مسقط

ويرد عليه اولاً: انه لا دليل على المدعى المذكور بل الظاهر من الحديث ان الشارع على نحو الحكومة جعل التصرف مسقطاً للخيار فلا يكون المقام داخلاً تحت تلك الكبرى.

وبعبارة اخرى لا علة ولامعلول بل المقصود ان التصرف موضوع في وعاء الشرع لسقوط الخيار.

وثانياً انه فرضنا كون الجملة المذكورة علة لكن لا يمكن تطبيق التقريب المذكور عليه فان العلة المذكورة للحكم اذا كان امراً خارجياً واضحاً عند العرف فيؤخذ بعمومها ويلتزم بالحكم في كل مورد توجد تلك العلة كما في المثال المعروف لا تشرب الخمر لانه مسكر فانه يتعدى منه الى حرمة كل مسكر.

وأما اذا لم تكن العلة كذلك بل كانت امراً تعبدياً يلزم احراز ذلك الامر من الشارع وفي المقام العلة عبارة عن جعل الشارع التصرف في الحيوان المشترى اسقاطاً لخيار الحيوان ولا دليل على هذا الاعتبار في مورد آخر ولا شاهد عليه.

وبعبارة اخرى: لقائل أن يقول: من الممكن ان يكون تصرف ذي الخيار في الحيوان قبل الثلاثة في اعتبار الشارع مسقطاً لخيار الحيوان ولا دليل على ان التصرف الصادر من كل ذي خيار مسقطاً فهذا الوجه ايضاً ساقط عن الاعتبار.

الوجه الثالث: ان التصرف في المبيع كاشف نوعي عن الرضا ببقاء العقد على حاله فيكون مسقطاً للخيار.

ويرد عليه اولاً انا لا نسلم الكاشفية المذكورة وثانياً انه لا اثر للكشف النوعي مع كون المتصرف غافلاً أو غير معتقد بالشرع أو غير ذلك.

وثالثاً انه لا اثر لمجرد الرضا فان سقوط الخيار يحتاج الى الاسقاط والاسقاط متقوم بالقصد والانشاء بمبرز من الفعل أو اللفظ فالنتيجة انه لا دليل على كون التصرف مسقطاً.

«قوله قدس سره: الثاني خيار الحيوان».

في المقام فروع الفرع الاول انه لا اشكال في ثبوت خيار الحيوان للمشتري وتدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في الحيوان كله شرط ثلاثة ايام للمشتري وهو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط[١].

ومنها ما رواه الحسن بن علي بن فضال قال: سمعت ابا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثة ايّام[٢].

ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: وقال: في الحيوان كله شرط ثلاثة ايام للمشتري وهو بالخيار فيها اشترط أو لم يشترط[٣].

ومنها ما رواه فضيل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: ما الشرط في الحيوان قال: ثلاثة ايام للمشترى[٤].

ومنها ما رواه علي بن اسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: الخيار في الحيوان ثلاثة للمشتري[٥].

ومنها ما رواه علي بن رئاب قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبايع اولهما كلاهما

---

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

(٣) نفس المصدر الحديث ٤.

(٤) نفس المصدر الحديث ٥.

(٥) نفس المصدر الحديث ٨.

فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة ايام نظرة فاذا مضت ثلاثة ايام فقد وجب الشراء[١].

ومنها ما رواه علي بن رئاب[٢] ومنها ما رواه الصفار[٣] ومنها ما رواه علي بن رئاب[٤] فهذا الحكم في الجملة لا غبار عليه.

الفرع الثاني: انه هل يختص خيار الحيوان بنوع خاص من الحيوانات ام لا يختص؟ الحق هو الثاني فان مقتضى الاطلاق عموم الحكم.

الفرع الثالث انه هل يختص هذا الخيار بالحيوان المقصود حياته فمثل السمك المخرج من الماء والجراد المحرز في الاناء لا يكون فيه خيار الحيوان لان المقصود فيه اللحم الظاهر انه لا وجه للقيد ولا دليل على التخصيص ومجرد كون الغاية من الاشتراء الاستفادة من لحمه لايوجب القول بعدم الخيار فيه والا يلزم القول بعدم الخيار في الغنم والديك والدجاج وامثالها مما يشترى غالباً للذبح والانتفاع بلحومها وهل يمكن الالتزام به؟ كلا فانه قول بلا دليل.

الفرع الرابع انه لو قلنا بالاختصاص فهل يسري الحكم وهو عدم الخيار فيما لا يبقى لعارض لاصابة السهم أو لجرح الكلب المعلم الظاهر انه يجري فيه لعين الملاك ولكن الحق عدم وجه للتقييد.

الفرع الخامس انه على تقدير تلف المجروح أو المصاب بالسهم

---

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ٩.

(٢) تقدم ذكر الحديث في ص ٣٤٠.

(٣) تقدم ذكر الحديث في ص ٣٤١.

(٤) تقدم ذكر الحديث في ص ٣٤١.

قبل القبض أو في زمان الخيار هل يعد تلفه من البايع ام لا؟ افاد الماتن انه لا يكون على البايع.

والذي يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجهان. الوجه: الاول انصراف الدليل عنه والظاهر انه ليس انصرافاً مستقراً بل بدوي يزول بالتأمل.

و بعبارة اخرى لاوجه لرفع اليد عن الاطلاق.

الوجه الثاني ان البايع مع العلم بالحال، يكون مشترطاً على المشترى بكون الضمان عليه ويبرء عن الضمان بالشرط ويرد عليه انه يتصور الشرط المذكور على نحوين اذتارة يشترط عدم الضمان واخرى يشترط على المشتري ان يتدارك خسرانه اما على الاول فيكون الشرط باطلاً لكونه خلاف المقرر الشرعي وأما على الثاني فيكون الشرط صحيحاً لكن لا يرتبط بالمدعى هذا كله على فرض تمامية الدليل على القاعدتين وهما كون التلف قبل القبض وفي زمان الخيار على من لم يقبض وعلى من لا خيار له والبحث من هذه الجهة موكول الى البحث عن احكام الخيار وعن احكام القبض فانتظر.

الفرع السادس انه ان قلنا بجريان الخيار في مثله فلو فرض موته قبل الثلاثة فهل يكون الى الثلاثة أو الى زمان الموت اولا هذا ولا ذاك بل الخيار فوري.

الحق هو الاحتمال الاول اذ الامر دائر بين الخيار وبقائه الى الثلاثة وبين عدمه.

وبعبارة واضحة ان قلنا بعدم الخيار لما مر من الوجهين فلا موضوع للبحث وان قلنا بالخيار كما قلنا فلا وجه لرفع اليد عن دليل خيار الحيوان الدال على بقائه الى الثلاثة فان الخيار عارض للعقد

وبقاء العين وعدمه لا دخل لهما في الخيار فلاحظ.

الفرع السابع: في انه هل يختص خيار الحيوان بالمبيع الشخصي أو يعم الكلي الظاهر ان كلام الماتن في المقام متهافت اذ قد جمع بين قوله ثم انه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين كما هو المنساق في النظر من الاطلاقات وبين قوله أو يعم الكلي كما هو المترائى من النص والفتوى وكيف كان الظاهر عدم وجه تام للاختصاص فان مقتضى اطلاق نصوص الباب كقوله عليه السلام صاحب الحيوان المشتري أو وصاحب الحيوان الى غيرهما جريان الخيار في المبيع الشخصي والكلي في الذمه والكلى فى المعين.

وما يمكن أن يذكر في تقريب الاختصاص بالمبيع الشخصي وجهان:

الوجه الاول: الانصراف وفيه انه لا وجه للانصراف الا كون البيع الكلي نادراً والمعروف بين القوم ان المطلق لاينصرف الى الفرد النادر لا انه منصرف عن الفرد النادر ويؤكد المدعى انه قد قورن بين خياري الحيوان والمجلس في جملة من النصوص لاحظ مارواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا[1].

ومثله غيره ومن الواضح عدم اختصاص خيار المجلس بالبيع الواقع على المبيع الشخصي ووحدة السياق تقتضي ان يكون خيار الحيوان كذلك فلاحظ.

الوجه الثاني ان حكمة جعل خيار الحيوان التروي وان الحيوان

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث٣.

ربما يكون معيوباً فيكون للمشتري الفسخ ولا يجرى البيان المذكور في الكلي.

ويرد عليه اولاً ان العيب بنفسه يوجب الخيار وهو خيار العيب.

وثالثاً انه ما الدليل على المدعى المذكور. وثالثاً انه يلزم عدم الخيار مع علم المشتري بالعيب وهل يمكن الالتزام بعدم الخيار في هذه الصورة؟

ورابعاً ان الحكمة لا تكون موجبة لقصر الحكم كما هو ظاهر فانه فرق بين الحكمة وبين العلة.

«قوله قدس سره: مسئلة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري»

وقع الكلام بين القوم في ان خيار الحيوان هل يكون للبايع كما يكون للمشتري أم لا؟ ومحل الكلام ما لو كان المبيع حيواناً وأما الثمن فلا وامافيما كان كلا العوضين من افراد الحيوان أو الثمن وحده حيواناً فيقع الكلام فيه بعد ذلك انشاءالله تعالى.

فنقول مقتضى القاعدة الاولية عدم الخيار فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد كون العقد لازماً من قبل البايع كما ان مقتضى ادلة خيار المجلس لزوم العقد بعد التفرق.

الا أن يقال ان تلك الادلة ناظرة الى اللزوم بالنسبة الى خيار المجلس ولا تنفي الخيار على نحو الاطلاق.

وما يمكن أن يذكر في تقريب ثبوت الخيار للبايع كما يكون للمشتري وجوه:

الوجه الاول الاجماع وفيه انه معارض بمثله وثانياً ان الاجماع على فرض حصوله محتمل المدرك ان لم يكن مقطوعاً به.

الوجه الثاني استصحاب الخيار الثابت حال بقاء المجلس.

ويرد عليه ان المراد من الاستصحاب ان كان استصحاب خيار المجلس فلا ريب في زواله وان كان المراد استصحاب بقائه لاحتمال كون الخيار في المجلس كان مقارناً مع فرد آخر من الخيار أو يحتمل تحقق فرد آخر منه حين التفرق فيجري الاستصحاب في الجامع بين النوعين فيرد عليه انه داخل في القسم الثالث من الكلي ولا دليل عليه بل الدليل على خلافه لان ما علم به مقطوع الارتفاع وغيره مشكوك الحدوث ومقتضى الاصل عدم حدوثه مضافاً الى انه معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد.

الوجه الثالث مارواه محمد بن مسلم[1] فان مقتضى الحديث المذكور ثبوت الخيار لكلا المتعاقدين ويرد عليه انه يعارضه بالصراحة مارواه علي بن رئاب[2].

فان الحديث نص في اختصاص الخيار بالمشتري فيقع التعارض بين الجانبين وحيث ان الاحدث من الحديثين غير معلوم يدخل المقام في اشتباه الحجة بغير الحجة فلابد من الرجوع الى العموم الفوقاني وهو يقتضي اللزوم فان وجوب الوفاء بالعقود يقتضي لزوم كل عقد فلاحظ.

«قوله قدس سره: وهو ثبوت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان ثمناً أو مثمناً» الخ

قال الشيخ نسب هذا القول الى جماعة من المتأخرين منهم الشهيد في المسالك ويدل على المدعى مارواه زرارة عن أبي جعفر

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٣٤٧.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٣٤٤.

عليه السلام قال: سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يتفرقا وصاحب الحيوان ثلاث[١].

فان مقتضاه ثبوت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان بلا فرق بين كونه ثمناً أو مثمناً ودعوى انصراف الحديث الى المشتري اثباتها على مدعيها ولا وجه لحمل الحديث على خصوص المشتري ببركة بقية النصوص فان المعروف بين القوم عدم التنافي بين الاثباتين فلا وجه للحمل.

فالنتيجة انه لو ثبت اجماع تعبدي على عدم الخيار بالنسبة الى البايع على الاطلاق فهو والا يشكل الحكم بالعدم والله العالم.

«قوله قدس سره: مسئلة مبدء هذا الخيار من حين العقد».

وقع الكلام بينهم في ان مبدء خيار الحيوان من حين العقد أو من حين التفرق واختار الماتن ان الخيار من حين العقد فلو باع حيواناً يتحقق خياران خيار الحيوان وخيار المجلس فلو انقضت الثلاثة مع بقاء المجلس يسقط خيار الحيوان ويبقى خيار المجلس ولو انعكس الامر بان انقضى المجلس قبل الثلاثة يسقط خيار المجلس ويبقى خيار الحيوان وان تقارن الامران يسقط كلا الخيارين وما أفاده موافق مع مقتضى النصوص الواردة في المقام بحسب الظهور العرفي.

وفي مقابل هذا القول قول بان خيار الحيوان مبدئه من حين انقضاء المجلس وما يمكن أن يذكر في تقريبه وجوه.

الوجه الاول: ان الخيار يتحقق في زمان ثبوت العقد ومع خيار

---

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث٦.

المجلس لا يكون العقد ثابتاً بل يكون متزلزلاً.

ويرد عليه: اولاً ان العقد في حد نفسه ثابت وانما ينفسخ باعمال الخيار لا بمجرد وجوده اي الخيار عبارة عن القدرة على حل العقد ولا مانع من تحقق هذه القدرة من نواحي متعددة فلا تنافي بين الخيارين فلا وجه للالتزام بالتأخير الى زمان انقضاء المجلس.

وثانياً انه لو فرض التنافي فما وجه الترجيح ولماذا لا يكون الامر بالعكس بان يقال ان خيار المجلس مبدئه من حين انقضاء الثلاثة بل مقتضى ما ذكر عدم تحقق شيء منهما اذ بعد عدم الترجيح وتحقق التعارض تكون النتيجة التساقط.

وثالثاً انه يمكن رفع التنافي بالالتزام بخيار المجلس فيما لا يكون فيه خيار الحيوان واختصاص خيار الحيوان بما لا يكون فيه خيار المجلس كما لو تصور تحقق البيع بلا صدق مجلس جامع بين المتعاقدين.

الوجه الثاني: انه لو كان مبدء الخيار زمان العقد يلزم اجتماع المثلين وهما خيار المجلس وخيار الحيوان واجتماع المثلين كاجتماع الضدين محال.

ويرد عليه ان اجتماع المثلين كاجتماع الضدين من الامور التي تترتب على الموضوعات الخارجية والتكوينية ومقامنا داخل في باب الاعتباريات ولا مجال لهذه التقريبات فيها فان الاعتبار خفيف المؤنة ولا يتعدى عن مرحلة الاعتبار ووعاء الاعتبار وسيع وقابل لاعتبار كل شيء وبعبارة واضحة: لا موضوع لاجتماع المثلين.

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

ويرد عليه اولاً انه لا مجال للاخذ بالاصل مع الدليل الاجتهادي والمفروض ان النصوص ناهضة لاثبات الخيار من زمان العقد.

وثانياً انه لقائل ان يقول لماذا لا يجرى استصحاب عدم خيار المجلس الى زمان انقضاء الثلاثة وثالثاً ان استصحاب عدم الخيار الى زمان التفرق لا يثبت كون مبدئه حين انقضاء المجلس الا على القول بالمثبت.

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

ويرد عليه اولاً انه لامجال للاصل مع الامارة والمفروض وجودها وثانياً ان الاستصحاب المذكور معارض باستصحاب عدم جعل الزائد.

الوجه الخامس: انه لولم نقل بالتفكيك يلزم اجتماع سببين على مسبب واحد.

ويرد عليه اولاً انه قد مر منا ان باب الاعتبار غير مرتبط بالامور العقلية فالمقام خارج خروجاً موضوعياً.

وثانياً انه مع الغض عن الجواب الاول نقول المفروض تعدد الخيار فلا يلزم اجتماع علتين على معلول واحد وثالثاً انه نفرض تمامية التقريب لكن نقول اجتماع سببين مستقلين على مسبب واحد غير ممكن وأما لوكان واحد منهما جزءاً للسبب فلايتم الاشكال.

الوجه السادس: انه قد دلت جملة من النصوص ان التسلف في اثناء الثلاثة من البايع منها مارواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل اشترى امة بشرط من رجل

يوماً أو يومين فماتت عنده وقد قطع الثمن على من يكون الضمان فقال ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه[١].

ومنها مارواه ابن سنان - يعني عبدالله - قال سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يشترى الدابة أو العبد ويشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة ايام ويصير المبيع للمشتري[٢].

ومنها مارواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محبوب مثله الا انه قال: ويصير المبيع للمشتري شرط البائع أو لم يشترطه[٣].

ومنها مارواه زيد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جعفر بن محمد عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة ايام فمات العبد في الشرط قال يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان[٤].

ومنها مارواه علي بن رباط مرسلاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال ان حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع[٥].

ومن ناحية اخرى ان مقتضى قاعدة ان كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممن لا خيار له عدم الضمان على البايع والمفروض ان البائع له خيار المجلس فلابد من جعل مبدء خيار الحيوان من حين التفرق كي لايتوجه الاشكال المذكور.

---

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب الخيار الحديث ١.
(٢) نفس المصدر الحديث ٢.
(٣) نفس المصدر الحديث ٣.
(٤) نفس المصدر الحديث ٤.
(٥) نفس المصدر الحديث ٥.

ويرد عليه انه لو تمت تلك القاعدة يمكن ان تخصص بدليل معتبر ولا تكون قاعدة غير قابلة للتخصيص.

مضافاً الى ان المفروض ان المشتري له الخيار أيضاً فتلك القاعدة لا تنطبق فيؤخذ بدليل كون التلف أي تلف الحيوان على البايع اذا كان التلف اثناء الثلاثة.

الوجه السابع: انه قد قوبل في جملة من الروايات بين خيار الحيوان وخيار المجلس منها ماروا ه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا[1].

ومنها ماروا ه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله البيعان بالخيار حتى يتفرقا وصاحب الحيوان ثلاث[2].

فان التقسيم قاطع للشركة وظهور حديث ابن مسلم في التقسيم والتفصيل بين الحيوان وغيره غير قابل للانكار وبه ترتفع اليد عن اطلاق جملة من النصوص الدالة باطلاقها على ثبوت خيار المجلس في الحيوان فان تقييد المطلق بالمقيد غير عزيز والظاهر ان الوجه المذكور تام اللهم ان يتم الامر بالاجماع والتسالم بان نقول ثبوت خيار المجلس في الحيوان متسالم عليه بينهم.

«قوله قدس سره: ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة» الخ

قد ذكرنا سابقاً ان الخيار عبارة عن فسخ العقد فمادام لا يكون

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث٣.

(٢) نفس المصدر الحديث٦.

العقد تاماً صحيحاً من قبل الشارع لم يكن مجال للخيار وعليه فلابد من جعل مبدء الخيار من زمان حصول الملكية اذ قبل حصولها لم يكن العقد تاماً عند الشارع ولم يكن البيع متحققاً شرعاً فلا مجال للخيار ففى العقد الفضولى ان قلنا بان الاجازة المتأخرة كاشفة كشفا حقيقياً يكون مبدء الثلاثة زمان العقد اذ عليه تكون الملكية حاصلة من ذلك الزمان والاجازة المتأخرة امارة وكاشفة.

وأما على القول بالكشف غير الحقيقي الذى يكون نقلاً في الحقيقة أو النقل يكون مبدء الثلاثة من حين الاجازة فلا تغفل ومما ذكرنا ظهران مبدء خيار الحيوان بعد القبض فيما لو باع حيواناً سلفاً بشيء فانه قد حقق في محله ان القبض في المجلس شرط شرعى فمادام لم يتحقق القبض لا يكون العقد صحيحاً.

«قوله قدس‌سره: مسئلة لااشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين» الخ

الوارد في النص عنوان ثلاثة ايام ومن الظاهر ان اليوم بحسب المفهوم العرفى عبارة عن البياض الموجود بين طلوع الفجر وغروب الشمس فالليل خارج لكن حيث ان المستفاد من الدليل اتصال زمان الخيار كنظائر المقام نلتزم بثبوت الخيار فيما يكون متوسطاً بين الايام من الليل.

وأما الاكتفاء باليوم الملفق من يومين فايضاً من جهة الظهور العرفى اذ لو كان المراد من اليوم، اليوم التام غير الملفق لأشير اليه في النصوص كما أن الامر كذلك في الحيض واقامة عشرة ايام ومضى ثلاثين يوماً بالنسبة الى المتردد واما دخول مقدار من الليل اذا تحقق العقد فيه فهو من باب ظهور دليل الخيار في كونه متصلاً

بالعقد فلابد من الالتزام بكون ذلك المقدار من الليلة الاولى داخلاً في زمان الخيار.

«قوله قدس سره : ولو شرط سقوط بعضه فقد صرح بعض بالصحة ولا باس به»

اسقاط بعض الخيار وابقاء البعض الاخر يتوقف على تعدد الخيار بحسب اجزاء الزمان واما لو كان الخيار امراً واحداً مستمراً فكيف يمكن تبعيضه والظاهر من دليله كونه امراً واحداً مستمراً.

ولو وصلت النوبة الى الشك يكون التعدد خلاف الاصل فلامجال للتبعيض لا يقال كما ان الاصل يقتضي عدم التعدد كذلك يقتضى عدم الوحدة فما وجه الترجيح فانه يقال استصحاب عدم الوحدة لا يقتضى التعدد الا على القول بالمثبت مضافاً الى معارضته باستصحاب عدم التعدد ويكفي لاثبات الامر في النتيجة استصحاب عدم التعدد ولا يحتاج الى اثبات الوحدة.

«قوله قدس سره : والثالث التصرف» الخ

يقع الكلام تارة في مقتضى القاعدة الاولية واخرى في مقتضى النصوص الخاصة فيقع البحث في مقامين:

أما المقام الاول: فلا وجه لسقوط الخيار بالتصرف باي نحو من انحاء التصرفات اذ اسقاط الخيار امر انشائي فلابد من اعتباره في النفس ثم ابراز ذلك الاعتبار بمبرز خارجي من لفظ أو فعل والا فلا وجه للسقوط حتى لو كان تصرفاً يوجب اعدام العين حقيقة أو حكماً هذا بالنسبة الى المقام الاول.

وأما المقام الثاني فقد دلت جملة من النصوص على ان التصرف

في العين يوجب سقوط الخيار منها ما رواه علي بن رئاب[١].

وهذه الرواية يستفاد من صدرها ان أحداث ذي الخيار حدثاً في الحيوان يوجب سقوط خياره ويستفاد من ذيل الحديث ان المراد من الحدث الموجب لسقوط الخيار عبارة عن ملامسة الجارية وتقبيلها والنظر منها الى ما يحرم عليه قبل الشراء فالمستفاد من الحديث صدراً وذيلاً ان الحيوان المشترى لو كان امة يسقط خيار المشتري بملامستها وتقبيلها والنظر اليها ولا يدل الحديث على ازيد من هذا المقدار.

ومنها ما رواه علي بن رئاب ايضاً[٢] والمستفاد من الحديث المذكور عين ما يستفاد من الحديث الاول لا ازيد.

ومنها ما رواه الصفار[٣] والمستفاد من الحديث صدراً وذيلاً ان مشتري الدابة اذا انعلها أو أخذ من حافرها يسقط خياره ولادليل في الحديث على ازيد من هذا المقدار فالنتيجة انه ليس في النصوص ما يدل على ان مطلق التصرف في الحيوان يوجب سقوط الخيار كي يقال يشكل ذلك بأنه ما الفائدة في جعل الخيار فان اشتراء الحيوان لا ينفك عن التصرف فيه ولو بمقدار سوقها الى الاصطبل وينحصر بقاء الخيار بزمان يكون الحيوان عند بايعه ويلزم ان يكون جعل الخيار لغواً وخلاف حكمة الجعل فان حكمته التروي في الابقاء والرد.

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٤٠.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٤١.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٤١.

فانقدح بما ذكرنا انه لا يستفاد من النصوص الاطلاق فلايتوجه الاشكال لكن الانصاف ان المستفاد من اطلاق جواب الامام عليه السلام في حديث الصفار ان احداث الحدث في الدابة على الاطلاق يوجب سقوط الخيار حيث قال عليه السلام فاذا احدث فيها حدثاً، لكن لا يشمل الحديث مجرد الركوب أو السوق الى الاصطبل فلاينافي حكمة الجعل.

«قوله قدس سره : يحتمل وجوهاً»

قد ظهر مما ذكرنا ان الحديث ليس مجملاً فان المستفاد من كلامه عليه السلام اولاً قاعدة كلية وهي ان احداث الحدث على الاطلاق في الحيوان المشترى يوجب سقوط خيار المشتري.

ومن ذيل كلامه روحي فداه يستفاد ان المراد بالحدث الملامسة والقبلة والنظر الى ما لم يكن جايزاً قبل الاشتراء فالذيل مانع عن استقرار الظهور المستفاد من الصدر وتصير النتيجة ان الحيوان المشترى لوكان امة توجب هذه الافعال الثلاثة سقوط الخيار بالنسبة اليها ويكون قوله عليه السلام فذلك رضى منه جواباً للشرط.

ويكون معناه بحسب الظهور ان الامام يحكم بكون احداث الحدث اسقاط للخيار على نحو الحكومة فان الشارع الاقدس له ان يعتبر امراً لمورد لا يكون كذلك فان احداث الحدث بنفسه لايكون اسقاطاً للخيار ولكن الشارع الاقدس اعتبره اسقاطاً فلا خيار بعد ذلك وبعد ذلك فسر الحدث بالثلاثة المذكورة في الحديث.

ويدل على المدعى الحديث الاخر لابن رئاب فان قوله عليه السلام في ذيل الحديث اذا قبل أو لا مس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته يدل بمفهوم الشرط الذي حقق في محله

على عدم السقوط في غير الموارد المذكورة هذا بالنسبة الى الامة. ويستفاد من حديث الصفار التفصيل بين اخذ الحافر والانعال وبين الركوب بسقوط الخيار في الاولين وعدم سقوطه في الثالثة وبهذا النحو يفصل بمقتضى النصوص الواردة في المقام.

وصفوة القول ان سقوط الخيار بالتصرف أو باحداث الحدث بلا قصد اسقاط الخيار لا يقتضي السقوط بل اللازم بحسب القواعد الالتزام بالبقاء وانما تخرج عن تحت القاعدة والحكم على خلافها بمقدار قيام الدليل.

فتكون النتيجة هكذا فان الحيوان المشترى اما انسان واماحيوان وعلى الاول اما يكون عبداً واما يكون امة فان كان عبداً لا يوجب التصرف فيه سقوط الخيار لعدم الدليل عليه وان كان امة يكون التقبيل أو الملامسة أو النظر موجباً لسقوط الخيار وان كان دابة يكون احداث الحدث فيها موجباً لسقوط الخيار وان كان غير دابة لايكون التصرف فيها باي نحو موجباً لسقوط الخيار فلاحظ.

«قوله قدس سره : الثالث خيار الشرط»

لا اشكال في ان عقد البيع لو خلي وطبعه عقد لازم اجماعاً وكتاباً وسنة اما الاجماع فواضح فان لزوم العقد بيعاً كان أو غيره لو خلي وطبعه امر ظاهر واضح ولو نوقش في الكلية فلا ريب في ان عقد البيع كذلك.

واما الكتاب فقوله تعالى «اوفوا بالعقود» فان المستفاد من الاية الشريفة ان كل عقد لازم والمتعاقدان لايجوز لهما الفسخ.

واما السنة فقوله صلى الله عليه وآله البيعان بالخيار ما لم يفترقا واذا افترقا وجب البيع فلا اشكال في اللزوم الطبعي الاصالي انما

الكلام في انه هل يمكن صيرورة البيع جايزاً بشرط الخيار ام لا؟

فنقول لا اشكال في ان الشرط لا يكون مشرعاً بل لابد من ان يكون الشرط في الرتبة السابقة امراً جايزاً في الشريعة المقدسة كي يلزم بواسطة الشرط.

فلو شك في مشروعية شرط وعدمها لا يمكن اشتراطه لعدم جواز الاخذ بالدليل في الشبهة المصداقية فكيف بمورد يكون عدم جوازه محرزاً والمقام كذلك اذ قد علم من الشريعة المقدسة كما بينا ان عقد البيع لازم فاشتراط الخيار فيه على خلاف المقرر الشرعي فلابد من التوسل بدليل معتبر دال على الجواز.

ومايمكن أن يذكر في تقريب الجواز وجوه الوجه الاول الاجماع.

وفيه ما فيه فان الاجماع المنقول لا يكون حجة والمحصل منه على فرض حصوله محتمل المدرك فلا يكون اجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام.

الوجه الثاني: ما افاده سيدنا الاستاذ قدس سره وهو ان الاهمال غير معقول في الواقع فالبايع في مقام التمليك اما يهمل واما يملك حتى بعد الفسخ واما يملك الى زمان الفسخ اما الاهمال فهو غير معقول واما الاطلاق فهو يرجع الى التناقض والتناقض باطل فيكون الامر منحصراً في الثالث وهو ان البايع يملك الى زمان قوله فسخت.

ويرد عليه اولاً انه على هذا لا فرق بين اشتراط الخيار وعدمه اذ المفروض ان التمليك الى زمان قوله فسخت وهل يمكن الالتزام بهذا اللازم الفاسد وان اشتراط الخيار، لا يفيد شيئاً ووجوده كعدمه وان البايع له الفسخ على كلا التقديرين.

وثانياً انه يستلزم الغرر اذا المشتري لا يعلم انه مالك للعين في اي مقدار من الزمان والمعروف عندهم ان الغرر يفسد البيع.

وثالثاً ان المشتري لو باع العين من ثالث ثم فسخ البايع البيع يلزم ان يكون بيع المشتري باطلاً اذ فسخ البايع يكشف عن عدم كون العين مملوكة للمشتري وهل يمكن الالتزام بهذا اللازم الباطل.

ورابعاً ان البيع بحسب الارتكاز العرفي العقلائي والمتشرعي ليس امراً موقتاً وبعبارة اخرى ليس التمليك البيعي تمليكاً موقتاً بل دائمي والارتكاز ينافي مدعاه.

وخامساً ان الفسخ لا يكون غاية بل رافع والرفع يتوقف على الوضع فلا مجال لما افاده.

وسادساً ان التمليك الدائمي لاينافي الفسخ ولايكون البيع وجعل الخيار جمعاً بين المتنافيين بل الفسخ يتوقف على كون التمليك دائمياً فان البايع يملك العين من المشتري على نحو الدوام غاية الامر يجعل لنفسه أو للمشتري حق رفع الامر الدائم فان البيع كالزواج والفسخ كالطلاق فكما ان الطلاق يقطع الزوجية الدائمية ويرفعها كذلك الفسخ يرفع الملكية ويقطها.

الوجه الثالث: ما عن سيدنا الاستاد أيضاً وهو ان المستفاد من دليل خيار المجلس ان امر لزوم العقد وجوازه بيد المتعاقدين.

بتقريب ان المستفاد من قوله عليه السلام فلا خيار بعد الرضا منهما ان الامر بيدهما وتابع لرضاهما.

ويرد عليه ان هذه الدعوى بلا دليل فانه يمكن ان يكون المراد بالرضا، الرضا باصل العقد فيكون معناه انهما بعد كونهما راضيين بالعقد وتفرقهما عن مجلسه يصير العقد لازماً ويمكن ان يكون

المراد ان العقد بعد رضاهما ببقائه وعدم فسخهما يصير لازماً.

ويمكن ان يكون المراد ان التفرق غير الاكراهي يوجب اللزوم اضف الى ذلك انه ما المراد من هذه الدعوى وان امر اللزوم بيدهما اي اذا اراد اللزوم يلزم واذا اراد الجواز يجوز فان هذا المعنى لا يرجع الى محصل فان اللزوم اعتبار شرعي لا يتصور فيه ارتباطه بالمتعاقدين واذا كان الامر بيدهما فلا يحتاج الى اشتراط الخيار.

وبعبارة واضحة: انه اذا كان المراد انهما يقدران على اشتراط الخيار في ضمن العقد يكون مصادرة بالمطلوب وان كان المراد ان امر العقد دائماً بيدهما فمرجعه الى ان العقد لا يكون لازماً بل ابقاءً واعداماً باختيارهما.

الوجه الرابع: ما عن سيدنا الاستاد ايضاً وهو انه لا اشكال في جواز اشتراط الافعال الجايزة كخياطة الثوب مثلاً في ضمن العقد ومفهوم الاشتراط يتقوم بالارتباط فيرتبط فعل الخياطة مثلاً بالوفاء اي الوفاء بالعقد يرتبط بالخياطة.

وبعبارة اخرى يعلق الخيار على عدم الخياطة فاذا جاز اشتراط الخيار بهذا النحو يجوز اشتراطه على الاطلاق.

ويرد عليه اولاً ان اشتراط الخياطة لا يتوقف على جعل الخيار فان الاشتراط عبارة عن تعليق احد الامرين على الامر الاخر فالذي يبيع داره مثلاً يمكنه ان يعلق بيع الدار على الالتزام بخياطة الثوب فالالتزام بخياطة الثوب شرط للبيع.

ان قلت: التعليق في البيع يوجب بطلانه قلت: بطلان التعليق بالاجماع و لا اجماع فيما يكون المعلق عليه محرزاً وانما يكون

باطلاً فيما يكون المعلق عليه امراً مردداً ومشكوكاً فيه كقدوم زيد من السفر فاشتراط خياطة الثوب لا يتوقف على جعل الخيار.

وثانياً انا سلمنا صحة اشتراط الخيار هناك لكن لا نسلم جوازه على الاطلاق لعدم الدليل.

الوجه الخامس النصوص الدالة على جواز الشرط في ضمن العقد ومن تلك النصوص ماروا عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عزوجل فلا يجوز[1]. الى غيره من النصوص فان مقتضى اطلاق النصوص المشار اليها جواز كل شرط فيجوز اشتراط الخيار وقد اوردت في الاستدلال بهذه النصوص على المدعى ايرادات:

الايراد الاول: ان الظاهر من هذه النصوص ما يرجع الى الفعل الصادر عن المكلف وبعبارة اخرى النصوص بظاهرها ناظرة الى الحكم التكليفي فلا يعم الوضعي وفيه ان لا وجه لرفع اليد عن الاطلاق وتخصيص النصوص بالتكليف بل مقتضاها جواز كلا الامرين ولزومها بالاشتراط.

الايراد الثاني: ان جعل الخيار خلاف مقتضى العقد فلا يجوز اشتراطه.

وفيه ان مقتضى العقد تحقق الملكية واللزوم والجواز حكمان يعرضان عليه وليس اللزوم مقتضى العقد وهذا ظاهر واضح.

الايراد الثالث: ان الاشتراط متقوم بكون الشرط تحت قدرة المكلف والخيار امره بيد الشارع ولا مجال لاشتراط الفعل الصادر عن الشارع فانه خارج عن تحت الاختيار.

---

(١) الوسائل الباب٦ من ابواب الخيار الحديث ٢.

ويرد عليه انه لا اشكال في ان الخيار امر مقدور للمكلف ولذا يمكن جعله ممن لا يعتقد بالله تعالى.

وان شئت قلت: الخيار نحو اعتبار من الاعتبارات فلا يختص بناحية خاصة.

الايراد الرابع: ان الاشتراط مفهومه متقوم بالارتباط وليس في جعل الخيار ارتباط والمعروف بين القوم انه لا اعتبار بالشرط الابتدائي.

ويرد عليه ان الامر ليس كذلك فان جعل الخيار يتصور بنحوين. احدهما: ان يبيع داره مثلاً على نحو الاطلاق ويجعل لنفسه الخيار ثانيهما ان يشترط الخيار بان يعلق البيع على التزام الطرف الاخر بالخيار فان كان على النحو الاول لا يكون مؤثراً اذ جعل الخيار في في نفسه لادليل على صحته شرعاً واما اذا كان على النحو الثاني فيكون صحيحاً اذ مفهوم الاشتراط متحقق حيث فرض تعليق البيع على الالتزام بالخيار.

ان قلت: التعليق يفسد العقد بالاجماع قلت: التعليق على امر محرز وجوده لا يكون مبطلاً فانه ليس مورد الاجماع.

الايراد الخامس: ان اشتراط الخيار مخالف مع المقرر الشرعي فان الشارع الاقدس حكم بلزوم البيع.

وقداورد سيد الحاشية قدس سره على الاشكال المذكور بان اللزوم ليس من مقتضيات العقد بل اللزوم مقتضى اطلاق العقد فلايكون شرط الخيار خلاف المقرر الشرعي.

وما أفاده لا يرجع الى محصل صحيح اذ نسئل ان دليل وجوب الوفاء بالعقد مهمل او مطلق او مقيد بعدم جعل الخيار ومع جعل

الخيار لا يكون لازماً اما الاهمال فغير معقول وأما التقييد فلا دليل عليه ومصادرة بالمطلوب ومن الظاهر بطلانه وفساده فيكون مطلقاً ومع الاطلاق يكون الشرط مخالفاً مع المقرر الشرعي فلا يصح.

ودفع الايرواني الاشكال بوجه آخر وهو ان اشتراط الخيار عبارة عن اشتراط استرجاع ما دفعه متى شاء واستملاكه متى احب" وهذا من جملة الشروط فيصح بمقتضى دليل جواز الاشتراط.

ويرد عليه ان ما افاده ليس تحته شيء اذ ما المراد من الاسترجاع فان كان المراد الاسترجاع مع مجوز شرعي فهذا لا يحتاج الى الشرط والكلام في انه لا دليل على المشروعية وان كان المراد الاسترجاع بلاموجب ومجوز شرعي فهذا شرط فاسد ومخالف للشرع وان كان المراد الاسترجاع مع رضا الطرف المقابل الراجع الى الاقالة فهذا امر جايز والاقالة مستحبة ولايحتاج الى الشرط فالنتيجة فساد الوجه المذكور كبقية الوجوه الوجه السادس النصوص الخاصة الواردة في الموارد المخصوصة منها مارواه سعيد بن يسار قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: انا نخالط أناساً من اهل السواد وغيرهم فنبيعهم ونربح عليهم للعشرة اثني عشر والعشرة ثلاثة عشر ونؤخر ذلك فيما بيننا وبين السنة ونحوها ويكتب لنا الرجل على داره أو على ارضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذى اخذ منّا شراءاً قد باع وقبض الثمن منه فنعده ان هو جاء بالمال الى وقت بيننا وبينه ان نرد" عليه الشراء فان جاء الوقت ولم يأتنا بالدراهم فهو لنا فما ترى في الشراء فقال: ارى انه لك ان لم يفعل وان جاء بالمال

للوقت فرد عليه[١].

فان المستفاد من الحديث جواز جعل الخيار للمشتري فيجوز اشتراط الخيار وفيه انه حكم وارد في مورد مخصوص ولا يمكن ان يستفاد من الحديث قانون كلي عام فانه من الممكن جواز جعل الخيار في خصوص تعليق الخيار على رد الثمن.

الوجه السابع: ما يستفاد من بعض الروايات من ان جواز جعل الخيار كان مرتكزاً في ذهن السائل والامام عليه السلام قرر ما في ذهنه لاحظ ما رواه ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: وان كان بينهما شرط اياماً معدودة فهلك في يد المشترى قبل ان يمضي الشرط فهو من مال البايع[٢].

ولاحظ ما رواه ابن سنان ايضاً قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة ويحدث فيه الحدث على من ضمان ذلك فقال: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة ايام ويصير المبيع للمشتري شرط له البائع أو لم يشترط قال وان كان بينهما شرط اياماً معدودة فهلك في يد المشترى قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البائع[٣].

فان المستفاد من الحديث ان جواز جعل الخيار كان عند الراوي امراً مفروغاً عنه وانما يسئل عن الضمان والامام عليه السلام قرره على ما في ذهنه واجاب عن مسئوله.

---

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب الخيار الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ٢.

(٣) تهذيب الاحكام ج٧ ص ٢٤ الحديث ١٠٣.

مضافاً الى أنه يستفاد من كلام الامام عليه السلام في ذيل الرواية الاطلاق فان قوله عليه السلام وان كان بينهما شرط مطلق يشمل جميع الموارد والظاهر ان الوجه المذكور تام.

الوجه الثامن السيرة الجارية بين المتشرعه والعقلاء بلا نكير فانه لا اشكال في تحقق السيرة المذكورة بل يمكن ان يقال ان الاشكال في الجواز والايراد يقرع الاسماع ويعد مستنكراً فلاحظ.

«قوله قدس سره : مسئلة لا فرق بين كون زمان الخيار متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه»

لاريب في جواز انفصال زمان الخيار عن العقد في مقام الثبوت والامكان وما قيل من أنه يلزم كون العقد جايزاً بعد كونه لازماً مدفوع.

اولاً بانه يمكن تصوير عدم انفصال زمان الخيار مع عدم حدوث الجواز بعد اللزوم كما لوجعل الخيار من زمان التفرق عن المجلس أو من زمان انتهاء خيار الحيوان فالدليل اخص من المدعى.

وثانياً ان ما افيد استبعاد محض وليس تحته شيء نعم عمدة الاشكال عدم الدليل على جواز الانفصال اذ قد تقدم ان جعل الخيار خلاف القاعدة الاولية وانما التزمنا بالجواز في الجملة للسيرة ولبعض النصوص فلادليل على الجواز باي نحو كان اللهم الا أن يقال يمكن ان يستفاد الاطلاق من حديث بن سنان[1] فان قوله عليه السلام وان كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك الخ مطلق ولم يقيد عليه السلام كلامه بان يكون الشرط متصلاً بالعقد ومقتضى الاطلاق

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٣٦٦.

رفض القيود وعموم الحكم فلاحظ.

«قوله قدس سره : نعم يشترط تعيين المدة»

بتقريب انه مع عدم التعيين يكون البيع غررياً وقد نهي عنه ويرد عليه اولاً ان الدليل اخص من المدعى اذ يمكن ان لا يكون غررياً كما لو كان المشتري رابحاً على اى تقدير فلا غرر ولا خطر وثانياً انه قد قلنا سابقاً انه لا دليل على كون الغرر مفسداً للعقد.

«قوله قدس سره : ويشير الى ما ذكرنا الاخبار الدالة على اعتبار» الخ

لاحظ الباب الثالث من ابواب السلف من الوسائل والحديث الخامس منه حديث «غياث بن ابراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً الى أجل معلوم ولا تسلمه الى دياس ولا الى حصاد» الذي اشار اليه الشيخ.

والانصاف انه لايستفاد المدعى من النصوص المشار اليها فانه لايرتبط احد البابين بالاخر والاحكام الشرعية امور تعبدية لاتنالها عقولنا.

«قوله قدس سره : مسئلة لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة» الخ

الميزان صدق عنوان الغرر بلا فرق بين مصاديقه.

«قوله قدس سره : فجعلوا مدة الخيار فى الصورة الثانية ثلاثة ايام» الخ

والمدرك للحكم المذكور امران احدهما الاجماع المدعى في المقام ثانيهما دعوى وجود اخبار دالة عليه وكلا الوجهين فاسدان اما الاجماع فمنقوله غير حجة ومحصله على تقدير تحصيله محتمل

المدرك مضافاً الى انه كيف يحصل الاجماع واما الثاني فمجرد نقل اخبار دالة عليه وهذه الدعوى لا اعتبار بها كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره : أو يكون حكماً شرعياً ثبت في موضوع خاص»

لم يظهر لي فرق بين النحوين فانه على كلا التقديرين يكون تحديداً وحكماً شرعياً والامر سهل والعمدة عدم تمامية الدليل بما ذكر.

«قوله قدس سره : نعم قد روى في كتب العامة ان حنان بن منقذ كان يخدع في البيع لشجة اصابته في رأسه فقال له النبي صلى‌الله عليه وآله إذا بعت فقل لا خلابة وجعل له الخيار ثلثاً وفي رواية ولك الخيار ثلثاً والخلابة الخديعة»

ولا اعتبار بالرواية المشار اليها كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره : وفي دلالته فضلاً عن سنده ما لا يخفى»

يمكن ان يكون الوجه في الاشكال في الدلالة انها اجنبية عما نحن بصدده فان خيار الشرط امر بين الطرفين مجعول على نحو الاشتراط والمستفاد من الحديث ان الرسول الاكرم صلى‌الله عليه وآله وسلم جعل في بيع الرجل خياراً له بدون رضا الطرف الاخر اي لايشترط فيه كون الطرف راضياً وكيف كان لا اثر للحديث.

«قوله قدس سره : مسئلة مبدء هذا الخيار من حين العقد»

فانه المنصرف من اطلاق الكلام كما في كلام الماتن.

«قوله قدس سره : بطل لادائه الى جهالة مدة الخيار»

ما أفاده غريب اذالجهالة ناشية عن الخيار الذي قرره الشارع اي خيار المجلس ومن الظاهر ان البيع لا يبطل من ناحية المقرر

الشرعي ولا فرق من هذه الجهة بين جعل الخيار من حين التفرق وعدمه اذ المفروض ان الجهل متعلقه خيار المجلس واما الخيار المجعول فلاجهل فيه فالحق ان مقتضى القاعدة عدم وجه للاشكال.

«قوله قدس سره : وقد تقدم عن الشيخ وجهه مع عدم تماميته»

تقدم انه يجوز اجتماع الخيارين بل ازيد ولا محذور في الاجتماع.

«قوله قدس سره : بل الحكم بثبوته من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما» الخ

لا اشكال في ان الامور الانشائية تابعة لقصد المنشيء ولذا اشتهر فيما بين القوم ان العقود تابعة للمقصود فعلى هذا الاساس في مقام الدلالة اما يكون الكلام ولو بمعونة القرينة ظاهراً في معنى وأما يكون مجملاً.

أما على الاول فلا اشكال في العمل على طبق الظهور حيث انه حجة واما مع الاجمال كما لو تردد الامر بين الجمعة والسبت فلا يترتب الاثر الا على اعمال الخيار في كلا اليومين حتى يعلم بان اعمال الخيار وقع في زمان تحقق الحق اي الخيار.

«قوله قدس سره : يصح جعل الخيار لاجنبي»

لا اشكال في أنه لامانع عن جعل الخيار للاجنبي فان باب الاعتبار باب واسع ولكن مجرد الامكان الثبوتي لا اثر له وأما في مقام الاثبات فلا دليل على جوازه.

وعموم دليل جواز الشرط لا يقتضي جوازه اذ دليل الاشتراط لا يكون مشرعاً للاحكام ومن ناحية اخرى ان الشرط يلزم ان لايكون على خلاف المقرر الشرعي ومن ناحية ثالثة ان الدليل من الكتاب

والسنة دل على كون عقد البيع لازماً وجعل الخيار يضاد اللزوم فالنتيجة عدم جواز الخيار للاجنبي ان قلت لا اشكال في جواز الوكالة فليكن هذا من مصاديقها قلت جعل الخيار لا يرتبط بالوكالة فان الخيار للموكل والوكيل وجود تنزيلى له ولا اصالة للوكيل واما في المقام فيكون الخيار له اصالة.

«قوله قدس سره : ولو جعل الخيار لمتعدد كان كل منهم ذاخيار»

مقتضى ما ذكرنا من عدم الجواز لا تصل النوبة الى عنوان الفرع المذكور وامثاله فيكون فرضياً وتعليقياً.

فنقول جعل الخيار للمتعدد يتصور على اقسام القسم الاول ان يجعل الخيار لكل واحد مستقلاً ففي هذه الصورة لو اجاز احدها وفسخ الاخر يكون العقد منفسخاً وليس هذا من باب تقديم الفسخ على الاجازة بل من باب ان المفروض ان لكل واحد خياراً فيؤثر فعل كل منهما اثره.

القسم الثاني ان يكون الخيار للمجموع من حيث المجموع وفي هذه الصورة ما لم يتحقق الاجتماع على احد الطرفين لا يؤثر اذ المفروض ان الخيار للمجموع فلابد من الاجتماع.

القسم الثالث ان يكون الخيار للجامع وفي هذه الصورة الامر للسابق والوجه فيه ظاهر.

«قوله قدس سره : ولو خولف امكن اعتبار فعله والا لم يكن لذكره فائدة»

اذا فرض ان الخيار جعل للاجنبي استقلالاً لم يكن وجه للتفريق بينه وبين المتعاقدين اذ الاجنبي على الفرض يصير بالجعل كاحدهما

والا لم يكن فائدة في جعله له.

ثم انه هل يلزم ان يراعي الاجنبي مصلحة الجاعل اذا قلنا بانه يصح جعل الخيار له الظاهر انه لا وجه للتقييد وعليه يكون الامر بيده وكما تقدم يكون كالاصيل فاجازته وفسخه نافذتان مضافاً الى انه لوكان اعمال نظره مشروطاً بالمصلحة فكيف يمكنه الامضاء أو الفسخ اذ ربما يكون الاعمال صالحاً لاحد الطرفين دون الاخر الا في مورد يكون الاعمال على صلاح كليهما.

«قوله قدس سره: ثم إنه ربما يتخيل ان اشتراط الخيار للاجنبي مخالف للمشروع» الخ

الحق تمامية التخيل المذكور وليس ما اشير اليه تخيلاً بل امر مطابق مع الواقع فان الفسخ المشروع ما يكون بالاقالة وبالخيار الثابت بالشرع كخيار المجلس والحيوان والشرط فان العقد في حد نفسه لازم و لايجوز جعل الخيار فما افيد في كمال الصحة.

وما افاده الشيخ قدس سره من عدم المنع العقلي تام ولكن ما افاده عن عدم المنع الشرعي غير تام فان العقد لازم شرعاً ومن ناحية اخرى الشرط يلزم ان لايكون مخالفاً للمشروع وفي المقام يكون خالفاً له وقياس مانحن فيه بمسئلة ارث الزوجة من الخيار مع الفارق فانه لو ثبت ارث الخيار وايضا لو ثبت ان الزوجة ترث الحق يتحقق الارث.

وصفوة القول ان الميزان في كل مورد تمامية الدليل وفي المقام لا دليل على الجواز بل مقتضى الاستصحاب عدمه فلاحظ.

«قوله قدس سره: مسئلة يجوز لهما اشتراط الاستيمار»

لو قلنا بجواز شرط الخيار كما تقدم انه جايز لا مانع شرط

الاستيمار فيجب على المشروط عليه العمل على طبق الشرط.

«قوله قدس سره: فان فسخ المشروط عليه من دون استيمار لم ينفذ» الخ.

اذ لا يكون الخيار ثابتاً له على الفرض فلا مجال للنفوذ كما انه لو استأمره وامره بشيء وخالفه لم يكن ما فعله تاماً لعين الملاك المتقدم وهذا واضح ظاهر.

«قوله قدس سره: فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ».

الامر كما افاده مع قيام الدليل على ان المراد من الاشتراط ان الطرف المقابل يمتثل امر المستأمر بالفتح معطلبه من الشارط ففي هذه الصورة يجب على المشروط عليه ان يفعل ما يريده الطرف المقابل فان لم يفعل ثبت للشارط خيار تخلف الشرط.

«قوله قدس سره: وهو جايز عندنا»

جوازه على طبق القاعدة الاولية فانه من مصاديق خيار الشرط وقد مرّ تماميته وجوازه فالجواز في هذه المسئلة في الجملة لا اشكال فيه انما الكلام في بعض الخصوصيات مضافاً الى دعوى الاجماع على جوازه.

اضف الى جميع ذلك النصوص الخاصة الواردة في المقام منها مارواه اسحاق بن عمار قال حدثني من سمع اباعبدالله عليه السلام وسأله رجل وانا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى اخيه فقال: ابيعك داري هذه وتكون لك احب اليّ من ان تكون لغيرك على ان تشترط لي ان انا جئتك بثمنها الى سنة ان تردّ عليّ فقال: لا بأس بهذا ان جاء بثمنها الى سنة ردها عليه قلت: فانها كانت فيها

غلة كثيرة فاخذ الغلة لمن تكون الغلة فقال: الغلة للمشتري الا ترى انه لو احترقت لكانت من ماله[١].

ومنها مارواه سعيد بن يسار[٢] ومنها مارواه معاوية بن ميسرة قال: سمعت ابا الجارود يسأل أباعبدالله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر فشرط انك ان اتيتني بمالي مابين ثلاث سنين فالدار دارك فاتاه بماله قال: له شرطه قال له أبوالجارود: فان ذلك الرجل قد اصاب في ذلك المال في ثلاث سنين قال: هو ماله وقال أبوعبدالله عليه السلام: ارأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري[٣].

فان هذه الطائفة تدل بوضوح على المدعى وقد تعرض الشيخ قدس سره في المقام لامور.

الامر الاول ان اعتبار رد الثمن يتصور على وجوه:

الوجه الاول ان يؤخذ قيداً للخيار على وجه التعليق أو التوقيت فلا خيار قبله والمراد بالرد فعل ما يكفي من طرفه كالتخلية بين المال ومالكه وان لم يقبضه الطرف الاخر.

ويمكن أن يكون المراد بالتوقيت تعيين وقت كسنة مثلاً بان يعلق الخيار على رد الثمن في تلك المدة وبالتعليق عدم تعيين المدة ويعلق الخيار على الرد بلاتعيين مدة.

وقد اورد في هذه الصورة ايرادان احدهما ان التعليق باطل

---

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٣٦٥.

(٣) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ٣.

فالوجه المذكور باطل.

ثانيهما ان التعليق وجعل الخيار بالنحو المذكور يوجب كون البيع غررياً فيكون باطلاً.

ويرد على الاشكال الاول أن التعليق في الشرط لا يكون باطلاً فان قوام الشرط بالتعليق والربط ومقعد اجماعهم على بطلان التعليق لا يشمل المقام.

ويرد على الثاني انا ذكرنا سابقاً ان الغرر معناه الخديعة فلا يرتبط بامثال المقام مضافاً الى انه لا دليل على بطلان الغرر فان النبوي المعروف لا سند معتبر له.

ويضاف الى ذلك أنه ربما لا يكون في الجعل المذكور خطر فالدليل اخص من المدعى.

الوجه الثاني ان يكون رد الثمن قيداً للفسخ لا قيداً للخيار فيكون الخيار ثابتاً من اول الامر بخلاف الوجه الاول لكن يشترط عليه أن لا يفسخ ذو الخيار الا بعد رد الثمن وفي هذه الصورة لو فسخ قبل الرد يكون عاصياً لكن يؤثر فسخه اذ فرض ان له الخيار من اول العقد لكن للطرف المقابل أن لا يسلم العين الا بعد رد الثمن فان هذا شرط ارتكازي جار بين العقلاء.

ان قلت: لا يجوز ابقاء مال الغير وحبسه بدون اذنه فلا يمكن الاشتراط.

قلت: يرد عليه اولاً انّا ننقض بعدم وجوب اقباض المبيع اورد الثمن في كل بيع بل في كل عقد يكون متعلقاً بمالين للمتعاقدين والكلام فيه هو الكلام فكيف يجوز هناك ولا يجوز هنا.

وثانياً انه لا شبهة في جريان السيرة العقلائية عليه ولم تردع

السيرة المذكورة من قبل الشارع.

الوجه الثالث أن يكون الفسخ بالرد أي يتحقق الفسخ بالرد والظاهر انه لااشكال فيه الاان يقال انه يرد عليه بانه ان كان الخيار مجعولاً له ويكون مقتضى الشرط أن يفسخ بالرد فلا يكون فرق بينه وبين الوجه المسابق وان لم يكن كذلك يشكل الامر اذ عليه يكون الرد موضوعاً لثبوت الخيار فكيف يمكن ان يكون فسخاً.

الوجه الرابع: ان يكون رد الثمن موضوعاً للاقالة أي يشترط البايع على المشتري انه اذا رد الثمن يقيله فيجب عليه الاقالة واذا تخلف يجبره الحاكم واذا لم يمكن الاجبار يتصدي بنفسه للفسخ لانه ولي الممتنع وهذا على تقدير قبول ولاية الحاكم بهذا المقدار.

الوجه الخامس: ان يشترط البايع على المشتري انه لو رد الثمن يبيع العين منه فيجب البيع على المشتري بالشرط ولو تخلف يجبره الحاكم ومع عدم امكان الاجبار يتصدي هو بنفسه ويمكن ان يقال انه لو امتنع عن البيع في هذه الصورة أو امتنع من الاقالة في الصورة السابقة يتحقق للبايع خيار تخلف الشرط فلاحظ.

الوجه السادس: ان يعلق الانفساخ على رد الثمن وفي هذه الصورة ان كان مرجع الشرط المذكور الى انفساخ العقد بنفسه من دون الفسخ يكون الشرط باطلاً اذ الانفساخ بلا فسخ غير مقرر في الشريعة.

ان قلت: حديث معاوية بن ميسرة[1] يدل على الجواز فانه الظاهر منه قلت الظاهر ان الحديث ظاهر في المدعى ولكن الاشكال في سنده فان معاوية لم يوثق واما ان كان مرجعه الى الفسخ من حين العقد بنحو

(١) قد مرّ الحديث في ص ٣٧٤

شرط النتيجة فهل يكون صحيحاً أم لا؟

وربما يورد في هذا الوجه ايرادات الايراد الاول انه لادليل على صحة شرط النتيجة ويرد عليه انه يكفى للجواز الاطلاقات الواردة في العقود والايقاعات ومن ناحية اخرى دليل نفوذ الشرط باطلاقه يقتضي الصحة ولذا لا مانع من اشتراط الزوجة على زوجها في عقد النكاح كونها وكيلة في طلاقها وفي المقام يتحقق الفسخ بنفس الشرط.

الايراد الثاني: انه تعليق والتعليق باطل ويرد عليه انه لا اجماع في المقام وبطلان التعليق ليس امراً عقلياً بل أمر تعبدي.

الايراد الثالث ان الشرط المذكور مناف مع العقد اذ الفسخ يتوقف على تحقق العقد كي يجوز فسخه فكيف يمكن فسخه قبل تحققه.

ويرد عليه انه لوكان زمان الفسخ متحداً مع زمان العقد لكان الايراد المذكور في محله واما لولم يكن كذلك كما هو المفروض في المقام اذ رد الثمن متأخر عن العقد فلا اشكال.

الايراد الرابع: ان الشرط المذكور مخالف للشرع لان الفسخ يحتاج الى سبب شرعاً والانفساخ بلا فسخ خلاف الشرع.

ويرد عليه ان سببه الفسخ حين العقد بنحو الوجوب المشروط ولا مانع منه.

الايراد الخامس: انه أي دليل دل على جواز الفسخ بهذا النحو مثلاً هل يجوز ان يفسخ زيد البيع الذي يصدر منه بعد شهر من الان؟ فلو قال كل بيع صدر مني في الشهر الاتي ويتحقق فيه خيار المجلس فسخته من الان فهل يمكن القول بجوازه؟

الانصاف انه يشكل جوازه اذ لا دليل على جواز الفسخ على نحو الاطلاق كي يؤخذ به ويحكم بنفوذه مثلاً المستفاد من قوله صلى الله عليه وآله البيعان بالخيار ما لم يفترقا ان البايع اذا باع داره أو مملوكه الاخر له ان يفسخ عقده مادام في المجلس فمادام لا يتحقق عقد لا يتحقق خيار كي يسقط باسقاطه.

ان قلت: يسقط على نحو الوجوب المشروط قلت: لا مانع منه ثبوتاً واما في مقام الاثبات فأي دليل دل على جوازه.

وان شئت قلت: المستفاد من الدليل ان ذا الخيار له ان يفسخ وأما من لا يكون له الخيار وبعد ذلك يحدث له الخيار فبأي ميزان نحكم بجواز اسقاط الخيار الحادث بعد ذلك والمقام كذلك فان الخيار يمكن ان يحدث بعد شهر مثلاً برد الثمن وجواز اسقاطه من الان يحتاج الى الدليل ولا دليل عليه بل الدليل موجود على عدمه فان الاستصحاب يقتضي عدم تماميته فالنتيجة عدم الجواز.

«قوله قدس سره: وإلا استقل بالفسخ» الخ

يمكن أن يقال ان جواز الاستقلال بالفسخ لا يتوقف على عدم امكان دخالة الحاكم فانه لو أبى عن الفسخ يتحقق خيار تخلف الشرط للبايع فلاحظ.

الامر الثاني قال الشيخ قدس سره: الثمن المشروط رده اما ان يكون في الذمة الى آخر كلامه وقد تعرض في هذا الامر لعدة فروع.

الفرع الاول: ان الثمن اعم من ان يكون كلياً أو شخصياً اذا لم يقبضه البايع يكون له الخيار في تلك المدة المضروبة وان لم يتحقق الرد اذ بحسب ما يفهم عرفاً لا تكون للرد موضوعية بل الموضوع

للخيار وصول الثن بيد المشتري.

الفرع الثاني: ان البايع لولم يفسخ حتى انقضت المدة فهل يسقط خياره أم لا؟ لا اشكال في أن الخيار المشروط برد الثمن ساقط اذ المفروض انقضاء المدة المضروبة فلا مقتضي لبقاء الخيار نعم اذا كان عدم القبض من ناحية عدم اقباض المشتري يثبت للبايع خيار تخلف الشرط.

الفرع الثالث انه لوكان الثمن شخصياً وقبضه البايع فانشرط وعلق الخيار على رد عينه فمادام لم يرد العين لا يتحقق الخيار كما هو ظاهر اذ لا مقتضي للخيار في الفرض.

الفرع الرابع: انه لو قبضالثمن وشرط وعلق الخيار على رد العين أو بدلها في فرض عدمها فلو عدمت العين ورد بدلها من المثل أو القيمة يثبت الخيار على طبق الجعل.

الفرع الخامس: انه هل يجوز اشتراط الخيار بشرط رد بدل الثمن ولو مع بقائه أم لا؟ الظاهر انه غير جايز اذ الفسخ يقتضى رد العوض بنفسه فاعتبار كون بدله بدلاً عنه ولو مع وجود المبدل خلاف المقرر الشرعي ومما ذكر يظهر الاشكال في جعل المثل بدل القيمي والقيمة بدل المثلي فان المستفاد من الدليل التعين ففي المثلى يتحقق المثل وفي القيمى تتحقق القيمة.

الفرع السادس: أن الثمن اذا كان كلياً فان كان في ذمة البايع فرده برد فرد من ذلك الكلي يتحقق الخيار اذ بالبيع يصير ما في الذمة مملوكاً للبايع ويسقط أي يتلف.

ويدعي الشيخ قدس سره ظهور حديث آبن يسار في هذه الصورة ولم افهم وجهه اذ لا يفهم المدعى من الحديث المذكور.

الا أن يقال: يفهم من الحديث ان المخالط مع أهل السواد يبيع أولاً عيناً منه نسية ثم البدوي يبيع داره او ارضه من البايع الاولي ويجعل ثمن الدار أو الارض ما في ذمته ويجعل خياراً لنفسه والانصاف ان الحديث ليس واضح الدلالة بل فيه اجمال.

الفرع السابع: انه لوكان الثمن كلياً في ذمة غير البايع وصار شخصياً بالقبض فاللازم رعاية الشرط المجعول بينهما وأما اذا اطلق فمقتضاه عموم الحكم كما يقول به الشيخ ولكن قد تقدم انه مع بقاء العين لا مجال لرد المثل أو القيمة فلاحظ.

«قوله قدس سره: الامر الثالث قيل ظاهر الاصحاب بناء على ما تقدم من ان رد الثمن فى هذا البيع عندهم مقدمة لفسخ البايع» الخ

وقع الكلام في انه هل يمكن فسخ العقد في بيع الخيار برد الثمن والوجه في وقوعه محل البحث ان الرد اذا كان مقدمة للخيار كيف يمكن ان يتحقق به الفسخ والكلام في المقام تارة يقع مع قطع النظر عن النص الخاص الوارد في المسئلة واخرى بلحاظ النص الخاص الوارد فيها فيقع الكلام في موضعين.

أما الموضع الاول فنقول ما يمكن ان يقال في تقريب المنع وجوه الوجه الاول ان الرد بما هو رد لا يكون دليلاً على الفسخ.

وفيه ان التقريب المذكور يتم فيما لا تكون قرينة على الفسخ واما لو قامت قرينة عليه فلا مجال للاشكال.

الوجه الثاني: ان الرد دليل ارادة الفسخ والارادة غير المراد.

وفيه انه لو دل دليل على كون الرد بعنوان الفسخ لا يبقى موضوع للاشكال وبعبارة اخرى لو دل دليل على ان من له الخيار اراد برده فسخ العقد يتم الامر بلا اشكال.

الوجه الثالث انالمفروض ان الرد موضوع لتحقق الخيارفمادام لم يتحقق الرد لا يتحقق الخيار والخيار عارض للعقد ومن احكامه والحال ان الفسخ اعدام للعقد وكيف يمكن انيكون شيء واحد وهو الرد موجداً للخيار ومعدماً للعقد فانه يلزم الخلف اذ يلزم منوجوده عدمه وان شئت قلت يلزم ان يكون شيء واحد وهو الرد يوجد الخيار ويعدم موضوع الخيار ومرجعه الى التناقض.

ان قلت: تأخر الخيار عن الرد رتبي فلا يتوجه الاشكال قلت: الاشكال في ان لازم القول المذكور كون شيء موضوعاً لشيء ومع ذلك يكون مقتضياً لعدمه وهو غير معقول نعم لا مانع ثبوتاً من ان يقصد بالرد فسخ العقد بعد حين بنحو الوجوب المشروط لكن مجرد الامكان الثبوتي لا اثر له هذا تمام الكلام في الموضع الاول.

وأما الموضع الثاني فيمكن أنيقال انه يستفاد من النص انمجرد الرد يكفي في الفسخ لاحظ ما رواه ابن عمار[1].

فانه عليه السلام قال: ان جاء بثمنها الى سنة ردها عليه فان قوله عليه السلام يدل على ان الفسخ يتحقق بالرد فيتحقق التراد فلاحظ.

واما ما أفاده الشيخ قدس سره من ان البايع يقصد بالرد كون المبيع له والثمن للمشتري فغير تام فان الفسخ حل العقد ونتيجته التراد.

مضافاً الى ان الرد تمام الموضوع لتحقق الحق فكيف يمكن ان يقصد به التراد الاعلى النحو التعليق ولا دليل عليه الا الخبر الخاص بالتقريب الذي تقدم منا.

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٣٧٣.

«قوله قدس سره : الامر الرابع يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد العقد» إلخ

بلا اشكال ولا كلام إذ قد علم من الشرع ان الخيار الحقي قابل للاسقاط نعم لو قلنا بان خيار الشرط يحدث بعد انقضاء المجلس أو كان زمان جعل الخيار متأخراً فهل يجوز اسقاطه أم لا؟

فان قلنا بانه اسقاط لما لم يجب ولادليل على صحته يشكل الحكم بالجواز والا فلا مانع عن الاسقاط ولو لم يكن اسقاط ما لم يجب جايزاً يشكل الاسقاط اذ الخيار برد الثمن لا يتحقق الا بعد تحقق الرد الخارجي فزمان الخيار متأخر عن العقد الا ان يفرض كون الثمن عند المشتري ولم يأخذ البايع منه أو يكون الخيار مجعولاً من الاول ويشترط على البايع ان لا يفسخ الا بعد رد الثمن أو يكون فسخه برد الثمن وفي الفرض المذكور الخيار ثابت من اول الامر ويكون قابلاً للاسقاط.

«قوله قدس سره : الا أن يفرق هنابأن المشروط له مالك للخيار قبل الرد» الخ

هذا الفرق لا يكون مؤثراً في الجواز فان الاشكال في اسقاط ما لم يجب وهو مشترك بين الموردين فلاحظ.

«قوله قدس سره: ويسقط ايضاً بالتصرف فى الثمن المعين» الخ

الظاهر ان التعبير بالسقوط مسامحة اذ قبل رد الثمن لا خيار كي يسقط والحق في التعبير ان يقال ينعدم موضوع الخيار ثم ان التصرف المعدم للموضوع التصرف الذي يكون موجباً لانعدام الثمن بالانعدام الحقيقي أو الحكمي والا فواضح ان مجرد التصرف

في الثمن لا مقتضي فيه للسقوط.

«قوله قدس سره : لاطلاق ما دل على ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل اليه رضاء بالعقد ولا خيار»

قد تقدم منا و نقول الان انه لا دليل على كون التصرف مسقطاً للخيار وما ورد في خيار الحيوان حكم تعبدي يختص بمورده ولاوجه للتعدي عنه مضافاً الى ان الخيار لايتحقق الا بعد الرد فلا خيار قبله كي يسقط نعم لو فرض ثبوت الخيار بالجعل من اول الامر يكون قابلاً للاسقاط.

«قوله قدس سره : وقد عمل الاصحاب بذلك فى غير مورد النص» الخ

لا اثر لعمل الاصحاب وعملهم لا يكون حجة علينا وقد ثبت في الاصول ان الشهرة الفتوائية لاتكون حجة بل ثبت هناك ان الاجماع لا اعتبار به فلاحظ .

«قوله قدس سره : ان الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف فى الثمن» الخ

فان هؤلاء الاساطين استظهروا عدم سقوط الخيار بالتصرف وذلك لان بناء العقد المذكور على التصرف في الثمن ومع سقوط الخيار بالتصرف لا تبقى فائدة في الخيار واستدلوا على مدعاهم بحديث ابن عمار[1].

حيث ان المستفاد من الحديث جواز التصرف في الثمن ومع ذلك يكون الخيار باقياً.

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٧٣.

واورد عليهم العلامة الطباطبائي قدس سره بان الكلام في التصرف في زمان الخيار ولا خيار قبل الرد ومجرد كون البايع قادراً على ايجاد موضوع الخيار برد الثمن لا اثر له لان الميزان بالفعل لا بالقوة.

مضافاً الى انه ربما لا يكون قادراً على ايجاد الموضوع كما لو جعل الخيار بعد سنة.

وأورد عليه صاحب الجواهر قدس سره بأن تأخير مبدء الخيار يوجب الجهل وهو يوجب الغرر وايضاً يستفاد من اخبار المسئلة تحقق الخيار من اول العقد.

والماتن اورد على جميعهم فانه اورد على المستظهرين بانه لا وجه للتفصيل ولامجال لرفع اليد عن قولهم بسقوط الخيار بالتصرف.

وأورد على الطباطبائي قدس سره بانه لاوجه لعدم القول بسقوطه بالتصرف من ذي الخيار فان المستفاد من الدليل سقوط الخيار بالتصرف فان الخيار المذكور يسقط بالقول بلا اشكال فيسقط بالفعل ايضاً نعم لوكان الخيار منفصلاً عن العقد يجري فيه الاشكال ولكن كما تقدم ربما يكون الخيار من اول الامر واما النقاش في جهالة المدة فلا يرد اذ مع التعيين لا مجال للاشكال.

اقول: الحق ان الخيار لوكان معلقاً على الرد لم يكن مجال لاسقاطه قبله لعدم الدليل عليه هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان التصرف بما هو تصرف لا وجه لكونه مسقطاً.

واما النصوص الواردة في المقام فالحق عدم امكان الاستدلال بها على الخيار برد الثمن اذ النصوص الواردة اما قاصرة من حيث السند

واما كذلك من حيث الدلالة فان حديث معاوية بن ميسرة قاصر سنداً.

واما حديث ابن يسار فهو مجمل ولا يمكن الاعتماد عليه وان ابيت عن كونه مجملاً نقول المستفاد منه ان البلدي يبيع بضاعته من القروي بثمن نسيئة وحيث انه لايطمئن به يكتب القروي سنداً يدل على بيع داره أو ارضه من صاحب البضاعة وقبض ثمنه ففي الواقع وقع عقد بين البلدي والقروي يكون البلدى بايعاً والقروى مشترياً ووقع عقد صورى لا واقعية له يكون القروي بايعاً والبلدي مشترياً والبلدي وعد للقروي انه ان اتى بالثمن في الوقت المؤجل يرد داره والا تكون له والامام عليه السلام امضاه فهذه الرواية ليس فيه خيار برد الثمن ولا ترتبط بالمقام اصلاً.

واما حديث ابن عمار فيمكن ان يكون الشرط الرد اي يشترط عليه ان يقيل اذا رد الثمن فلا يكون الخيار مجعولاً فلاحظ، فدليل الخيار برد الثمن منحصر بدليل نفوذ الشرط اذ قلنا انه علم من السيرة الجارية بين العقلاء والمتشرعة جواز شرط الخيار ومن الظاهر ان شرط الخيار برد الثمن من صغريات هذه الكبرى الكلية فلو شرط الخيار برد الثمن لا مجال لاسقاطه قبل الرد اذ لاخيارقبله كي يسقط واما التصرف بما هو تصرف فلا يكون مسقطاً على الاطلاق.

«قوله قدس‌سره: الامر الخامس لو تلف المبيع كان من‌المشترى» الخ

هذا على طبق القاعدةالاولية فانمن‌يكون مالكاً لمال‌يكون‌تلفه‌من

كيسه وكون تلفه على غيره يحتاج الى الدليل ويؤيد المدعى قوله عليه السلام في ذيل حديث معاوية بن ميسرة ارأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري[1].

ولا فرق في ذلك بين ان يكون التلف قبل الرد أو بعده كما ان القاعدة الاولية تقتضي ان تكون منافعه له.

«قوله قدس سره : والظاهر عدم سقوط خيار البايع» الخ

قد مر منا ان هذا التعبير مسامحة اذ لا خيار قبل الرد وكيف كان فلورد البايع الثمن فهل يتحقق الخيار المجعول ام لا؟

تارة يشكل بانه بعد تلف العين لا موضوع للخيار وهذه الدعوى فاسدة لان موضوع الخيار نفس العقد لا العين فلا يرتبط تلف العين وعدمه بالخيار وعدمه فلا اشكال من هذه الجهة.

وانما الاشكال من ناحية اخرى فان جعل الخيار على خلاف القانون المقرر الشرعي اذ ينافي لزوم العقد فيلزم الاقتصار على مقدار تحقق السيرة الا ان يقال يستفاد من بعض النصوص جواز جعل الخيار ومقتضى اطلاقه جواز جعله حتى مع تلف العين لاحظ مارواه ابن سنان[2].

فان المستفاد من هذه الرواية ان المرتكز في ذهن السائل بقاء خيار الشرط اي الخيار المسبب عن الشرط حتى بعد تلف العين والامام عليه السلام لم يردعه عن ارتكازه مضافاً الى ان قوله في ذيل الحديث صريح في المطلوب فلاحظ.

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٧٤.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٦٦.

«قوله قدس سره : ويحتمل عدم الخيار» الخ

في مقام الثبوت لا مانع عن جعل الخيار بحيث يبقى بعد تلف العين والدليل الشرعي يساعده واما في مقام الاثبات فاللازم رعاية الظهور ومن الظاهر ان الظهور العرفي يختلف بحسب اختلاف الموارد ولا يبعد ان يكون الغالب ما افاده الشيخ فلا يبقى الخيار بعد التلف.

«قوله قدس سره : ثم انه لا تنافي بين شرطية البقاء وعدم جواز تفويت الشرط»الخ

الامر كما افاده فانه لا تنافي بين ان يكون الابقاء والحفظ شرطاً واجباً على المشتري وبين سقوط الموضوع بعد انعدام العين.

«قوله قدس سره : ولو تلف الثمن» الخ

الثمن قد يتلف بعد الرد وقد يتلف قبل الرد اما اذا كان بعد الرد فربما يقال يكون على المشتري لقاعدة ان التلف في زمن الخيار ممن لاخيار له وحيث ان الخيار للبايع يكون التلف على المشتري.

ويرد عليه انه لا دليل على تسرية تلك القاعدة الى الثمن فانها تختص بالمبيع فلا مقتضي للسريان ومقتضى القاعدة الاولية كون التلف على مالك المال واما ان كان التلف قبل الرد فايضاً لا وجه لكونه على المشتري لما ذكرنا من عدم تسرية الحكم الى الثمن واما اذا قلنا بالتسرية فهل يمكن الالتزام بكونه على المشتري؟ الظاهر انه لا يمكن وذلك لان الخيار بعد لم يتحقق ولا مال لترتب الحكم الحكم قبل تحقق موضوعه فلاحظ.

«قوله قدس سره : الامر السادس لا اشكال في القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشترى» الخ

في هذا الامر فروع الفرع الاول: لو صرح بجعل الخيار في فرض رد الثمن الى المشتري أو وكيله أو وليه يتحقق الموضوع برده كذلك ولا اشكال فيه فان خيار الشرط خيار مجعول بين المتعاقدين وتابع لجعلهما سعة وضيقاً.

الفرع الثاني: انه لو صرح بكون الموضوع خصوص الرد الى المشتري لا اثر لرده الى غيره ولو كان ذلك الغير وكيلاً أو ولياً وهذا ايضاً ظاهر.

الفرع الثالث: لو لم يصرح باحد الطرفين فهل يتحقق الخيار برده الى احد المذكورين ام لا؟ الحق ان يقال تارة يفهم من القرينة ولو من جهة الارتكاز العموم فيكفي رده اليه واما لو شك فمقتضى الاصل عدم سعة الجعل وعدم تحقق الخيار.

الفرع الرابع: انه هل يشترط في نفوذ الفسخ حضور المفسوخ عليه ام لا؟ الظاهر هو الثاني لعدم الدليل عليه نعم مورد نصوص الباب ظاهر في حضوره لكن هذا المقدار لا يمكن جعله دليلاً للمدعى مضافاً الى انه قد مر منا ان النصوص المشار اليها لا ترتبط ببيع الخيار.

الفرع الخامس: انه هل يكفي لثبوت الخيار وجواز الفسخ رد الثمن الى وارث المشتري؟ الظاهر هي الكفاية للارتكاز.

الفرع السادس: انه هل يجوز لوارث البايع ان يرد الثمن ام لا؟ الظاهر انه لو قلنا بارث الخيار له ان يرد وتحقيق ارث الخيار وعدمه موكول الى مجال آخر.

الفرع السابع انه هل يجوز الرد الى الولي والحال ان الولي يلزم ان يراعى مصلحة المولى عليه او ان لا يكون التصرف مضراً بحاله ام لا؟ الحق انه لا مجال لهذه الشبهة فانه ليس تصرفاً في مال المولى عليه كي يتوجه الاشكال المذكور بل التصرف صادر عن البايع وهو تصرف ناش عن الحق.

وبعبارة واضحة: لا اختيار للولي في مفروض الكلام بل يده يد المولى عليه فكما ان المولى عليه لم يكن له الامتناع كذلك ليس للولي الامتناع وعلى هذا الاساس لو وصلت النوبة الى عدول المؤمنين يحصل موضوع الخيار اى الرد وهو رده اليهم وعلى الجملة ليس اخذ الولي تصرفاً اختيارياً كي يقال يلزم كونه موافقاً مع صلاح المولى عليه بل المدعى حصول الرد وتحققه فلاحظ.

الفرع الثامن: انه لو اشترى الاب شيئاً للصغير بالخيار برد الثمن فهل يجوز للجد ان يأخذ المردود؟ أو يجوز للاب ان يأخذه لو انعكس الامر؟ الظاهر هو الجواز فانه لا فرق بينهما اذ كلاهما قد ثبتت ولايتهما على الصغير فيكون كل منهما بدلاً عن الاخر.

الفرع التاسع انه لو اشترى احد حكام الشرع للصغير شيئاً ببيع الخيار فهل يجوز رد الثمن الى الحاكم الثاني الظاهر انه لا وجه لعدم الجواز فان تملك الثمن امر جديد فلا يكون تصرفاً في مورد التصرف الصادر عن الحاكم الاول فيجوز ولكن اذا فرض أنه يعد عرفاً مزاحمة مع الحاكم الاول يشكل الجواز لعدم الدليل على الولاية على الاطلاق بل ولاية الحاكم من باب القدر المتيقن ولا يقين في الفرض مضافاً الى انه اذا صدق عنوان المزاحم يشكل الجزم ببقاء عدالة المزاحم

فيسقط عن الاعتبار.

«قوله قدس سره: الامر السابع اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الا برد الجميع فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ» إلخ.

قد ذكر الشيخ قدس سره في هذا الامر فروعاً الفرع الاول: انه لو اطلق ليس له الفسخ والامر كما افاده فانه الظاهر من اللفظ عند الاطلاق والظهور حجة.

الفرع الثاني: انه ليس للمشتري التصرف في المقدار المدفوع لانه ملك الغير ولا يجوز التصرف فيه الا باذنه.

الفرع الثالث: انه لو تلف يكون المشتري ضامناً لان رده بعنوان الثمنية لا بعنوان الامانة كي يقال ان الامين لايضمن.

ويشكل بان المدفوع لايتعنون بعنوان الثمنية الا بعد الفسخ فكيف يمكن فرض تعنونه بالثمنية مع عدم تحقق الخيار كما هو المفروض.

لكن لا يبعد ان يقال ان الدافع للثمن اذا كان دفعه بعنوان تحقق موضوع الخيار، بالارتكاز يشترط الضمان فيدخل تحت عنوان **العارية** المضمونة.

الفرع الرابع: انه لو اشترط الخيار في كل جزء دفع الى المشترى فهل يكون الشرط المذكور جايزاً كما قال به الشيخ أم لا؟ **الانصاف** انه يشكل الالتزام بالجواز فان جعل الخيار خلاف المقرر الشرعي وانما التزمنا بجوازه لاجل السيرة واثبات السيرة بهذا النحو مشكل مضافاً الى ان جعل الخيار لكل جزء متوقف على تعدد البيع والمحال انه بيع واحد ولا تعدد فيه.

الفرع الخامس: انه لو قلنا بجواز التبعيض وبعض البايع هل يحصل للمشتري خيار تبعض الصفقة ام لا؟ الانصاف يقتضي عدمه فان خيار تبعض الصفقة لا دليل عليه الا اشتراط الخيار ارتكازاً وفيما نحن فيه هذا الاشتراط خلاف الارتكاز فان الشرط الاول يقتضي عدم تحقق الشرط الثاني اذ اشتراط البايع الخيار في كل جزء ناش من انه ربما يريد ابقاء البعض الاخر فكيف يقبل الخيار الناشي عن التبعض.

الفرع السادس: انه يجوز جعل الخيار برد جزء معين بان يرد الجزء ويكون له فسخ الكل فانه يجوز على القاعدة اذ انه من مصاديق جعل الخيار واذا فسخ يبقى باقي الثمن في ذمته ان كان كلياً ويرجع الباقي الشخصي ان كان شخصياً.

الفرع السابع: انه يجوز جعل الخيار في الكل برد جزء غير معين والكلام فيه هو الكلام. ان قلت: اذا لم يكن معيناً يلزم الغرر؟

قلت: نجيب اولاً انه يمكن تصوير الامر على نحو لا يكون غرراً وثانياً انه قد مر منا ان الغرر لا دليل على كونه مفسداً بالاضافة الى ان الغرر معناه الخديعة لا الخطر.

«قوله قدس سره: الامر الثامن كما يجوز للبايع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد المثمن» الخ

أيضاً ذكر الماتن في الامر الثامن فروعاً الفرع الاول انه يجوز للمشتري جعل الخيار لنفسه اذا رد المثمن وهذا على طبق القاعدة الاولية اذ قد تقدم ان اشتراط الخيار مورد السيرة العقلائية الممضاة من قبل الشارع.

الفرع الثاني: انه لواطلق ينصرف الاطلاق الى رد نفس العين واذا صرح باشتراط الخيار حتى بعد تلف العين برد عوضه يثبت له الخيار لجواز اشتراطه.

الفرع الثالث: انه هل يجوز جعل الخيار برد العوض مع وجود العين بحيث يرد بدل العين الى الطرف المقابل بعد الفسخ أم لا؟ الظاهر هو الثاني لان الفسخ يقتضي التراد فهذا الشرط خلاف المقرر الشرعي والشرط لا يكون مشرعاً فلوفسخ يصح فسخه ولكن ترجع العين الى البايع.

وأما ما افاده الماتن من الاشكال في أصل الفسخ فلا وجه له اذ انه صادر من اهله وواقع في محله الا ان يجعل الخيار بالنحو المقيد أي الخيار الذى اذا اخذ به لا ترد العين مع بقائها فان الخيار بهذا النحو غير مجعول شرعاً.

الفرع الرابع: انه هل يجوز اشتراط ايفاء المثلي بالقيمة أو ايفاء القيمي بالمثل أم لا؟ الظاهر جوازه فانه شرط فعل على المشروط عليه ولا مانع منه لكن هذا النحو من الشرط يجوز مع بقاء العين بان يشترط التبديل ولعله بامره بالتأمل يشير الى ما ذكرنا.

ولا يخفى ان الذي ذكرنا بالنسبة الى القيمة والمثل على مسلكهم من ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة وأما على مسلكنا من ان نفس العين تثبت في الذمة و ادائها اما بالمثل أو القيمة فلا تصل النوبة الى البحث المذكور.

الفرع الخامس: انه يجوز جعل الخيار لكل من الطرفين على الاخر كما هو ظاهر.

قوله قدس‌سره: مسئلة لا اشكال ولا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع» الخ

وقع الكلام بينهم في جريان خيار الشرط في غير البيع من العقود اللازمة وفي غيرها من العقود الجايزة وفي غيرها من الايقاعات.

وقبل الخوض في البحث نتذكر ان الاستدلال بدليل الشرط والاجماع المدعى في المقام على الجريان لا مجال له فان دليل الشرط غير مشرع فلابد من احراز الجواز في الرتبة السابقة في كل مورد كي يلزم ذلك الامر الجايز بالشرط واما لو وصلت النوبة الى الشك فلا يمكن الاخذ بدليل الشرط لعدم جواز الاخذ بالدليل في الشبهة المصداقية بل بالاستصحاب يحرز عدم جواز الاشتراط وأما الاجماع فلامجال للاستدلال به فانه منقولاً ومحصلا محل الاشكال.

وربما يقال ان الاقالة في كل مورد تكون جايزة يكون اشتراط الخيار جايزاً.

ويرد عليه انه لا ملازمة بين الامرين فان الاقالة هي الفسخ من الطرفين والفسخ تصرف من جانب واحد ولو مع كراهة الطرف المقابل مضافاً الى ان جريان الاقالة في كل مورد يحتاج الى الدليل ومع عدمه لا يمكن الالتزام بجوازها فعلى هذا لابد من ملاحظة كل عقد أو ايقاع واجراء القاعدة فيه فنقول من العقود اللازمة الاجارة.

والظاهر انه لا اشكال ولا كلام في جواز جعل الخيار فيها والسيرة جارية على جعل الخيار فيها.

ومن العقود اللازمة الصلح ولا اشكال ايضاً في جواز جعل الخيار فيه بالاشتراط بل الامر في الصلح من هذه الجهة اظهر من الاجارة ومنها الرهن فانه نقل عن بعض الاساطين ان جعل الخيار فيه ينافي كونه وثيقة للدين.

وفيه ما لا يخفى فان عمدة الاشكال عدم الدليل على الجواز بل الدليل قائم على عدمه وهو الاستصحاب فلاحظ. وقس على ما ذكر بقية العقود اللازمة فان الاصل الاولي عدم الجواز والجواز يحتاج الى الدليل ففي كل مورد ثبت الجواز بالسيرة نلتزم به والا فلا.

ومما ذكرنا ظهر الحال بالنسبة الى العقود الجايزة فانه يكفي لعدم الجواز عدم ثبوت مشروعية جعل الخيار بل الثابت بالاستصحاب عدمه وهذا هو العمدة والا فالاشكالات الواردة على جعل الخيار في العقود الجايزة كاللغوية واجتماع المثلين وتحصيل الحاصل وامثالها لا ترجع الى محصل.

ومما تقدم يظهر عدم جواز اشتراط الخيار في الايقاعات فانه يكفي لعدم الجواز عدم قيام دليل على الجواز بل قلنا ان مقتضى الاستصحاب عدم الجواز والا فالوجوه المذكورة للمنع قابلة للدفع للفقيه الخبير بالصناعة فلاحظ.

«قوله قدس سره: واصله الخديعة»

قال البحراني قدس سره في الحدائق اصله الخديعة وقال الطريحي في المجمع يقال غبنه في البيع من باب ضرب غبناً ويحرك خدعه والانصاف ان الجزم بكون مفهوم الغبن متقوماً بالخدعة مشكل

ويمكن الاستدلال على عدم تقومه به بصحة الاستعمال ولو مع عدم الخدعة بل يتبادر من اللفظ الخسارة والخسران في المال أو العمر واذا ثبت تقومه بها يترتب عليه أثر مهم نتعرض له عن قريب انشاء الله تعالى.

«قوله قدس سره: قال في الصحاح هو بالتسكين في البيع والغبن بالتحريك في الرأى».

قال الطريحي في مجمعه وغبن رأيه غبناً من باب تعب قلّت فطنته وذكائه.

«قوله قدس سره: وهو في اصطلاح الفقهاء تمليك ماله بمايزيد»

قال في الحدائق والمراد هنا البيع والشراء بغير القيمة مع الجهالة اذا كان الغبن بما لا يتسامح به غالباً بان شراه بزيادة على القيمة أو بنقصان عنها فالمرجع فيه الى العادة لعدم تقديره شرعاً.

«قوله قدس سره: مع انه قد لا يكون خدعاً اصلا»

فالخيار المبحوث عنه في محل الكلام لا يكون معلقاً على تحقق عنوان الخدعة.

«قوله قدس سره: والمراد بما يزيد او ينقص العوض»

الامر كما افاده فان الاشتراط ربما يوجب تغيّر القيمة فلابد من ملاحظة المجموع من حيث المجموع.

«قوله قدس سره: والظاهر ان كون الزيادة مما لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه».

أي عنوان الغبن يصدق حتى مع الاختلاف بما يتسامح غاية الامر لا يكون موضوعاً للخيار.

«قوله قدس سره: ثم ان ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الاصحاب»

قال في الحدائق وهذا النوع من الخيار لم يذكره كثير من المتقدمين والقول به انما ثبت عن الشيخ واتباعه ونقل في الدروس وكذا في المسالك عن المحقق في الدرس القول بعدمه الى آخر كلامه رفع في علو مقامه.

وكيف كان ما يمكن ان يذكر في تقريب الاستدلال عليه وجوه.

الوجه الاول: الاجماع وحال الاجماع في الاشكال ظاهر فان المنقول منه غير حجة والمحصل منه على تقدير حصوله محتمل المدرك ان لم يكن مقطوعاً به.

الوجه الثاني: قوله تعالى «لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل»[1] بتقريب ان المستفاد من الاية النهي عن الاكل بالباطل والبيع الغبني باطل.

وفيه اولاً: ان لازمه بطلان العقد لا صحته وثبوت الخيار فيه.

وثانياً انا قد ذكرنا مراراً ان الباء للسببية لا للمقابلة فتكون الاية اجنبية عن المدعى فان البيع من الاسباب الصحيحة.

الوجه الثالث قوله تعالى: «الا ان تكون تجارة عن تراض» ويمكن ان يقرب الاستدلال بالاية على المدعى بوجهين احدهما ان المستفاد من الاية اشتراط الرضا بالتجارة والمغبون اذا كان عالماً لا يكون راضياً.

ويرد عليه اولاً ان الدليل اخص من المدعى اذ ربما يكون راضياً

(١) النساء/٢٩.

حتى مع العلم بالغبن وثانياً ان المعتبر الرضا الفعلي ولا اثر للتقديري.

وثالثاً ان لازم التقريب المذكور بطلان العقد لا صحته وثبوت الخيار فيه ثانيهما ان الرضا المعتبر في التجارة المعنى المستفاد من اسم المصدر لا المعنى المستفاد من المصدر.

وبعبارة اخرى يعتبر فيها ما يكون باقياً وهو الحاصل عن المصدر واما المعنى المصدري الذى لا بقاء له فهو لا يكون شرطاً وحيث ان الرضا لايكون باقياً بعد العلم بالغبن فلا تصح التجارة.

وفيه اولاً ان لازم هذا التقريب عدم الصحة حتى في صورة ترقي العين فان البايع لوكان عالماً بالترقي لم يبيع وهل يمكن الالتزام به.

وثانياً ان الدليل اخص من المدعى فانه ربما يكون راضياً حتى مع الغبن وثالثاً ان لازم القول المذكور بطلان البيع لا صحته مع الخيار كما هو المدعى فالمدار بالمعنى المصدري لا اسمه.

الوجه الرابع: قاعدة نفي الضرر فانمقتضى القاعدة المذكورة رفع الحكم الضرري.

ويرد عليه اولاً ان الاستدلال بالقاعدة يتوقف على القول المشهور في معنى القاعدة واما على مسلك شيخ الشريعة فلامجال للاستدلال بها على المدعى.

وثانياً انه على فرض تمامية الاستدلال تكون نتيجته بطلان العقد لا اثبات الخيار وان شئت قلت المستفاد من دليل نفي الضرر بطلان العقد الضرري لا تدارك الضرر الواقع بالخيار فلاحظ.

الوجه الخامس: الروايات الواردة في تلقي الركبان منها ما

عن عوالي اللالى عن النبي صلى‌الله عليه وآله انه نهى عن تلقي الركبان وقال: من تلقاها فصاحبها بالخيار اذا دخل السوق وعنه صلى‌الله عليه وآله انه قال في حديث: ولا تلقوا السلع حتى يهبط السوق[١].

ومنها ما عن السيد ابن زهرة في الغنية: عن النبي صلى‌الله عليه وآله انه قال: فان تلقى متلق فصاحب السلعة بالخيار اذا ورد السوق[٢].

فان تلك الطائفة تدل على ان الركبان اذ ادخلوا السوق لهم الخيار.

وفيه اولاً ان السند ضعيف وثانياً انه حكم خاص وارد في مورد مخصوص ولا يستفاد العموم من تلك الطائفة.

وثالثاً انها لاتدل على ثبوت الخيار للمغبون فلاحظ.

الوجه السادس النصوص الواردة في غبن المسترسل منها مارواه اسحاق بن عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام قال غبن المسترسل سحت[٣].

ويرد عليه اولاً ان الحديث ضعيف سنداً وثانياً انه لايدل على الخيار بل يدل على حرمة الغبن وبعد كون الرواية ضعيفة لا مجال المدقة فيها وذكر ما يحتمل في المراد منها.

ومنها ما رواه ميسر عن أبي عبدالله عليه السلام قال: غبن

---

(١) مستدرك الوسائل الباب ٢٩ من ابواب آداب التجارة الحديث ٣.

(٢) نفس المصدر الحديث ٤.

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

المؤمن حرام[١].

ويرد عليه ان المستفاد من الحديث ان غبن المؤمن حرام ولاتدل الرواية على ثبوت الخيار.

ومنها ما رواه علي بن موسى بن طاووس في كتاب (الاستخارات) عن احمد بن محمد بن يحيى قال: اراد بعض أوليائنا الخروج للتجارة فقال: لا اخرج حتى آتى جعفر بن محمد عليه السلام فاسلّم عليه واستشيره في امري هذا واسأله الدعاء لي قال: فاتاه فقال له يابن رسول الله انّي عزمت على الخروج الى التجارة واني آليت على نفسي ان لااخرج حتى القاك واستشيرك واسألك الدعاء لي قال: فدعا له.

وقال عليه السلام: عليك بصدق اللسان في حديثك ولا تكتم عيباً يكون في تجارتك ولا تغبن المسترسل فان غبنه لا يحل ولا ترض للناس الا ما ترضى لنفسك وأعط الحق وخذه ولا تخف ولا تخن فان التاجر الصدوق مع السفرة الكرام البررة يوم القيامة واجتنب الحلف فان اليمين الفاجرة تورث صاحبها النار والتاجر فاجر الا من اعطى الحق واخذه واذا عزمت على السفر أو حاجة مهمة فاكثر الدعاء والاستخارة فان ابي حدثني عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وآله كان يعلّم اصحابه الاستخارة كما يعلّم السورة من القرآن الحديث[٢].

وهذه الرواية ضعيفة سنداً مضافاً الى انها تدل على حرمة الغبن ولا تدل على الخيار

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٢.

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب آداب التجارة الحديث ٧.

ومنها ما رواه أبوهريرة قال: نهى رسول‌الله صلى‌الله عليه وآله ان يبيع حاضر لباد[1].

وهذه الرواية ضعيفة سنداً مضافاً الى انها لا تدل على الخيار ومنها ما ارسله في دعائم الاسلام عن النبي صلى‌الله عليه وآله انه نهى ان يبيع الحاضر للبادي[2] والمرسل لا اعتبار به.

الوجه السابع: الاشتراط الضمني الارتكازي بتقريب ان كل شخص يريد ان يتحفظ مالية ماله وغير راض بالضرر فبارتكازه حين العقد يشترط لنفسه الخيار اذا كان مغبوناً ومن ناحية اخرى ان اشتراط الخيار امر جايز في الشريعة.

وان شئت قلت بعد ما فرضنا ان الانسان في مقام المعاملة بصدد ابقاء مقدار مالية ماله في العوض الذي يأخذه من الطرف المقابل فاذا اقدم على المعاملة فاما يقيد المأخوذ بكونه ذا مالية كذائية واما يعلق العقد على كونه موصوفاً بهذا الوصف واما يعقد على الاطلاق ويجعل لنفسه الخيار.

اما الاول والثاني فلا يمكن الالتزام بهما فان الجزئي الخارجي غير قابل للتقييد والتعليق باطل بالاجماع فالامر منحصر في الطريق الثالث.

فالنتيجة ان خيار الغبن من باب الاشتراط الضمني الارتكازي ولازمه ان المغبون يرضى بالعقد غاية الامر يشترط لنفسه الخيار في صورة كونه مغبوناً وشرط الخيار جايز.

---

(١) مستدرك الوسائل الباب ٣٠ من ابواب آداب التجارة الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث٢.

بقي شيء وهو انه لوصدق عنوان الخدعة والتغرير في مورد وصح أن يقال ان البايع الفلاني غرر وخدع المشتري في تلك المعاملة أو انعكس الامر وصدق ان المشتري خدع البايع و اوقعه في الخسارة يمكن ان يقال ان قانون الغرور يقتضي جواز الرجوع واخذ الغرامة من الغار.

«قوله قدس سره : فتأمل»

لعله يشير الى ان هذه الوجوه لا تقتضي الظهور ومادام لاينتهي الامر الى الظهور العرفي لايترتب عليه اثر اضف الى ذلك ان الاستدلال بقاعدة نفي الضرر مخدوش كما مر.

«قوله قدس سره : فالعمدة في المسئلة الاجماع المحكى» الخ

قد تقدم منا انه لا مجال للاستناد لا الى الاجماع ولا الى حديث نفي الضرر بل العمدة الاشتراط الضمني

«قوله قدس سره : مسئلة يشترط في هذا الخيار امران الاول عدم علم المغبون بالقيمة فلو علم بالقيمة فلا خيار»

فانه مع العلم لامجال لان يقال بارتكازه شرط الخيار في صورة الغبن.

«قوله قدس سره : بل لا غبن»

اذ اشرب بحسب المتفاهم العرفي في مفهوم الغبن الجهل واما الاقدام على الضرر مع العلم فلايصدق على المقدم عنوان المغبون.

«قوله قدس سره : ثم ان الظاهر عدم الفرق»

المدرك للخيار الشرط الارتكازي الضمني ففي كل مورد قام دليل على انه مقدم على العقد وان كان ضررياً بحيث لا يكون بحسب الارتكاز شارطاً لا يتحقق الخيار كما ان الامر كذلك لو وصلت

النوبة الى الشك فان مقتضى الاصل عدم تحقق الشرط الارتكازي فلا خيار.

«قوله قدس سره : فلا يبعد الخيار»

لتحقق الاشتراط المذكور ولو ارتكازاً والمراد من الارتكاز في المقام ونظائره انه يصدق في عرف العقلاء انه امر مركوز ويكون مقدراً بحيث يترتب عليه الاثر.

«قوله قدس سره : ثم إن المعتبر القيمة حال العقد»

الامر كما افاده فان الاشتراط المذكور بلحاظ ذلك الزمان وهو الميزان.

«قوله قدس سره : ويحتمل عدم الخيار»

لكنه ضعيف ولا وجه له فانا ذكرنا ان المدرك الوحيد للخيار الاشتراط الارتكازي فان تحقق يترتب عليه الخيار والا فلا فرق بين صور المسئلة.

«قوله قدس سره : كما لو برء المعيوب»

يظهر مما ذكرنا انه ايضاً غير سديد فان الميزان بالاشتراط وعدمه الا ان يقال ان الارتكاز يقتضي عدم الاشتراط في جملة من الموارد ولا يبعد ان يكون كذلك وان كان في النفس شيء.

«قوله قدس سره : سقط حق الرد»

بتقريب ان الشرط الارتكازي يدور مدار الغبن وعدمه.

«قوله قدس سره : واشكل منه مالو توقف الملك على القبض»

الكلام فيه هو الكلام فان مقتضى الاشتراط الارتكازي تحقق الخيار

ولا دخل لحصول الملكية وعدمه في هذه الجهة فالعمدة سعة الجعل وضيقه.

«قوله قدس سره : ثم انه لا عبرة بعلم الوكيل في مجرد العقد»

اذ المفروض انه لا شأن له الا كونه لساناً للموكل فالاثر لعلم الموكل وعدمه وان شئت قلت ليس للوكيل المذكور صلاحية الجعل والاشتراط بخلاف مالو كان وكيلاً مفوضاً فان الامر بيده وله الوضع والرفع.

«قوله قدس سره : الا ان يكون عالماً بالقيمة»

الظاهر انه لاوجه له فانه قد فرض كونه مفوضاً وهو بارتكازه يجعل الخيار وشرطه نافذ فلا وجه لانكاره بالتقريب المذكور في كلام الماتن.

«قوله قدس سره : الا أن يكون وكيلاً مطلقاً»

مراده قدس سره ان الوكيل المفوض يجوز له ان يفسخ العقد بمقتضى الخيار الثابت للموكل وليس المراد ان الخيار ثابت له فانه لا مقتضي له كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره : ثم ان الجهل انما يثبت باعتراف الغابن»

فان اقرار العقلاء على انفسهم جايز نافذ كما انه يثبت بالبيّنة.

«قوله قدس سره : وبالبينة»

فان البيّنة على مدعي الخيار فاذا اقام البيّنة على كونه جاهلاً يثبت الخيار ان قلت الجهل ليس موضوعاً للخيار فما فائدة اقامة البيّنة عليه.

قلت: بعد فرض الاتفاق على تفاوت القيمة ووقوع المشتري في الضرر فان كان مدرك الخيار حديث لا ضرر فالامر ظاهر اذ الضرر يقتضي الخيار والعلم مانع عن تأثير المقتضي فاذا ثبت الجهل يتم الامر.

وأما ان كان المدرك الاشتراط الارتكازي فان الغابن معترف بتحقق الاشتراط مع الجهل غاية الامر ينكر الجهل فايضاً الامر ظاهر وأما مع عدم اعترافه فالبينة القائمة على الجهل تدل على الاشتراط بالملازمة الا أن يقال انه لو فرض انكار الغابن الملازمة لا اثر لاقامة البينة ايضاً.

وبعبارة اخرى الدلالة الالتزامية موقوفة على الاعتراف بالتلازم لكن كيف يمكنه انكار التلازم والحال انه مفروغ عنه. وعلى الجملة لا اشكال في ان قيام البيّنة على الجهل يقتضي الخيار فان خلافهما في الجهل وعدمه واما مع اثبات الجهل فلا كلام في تحقق الخيار ولذا قلنا ان الاعتراف بالجهل يقتضي الخيار فلاحظ.

«قوله قدس سره: لاصالة عدم العلم»

الخيار مترتب على الاشتراط واما العلم أو الجهل فلا يكونان موضوعين للخيار وعدمه الاعلى النحو المثبت.

«قوله قدس سره: مع انه قد يتعسر اقامة البينة على الجهل» الخ

يرد عليه اولاً انه ما الوجه في تعسره فانه يمكن ان يحصل الاطلاع عليه كما يحصل الاطلاع على غيره من الصفات النفسانية وثانياً انه ما الوجه في وصول النوبة الى اليمين وسماع قوله بمجرد تعسّر اقامة البيّنة فان المستفاد من الدليل أن المدعي يلزم ان

يقيم البيّنة على مدعاه.

اضف الى ما ذكر انه قدس سره جمع بين اقامة البيّنة والحلف بالنسبة الى المغبون والحال ان الحلف على المنكر والبيّنة على المدعي وكيف يجتمعان في مورد واحد والحال ان التقسيم قاطع للشركة الا ان يقال ان المدعي اذا لم يمكنه اقامة البيّنة يجوز له الحلف ولتحقيق المسئلة مجال آخر خارج عن المقام.

«قوله قدس سره : ولا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال»

كيف لا يمكن والحال انه كثيراً ما يمكن الاطلاع على ما في نفس الغير من الصفات ولعل امره بالتأمل اشارة الى ما ذكرنا والله العالم.

«قوله قدس سره : هذا كله اذا لم يكن المغبون من اهل الخبرة بحيث لا يخفى عليه القيمة الا لعارض من غفلة أو غيرها والا فلا يقبل قوله كما في الجامع والمسالك»

اذ في الفرض المذكور يكون قوله خلاف الاصل فيصير مدعياً ويلزم عليه اقامة البيّنة.

«قوله قدس سره : لكن المدعى لما تعسر اقامة البينة عليه ولا يعرف الا من قبله يقبل قوله مع اليمين فليكن هذا من هذا القبيل الا أن يقال» الخ

انه قدس سره اولاً يشير الى كبريين. الاولى: جواز الحلف للمدعي اذا تعسر عليه اقامة البيّنة. الثانية: قبول قول من لايعرف المقول الا من قبله ويجعل المقام من صغريات الاولى والثانية.

ثم يستشكل في صحة اصل الكبرى وكون المقام من صغرياتها.

ولا يخفى انه قدس سره خلط بين الكبريين وجعلهما واحدة والامر كما افاده في الاشكال فانه لا دليل على قبول قول من يتعسّر اقامة البيّنة على دعواه بيمينه بل مقتضى القاعدة اولاً اقامة البيّنة وعلى فرض عدمها تصل النوبة الى يمين الخصم كما انه لا دليل على قبول قول من لا يعرف مقوله الا من قبله الا في بعض الموارد بالخصوص كدعوى المرئة الحيض أو العدة أوالحمل. واما غيرها فلا دليل.

مضافاً الى ان المقام غير داخل تحتهما فان اقامة البيّنة على كونه غافلاً ومضطرباً لكثرة الابتلائات امرممكن وايضاً ليس داخلاً في كبرى ما لا يعلم الا من قبله فالاشكال وارد كبروياً وصغروياً فلاحظ.

«قوله قدس سره : ولو اختلفا في القيمة وقت العقد أو في القيمة بعده مع تعذر الاستعلام فالقول قول منكر سبب الغبن لاصالة عدم التغير واصالة اللزوم» الخ

تارة يتفقان على القيمة الفعلية كما لو اتفقا على ان المبيع يسوى درهماً الان وفي هذا الوقت ولكن البايع يدعي انه كان يسوى درهمين وقت البيع فيكون لي خيار الغبن والمشتري ينكر التغير ويقول لم يتغير عن حاله السابق.

حكم الشيخ قدس سره بأن القول قول منكر الخيار واستدل عليه بوجهين. احدهما: اصالة عدم التغير ومع عدم التغير لا غبن ولكن اثبات عدم الغبن باصالة عدم التغير من اظهر انحاء المثبت.

ثانيهما: اصالة اللزوم ولا يبعد ان يكون مراده باصالة اللزوم

استصحاب بقاء الملكية بعد الفسخ لا الاخذ بعموم وجوب الوفاء بالعقد كي يقال انه تمسك بالعموم في الشبهة المصداقية.

ولا يخفى ان الاستصحاب المذكور جار في الشبهة الموضوعية لا في الحكم الكلي فلا مجال لما عن سيدنا الاستاد على ما في تقريره الشريف من عدم جريان فيه للمعارضة والحاصل ان هذا الاستصحاب لا بأس به وان شئت قلت اذا شك في ثبوت الخيار وعدمه يكون مقتضى الاستصحاب عدمه ولكن اجراء الاستصحاب بتقريبين اذ يمكن استصحاب عدم تحقق سبب الخيار فيترتب عليه عدمه لحكومة الاصل السببي على الاصل المسببي.

ويمكن جريانه في أصل الخيار فان مقتضاه عدمه واخرى يتفقان في قيمة زمان العقد كما لو اتفقا على كون المبيع كان يسوى درهما وبيع بدرهمين فيتحقق الخيار لكن البايع يدعي انه ترقي بعد العقد والمشتري ينكر وفي هذه الصورة لا اثر لترقي القيمة بعد العقد فان الاثر للقيمة في زمان العقد فالخيار متحقق ولا يؤثر الترقي الحادث بعد العقد ولو تنزلنا وقلنا يؤثر فما هو مقتضى الصناعة الظاهر ان الامر بالعكس فان الخيار ثابت بمقتضى تلك القيمة والاصل عدم ترقي القيمة وعليه لابد من التفصيل بان يقال القول قول منكر الخيار في صورة وقول مدعيه في صورة اخرى.

«قوله قدس سره: ومنه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغير واختلفا في تاريخ العقد».

لا يبعد ان يكون العبارة هكذا واختلفا في تاريخه بقرينة مقابله في كلامه أي بعد ما علم ان اصالة عدم التغير لا تؤثر يظهر انه لو

علم اصل التغير وكان الاختلاف في زمانه لا اثر لاستصحاب عدم التغير.

«قوله قدس سره: ولو علم تاريخ التغير فالاصل وان اقتضى تاخر العقد الواقع على الزائد على القيمة الا انه لايثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت الغبن».

الظاهر انه قدس سره يرى عدم جريان الاصل في معلوم التاريخ ويرى اختصاص جريانه في مجهوله ولذا لوكان تاريخ التغير معلوماً وتاريخ العقد مجهولاً يمكن جريان الاستصحاب في العقد بان يقال مقتضى الاستصحاب عدم جريان العقد الى زمان التغيّر لكن اثبات الغبن بالاصل المذكور مثبت فان العقد لو وقع بعد التغيّر كان لازمه العقلي وقوعه على الزائد.

والامر كما افاده لكن الحق جريان الاصل في معلوم التاريخ ايضاً وعليه يشكل الامر من ناحية المعارضة ايضاً فاذا فرض جريان الاستصحاب في العقد بالنسبة الى التغيّر كذلك يجري استصحاب عدم التغير الى زمان العقد فيقع التعارض بين الاصلين.

«قوله قدس سره: الامر الثاني كون التفاوت فاحشاً» الخ

اذاكان مدرك الخيار الاشتراط الارتكازي كما اخترناه لا اشكال في اشتراط الخيار بالشرط المذكور وهو كون الغبن فاحشاً لانه لولم يكن كذلك لا يتحقق الشرط فلاموضوع للخيار واما اذا كان المدرك حديث لا ضرر فيمكن ان يقال لا وجه للشرط المذكور اذ الضرر متحقق ومع وجود الموضوع يترتب عليه الحكم.

ثم انه وقع الكلام في بيان الفاحش وتعيين الضابط الكلي فيه

والظاهر ان التقديرات المذكورة في المقام لا ترجع الى محصل صحيح اذ ليس فيه وضع شرعي وحقيقة شرعية بل مفهوم عرفي والمرجع فيه العرف ونعم ما نقل عن العلامة حيث قال على ما نقل عنه ما لا يتغابن الناس بمثله.

«قوله قدس سره: ثم الظاهر ان المرجع عند الشك في ذلك هو اصالة ثبوت الخيار».

القاعدة تقتضي التفصيل بان يقال المدرك للخيار ان كان الشرط الارتكازي ففي مورد الشك في الخيار وعدمه تكون النتيجة عدمه اذ يشك في انه هل تحقق الخيار أم لا؟ فان الخيار متفرع على تخلف الشرط وهو مشكوك فيه ومقتضى الاصل عدمه.

ويمكن جريان الاصل في الحكم أي استصحاب عدم تحقق الخيار لكن مادام ان يجري الاصل في الموضوع لاتصل النوبة الى جريانه في الحكم لتقدم الاصل السببي على الاصل المسببي.

وأما ان كان المدرك للخيار حديث لا ضرر فالقاعدة تقتضي ثبوت الخيار اذ المفروض تحقق الضرر وهو منفي في الشريعة المقدسة ولا وجه للفرق بين الفاحش وغيره فانه خلاف اطلاق دليل لا ضرر والتسامح وعدمه ليسا دخيلين في الامر بل الميزان تحقق الموضوع وبعد تحققه يترتب عليه الحكم.

ولما انجر الكلام الى هنا نشير الى نكتة وهي انه سلمنا ان حديث لا ضرر ناظر الى ادلة الاحكام ويخصّصها كما هو المشهور بين القوم لكن نقول المستفاد من الحديث ان الشارع الاقدس لا يجعل للمكلفين احكاماً ضررية واما الضرر الناشي من قبل المكلف كما

لو باع ما يسوى عشرة دنانير بدينار واحد فلايشمله الحديث قطعاً اذ الضرر بفعل المكلف نفسه ولايرتبط بالشارع الاقدس فلاتغفل.

وحيث وقع الكلام في مفاد لا ضرر على مذاق المشهور في معناه نذكر فرعاً وهو انه ربما يقال انه لولاقت النجاسة مع مقدار من الزيت المايع أو السمن كذلك لا يمكن الالتزام بنجاسة الملاقى بالفتح للضرر والقاعدة ترفع الضرر.

وهذا التوهم فاسد اذ علم من جملة من النصوص الواردة في السمن والزيت الدالة على الانفعال لزوم الاجتناب والقاء ما لاقى النجاسة فلا مجال للاستدلال بالقاعدة.

«قوله قدس سره: بقى هنا شيء وهو ان ظاهر الاصحاب وغيرهم ان المناط فى الضرر الموجب للخيار كون المعاملة ضررية مع قطع النظر عن ملاحظة حال اشخاص المتبايعين».

ما افاده تام لا غبار عليه فان الموضوع المأخوذ في الحديث عنوان الضرر ومقتضاه ترتب الحكم عليه بلا ملاحظة حال المتضرر فالميزان تحقق الضرر وصدقه فاذا صدق يترتب عليه الحكم نعم كما افاد الشيخ يمكن تخصيص الدليل في مورد بالنص الخاص الوارد في ذلك المورد فان تخصيص العام غير عزيز.

«قوله قدس سره: بل لعدم كونه ضرراً» الخ.

هذا مما لا يمكن المساعدة عليه فان الاجر الاخروي لايوجب انتفاء عنوان الضرر الدنيوي وبعبارة اخرى لا اشكال في تحقق الضرر الدنيوي فان الضرر عبارة عن النقص في المال أو البدن أو الاعتبار أو راحة الخيال غاية ما في الباب انه يتدارك في الاخرة

فلابد من صدقه كي يصير سبباً للاجر الاخروي.

«قوله قدس سره: لوكان الضرر مجحفاً بالمكلف إنتفى بادلة نفى الحرج»

لقائل ان يقول مع ملاحظة الاجر الاخروي لا حرج كما انه لاضرر الا ان يقال الحرج امر محسوس ولا يمكن انكاره والحق ان الضرر كما قلنا ايضاً امر حسي فلا مجال لما افيد.

«قوله قدس سره: ان المغبون إما ان يكون هو البايع أو المشترى أو هما»

وقع الكلام بينهم في انه كيف يمكن ان يكون البايع والمشتري كلاهما مغبونين والحال ان مرجعه الى التناقض ولذا وقعوا في حيص وبيص ومثلوا له بامثلة.

والانصاف ان صرف الوقت لهذه الجهة تضييع للمتاع الغالي ولا ينبغي للفقيه صرف وقته لمثله ومجمل القول انه لا اشكال في ان الغبن وعدمه يلاحظان بالنسبة الى مجموع المعاملة من اصلها وخصوصياتها وشرائطها وعليه لا يكون المغبون الا احد الطرفين.

«قوله قدس سره: مسئلة ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار أو كاشف عقلي».

تارة يبحث في مقام الثبوت واخرى في مقام الاثبات اما المقام الاول فلا اشكال في امكان كون ظهور الغبن شرطاً شرعياً لحدوث الخيار ولكن مجرد الامكان الثبوتي لا اثر له.

وأما المقام الثاني فلا اشكال في كون ظهور الغبن كاشفاً عقلياً

بلا كلام ولا اشكال وبلافرق بين كون المدرك حديث لا ضرر أو الاشتراط الارتكازي أما على الاول فلان الضرر يتحقق بنفس العقد فيتحقق الخيار وأما على الثاني فلان الخيار يتفرع على التخلف وهو يتحقق حين العقد نعم مادام لم يظهر الغبن لامجال لاعمال الخيار.

فالحق ان يقال ان الغبن بحسب مقام الحكم الواقعي يوجد الخيار من اول الامر وأما بحسب الحكم الظاهري فلا يتحقق الا بعد ظهور الغبن وان شت فقل ان ظهور الغبن كاشف عقلي بالنسبة الى الحكم الواقعي وشرط شرعي بالنسبة الى الحكم الظاهري فلاحظ.

«قوله قدس سره: فلا يحدث الا بعد ظهور الغبن»

ان كان مراده انه في مقام الظاهر ليس له الا بعد ظهور الغبن كما هو ليس ببعيد فما أفاده تام وأما ان كان المراد انه ليس له في الواقع بحيث اذا فسخ أو اسقط لم يؤثر فلا يكون تاماً.

وصفوة القول ان الميزان في ثبوت الخيار وعدمه هو الغبن الواقعي والعلم والجهل ليسا دخيلين فيهما.

ومما ذكرنا يظهر انه لافرق بين العلم والجهل الا بالنسبة الى الحكم الظاهري نعم فيما يكون على خلاف القاعدة الاوليسة ككون التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له لابد من ملاحظة دليله اولاً من حيث الاعتبار وعدمه ثم ملاحظة مقدار دلالته.

وعلى الجملة القاعدة الاولية تقتضي ترتب الاثار على الوجود الواقعي للخيار الا ان يقوم دليل في مورد خاص على الخلاف ولافرق من هذه الجهة بين خيار الغبن وبقية الخيارات.

«قوله قدس‌سره: مسئلة يسقط هذا الخيار بامور احدها إسقاطه بعد العقد» الخ

بلا اشكال اذ من الظاهر ان الخيار المذكور خيار حقي قابل للاسقاط فاسقاط المغبون الخيار صادر من أهله واقع في محله ولا فرق بين العلم بالمرتبة وعدمه لعدم المقتضي للتفريق.

«قوله قدس‌سره: ومن ان الخيار امر واحد مسبب عن مطلق التفاوت».

وهذا هو الحق فان المفروض انه اسقط الحق فلا وجه لعدم سقوطه وان شئت قلت هذا من باب تخلف الداعي ولا يؤثر في شيء نعم لو علق اسقاطه على صورة خاصة ولم تكن تلك الصورة في الواقع لم يؤثر اذ من المعلوم ان المعلق والمشروط دائران مدار المعلق عليه والشرط.

بل الامر في القذف والشتم كذلك فان ذا الحق تارة يسقط الحق الموصوف والمعنون بعنوان كذائي واخرى يسقط الحق الموجود ويتصور كونه الحق الكذائي واشتبه في التطبيق أما على الاول فلا يسقط لان ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد واما على الثاني فالظاهر ان الاسقاط تام ويؤثر اثره وهو السقوط.

«قوله قدس سره: وهذا هو الاقوى»

كيف يكون أقوى والحال انه اذا فرض انصراف الاطلاق الى خصوص مرتبة فالحق هو الوجه الاول اذ مع الانصراف لايبقى مجال للصحة لامطلقاً ولا مع الخيار ولعله بامره بالتأمل يشير الى ماذكرنا والله العالم.

«قوله قدس سره: ولا يقدح عدم تحقق شرطه» الخ

قد تقدم منا ان الخيار يتحقق من اول الامر ولا يتوقف على شيء فلاوجه للاشكال لكن لو قلنا بان الخيار يتحقق بعد ظهور الغبن فيشكل جواز الاسقاط قبله وذلك لانه يدخل في كبرى اسقاط ما لم يجب ولا دليل على جوازه ومع الشك يحكم بعدم الجواز وذلك لا للاشكال الثبوتي بل للاشكال الاثباتي وهوعدم الدليل على الجواز فلاحظ.

«قوله قدس سره: كابراه المالك الودعي» الخ

هذا يتصور بنحوين. النحو الاول: ان يكون وديعة غيرمضمونة أي عارية غير مضمونة. النحو الثاني: ان يكون مضموناً ولكن يبرئه عن الضمان الذي سيوجد بعد ذلك.

أما النحو الاول فلا ضمان فيه وبعبارة اخرى يكون دفعاً للضمان فلا ضمان كي يبرء ولا مجال للاشكال فيه. وأما النحو الثاني فيدخل في كبرى اسقاط مالم يجب وفيه الاشكال الذي تقدم وهو عدم الدليل على الجواز.

«قوله قدس سره: وكبرائة البايع من العيوب».

الكلام فيه هو الكلام أي قد يكون مرجعه الى عدم الالتزام فيكون دفعاً للالتزام واخرى يكون رفعاً واسقاطاً لما التزم به المشروط عليه اما على الاول فلا اشكال لكن لا يرتبط بالمقام واما على الثاني فلا دليل عليه ويكفي للاشكال وعدم الجواز عدم دليل عليه فلاحظ.

«قوله قدس سره: الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد»

على ما ذكرنا خيار الغبن مسبب من الشرط الارتكازي وعليه

التعبير بالاسقاط مسامحة فان الاسقاط فرع الثبوت والحال ان مرجع الاسقاط في المقام الى عدم الاشتراط وعليه يكون محل الاشكال على مسلك القوم حيث يرون الغرر مفسداً للبيع.

ولكن قد تقدم منا ان الغرر معناه الخديعة وليس المراد منه الخطر فلا يرتبط بما نحن بصدده وهو البيع مع الجهل بالقيمة وعدم الاشتراط مضافاً الى ان مدرك البطلان ضعيف.

بالاضافة الى ان الدليل اخص من المدعى اذ ربما يكون المعاملة بحيث لا يكون خطراً للجاهل ويرى العقد بصلاحه فلا وجه للبطلان من ناحية الجهل بالقيمة ومما ذكرنا ظهر الاشكال فيما افاد الماتن بالنسبة الى خيار الرؤية فان الكلام فيه هو الكلام بلا فرق.

«قوله قدس سره : بان الغرر في الغبن سهل الازالة»

لم يعلم المراد من الجملة فان سهولة الازالة لاتقتضي أن لاتكون مؤثرة وبعبارة واضحة اذا فرض تحقق الغبن وفرض كونه موجباً للفساد فلا مجال للمنع عن فساده بكونه سهل الازالة فلاحظ.

«قوله قدس سره : لكن الاقوى الصحة» الخ

اذا كان الغرر موجباً للبطلان كما ان بنائهم عليه فكيف يكون الاقوى الصحة بل الاقوى الفساد نعم على ما ذكرنا لا وجه للفساد اذ قلنا مراراً ان الغرر معناه الخدعة مضافاً الى ان المدرك للبطلان ضعيف.

بالاضافة الى انه ربما لا يكون خطر للمغبون واما ما افاده من ان الخيار لا يرفع الغرر فيرد عليه انه تقدم منا ان الخيار على نحوين وقسمين:

القسم الاول الخيار الشرعي والقسم الثاني الخيار الجعلى بجعل المتعاقدين أما القسم الاول فلا يمكن أن يكون مصححاً للعقد اذ تعلق الخيار يتوقف على صحة العقد والحال أن صحة العقد تتوقف على الخيار فيدور واما الخيار الجعلي فهو يوجب رفع الغرر.

وبعبارة اخرى الخيار يوجب تعنون العقد بعدم كونه غررياً وبعد فرض عدم كونه غررياً يشمله دليل الامضاء من قوله «احل الله البيع» وقوله «تجارة عن تراض».

«قوله قدس سره : كبيع المجهول»

ما المراد من المجهول فانه تارة يكون المبيع مجهول الوجود واخرى يكون مجهول الصفة امالوكان مجهول الوجود فلامعنى لبيعه الاعلى نحو التعليق فلا تصل النوبة الى الخيار اذ لو بيع معلقاً على وجوده يصح البيع على تقدير تحقق الشرط ويبطل على تقدير عدمه.

وأما مجهول الصفة فان دل الدليل على اشتراط العلم بتلك الصفة الخاصة فلا بد من رعا العلم بها في صحة البيع والا فيمكن تصحيح البيع باشتراط كونه واجداً والا يكون الخيار للشارط وبهذا النحو يمكن تصحيح البيع في جميع الموارد هذا على تقدير البناء على كون الغرر مبطلاً للعقد واما على تقدير عدم تمامية الدليل على بطلان الغرر كما هو كذلك فلامانع عن الالتزام بالصحة بلا اشتراط الخيار.

«قوله قدس سره : لا الى عدم التزام ما اشترطاه من الاوصاف»

الذي يختلج بالبال ان يقال ان الالتزام يتعلق بالامر الاختياري للمكلف كالالتزام بالخياطة أو الكناسة وامثالهما من الافعال الاختيارية وأما الالتزام بامر خارج عن الاختيار كنزول المطر من

السماء مثلاً فلا مجال له وعليه كيف يمكن الالتزام بكون العبد كاتباً أو الامة مليحة وهكذا فمرجع اشتراط الصفة الى جعل الخيار عند التخلف.

وصفوة القول ان الامر الذي يفيد للمشتري عند الشك في الصفة ان يكون له خيار تخلف الوصف والا فيكون البيع خطرياً مضافاً الى انا سلمنا صحة الالتزام بكون المبيع ذا وصف كذائي لكن اي اثر يترتب على هذا الالتزام عند التخلف غير الخيار.

«قوله قدس سره : ولا تنافي بين ان يقدم على اشتراء العين بانياً على وجود تلك الاوصاف وبين الالتزام بعدم الفسخ» الخ

تارة يكون الخيار مجعولاً غاية الامر قد اشترط على ذي الخيار ان لايفسخ واخرى لايكون له الخيار اما مع عدم جعل الخيار فلامعنى لاشتراط عدم الفسخ اذ ليس له خيار كي يفسخ او لايفسخ.

وأما مع جعل الخيار فالظاهر عدم صحة اشتراط عدم الفسخ اذ يلزم الخلف فان صحة الشرط المذكور يتوقف على صحة العقد والحال ان صحة العقد تتوقف على جواز الفسخ ولعله يشير بامره بالتأمل الى ما ذكرنا.

الا ان يقال ان جواز الشرط يتوقف على صحة العقد وصحة العقد تتوقف على جواز الفسخ وضعياً لاتكليفياً ولكن كيف يمكن الالتزام بالصحة بهذا النحو فان مرجعه الى الخلف اذ ارتفاع الخطر بالقدرة على الفسخ والحال انه ملزم بعدم الفسخ فلاحظ.

مضافاً الى أن صحة الشرط لا تتوقف على صحة العقد ولذا نرى ان الشرط في ضمن العقد الفاسد صحيح لاطلاق قوله عليه السلام

المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم لكن صحة الشرط بلا صحة العقد امرغير معقول اذ مع عدم صحةالعقد لاموضوع للفسخ وعدمه.

«قوله قدس سره : وكيف كان فلا ارى اشكالاً في اشتراط سقوط خيار الغبن» الخ

كيف لايرى الاشكال والحال ان قوام عدم الغرر وعدم الخطر بوجود الخياررومع عدمه يكون العقد غررياً والغرر يبطل العقد كما هو المفروض عندهم.

والذي يختلج بالبال في هذه العجالة ان الفسخ لو لم يكن جايزاً تكليفاً يصدق انالعقد غرري فيكون باطلاً ومع بطلان العقد لايبقى مجال للفسخ فالشرط باطل.

ولما انجر الكلام الى هنانبه بنكتة دقيقة مهمة وهي ان الشرط لو كان جايزاً شرعاً يكون نافذاً ولو مع كون العقد فاسداً كما لو باع زيد من عمرو مقداراً منالخمر واشترط عليه ان يزور الحسين عليه السلام في يوم الجمعة فان العقد باطل كما هو ظاهر ولكن الشرط صحيح وواجب الوفاء ولا تنافي بين الامرين فان مفهوم الشرط اذا صدق كما هو المفروض يكون نافذاً ولا تلازم بين الامرين بل نقول الشرط الابتدائي جايز ونافذ كما لوقال ان كانت هذه الليلة ليلة الجمعة فانا ازور الحسين عليه السلام اذ يصدقعلى الالتزام المذكور عنوان الشرط ومن ناحية اخرى الشرط نافذ فشرطهزيارة الحسين صحيحونافذواجبالوفاء بمقتضى دليلوجوب العمل بالشرط فلاحظ واغتنم لكن اطلاق الشرط الابتدائي على الشرط مسامحي فان مفهوم الشرط لا يتحقق الا بالارتباط.

«قوله قدس سره : الثالث تصرف المغبون» الخ

الماتن جعل المسقط الثالث لخيار الغبن تصرف المغبون في العين بعد علمه بالغبن والمسقط الرابع تصرفه فيها قبل العلم به والذي تقتضيه القاعدة ان التصرف تارة يراد به اسقاط الخيار ويكون بحسب الفهم العرفي ان المتصرف اسقط خياره بالتصرف وأبرزه به.

واخرى لا يقصد به الاسقاط أما على الاول فلا اشكال فيه اذ المفروض ان خيار الغبن حقي وقابل للاسقاط ولا فرق في اسقاطه بين ابرازه بالقول والفعل واما اذا لم يقصد به الاسقاط فلا وجه لسقوط الخيار بالتصرف لا من باب استصحاب الخيار كي يقال الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي يعارضه استصحاب عدم الجعل الزائد بل لان الخيار بلحاظ الشرط الضمني ومقتضاه البقاء الى ان يسقطه ذو الخيار فمادام لم يسقطه يكون باقياً بلا فرق بين ان يكون قبل العلم بالغبن وبعده وما ورد في خيار الحيوان من السقوط بالتصرف حكم خاص في مورده المخصوص ولا وجه للتعدي وتقدم منا انه لا مقتضي للتعدي عن مورده.

«قوله قدس سره : ويدل عليه ما دل على سقوط خياري المجلس والشرط»

ليس عليه دليل معتبر والكلام فيهما هو الكلام في المقام بلافرق.

«قوله قدس سره : وهو اطلاق بعض معاقد الاجماع»

قد ذكرنا مراراً انه لا اعتبار بالاجماع.

«قوله قدس سره : فتأمل»

لعله يشير بالامر بالتأمل الى ان الاجماع قائم على الخيار بهذا المقدار اي لا اجماع بعد التصرف ولا مجال للاستصحاب فان المحكم عموم دليل اللزوم.

«قوله قدس سره : الرجوع الى اصالة بقاء الخيار»

الظاهر انه ان كان مراده من الاصل القاعدة فالامر كما افاده فان القاعدة تقتضي بقائه كما سبق منا واما ان كان مراده استصحاب الخيار فيرد عليه ان الاستصحاب في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد.

«قوله قدس سره: الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفاً مخرجاً عن الملك على وجه اللزوم كالبيع والعتق» الخ

ما يمكن ان يذكر في تقريب المدعى المذكور وجوه. الوجه الاول: الاجماع وفيه من الاشكال الايراد الساري في جميع الاجماعات المنقولة.

الوجه الثاني: ان المدرك لخيار الغبن قاعدة لاضرر والمفروض ان المغبون بنفسه اخرج العين عن ملكه واقدم على الضرر.

وفيه اولاً ان التصرف قبل العلم بالغبن لا يكون اقداماً على الضرر.

وثانياً ان اخراج العين ليس اقداماً على الضرر ولا تنافي بين الاخراج والاخذ بالخيار.

وثالثاً ان دليل خيار الغبن عندنا الاشتراط الضمني لادليل نفي الضرر ومن الظاهر ان اخراج العين لا يوجب انتفاء الخيار اذ

الخيار يتعلق بالعقد لا بالعين فلاحظ.

الوجه الثالث ان الغابن يتضرر باخذ البدل فلايجوز الفسخ ويرد عليه اولاً ان الغابن لا يتضرر اذ بعد عدم امكان رد العين ان كانت العين مثلية يأخذ مثلها وان كانت قيمية يأخذ قيمتها فلاضرر عليه.

وثانياً ان الدليل المذكور على فرض تماميته اخص من المدعى اذ ربما يمكن رد نفس العين بانتقالها بالارث أو بالهبة أو بالاشتراء أو بغيرها.

وثالثاً ان ضرره يعارض بضرر المشتري وبعد التعارض تصل النوبة الى الاخذ بالشرط الارتكازي المقتضي للخيار.

ورابعاً انا ذكرنا في محله ان مفاد القاعدة النهي لا النفي.

الوجه الرابع: انه لا يمكن التراد فلا خيار وفيه اولاً انه اخص من المدعى اذ ربما يمكن وثانياً ان موضوع الخيار العقد لا العين فالنتيجة انه لا دليل على كون التصرف المعدم للعين حقيقة أوحكماً موجباً لسقوط الخيار نعم اذا كان دالاً على الاسقاط فلا اشكال في السقوط بلا فرق بين كون التصرف قبل العلم بالغبن أو بعده.

وقال سيدنا الاستاد في منهاجه في بحث خيار الغبن نعم اذا لم يدل على ذلك كما هو الغالب في التصرف حال الجهل بالغبن فلا يسقط الخيار به.

ثم ان الشيخ قدس سره تعرض لفروع متفرعة على سقوط الخيار بالتصرف وعلى ما ذكرنا من عدم السقوط بالتصرف لا مجال لعنوان الفروع المذكورة في كلامه ولكن مع ذلك نتعرض لتلك الفروع المشار اليها تبعاً للشيخ قدس سره.

الفرع الاول: انه لا فرق في الحكم المذكور بين المشتري وبين

البايع فكما ان تصرف المشتري يوجب السقوط كذلك يسقط بتصرف البايع المغبون في الثمن وان لم نقل بالسقوط كما لم نقل به لا يسقط خيار البايع المغبون.

ويمكن ان يقال لابد من التفصيل بان نقول لوكان المدرك للسقوط الاجماع يختص الحكم بالمشتري لعدم تحقق الاجماع بالنسبة الى البايع وأما ان كان المدرك للسقوط عدم امكان التراد فالميزان للسقوط وعدمه امكانه وعدم امكانه.

الفرع الثاني: انه لا فرق في الحكم المذكور بين كون التصرف موجباً لتلف العين تكويناً وبين النقل اللازم أو الجايز وبين كون التصرف موجباً لعدم جواز نقل العين عن ملك المالك الى ملك الغير كالاستيلاد.

ويمكن ان يفصل في الحكم المذكور بان نقول ان كان المدرك للحكم الاجماع فلابد من الاقتصار على القدر المتيقن منه وان كان المدرك عدم امكان التراد فلابد من التفصيل بين الموارد من هذه الجهة.

الفرع الثالث: انه لو فرض انتقال العين الى المشتري بسبب من الاسباب أو ارتفع المانع عن النقل كما لو مات ولد ام الولد فهل يجوز الفسخ أم لا؟ ففي جواز الفسخ لامكان الرد وعدم جوازه لاستقرار البيع وجهان فعلى الاول يجوز الفسخ وعلى الثاني لايجوز وربما يقال ان القول بالجواز وعدمه يدوران مدار القول بان الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد فعلى الاول يجوز وعلى الثاني لايجوز.

وقال الايرواني قدس سره ان البناء المذكور في غاية السخافة ولم يذكر وجه السخافة.

والذي يختلج بالبال ان يقال ان المانع عن الفسخ ان كان عدم امكان التراد يكون الفسخ جايزاً اذ المفروض جواز الرد وأما البناء المذكور كمافي عبارة الايرواني فسخيف وذلك لانه لم يرد هذه القاعدة في آية أو رواية فلابد من السلوك على طبق القاعدة وهو ما ذكرنا.

هذا على تقدير السقوط بالتصرف واما على مسلكنا وهو المسلك الحق فلا وجه للبيان المذكور.

الفرع الرابع انه هل تلحق الاجازة بالبيع في تأثيرها في سقوط الخيار أم لا يظهر من كلام الشيخ قدس سره كونه ذا وجهين فمن ناحية ان البيع يمنع عن الرد والاجازة كذلك فيسقط الخيار ومن ناحية اخرى ان موضوع الاسقاط التصرف المخرج والاجازة لا تكون تصرفاً مخرجاً بل امضاء للتصرف الفضولي.

والحق ان يقال تارة نقول لابد من الاقتصار على المتيقن من مورد الاجماع فلابد من الالتزام بعدم السقوط لعدم الدليل على السقوط واخرى نقول الملاك للسقوط عدم امكان التراد فلا وجه للتفصيل بين البيع والاجازة مضافاً الى ان الاجازة على جميع المسالك نقل من المجيز فتكون من مصاديق النقل نعم على القول بالكشف الحقيقي لا تكون الاجازة ناقلة بل كاشفة لكن القول بالكشف الحقيقي باطل من أصله ولا دليل عليه.

بالاضافة الى ان النقل تحقق بفعل الفضولي فعلى ذلك المسلك فالموضوع للسقوط تحقق من ذلك الزمان.

الفرع الخامس: ان المغبون لو آجر مورد المعاملة وبعد انقضاء الاجارة علم بالغبن يمكنه الفسخ ولا يسقط خياره اذ يمكنه الرد ويلحق به في الحكم ما لو يعلم بالغبن حتى انفسخ البيع الثاني فانه

يمكن الرد فلا مانع منه ولا يخفى انه يختلف الحكم باختلاف المدرك كما لا يخفى على الخبير.

الفرع السادس: انه لو امتزج المبيع بغيره فهل يوجب سقوط الخيار أم لا؟ فنقول تارة يوجب الامتزاج عدم الميز واخرى لا يوجبه وثالثة يوجب انعدام احد الامرين كما لو امتزج مقدار من ماء الورد في الدبس واستهلك فيه.

أما على الاول والثالث فيسقط الخيار اذ المفروض عدم امكان الرد اما لحصول الاشتراك واما لانعدام العين وأما على الثاني فلا وجه للسقوط لامكان الرد.

الفرع السابع: انه لو تغيرت العين بالنقيصة يسقط الخيار لعدم امكان الرد واما لو تغيرت بالزيادة فاما تكون الزيادة عينية واما تكون حكمية واما تكون عينية وحكمية أما على الاول والاخير فيسقط الخيار لعدم امكان الرد واما على الوسط فلا يسقط لامكان الرد الا ان يقال انها توجب الشركة في المالية فلا يمكن الرد ولعل امره بالتأمل اشارة الى هذه الجهة.

وهذا التفصيل أي التفصيل بين النقيصة والزيادة انما يتم على مسلكنا حيث نرى ان بيع العين الواحدة بيع واحد وأما على المسلك الاخر وهو انحلال البيع وان كل جزء من المبيع له بيع فلا بد من الالتزام ببقاء الخيار في صورة النقصان لبقاء الموضوع وامكان تراده فبقاء الخيار على القاعدة.

ولما انجر الكلام الى هنا نشير الى نكتة وهي ان الزيادة الحكمية كخياطة الثوب وصبغ القميص هل توجب الشركة في المالية أم لا؟ والذي يختلج بالبال في هذه العجالة انه لولا الدليل الخارجي الدال

على الشركة في المالية لا يكون الالتزام بالشركة فيها وجيهاً اذ القاعدة الاولية لاتقتضي الشركة وفي مقام الاستبعاد وكونها على خلاف المرتكز العقلائي ذكرنا انه لو اكل عبد زيد طعام بكر غصباً وعدواناً وصار قوياً وسميناً فهل يمكن ان يقال ان بكراً يصير شريكاً مع زيد في مالية العبد لتحقق الشركة بالتقوي والسمن ولعله يضحك الثكلى فالحق في مثل هذه الموارد تحقق الضمان بالاتلاف.

وصفوة القول ان الشركة في المالية تحتاج الى الدليل كمالعله قام في باب الزكاة في بعض اقسامها فلاحظ.

الفرع الثامن انه لو تصرف الغابن في العين التي انتقلت اليه فلاوجه لسقوط خيار المغبون بتصرفه اذالمسقط تصرف ذي الخيار فخيار المغبون باق بحاله وعليه لو فسخ العقد ووجد العين خارجة عن ملك الغابن بالعقداللازم فربمايقال بان المغبون يمكنه فسخ العقد الصادر من الغابن وابطاله من أصله لان العين متعلقة لحق المغبون كحق الارتهان فله ابطاله.

وربما يقال له ابطاله من الحين اذ الحق يثبت من حين ظهور الغبن فلاوجه للابطال من الاصل وربما يقال لا هذا ولا ذاك بل يفسخ العقد وحيث لا يمكنه اخذ العين لتلفها الحكمي تصل النوبة الى البدل.

وهذا هو الاقوى والوجه فيه ان الخيار متعلق بالعقد والعين كانت مملوكة لمالكها ولم يكن فيها حق لاحد فماصدر عنه صدر عن أهله ووقع في محله ولامقتضي لابطال ما صدر عنه ولكن حيث ان الخيار باق فللمغبون فسخ العقد الواقع بينه بين الغابن والغابن يرجع البدل الى المغبون هذا فيما يكون العقد الصادر عن الغابن لازماً.

وأما ان كان جايزاً فربما يقال بوجوب فسخ الغابن ورد العين الى المغبون ومع امتناعه يتصدي الحاكم ومع عدم امكانه يتصدى المغبون بنفسه.

وفيه انه بعد الفسخ يملك البدل ومع دخول البدل في ملكه بالفسخ لا مقتضي ولا موجب لفسخ العقد الصادر عن الغابن.

وان شئت قلت ان المغبون بالفسخ اما يملك نفس العين واما يملك بدلها اما على الاول فلا موضوع للفسخ ثانياً فانه تحصيل للحاصل واما على الثاني فلا موجب للتبديل.

ان قلت: لا منافاة بين الامرين فان تملكه للبدل من باب بدل الحيلولة قلت بدل الحيلولة انما يتصور فيما تكون العين باقية في ملكه والمفروض ان العين قد خرجت عن ملكه بالعقد الاول ودخلت في ملك الغابن ثم خرجت بالعقد الثاني عن ملك الغابن ودخلت في ملك الطرف المقابل مضافاً الى ان الالتزام ببدل الحيلولة لا اساس له.

ثم انه لو قلنا بعدم وجوب الفسخ لو انتقلت العين الى الغابن فهل يملك المغبون بالفسخ نفس العين ام لا؟ أفاد الشيخ قدس سره بانه تارة يكون نقلها الى الغابن بالفسخ واخرى يكون بعقد جديد وعلى الاول اما يكون فسخه قبل فسخ المغبون أو بعده فان كان الانتقال بناقل جديد فلا مقتضى لتملكها اذ المفروض ان المغبون كان مالكا للعين بالسبب السابق والغابن ملكه بسبب جديد فلا وجه لخروجها عن ملكه.

وان انتقلت اليه بالفسخ بعد فسخ المغبون فايضاً لا وجه لانتقالها اليه بعد صيرورة البدل مملوكاً له واما اذا كان فسخه قبل فسخ المغبون يصير المغبون مالكاً لها بالفسخ والحق ان يقال انه يجب

عليه رد العين على جميع الصور فان القاعدة تقتضي ضمان نفس العين وعلى تقدير تعذره تصل النوبة الى المثل ثم الى القيمة ولذا ذكرنا في باب الضمان ان الميزان قيمة يوم الدفع لثبوت العين في الذمة نعم في باب الغصب التزمنا بضمان قيمة يوم الغصب بلحاظ صحيح أبي ولاد الدال على المدعى حيث قال عليه السلام قيمة بغل يوم خالفته.

الفرع التاسع: انه لو تصرف الغابن في العين تصرفاً مغيراً لها فاما يكون بالنقيصة واما بالزيادة واما بالامتزاج فهنا صور.

الصورة الاولى: ما لو كان التغير بالنقيصة وكان النقصان موجباً للارش فاذا فسخ المغبون يأخذ العين مع ارش العيب اذ الفسخ يوجب انحلال العقد ورجوع العين الى مالكها الاول وقد فرض انها معيوبة بعيب موجب للارش وايضاً انها مضمونة ولم تؤخذ مجاناً فلابد من ردها مع الارش بعد اخذ عوضها المسمى بعد الفسخ كما هو المفروض.

الصورة الثانية: ما لو تغيرت العين بالنقيصة بأن تلف جزء منها وفي هذه الصورة يلزم تداركه بالعوض كما هو المقرر في باب الضمان فلو اشترى مناً من الحنطة ونقصت الحنطة بمقدار نصف المن ثم فسخ المشتري العقد بخيار الغبن يجب عليه رد عوض النصف التالف.

الصورة الثالثة: مالم يوجب التغير شيئاً فانه يرد العين بلاضميمة وهل يلحق بهذه الصورة لو استأجر الغابن العين مدة والمغبون بعد الفسخ وجدها مسلوبة المنفعة مدة.

ربما يقال كما في عبارة الشيخ انه لا شيء على الغابن ولكن لايمكن الالتزام به فان المفروض ان العقد انفسخ باعمال الخيار ولازمه رجوع العين بجميع خصوصياتها الى المغبون وحيث انه لا يمكن فعلى الغابن رد مابه التفاوت بين كون العين مستأجرة في المدة المفروضة وعدمها ولا مناص عنه والا يلزم ان يكون المغبون خاسراً أو لم يأخذ شيئاً ولو مع فرض كون مدة الاجارة خمسين سنة وهل يمكن الالتزام به؟ كلا ثم كلا.

الصورة الرابعة: مالو كان التصرف موجباً للزيادة الحكمية ولكن بحيث لا تكون تلك الزيادة موجبة لتفاوت القيمة وفي هذه الصورة ليس للغابن في مقابل تلك الزيادة شيء لعدم المقتضي.

الصورة الخامسة: ما لو زيدت زيادة حكمية وزادت قيمة العين بتلك الزيادة لكن كانت الزيادة بفعل غير الغابن كما لو كانت العصى عوجاء فاعتدلت بواسطة الهواء فايضاً لا يجب على المغبون شيء لعدم المقتضي.

الصورة السادسة: ما لو زيدت زيادة حكمية موجبة لازدياد القيمة وكانت الزيادة بفعل الغابن وفي هذا الفرض تارة يكون التغير موجباً لانعدام الصورة النوعية الاولية وحصول الصورة النوعية الثانوية كما لو صار البيض دجاجاً واخرى يكون موجباً لتغير صفة من صفاته اما على الاول فتصل النوبة الى اخذ القيمة فان المبيع انعدم اذ المفروض ان العقد وقع على البيض والان صار دجاجاً فما وقع عليه العقد صار معدوباً والموجود الان غيره.

وأما على الثاني فربما يقال بحصول الشركة في المالية ولامدرك

لها والذي يمكن ان يقال في توجيههما أمران. احدهما انهابفعل الغابن وعمله محترم.

ثانيهما ان الزيادة مملوكة له فتوجب الشركة وكلا الوجهين مخدوشان اما الاول فلانه عمل في مملوكه وعمله فيمملوكه بارادته لا احترام له واما الثاني فلان المملوك هي العين والمالية صفة للعين ولا تكون مملوكة فالحق انه لا وجه للشركة في المالية وقد افتى سيدنا الاستاد في منهاجه في بحث خيار الغبن بعدم الشركة في المالية.

ان قلت ان الغابن يتضرر والضرر منفي في الشريعة قلت يرد عليه اولاً ان دليل لا ضرر دليل على الحكم التكليفي فلا يرتبط باثبات الخيار ونفيه.

وثانياً انه لو منع عن الخيار يتضرر المشتري وبعد التعارض والتساقط تصل النوبة الى الاخذ بدليل الخيار.

الصورة السابعة: ان تكون الزيادة عيناً محضا كالغرس فالاقوال فيها مختلفة القول الاول: ان المغبون مسلط على القلع بلا ارش بتقريب ان الارض مملوكة للمغبون ولاحق للغابن الغارس فيها فللمغبون قلعه ولا مقتضي لان يدفع الارش بل يمكن أن يقال انه لو احتاجت الارض بعد القلع الى الترميم يجب على الغابن ترميمها.

القول الثاني انه لاحق له في قلع الغرس مطلقا اى لامع الارش ولابدونه كما أن الامر كذلك لو رجع البايع في الارض المغروسة بعد صيرورة المشتري مفلساً بتقريب ان مال المشتري مال مغايرمع المقلوع عرفاً وليس كالمتاع الموضوع في بيت بحيث يكونتفاوت القيمة باعتبار المكان.

مضافاً الى مفهوم قوله صلى الله عليه وآله ليس لعرق ظالم حق اذ المفروض ان الغرس عن حق.

القول الثالث ان للمغبون قلع الغرس مع الارش بتقريب انه ليس للغارس اشغال مملوك الغير والمفروض ان الارض مملوكة للمغبون بعد الفسخ ولكن الغارس يكون له المغروس المنصوب اى بهذه الصفة فله الارش فليس للغابن ابقاء الغرس في الارض لان الارض مملوكة للغير كما انه ليس للمغبون قلع الغرس بلا دفع الارش فان المفروض انه مالك للغرس المنصوب.

ان قلت اي فرق بين المقام وبين مالو باع ارضاً والمشتري غرس فيها ثم صار مفلساً والبايع فسخ العقد بخيار التفليس ولا يجوزله قلع الغرس لا مع الارش ولا بلا ارش ذهب اليه الاكثر.

قلت: الفارق بين المقامين انه في مورد خيار الغبن يكون العقد متزلزلاً من اول الامر فحق الخيار يقدم على حق الغرس واما في خيار التحجير فقد حدث بعد الحجر فالغرس وقع قبل ثبوت التزلزل فيكون مثل ما يشتري الارض المغروسة فانه لا اشكال في عدم جواز قلع الغرس.

اذا عرفت ما تقدم نقول الحق هو القول الاول اذ المفروض ان الارض مملوكة لمالكها فكما ان احداث الغرس في الارض المملوكة يتوقف على اجازة مالك الارض كذلك ابقائها يحتاج اليها ولا فرق بين المقام وبين مورد خيار التحجير فان اثبات الحق للابقاء حتى مع الارش يحتاج الى الدليل بل الدليل قائم على عدم حق الابقاء وايضاً قائم على عدم وجوب الارش وهو الاستصحاب فان مقتضاه عدم تحقق الضمان كما ان مقتضى اصالة الاباحة عدم حرمة الافراغ

والتفريق بين خيار التحجير وخيار الغبن لاوجه له فان المناط والمعيار تزاحم الحقين في زمان واحد واما تقدم سبب احدهماعلى السبب الاخر زماناً فلا اعتبار به فلاحظ.

الفرع العاشر: انه لو قلنا بجواز القلع مع الارش أو مطلقا فهل للمغبون وجوب الرجوع الى المالك اولاً ومع امتناعه الى الحاكم ثانياً ومع تعذره يتصدي بنفسه ام يجوز التصدي بنفسه من اول الامر؟ الظاهر انه ليس له التصدي ابتداءاً اذ المفروض ان الغرس لمالكه واختياره بيده ولا يجوز التصرف في ماله الا باذنه فيلزم مراجعته ثم التصدي بنفسه فاذا تصدى بلا مراجعته وتلف يضمن القالع لان يده يد عدوان ولا فرق بين المقام وبين دخول اغصان شجر الجار الى دار جاره فانه يجب على المالك الاخراج والتفريق بين الموردين بان دخول الاغصان بدون اختيار المالك غير فارق بين الموردين لان حدوثه وان لم يكن باختياره ولكن بقائه في ملك الغير باختياره.

الفرع الحادى عشر: انه لو اختار الغابن الابقاء فلابد من المراضاة مع المالك والتوافق على الاجرة المسماة اذ المفروض ان الارض مملوكة للمغبون وهو مسلط على ملكه فلابد من الموافقة معه ولا مجال لان يقال كما في عبارة الشيخ ان حق المغبون مقدم على الغرس فانه لا يرجع الى محصل بل الميزان ماذكرنا من كونها مملوكة له ولا يجوز التصرف في ملك احد لا حدوثاً ولا بقاءاً.

وبعبارة واضحة لا مجال لان يستدل على المدعى بالتقريب المذكور في عبارة الشيخ فان خيار المغبون متعلق بالعقد ولا اثر لتقدمه زماناً وتأخره والعمدة ان الارض بعد الانفساخ ترجع الى

المغبون واختيارها بيده هذا في الغرس.

وأما في الزرع فربما يقال بان له الابقاء مع الاجرة وليس لصاحب الارض منعه بتقريب ان مدة اشغال الزرع للارض قصيرة فلا يتضرر لا الغابن ولا المغبون بخلاف الغرس فلابد من التفريق بين الغرس والزرع.

ويرد عليه انه لا فرق بين الموردين والدليل ليس قاعدة نفي الضرر حتى يقرب الاستدلال بالنحوالمذكور مضافاً الى ان الضرر مرتفع في المدة الطويلة بتأدية الاجرة الزائدة فلا وجه للتفريق ولعله قدس سره اشار الى ما ذكرناه بقوله فتأمل.

الفرع الثاني عشر: انه لو طلب الغابن قلع غرسه فهل للمغبون منعه الظاهر انه ليس له حق المنع اذ كما يكون المالك مسلطاً على طلب قلع الغرس وافراغ الارض من المغروس كذلك لمالك الغرس قلع مملوكه وعدم ابقائه في تلك الارض نعم عليه طم الارض.

الفرع الثالث عشر: ان التغير لوكان بالامتزاج فيتصور فيه اقسام القسم الاول: ان ينعدم احدهما في الاخر كما لوامتزج مقدار من ماء الورد مع الماء أو مع النفط فلو انفسخ العقد لابد من دفع العوض من المثل أو القيمة اذ المفروض صيرورة العين تالفة بالامتزاج.

القسم الثاني ان لا ينعدم بالامتزاج وكان امتزاجه بغير الجنس وصار المجموع طبيعة ثالثة كما لو امتزج الانجبين مع الخل وصار حقيقة اخرى فايضاً تصل النوبة الى البدل من المثل أو القيمة فان العين تغيرت والصورة الاولية صارت معدومة والمادة تصورت

بصورة اخرى وبعبارة اخرى المبيع الخل أو الانجبين ولا وجود له في الخارج بل هو منعدم والموجود صورة أخرى.

القسم الثالث أن يمتزج بالجنس كالسمن مع السمن والحق أن يقال لا وجه للشركة اذ المفروض ان العين امتزجت بغيرها وغير قابلة لرجوعها الى مالكها الاول وتحقق الشركة بلا وجه اذ الشركة تتوقف على امتزاج مملوكين والحال ان الملكية تتوقف على الشركة وهذا دور فالنتيجة وصول النوبة الى دفع البدل من المثل أو القيمة بلا فرق بين كون الامتزاج بالاردء أو بالافضل أو بالمساوي اذ لا مقتضي للتفريق بين الاقسام هذا كله على فرض الالتزام بعدم تحقق الشركة بالامتزاج.

وأما ان قلنا بتحقق الشركة بالامتزاج فان كان الامتزاج بالمساوي فالامر ظاهر ولا اشكال فيه وان كان بالاردى فافاد الشيخ قدس سره ان فيه وجوهاً من استحقاق الارش للنقص الحاصل فيه وتفاوت الردائة من الجنس أو من ثمنه.

والذي يختلج بالبال هو الوجه الاول اذ بالامتزاج يحصل النقص في القيمة فتصل النوبة الى الارش اي ارش العيب.

وبعبارة اخرى لا مقتضي للوجه الثالث والثاني وببيان واضح ان الامتزاج بالاردء اما يوجب النقص في القيمة واما لا يوجب أما على التقدير الثاني فلا وجه للتفريق بل مقتضى القاعدة التساوي بين المالكين في الملكية المشاعة وأما على التقدير الاول فيلزم الارش واما ان كان الامتزاج بالاعلى فتردد الشيخ قدس سره بين أن تكون الشركة في الثمن بان يباع ويعطى من الثمن بالنسبة وبين الشركة في العين بنسبة الثمن.

والحق هو الاحتمال الثاني فانه مقتضى القاعدة الاولية بحسب الارتكاز العقلائي وأما الاحتمال الاول فلا وجه له ظاهراً ولا مقتضي له.

مضافاً الى أنا نسئل القائل به انه قبل البيع هذه العين المشار اليها هل تكون مملوكة لاحدهما أو لكليهما أو لثالث اما الاول والثالث فباطل بالضرورة وأما الثاني فيتوجه السؤال بانه باي نحو تكون مشتركة بينهما.

ان قلت: عليه يلزم الربا وعلى القول بحرمته في جميع المعاوضات يشمل المقام ايضاً فما الحيلة وما الوسيلة.

قلت: يرد عليه اولاً ان الربا يختص بالبيع ولا وجه للالتزام به في غيره وثانياً ان مقامنا خارج عن عنوان المعاوضة فان حصول الشركة بالامتزاج لا يكون معاوضة فيكون المقام خارجاً موضوعاً فلاحظ.

ثم ان الشيخ قدس سره تعرض لتلف العوضين وللفروع المتفرعة عليه الفرع الاول لو تلفت العين عند المغبون باتلاف متلف وقبل ان يأخذ العوض من المتلف فسخ العقد فهل يرجع الغابن الى المتلف كما في عبارة الشيخ ام لا؟

الحق هو الثاني اذ المفروض ان العقد ينفسخ بالفسخ من الحين وكانت العين مملوكة للمغبون فالمتلف ضامن للمغبون ولا وجه لرجوع الغابن اليه اللهم الا ان يقال ان المقام من صغريات تعاقب الايدي ومقتضى القاعدة ان يكون الغابن ذاحق في الرجوع الى كل من المغبون والمتلف.

وان شئت قلت ان المتلف باتلافه يصير ضامناً للمغبون وبعد

انفساخ العقد يصير الغابن مالكاً للجامع بين ذمة المغبون والمتلف.

ومقتضى القاعدة الاولية ان الميزان بقيمة يوم الاداء فاناذكرنا في محله ان العين بعينها في الذمة فلابد من ملاحظة قيمة يوم الاداء نعم بمقتضى حديث ابي ولاد نلتزم ان التلف اذا كان في يد الغاصب يكون المناط قيمة يوم الغصب ففي المقام اذا فرض ان التلف صار بالاتلاف العدواني يكون الميزان هو الميزان والا يكون المناط يوم الاداء كما في جميع الموارد.

الفرع الثاني انه لو تلف ما في يد المغبون باتلافه أو بآفة سماوية وبعد التلف فسخ العقد رجع الى الغابن بالثمن ان كان باقياً ويأخذ بدله ان كان تالفاً ويرد عليه عوض التالف المثل أو القيمة والميزان قيمة يوم الاداء كما مر.

الفرع الثالث انه ان تلف ما في يد المغبون باتلاف الغابن فان لم يفسخ يأخذ المغبون بدله منه واما مع الفسخ فتارة بعد ابرائه واخرى لا كذلك فان كان الفسخ بعد ابرائه من الضمان يأخذ منه الثمن ويرد عليه قيمة المبيع فان الابراء بمنزلة القبض فكانه اخذ منه العوض وان كان بلا ابراء منه يأخذ الثمن منه ولاشيء عليه اذ المفروض ان الغابن كان متلفاً ومما ذكرنا في حكم تلف ما في يد المغبون يعلم حكم الاقسام المتصورة المتعلقة بما في يد الغابن.

«قوله قدس سره: مسئلة الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضة».

قد وقع الخلاف بينهم في ثبوت خيار الغبن في غير البيع من

المعاوضات والمعاقدات فبعضهم فصل بين كون المقصود المعاوضة وعدمه فالتزم بالثبوت في الاول دون الثاني.

ويظهر من بعضهم ثبوته في كل عقد يجري فيه الغبن بدعوى ان الدليل على الخيار قاعدة لا ضرر والقاعدة تعم جميع العقود والحق في المقام على ما يختلج بالبال أن يقال ان دليل خيار الغبن ليس هو الاجماع كما مر وتقدم فانه محتمل المدرك لولم يكن مقطوعاً به كما انه ليس المدرك حديث لا ضرر فانا ذكرنا مراراً ان حديث لا ضرر لا يدل على النفي بل يدل على النهي.

مضافاً الى ان شأن الحديث ليس الاثبات بل شأنه النفي اضف الى ذلك ان الضرر انما يتوجه باصل العقد لا بلزومه فيلزم البطلان من أصله بل المدرك للخيار عبارة عن الشرط الارتكازي الضمني ففي كل مورد احرز الارتكاز المزبور يلتزم بالخيار والا فلا و مع الشك لا يمكن الاخذ بالدليل في الشبهة المصداقية كما هو المقرر عند القوم ولذا لوكان بناء العقد على المسامحة وعدم المماسكة لا يجري فيه.

وبعبارة واضحة المدرك لخيار الغبن دليل الشرط لكن الاشكال في ان دليل الشرط ليس مشرعاً فلابد من احراز جواز الاشتراط في الرتبة السابقة والا فلو شك في جوازه وعدمه لا يمكن الاخذ بدليل الاشتراط لعدم جواز الاخذ بالدليل في الشبهة المصداقية بل يمكن احراز عدم جوازه بالاصل فان الاستصحاب يقتضي عدم الجواز فان الجواز في المقام وضعي لا تكليفي كي يقال ان البرائة تقتضي الجواز والجواز الوضعي محكوم بالعدم ففي كل مورد احرز ولو بالسيرة جواز جعل الخيار كما هو كذلك في الاجارة والصلح

فهو والا فلا يجوز فتحصل ان خيار الغبن لا يجري الا في البيع والاجارة والصلح وأما في غيرها من العقود فلا دليل عليه.

«قوله قدس سره: مسئلة اختلف اصحابنا في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي على قولين» الخ

يقع الكلام في المقام في جهات الجهة الاولى: في انه لولم يكن دليل لا على الفور ولا على التراخي فهل القاعدة الاولية تقتضي الفورية وعدم تأثير الفسخ بعد الزمان الاول أو تقتضي التراخي وبقاء الخيار.

الظاهر ان القاعدة تقتضي الفور وذلك لان الملكية المستمرة تحققت بالبيع وتأثير الفسخ بعد مضي أول زمان الخيار محل الكلام ومشكوك فيه والاصل عدم جعل الشارع هذا الحق لاحد الطرفين أي حق الفسخ.

وببيان واضح ان الشك في تأثير الفسخ ناش عن الشك في ثبوت الحق وعدمه وقد قرر في محله ان الاصل الجاري في السبب حاكم على الاصل الجاري في المسبب بل دليل وجوب الوفاء بالعقود أي مفاد الاية الشريفة يقتضي اللزوم فان كل عقد لازم الوفاء الا ما خرج بالدليل.

الجهة الثانية في انه هل تستفاد الفورية أو الاستمرار من الدليل الذي يدل على الخيار أم لا؟

والحق أن يقال ان كان دليل الخيار الاجماع فلا يستفاد منه الاستمرار كما انه لا يستفاد منه الفورية بمعنى نفي الخيار بالنسبة الى ما بعد الزمان الاول بل المستفاد من الاجماع

ثبوت الخيار في الجملة بلا تعرض لما بعد الزمان الاول.

وأما ان كان المدرك للخيار قاعدة لا ضرر أو كان المدرك الاشتراط الارتكازي يكون الخيار باقياً ومتراخياً.

والوجه فيه ان الضرر على الفرض موجود فموضوع القاعدة متحقق وترتب الحكم على موضوعه على القاعدة فلا وجه للفورية فلا مجال لان يقال ان الموضوع غير محرز لاحتمال ان الموضوع عبارة عمّن لايتمكن من تدارك ضرره فاذا فرض تمكنه ولم يتدارك ينتفي الموضوع اذ لم يرد دليل لا ضرر بهذا العنوان بل نفي الضرر على نحو الاطلاق فالموضوع باق بحاله كما ان الامر كذلك لوكان المدرك الشرط الارتكازي فانالاقتصار على الزمان الاول بلا وجه.

الجهة الثالثة: في انه لو شك في بقاء الخيار وعدمه فهل القاعدة تقتضي الاخذ بعموم دليل اللزوم أو تقتضي جريان استصحاب الحكم المخصص.

يظهر من الشيخ قدس سره التفصيل بين ان يكون الزمان مفرداً ولكل زمان حكم مستقل في قبال فرد آخر من الزمان وبين كون الزمان ظرفاً لحكم مستمر.

وبعبارة اخرى فرق بين العام الاستغراقي والمجموعي فاختار الاخذ بعموم العام في الفرض الاول والاخذ باستصحاب الحكم الخارج في الفرض الثانى.

بتقريب انه لوكان على نحو العموم الاستغراقي لا يكون وجه لجريان الاستصحاب ولا مجال اذ المفروض ان العام اثبت الحكم لكل فرد وقد خرج منه فرد وبقي الباقي تحت العام واما اذا كان الزمان على نحو الظرفية يكون الحكم واحداً مستمراً فاذا خرج عن

تحت العموم لا دليل على دخوله بعد فالاستصحاب يجري في بقاء الحكم المخصص.

ويرد عليه انه لا فرق بين الموردين من هذه الجهة والمرجع عموم العام في كلا الموردين ولذا نرى ان الامر كذلك في نظائر المقام مثلاً اذا امر المولى بوجوب اكرام كل عالم بقوله اكرم العلماء ثم اخرج زيداً العالم من تحت العام وقال لا تكرم زيداً العالم لا اشكال في الاخذ بالعموم بالنسبة الى بقية العلماء في وجوب اكرامهم.

وقس عليه ما لو قال المولى اكرم هؤلاء العشرة على النحو المجموعي وبعد ذلك اخرج من العشرة واحداً لا اشكال في الاخذ بالدليل في وجوب اكرام الباقي من العشرة وقس على ذلك المقام مقامنا فان المولى تارة يلاحظ كل زمان مفرداً بحيث يكون لكل زمان حكم واخرى يلاحظ الزمان ظرفاً ويكون الحكم واحداً ولكن اذا اخرج عن الحكم الواحد ساعة يبقى الباقي تحت الدليل ولا فرق فيما ذكرنا بين ان يكون التخصيص من الاول أو الوسط فان الدليل قائم على الوجوب الا في قطعة من الزمان.

فتحصل ان المرجع عموم العام على كل تقدير ولاتصل النوبة الى الاستصحاب ولو سلمنا عدم جواز التمسك بالعموم فهل تصل النوبة الى استصحاب الحكم المخصص ام لا؟ الحق عدم وصول النوبة اليه اذ قد ثبت في محله عدم جريان الاستصحاب في الشبهة الحكمية ومعارضته مع استصحاب عدم الجعل الزائد وبعد المعارضة تكون النتيجة عدم الخيار.

ان قلت: بعد تعارض الاصلين في الخيار يقع التعارض بين الاصلين في أصل بقاء الملكية بتقريب انه بعد قطع اليد عن جريان الاصل في الخيار نشك في الملكية بعد الفسخ فيكون مقتضى الاصل بقائه ويعارضه استصحاب عدم الجعل الزائد وبعد التعارض والتساقط لا طريق الى احراز بقاء الملكية بعد الفسخ.

قلت: لا مجال لهذا التقريب اذ لا اشكال في ان الملكية مجعولة من قبل الشارع مستمراً اعم من ان يكون الخيار متحققاً أم لا وقد ذكرنا سابقاً ان الملكية في مورد الخيار لا تكون موقتة بان يقال الملكية مجعولة الى قول ذي الخيار فسخت وقلنا ما افاده سيدنا الاستاد في هذا المقام لا يرجع الى محصل فان الملكية كالزوجية الدائمة مجعولة غاية الامر اذا كان الخيار مجعولاً يمكن رفعها والافلا.

وان شئت قلت الفسخ في مورده عبارة عن الرفع لا غاية للمجعول وكم فرق بينهما ولعمري ما افدته دقيق وبالتأمل حقيق ولكن الاسف كل الاسف على قلة الشكور وقليل من عبادي الشكور وله الحمد والشكر.

«قوله قدس سره: الخامس خيار التأخير قال فى التذكره من باع شيئاً ولم يسلمه الى المشترى ولا قبض الثمن ولا شرط تأخيره ولو ساعة لزم البيع ثلاثة ايام فان جاء المشترى بالثمن فى هذه الثلاثة فهو احق بالعين وان مضت الثلاثة ولم يات بالثمن تخير البايع بين فسخ العقد والصبر» الخ.

وقال سيدنا الاستاد في منهاجه «اطلاق العقد يقتضي ان يكون تسليم كل من العوضين فعلياً فلو امتنع احد الطرفين عنه اجبر عليه

فان لم يسلم كان للطرف الاخر فسخ العقد بل لا يبعد جواز الفسخ عند الامتناع قبل الاجبار ولا يختص هذا الخيار بالبيع بل يجرى في كل معاوضة ويختص البيع بخيار وهو المسمى بخيار التأخير» الى آخر كلامه رفع في علو مقامه.

فقد تعرض قدس سره لثلاثة امور الاول ان اطلاق العقد يقتضى فورية الاقباض وان الامتناع من التسليم يقتضى الخيار والوجه فيه الاشتراط الارتكازى.

الثاني: عدم اختصاص الخيار المذكور بالبيع بل يجرى في كل معاوضة بتقريب ان الملاك في ثبوت الخيار الشرط الارتكازى وهو موجود في جميع المعاوضات ويرد عليه ان دليل الشرط لا يكون مشرعاً فلابد من احراز صحة الشرط في الرتبة السابقة ومقتضى الاصل عدمها.

الثالث ان البيع يختص بخيار التأخير بالنحو المذكور في عبارة الشيخ قدس سره وما يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجوه:

الوجه الاول الاجماع وحال الاجماع في الاشكال ظاهر.

الوجه الثاني قاعدة لا ضرر بتقريب ان التأخير وعدم جواز الفسخ ضرر على البايع فانه لا يجوز له التصرف في المبيع لكونه مال الغير وليس عنده الثمن فلابد من التمسك بقاعدة نفى الضرر.

ويرد عليه اولاً انا ذكرنا مراراً عدم دلالة القاعدة على النفى بل مفادها النهى وثانياً انه لاتدل على المدعى مع هذه الخصوصيات.

الوجه الثالث النصوص الخاصة فلابد من ملاحظة كل واحد منها، فنقول منها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول حتى آتيك

بثمنه قال ان جاء فيما بينه وبين ثلاثة ايام والا فلا بيع له[١].

ومنها مارواه عبدالرحمن بن الحجاج قال اشتريت محملاً فاعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه ثم احتسبت اياماً ثم جئت الى بائع المحمل لاخذه فقال قد بعته فضحكت ثم قلت لا والله لا أدعك أو أقاضيك فقال لي: ترضى بأبي بكر بن عياش قلت نعم فأتيته فقصصنا عليه قصتنا فقال ابو بكر بقول من تريد أن أقضي بينكما أبقول صاحبك أو غيره قال قلت بقول صاحبي قال سمعته يقول من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام والا فلا بيع له[٢].

ومنها ما عن علي بن يقطين انه سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولايقبضه صاحبه ولايقبض الثمن قال فان الاجل بينهما ثلاثة أيام فان قبض بيعه والا فلا بيع بينهما[٣].

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار عن عبدصالح عليه السلام قال من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء فلا بيع له[٤].

والاحتمالات المتصورة في هذه النصوص ثلاثة الاحتمال الاول ان يكون القبض شرطاً في صحة البيع فان لم يتحقق في الثلاثة يكون البيع باطلاً من اصله.

الاحتمال الثاني انه لو لم يتحقق القبض في الثلاثة يحصل للبايع الخيار وحق الفسخ كما هو المدعى في المقام.

---

(١) الوسائل الباب ٩ من ابواب الخيار الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

(٣) نفس المصدر الحديث ٣.

(٤) نفس المصدر الحديث ٤.

الاحتمال الثالث انه لو لم يتحقق القبض يبطل البيع من ذلك الحين لا من اصله اذا عرفت ما تقدم نقول اما الاحتمال الاول وهو بطلان البيع من اول الامر فهو خلاف الظاهر اذ لو كان البيع باطلاً من اول الامر كان التصرف في المبيع جايزاً للبايع اذ على هذا الفرض يكون المبيع مملوكاً والتصرف في الملك جايز اما مع العلم بعدم الاتيان بالثمن فظاهر واما مع الشك فمقتضى الاستصحاب الاستقبالي هو الجواز فان مقتضى الاستصحاب عدم الاتيان بالثمن. وأما الاحتمال الثاني فهو ايضاً خلاف الظاهر فان قوله عليه السلام لابيع له يدل على عدم البيع وهو البطلان فلا يدل على الخيار بل يدل على البطلان ان قلت لا بيع له نفى من الطرف الواحد لا من الطرفين قلت البيع امر قائم بالطرفين فالارتفاع من طرف يستلزم الارتفاع من الطرف الاخر ايضاً.

وان ابيت عن ذلك اقول يكفى لافادة المدعى وهو البطلان والانفساخ حديث ابن يقطين الدال على الارتفاع من الطرفين فغاية ما في الباب ان يقع التعارض بين حديث ابن يقطين الدال على البطلان وبقية الاحاديث الدالة على الخيار للبايع كما توهم فلابد من التماس مرجح لاحد الطرفين على الاخر والا يصل الامر الى التساقط والترجيح مع دليل البطلان لكونه احدث والمرجح الوحيد في باب الترجيح الاحدثية فلاحظ.

فتحصل ان الصحيح هو الاحتمال الثالث لكن هل يمكن الالتزام به مع كونه خلاف الارتكاز المتشرعي وخيار تأخير الثمن امر مشهور معروف والله العالم بحقائق الامور وعليه التوكل والتكلان.

ولقائل ان يقول لاتعارض بين الجانبين فان حديث ابن يقطين يكون الموضوع فيه عدم اقباض المبيع فانه علق عدم البيع في هذا الخبر على عدم اقباض المبيع وعلق تحقق البيع على الاقباض ومقتضى اطلاقه انه لو اقبض المبيع يصح البيع ويتم ولو مع فرض عدم قبض الثمن ومقتضى تلك النصوص ان الميزان هو اقباض المشتري ومع عدمه يبطل البيع فيقع التعارض بينهما فيما قبض الثمن ولم يقبض المبيع وفيما اقبض المبيع ولم يقبض الثمن والجمع بين المتعارضين يتحقق بتقييد كل منهما بالاخر فالنتيجة ان البايع اذا اقبض المبيع وقبض الثمن فهو والا فان لم يتحقق القبض اصلا أو اقبض المبيع ولم يقبض الثمن أو قبض الثمن ولم يقبض المبيع يكون البيع باطلاً أو يتحقق الخيار على الخلاف بين القولين.

«قوله قدس سره : ثم انه يشترط في هذا الخيار امور احدها عدم قبض المبيع»

ادعى عليه عدم الخلاف ويدل على المدعى من النصوص ما رواه ابن يقطين[1].

فان قوله عليه السلام في الجواب (فان قبض بيعه) يدل على الشرط المذكور فان لفظ البيع في كلامه عليه السلام عبارة عن المبيع بقرينة الصدر فان السائل يسئل بان الرجل يبيع البيع فالمراد من البيع المبيع في هذه الجملة والضمير في قوله عليه السلام قبض يرجع الى الرجل بمقتضى قانون الكلام فيكون المراد من البيع المبيع.

فلا وجه لان يقال انه يحتمل ان يكون لفظ قبض بلا تشديد

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٤٢.

ويكون المراد من البيع البايع كي يرد عليه بان استعمال البيع في البايع نادر والاصل عدم كون اللفظ البيع مشدّداً فان الظاهر على حسب قانون الكلام لا مجال لهذا التقريب.

«قوله قدس سره : ثم لو كان عدم قبض المشترى لعدوان البايع» الخ

الامر كما افاده فان الظاهر من النص عدم صورة عدوان البايع ويمكن الاستدلال عليه بنحو آخر وهو ان الموضوع للخيار عدم مجيء المشتري بالثمن والمفروض في المقام أن المشتري جاء بالثمن والبايع لم يقبضه فلاخيار.

«قوله قدس سره: ولو قبضه المشترى على وجه يكون للبايع استرداده» الخ

الحق هو الوجه الاول من الوجوه اى يكون القبض المذكور كلا قبض فان المستفاد من حديث ابن يقطين ان المؤثر في تحقق الخيار تحقق قبض المشترى المبيع باقباض البايع وقد تقدم أن المدرك للخيار المذكور النص الخاص لا حديث لا ضرر كي يكون المقام قابلا لما أفاده الشيخ قدس سره.

«قوله قدس سره : ولو مكن المشترى من القبض فلم يقبض» الخ

المستفاد من النص ان الميزان في تحقق الخيار عدم القبض الناشى من امساك البايع عن الاقباض واما مع اقباض البايع وعدم القبض من قبل المشتري فلا خيار.

ان قلت يستفاد من حديث زرارة ان مجرد التمكين لااثر له اذ ذكر فيه هكذا (الرجل يشترى من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول حتى آتيك بثمنه قال ان جاء فيما بينه وبين ثلاثة ايام والا فلا بيع له)

فانه فرض التمكين في الرواية ومع ذلك حكم الامام عليه السلام بالخيار فالتمكين لا اثر له.

قلت لم يفرض في الحديث انه مكنه منه بحيث يكون له ان يأخذه ويروح بل مقتضى الاطلاق المستفاد من الحديث ان الميزان في تحقق الخيار عدم مجيء المشتري بالثمن الى ثلاثة ايام ويستفاد من حديث ابن يقطين انه لو اقبض البايع المبيع من المشتري قبضاً تاماً اى مكنه من الاخذ وعدم استرداده بعنوان الوديعة يكون موجباً لسقوط الخيار فتكون النتيجة ان موضوع الخيار عبارة عن عدم اقباض البايع المتاع من المشتري وعدم مجيء المشتري بالثمن الى ثلاثة ايام فلاحظ.

«قوله قدس سره : وفى كون قبض بعض المبيع كلا قبض» الخ

الذى يستفاد من حديث ابن يقطين ان الميزان باقباض البايع تمام المبيع فلا اثر لاقباض بعضه ويؤيده حديث عبدالرحمن حيث صرح فيه باقباض بعض الثمن فان المستفاد من كلامه عليه السلام عدم اثر لاقباض البعض فانه وان كان في طرف الثمن والكلام في المبيع لكن لا يخلو عن التأييد كما هو الظاهر عند الخبير.

«قوله قدس سره : الشرط الثانى عدم قبض مجموع الثمن» الخ

فانه يستفاد من النص ان عدم قبض مجموع الثمن شرط في ثبوت الخيار فلا اثر لقبض البعض ويؤيد المدعى فهم القاضى اى أبى بكر.

«قوله قدس سره : والقبض بدون الاذن كعدمه» الخ

فان المستفاد من النص بحسب الفهم العرفى ان القبض المؤثر

القبض الذى يكون ناشياً عن اذن المشتري ولا فرق بين القبض عن حق وغيره اذ الموضوع المأخوذ في الدليل عدم مجيء المشترى بالثمن ومقتضاه عدم الفرق وربما يقال بكفاية القبض مطلقا في المقام واشتراطه بالاذن في طرف اقباض المبيع.

بتقريب ان الاصحاب عبروا هناك بالاقباض وفي المقام بالقبض فلابد ان يكون القبض باقباض البايع ورضاه واما في المقام فيكفى القبض كيف ما كان.

وقد اورد عليه الشيخ قدس سره بان التعبير بالاقباض والقبض من باب كون الموضوع في نظرهم البايع فلابد من التعبير بالاقباض في الاول وبالقبض في الثانى وبعده امر بالتأمل بقوله (فتأمل) ولعل الوجه فيه ان حمل الكلام على ماذكر بعيد وكيف كان الحق ماذكرنا من ان القبض بلا رضا المشترى لا اثر له.

«قوله قدس سره : ولو اجاز المشترى قبض الثمن» الخ

فان المستفاد من حديث زرارة الوارد في نكاح العبد بلا اذن مولاه جواز الاجازة في كل مورد يكون من حق الناس والمقام كذلك ويكون الاجازة في المقام كبقية الموارد كاشفة اذ المفروض ان الامضاء الشرعى يتعلق بما يصدر عن الفضولى بعد اجازة من بيده الامر فلا مجال للنقل ويظهر الثمرة بين القولين فيما يحصل القبض في الثلاثة وتحقق الاجازة بعدها فعلى الكشف تكون صحيحة وعلى النقل تكون باطلة.

«قوله قدس سره : الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين»

لا يبعد أن يكون الامر كما افاده قدس سره فان الظاهر من النص

ان يكون عدم القبض ناشئاً عن الامساك عن الاقباض لاعن حق وعلى الجملة ان المستفاد من النص كذلك وفي المقام اشكال وهو انه ما المراد من اشتراط التأخير.

ويتصور هذا الشرط على انحاء ثلاثة الاول أن يشترط لاحد الطرفين حق التأخير ولو مع مطالبة الاخر الثاني أن يشترط عليه عدم المطالبة الثالث ان يشترط عليه الاذن في الابقاء.

أما الصورة الاولى فيرد عليها انه شرط غير مشروع والشرط يلزم ان يكون امراً جايزاً الا ان يقال ان السيرة جاريةعليهابلاردع من الشارع الاقدس.

واما الصورة الثانية فيرد عليها انه لو عصى ولم يعمل بالشرط يجب على الطرف الاخر الاقباض.

وأما الصورة الثالثة فمرجعها الى اشتراط الاذن في الامساك في ضمن العقد هذا من ناحية ومن ناحية اخرى الشرط إذا تحقق صحيحاً يكون لازماً فان المؤمن عند شرطه والظاهر ان هذا الوجه حسن وصفوة القول انه لو اذن بنفس الاشتراط لايمكنه الرجوع فان الشرط لازم وهذا التقريب دقيق وبالتأمل حقيق.

«قوله قدس سره : الشرط الرابع ان يكون المبيع عيناً»

ما يمكن أن يستدل به على المدعى وجوه الوجه الاول الاجماع وحاله في الاشكال ظاهر. الوجه الثاني ان مستند الخيار المذكور حديث لاضرر وفي الكلي فى الذمة لايتصور ضرر للبايع وفيه انه يتصور الضرر للبايع ايضاً مثلاً لو فرض ان زيداً في وسعه بيع وزنة من الحنطة والزائد عليها ليس في امكانه فلا يمكنه المعاملة

مع غير هذا المشتري.

مضافاً الى ان المدرك كما تقدم النصوص الخاصة الواردة في المقام لا حديث لا ضرر.

الوجه الثالث ان الشرط المذكور مستفاد من نصوص الباب فلابد من ملاحظتها فنقول اما حديث زرارة فيمكن ان يقال انه نص في العين الخارجية حيث يقول ثم يدعه عنده ولا يصدق هذا العنوان على الكلي في الذمة واما حديث ابن الحجاج فهو ايضاً كذلك حيث يقول وتركته عند صاحبه واصرح منه قول البايع بعته.

واما حديث ابن يقطين فهو ايضاً ظاهر لو لم يكن صريحاً في المبيع الشخصي فان السائل يسئل عن الرجل يبيع البيع فيلزم ان يكون قبل تحقق البيع مبيع كي يتعلق به البيع فان الكلى قبل البيع لاثبوت له لا في الخارج كما هو ظاهر ولا في الذهن كما هو اظهر فيتوقف تحقق العنوان المذكور على كون المبيع شخصياً هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان الضمير في كلامه روحى فداه يرجع الى ما تقدم في كلام السائل فيتحصل ان المستفاد من النص لزوم كون المبيع شخصياً.

«قوله قدس سره : ثم ان هنا اموراً قيل باعتبارها فى هذا الخيار منها عدم الخيار لاحدهما اولهما»

ومايمكن أن يذكر في مستند الحكم المذكور وجوه. الوجه الاول ان الميزان في تحقق خيار التأخير، التأخير من غير حق ومع وجود الخيار له ان يؤخر فلا يتحقق خيار التأخير ويرد عليه ان المبنى فاسد فان الخيار وجواز العقد لايوجب جواز التأخير ولا دليل عليه.

وبما ذكرنا ظهر ان ما افاده المحقق النائينى (ره) من انه مع الخيار

لايجب الوفاء فلا يجب الاقباض غير تام فانه لا ربط بين المقامين اذ وجوب الوفاء وعدمه عبارة عن عدم حق الفسخ وثبوت حقه وهذا لايرتبط بوجوب اقباض مال الغير فان امساك مال الغير وعدم اقباضه حرام.

ان قلت وجوب الاقباض من باب الشرط الضمنى والمفروض ان العقد جايز فلا يشمله دليل وجوب الوفاء.

قلت يرد على التقريب اولاً ان وجوب الاقباض ليس من باب الشرط الضمنى بل وجوبه من باب وجوب تسليم مال الغير اليه وعدم امساكه وحرمة التصرف فيه.

الا ان يقال التصرف حرام ولكن لا وجه لوجوب الاقباض ولا دليل عليه الا الشرط الارتكازى.

وثانياً ان دليل وجوب العمل بالشرط غير منحصر بدليل وجوب الوفاء بل العمدة دليل لزوم الشرط وقوله (ع) المؤمنون عند شروطهم.

ان قلت كيف يمكن ان يكون العقد جايزاً والشرط الارتكازى الضمنى لازماً قلت لا تنافى بين الامرين فان كل حكم تابع لموضوعه ولذا لو فرض انفساخ العقد بالفسخ أو بالاقالة يبقى لزوم الشرط بحاله بل يمكن ان يقال ان الشرط في ضمن العقد الفاسد صحيح ويجب العمل به لتحقق موضوع الشرط وترتب الحكم على موضوعه ضرورى.

ولما انجر الكلام الى هنا نشير الى نكتة وان كانت خارجة عن البحث وهي انه لو علق المكلف فعله الفلانى على شرط كأن يقول ويلتزم بانه لو قدم المسافر الفلانى من السفر في يوم السبت انا

التزم باقامة مجلس اطعام وفرض تحقق الشرط يجب الوفاء عليه بان يقيم المجلس اذ يصدق الاشتراط فيترتب عليه حكمه فلاحظ.

«قوله قدس سره : ومنها تعدد المتعاقدين» الخ

واستدل على المدعى المذكور بوجهين. الوجه الاول ان النصوص الواردة في المقام تختص بصورة التعدد فلا مقتضى للخيار في غير هذه الصورة ويرد عليه ان النص وارد في مورد تعدد البايع والمشترى وهذا لا اشكال فيه فان البايع لا يمكن ان يكون عين المشترى ولكن تعدد البايع والمشترى لا يستلزم تعدد المتعاقدين كما هو ظاهر.

الوجه الثاني ان خيار التأخير ثابت بعد تمامية المجلس ولا يتصور الانقضاء فيما يكون المتعاقدان واحداً ويرد عليه اولاً انه لاتنافي بين خيارى التأخير والمجلس واللزوم الثابت في مورد خيار التأخير قبل الثلاثة حكم حيثى اى العقد لازم من هذه الجهة فلا تنافي بين هذا الخيار وبقية الخيارات وثانياً انه يمكن ان يفرض عدم خيار المجلس كما اذا اسقط بالاسقاط حين العقد.

«قوله قدس سره : ومنها ان لا يكون المبيع حيواناً»

والمستند للحكم ما رواه علي بن يقطين قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جارية وقال اجيئك بالثمن فقال ان جاء فيما بينه وبين شهر والا فلا بيع له[1].

والمذكور في الرواية عنوان الجارية فلا وجه لتسرية الحكم الى مطلق الحيوان ثم انه لا وجه لحمل الرواية على بيان خيار التأخير

(١) الوسائل الباب ٩ من ابواب الخيار الحديث ٦.

الذى يكون مورد البحث ولا دليل ولا قرينة على ان المراد بيانذلك الخيار فمن الممكن ان الشارع الاقدس جعل في خصوص الجارية خياراً بعدم مجيء المشترى بالثمن الى شهر فلاحظ.

«قوله قدس سره : ثم ان مبدء الثلاثة» الخ

تردد امر الثلاثة من حيث ان ابتدائها من حين التفرق أو ان مبدئها من حين العقد الظاهر من النصوص انالثلاثة تحسب منحين العقد وبعبارة اخرىالظهور الاولي يقتضى ذلك فكما ان خيار الحيوان يحسب من حين العقد الى ثلاثة ايام كذلك اللزوم في المقام يحسب من حين العقد الى ثلاثة ايام وهذا ظاهر واضح.

ان قلت يستفاد من قوله عليه السلام فان جاء بالثمن انه يحسب من حين التفرق اذ المجيء مقابل عدمه فلابد من مفارقته كي يتحقق المفهوم والمفارقة تحصل بالافتراق عن المجلس.

قلت المراد من قوله عليه السلام (فانجاءبالثمن) اعطائهفالنتيجة ان مبدء الثلاثة من حين العقد.

«قوله قدس سره : مسئلة يسقط هذا الخيار بامور احدهااسقاطه بعد الثلاثة»

اذ الخيارالحقي قابل للاسقاط ومن ناحية اخرى قدعلم من الشرع ان الخيار المذكور حقى.

«قوله قدس سره : وفى سقوطه بالاسقاط فى الثلاثة وجهان»

تارة يسقط الخيار على النحو التنجيزى واخرى يسقطه على النحو التعليقي اما الاول فلا واقع له اذ المفروض انالموضوع لم يتحقق بعد فلا خيار حتى يسقط واما على الثاني فالتعليق لا يجوز.

ويرد عليه ان بطلان التعليق لا يستند الى دليل عقلى كي يقال الحكم العقلي غير قابل للتخصيص بل مدركه الاجماع والاجماع دليل لبى لا لسان له لكن الاشكال كل الاشكال انه لا يكفى للحكم بالجواز مجرد الامكان فان الجزم به يتوقف على قيام دليل عليه.

وما يمكن ان يذكر في تقريبه وجوه. الوجه الاول ان العقدسبب للخيار والمفروض انه وجد فيجوز اسقاط الخيار الذى يوجد بعد.

وفيه ان الوجه المذكور لايرجع الى محصل فان الاحكام الشرعية لاتقاس بالامور التكوينية ولا علاقة بينهما مضافاً الى انه هب ان العقد سبب لكن الاشكال في عدم جواز الحكم بصحة الاسقاط مع عدم مستند يستند اليه في انه يجوز.

الوجه الثاني ان اشتراط سقوطه في ضمن العقد جايز فالاسقاط بعد العقد جايز ايضاً بالاولوية اذ لو كان الاسقاط جايزاً قبل تحقق المقتضى فالجواز بعد تحققه اولى ويرد عليه انه لو ثبت الجواز هناك لكان للتقريب المذكور مجال واما لو استند في الجواز هناك بدليل الشرط فلا يتم الاستدلال هناك وان شئت قلت اصل الدعوى في الاصل فاسد فلا تصل النوبة الى الفرع.

الوجه الثالث ان الخيار وان كان بعد الثلاثة لكن مبدأ تحققه من حين العقد اذ من حين العقد يجب على المشترى دفع الثمن فمرجع اسقاط الخيار الى اسقاط حقه عن المطالبة وحق المطالبة حق فعلى قابل للاسقاط.

ويرد عليه اولاً كون حق المطالبة قابلا للاسقاط اول الكلام وثانياً ان حق المطالبة في قبال حق الخيار فاشكال اسقاط ما لم يجب بحاله وثالثاً ان اسقاط حق المطالبة لايوجب سقوط الخيار لان موضوع الخيار عدم دفع الثمن لا عدم حق المطالبة فلاحظ.

الوجه الرابع ان الخيار المذكور مستند الى الشرط الضمني غاية الامر الشارع الاقدس قد تصرف فيه وجعل له حدوداً ولا اشكال في ان من له الشرط يجوز التجاوز عن حقه هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان الحق الناشي عن الاشتراط حق فعلي فاذا تجاوز المشروط له عن حقه لا يبقى موضوع للخيار.

ويرد عليه اولاً ان الخيار المستفاد من الشرع لا يرتبط بالخيار المجعول بالشرط الارتكازي ولذا لو فرضنا انهما صرحا بعدم الاشتراط يثبت خيار التأخير المستفاد من النص اذا تحقق موضوعه.

وثانياً انه لاوجه لقياس جعل الخيار بجعل فعل على احد الطرفين بالاشتراط كالخياطة مثلاً فان الفعل مثل الخياطة لو شرط على احد يصير الشارط مطالباً بالفعل للفعل الفلاني في الظرف الكذائي والمشروط عليه يصير مديوناً كذلك فيمكن ان يقال ان الدايـن بالفعل يبرأ المديون ويسقط الدين عن ذمته واما الخيار فلا تحقق له الا بعد مضي الثلاثة فلا مجال لهذا البيان والقياس مع الفارق.

«قوله قدس سره : الثاني اشتراط سقوطه في متن العقد»

الظاهر ان الالتزام به مشكل الا ان يقوم عليه اجماع تعبدي كما اشار اليه الشيخ قدس سره وصفوة الكلام ان دليل الشرط لايكون مشرعاً ففي كل مورد احرز جواز امر وضعاً أو تكليفاً لكان لاشتراطه مجال واما ان لم يكن كذلك يشكل الالتزام بجواز الاشتراط بل مقتضى الصناعة الالتزام بفساد الاشتراط المذكور فان مقتضى الاصل عدم ثبوت حق الاسقاط قبل الثلاثة فيكون اشتراطه خلاف المشروع.

ثم انه لابد من التنبيه بنكتة وهي ان اشتراط السقوط يتصور على انحاء النحو الاول ان يشترط على الطرف ان يسقط خياره بعد

العقد وقد مرّ الكلام حوله فلا وجه للاعادة النحو الثاني أن لايثبت الخيار وينتفي هذا الحق وبعبارة اخرى بنحو شرط النتيجة والشرط بهذا النحو فاسد بلا كلام ولا اشكال اذ لا اشكال في ثبوته واشتراط عدمه مخالف للشرع النحو الثالث ان يشترط الفعل ويشترط الاسقاط اى بنفس الشرط يسقط الخيار والاشكال فيه هو الاشكال الذى قد تقدم في الاسقاط وتصحيحه بالشرط لا مجال لتقريبه الاعلى النحو الدورى.

«قوله قدس سره : الثالث بذل المشترى للثمن بعد الثلاثة»

قد تقدم منا ان مستند الخيار المذكور ليس حديث لا ضرر فلا مجال للاخذ به فلا مجال للتفصيل الذى ذكره الشيخ قدس سره والمستند لهذا الخيار النص الخاص ومقتضاه ثبوت الخيار حتى مع مطالبة البايع الثمن وحتى مع بذل الثمن من قبل المشترى بل الامر كذلك حتى اذا اخذه البايع نعم اذا قصد بالاخذ اسقاط الخيار نلتزم بالسقوط فلاحظ.

«قوه قدس سره : وقد عرفت إن الاقوى الفور».

الامر كما افاده لو لم يكن دليل على التراخى والميزان الكلى العام انه لو دل دليل الخيار باطلاقه على بقاء الخيار واستمراره يؤخذ به والا يحكم بالفورية فان دليل وجوب الوفاء بالعقد محكم فبالمقدار الذى دل الدليل على خروجه يؤخذ به والا فالمرجع عموم دليل اللزوم.

«قوله قدس سره : فتامل»

يمكن ان يكون في امره بالتامل ناظراً الى ان الوجه المذكور انما

يقتضى الانسبية كما صرح بها في المتن لكن الاشكال في ان مجرد الانسبية هل يقتضى التعين وبعبارة اخرى اذا تردد في المعنى المجازى فهل تكون الاقربية قرينة معينة.

«قوله قدس سره : لو تلف المبيع بعد الثلاثة كان من البايع اجماعاً»

يقع البحث في هذه المسئلة تارة من حيث المقتضى لهذه الدعوى واخرى من حيث معارضة هذه القاعدة مع قاعدة اخرى فيقع الكلام في مقامين.

فنقول أما المقام الاول فما يمكن ان يذكر في مقام الاستناد لهذه القاعدة امران الامر الاول الاجماع واتمامه مشكل اذ قد ثبت في محله عدم اعتبار الاجماع اعم من ان يكون منقولاً أو محصلا وحيث انه ورد في المقام نبوى من طريق العامة واشتهر بين الاصحاب يمكن استناد المجمعين اليه.

الامر الثاني النبوي المشهور وهو قوله صلى‌الله عليه وآله كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه[1].

وهذه الرواية ضعيفة سنداً وعمل المشهور بها على تقدير تحققه لايوجب اعتبارها فالنتيجة انه لا دليل على هذه القاعدة هذا هو المقام الاول.

وأما المقام الثاني فربما يقال انه يقع التعارض بين هذه القاعدة وقاعدتين اخريين. القاعدة الاولى قاعدة الخراج بالضمان[2] فان

(١) مستدرك الوسائل ج١٣ الباب ٩ من ابواب الخيار.

(٢) المبسوط ج٢ ص ١٢٦.

مقتضى هذه القاعدة ان الضمان في مقابل المنافع فيلزم ان يكون ضمان التالف على مالكه وهذه القاعدة لا اساس لها ولا دليل عليها القاعدة الثانية قاعدة ان التلف في زمن الخيار فهو ممن لا خيار له والمفروض ان الخيار بعد الثلاثة للبايع فلابد من كون الضمان على المشترى.

وأجاب الشيخ قدس سره بأن هذه القاعدة تختص ببعض اقسام الخيار مضافاً الى انها تختص بما بعد القبض فلا تعارض ولا تلاقى بينهما وتفصيل الكلام موكول الى احكام الخيارات واحكام القبض.

«قوله قدس سره : ولو تلف فى الثلاثة فالمشهور كونه من مال البايع ايضاً».

الشيخ قدس سره اولاً قوى عدم ضمان البايع للاجماع المدعى مؤيداً بقاعدة ضمان كل عين على مالكها وبعد ذلك رد القول المذكور بكون الاجماع موهوناً ودليل القاعدة يختص بالنبوي الذي انجبر ضعفه سنداً.

مضافاً الى حديث عقبة بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال آتيك غداً ان شاء الله فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الذى هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه[1].

ويرد عليه ان النبوى لا ينجبر ضعفه بالشهرة كما مر منا مراراً واما حديث عقبة بن خالد فغير تام سنداً اذا عرفت ما تقدم فاعلم ان

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الخيار .

القاعدة تقتضى ان يقال انه لو تلف قبل الثلاثة لايكون ضمانه على البايع لعدم الدليل عليه الا في صورة حصول الاطمينان للفقيه من مجموع ما ذكر في المقام والله العالم.

«قوله قدس سره: ولو مكنه من القبض فلم يتسلم».

ان قلنا ان التمكين من القبض محقق له يتم الامر واما ان قلنا بان القبض لايتحقق بالتمكين أو شككنا فيه يشكل الحكم اما مع الجزم بعدم تحققه فظاهر واما مع الشك فباستصحاب عدم تحقق القبض يلزم بعدمه ويترتب عليه آثار العدم لكن قد ظهر مما تقدم ان القاعدة لا اساس لها فلا تصل النوبة الى هذه التفاصيل.

«قوله قدس سره: مسئلة لو اشترى ما يفسد من يومه»

بقع الكلام في هذه المسئلة تارة من حيث النص الخاص الوارد في المقام واخرى من حيث القاعدة الاولية فيقع الكلام في مقامين

أما المقام الاول: فورد في المسئلة حديثان. الحديث الاول: ما ارسل عن الصادق والكاظم روحي فداهما في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه ويتركه حتى يأتيه بالثمن قال ان جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن والا فلا بيع له[1] والمرسل لا اعتبار به فلا تصل النوبة الى ملاحظة مقدار دلالته مضافاً الى ان المستفاد من الحديث بطلان البيع اذا لم يجيء المشتري بالثمن في الوقت المقرر. الحديث الثاني: ما رواه زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب الخيار الحديث ١.

والفواكه يوم الى الليل[1] وقد قلنا في الدورة الاولى ان الحديث مرسل حسب ما قرره المقرر ولكن ليس كذلك فان الحديث تام سنداً فان اسناد الصدوق الى حسن بن علي بن فضال معتبر على ما كتبه الحاجياني ولا يقتضي كون الحديث مرسلاً في مورد كونه كذلك على الاطلاق اذ يمكن ان يذكر المحدث الواحد حديثاً مرة مرسلاً ومرة اخرى مسنداً ولا تنافي بين الارسال والاسناد فالنتيجة ان الحديث تام من حيث السند الا ان يقال انه يبعد ان الصدوق قدس سره في مورد واحد ينقل الحديث تارة مرسلاً واخرى مسنداً فيتردد الامر بين الارسال والاسناد فتكون النتيجة اجمال الامر فلا يمكن الاعتماد على الرواية ولقائل ان يقول انّه مجرد استبعاد وعليه يكون الحديث المسند قابلاً للاعتماد عليه فلاحظ. واما من حيث الدلالة فالظاهر والله العالم انه عليه السلام حدد الزمان فيما يفسد من يومه بيوم واحد وبعبارة اخرى المراد من الحديث بيان خيار التأخير وانه يتحقق بعد مضى يوم واحد وان المراد بالعهدة المذكورة في الرواية ان البيع لازم الى الليل والظاهر ان سيدنا الاستاد هكذا فهم واستفاد من الحديث حيث ذكر في منهاجه في جملة من المسائل المربوطة بخيار تأخير الثمن مسئلة ٣٧ ما يفسده المبيت مثل بعض الخضر والبقول واللحم في بعض الاوقات يثبت الخيار فيه عند دخول الليل فاذا فسخ جاز له ان يتصرف في المبيع كيف شاء انتهى موضع الحاجة من كلامه فانه قدس سره استفاد من الحديث ان هذا الخيار داخل في كلي خيار التأخير مع تحديد فيه من حيث الزمان الاول الذي يكون البيع فيه لازماً هذا تمام الكلام في المقام الاول.

(١) نفس المصدر الحديث ٢.

واما المقام الثاني وهو ما تقتضيه القاعدة الاولية ان مقتضى الارتكاز العقلائي اشتراط الخيار لكل من طرفي العقد على الاخر في ظرف عدم اقباض العوض منه فلاحظ ومما ذكرنا علم ان احكام خيار التأخير مترتبة على الخيار المبحوث عنه في المقام اذ قد ذكرنا ان المستفاد من الدليل انه من صغريات تلك الكبرى الكلية.

قوله قدس سره: السادس خيار الرؤية: والمراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع

ما يمكن ان يقال في تقريب المدعى وجوه. الوجه الاول: الاجماع وفيه مافيه من الاشكال الساري في منقوله ومحصله على فرض حصوله. الوجه الثاني: قاعدة لا ضرر بتقريب ان من تملك بالاشتراء مثلاً عيناً على خلاف الوصف الذى تصور كون العين موصوفة به يكون متضرراً فيرتفع بالقاعدة ويرد عليه اولاً ان الاستدلال بالقاعدة مبني على مسلك المشهور في مفادها واما على طبق المسلك المنصور فلا مجال للاستدلال كما هو ظاهر وثانياً انه يمكن تصور تخلف الوصف على نحو لا يكون التخلف موجباً للضرر مثلاً ان المشترى لوكان له غرض شخصى في اشتراء الحنطة الشامية فبانت انها كوفية ونفرض ان القيمة في كليهما على حد سواء. وثالثاً انه يدخل في خيار الغبن فلا وجه لعده في قباله. ورابعاً ان الضرر يوجب بطلان العقد لا ترتب الخيار. وخامساً ان شأن حديث لاضرر نفي الحكم لا اثباته مثلاً اذاكان الوضوء ضررياً يكون حديث لاضرر مقتضياً لارتفاع وجوبه لاجعل التيمم بدلاً له فلاحظ. فتحصل ان

الوجه الثاني كالوجه الاول في عدم تماميته لاثبات المدعى الا ان يقال ان الحديث يرفع اللزوم وارتفاع اللزوم مساوق للجواز كما هو ظاهر.

الوجه الثالث: طائفة من النصوص منها ما رواه جميل بن دراج قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها فلما ان نقد المال صار الى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال ابو عبدالله عليه السلام: انه لو قلب منها ونظر الى تسعة وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة ولم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية[1] وهذه الرواية قد صرح الامام عليه السلام فيها بثبوت خيار الرؤية للمشتري ولايبعد ان يكون المراد بالرؤية وجدان جزء منها على خلاف الوصف المقصود فيكون له الخيار بمقتضى ما صدر عن مخزن الوحي روحي فداه ومنها ما رواه زيد الشحام قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل ان يخرج السهم فقال لا تشتر شيئاً حتى تعلم أين يخرج السهم فان اشترى شيئاً فهو بالخيار اذا خرج[2] ولا يبعد ان لا يكون الحديث مربوطاً بالمقام ويكون المراد من الخيار الاختيار بين الشراء الجديد وعدمه توضيح المدعى أن المستفاد من الحديث ان بيع السهم قبل التقسيم غير صحيح اذ البيع لابد من تعلقه بالمملوك والمشاع قبل القسمة لايكون مملوكاً فلايجوز بيعه فيكون شرائه قبلاً باطلاً وبعد تعديل السهام والتقسيم يصح البيع

(١) الوسائل الباب ١٥ من ابواب الخيار الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

فالحديث غير مرتبط بالمقام ومنها ما رواه منهال القصاب قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: اشترى الغنم أو يشترى الغنم جماعة ثم يدخل داراً ثم يقوم على الباب فيعد واحداً واثنين وثلاثة واربعاً وخمساً ثم يخرج السهم قال لا يصلح هذا انما تصلح السهام اذا عدلت القسمة[1].

وهذه الرواية ضعيفة فان منها لا لم يوثق الوجه الرابع الاشتراط الضمنى الارتكازي وهذا الوجه للاستدلال به على المدعى تام لاغبار عليه فانه لاشبهة في ان مقتضى الارتكاز انه لو بان ان المبيع أو الثمن لم يكن موصوفاً بالوصف الذى اشترط فيه وبنى عليه ياخذون به ويرون ان لهم الخيار ومن ناحية اخرى قد ذكرنا سابقاً انجواز جعل الخيار لاحدهما أوكليهما ظاهر واضح فلاحظ.

«قوله قدس سره : ثم ان صحيحة جميل مختصة بالمشترى»

قدتبين مماذكرنا ان عمدة الدليل لهذا الخيار الشرط الارتكازي ومقتضاه عدم الفرق بين البايع والمشتري لوحدة الملاك واتحاد الدليل فلا وجه للاختصاص وهذا ظاهر واضح.

«قوله قدس سره : مسئلة مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة»

لا اشكال في عدم جريان الخيار المذكور في الكلي الثابت فى الذمة اذ لا يتصور التخلف في الكلي فان غايته مايدفعه البايع فى مقام الوفاء لايكون مصداقاً للكلي الذي وقع مورد العقد وهذا لا يوجب

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٨.

الخيار بل عليه ان يبدل ما دفعه بما يكون مصداقاً للكلي وبعبارة اخرى لو فرض ان البيع كلي الحنطة ودفع في مقام الوفاء الشعير لايوجب الخيار بل لابد من التبديل وكذلك لو دفع غير الموصوف بذلك الوصف الذي لوحظ في الكلي لامقتضي للخيار فلابد من تخلف الوصف في المبيع الشخصي لكن لا فرق في هذه الجهة بين وقوع العقد على الشخص الخارجي أو الكلي في المعين أو المشاع فانه يتصور الخيار الناشي من تخلف الوصف في هذه الاقسام كلها كما انه لايختص خيار الرؤية بتوصيف المبيع بالوصف الكذائي مع كون العين غائبة بل يعمه ومورد رؤية العين وايقاع العقد مبنياً على وجود الوصف الخاص ثم يظهر على خلاف ما شوهد سابقاً وايضاً لا يلزم في خيار الرؤية كون ماوقع عليه العقد اقل قيمة من الموصوف بالوصف الكذائي بل يمكن ان يكون الوصف المرغوب فيه موجباً لتنزل القيمة وكونها اقل من فاقد الوصف فان ملاك الخيار تخلف الوصف والاشتراط الارتكازي للخيار وهذا هو الجامع بين جميع الاقسام فلاحظ.

«قوله قدس سره : ثم ان الاوصاف التي يختلف الثمن من اجلها غير محصورة»

يظهر من مجموع كلامه ان الصفات التي تختلف القيمة بلحاظها كثيرة ولا يمكن الاحاطة بتمامها للشخص العادي فان قلنا يشترط في صحة البيع ملاحظتها ومعرفتها ففي كثير من الموارد بل اكثرها لايمكن وان لم نقل باشتراطها يلزم الجهل بصفة المبيع وهو يبطل البيع فما الحيلة والجواب عن هذه الشبهة انه لا دليل على اشتراط

المعرفة بجميع الخصوصيات ان قلت يلزم الغرر ومعه يبطل البيع قلت يرد عليه اولاً ان الدليل اخص من المدعى فانه لا يلزم الغرر في كثير من الموارد وبعبارة اخرى في كثير من الموارد لا يكون في الاقدام خطر فلا وجه للبطلان وثانياً انه لا دليل على فساد الغرر وبطلانه وثالثاً ان السيرة العقلائية والمتشرعية جارية على المعاملة بهذا النحو بالنسبة الى الخصوصيات الموجبة لزيادة القيمة وقلتها واما بالنسبة الى الصفة المرغوبة لدى البايع أو المشترى فيكفى الرؤية السابقة أو الرؤية عند ارادة الاشتراء أو التوصيف فان العقد يقع مبنياً على تلك الصفة وليس هذا عبارة عن تقييد العين كي يقال ان الجزئي الخارجي غير قابل للتقييد وايضاً ليس المراد تعليق العقد كي يقال ان لازم التعليق بطلان العقد عند الفقدان لا ثبوت الخيار مضافاً الى ان التعليق بنفسه موجب لبطلان العقد بل المراد ان العقد يتحقق مع جعل الخيار ان قلت جعل الخيار يتوقف على صحة العقد فاذا توقفت صحته على الشرط يلزم الدور قلت هذا امر عقلائي اي في نظر العقلاء مثل هذا العقد مشروطاً بالخيار صحيح ومع فرض صحته يشمله دليل الامضاء فلاحظ.

«قوله قدس سره : واشكل من ذلك ان الظاهر ان الوصف يقوم مقام الرؤية»

قال الشهيدي قدس سره في شرح هذه الجملة ما مضمونه الاشكال المتقدم اشكال على ماذكروه ضابطاً لبيع العين الغائبة بانه ان اريد من الاوصاف جميع الاوصاف الدخيلة في المثمن فلازمه عدم امكان بيع العين الغائبة بالتوصيف لعدم امكان ذكر جميع الاوصاف الدخيلة

وهذا اشكال على كفاية الرؤيـة في بيع العين الحاضرة حيث انهم جعلوا التوصيف في العين الغائبة قائماً مقام بيع العين الحاضرة اذ يقع التنافي في كلامهم اذ التوصيف قائم مقام الرؤية وفرع له فيلزم ان الرؤية تفيد مايفيد الوصف كي لايلزم كون الفرع زايداً على الاصل واما يلزم الاكتفاء في توصيف العين الغائبة بمقدار تفيده الرؤية والحال ان القوم لم يلتزموا باحد الامرين انتهى.

اقول لا وجه للاشكال فان الغرر على فرض تحققه لايكون مبطلاً مضافاً الى انه لا يلـزم الاطلاع على جميـع الخصوصيات بل يكفـى الاطلاع على ما يكـون منظوراً به ومطلـوباً للمشترى وهـو يحصل بالرؤية والتوصيف اضف الى ذلك انه يمكـن ان يـقال ان الرؤية توجب جواز بيع العين بلا اشتراط الخيار لعـدم الغرر واما العين الغائبة فلابد من التوصيف ومرجعه الى جعل الخيار عند التخلف.

«قوله قدس سره : ثم انه يمكن الاستشكال في صحة هذا العقد بان ذكر الاوصاف لا يخرج البيع عن كونه غرراً»

ربما يقال ان الموصوف لو كان مشكوك الوجود يكون العقد باطلاً للغرر وبعبارة اخرى مع القيد لا يعلم بـوجوده فكيف يمكـن الحكم بالصحـة فلا تصل النوبـة الى الخيار اذ الخيـار فـرع تحقـق العقد والجواب عن هذا الاشكال ان الجزئي الخارجي غير قابل للتقييد فلا يكون المبيع مقيداً فلا موضوع للاشكال المذكور بل المبيع بعنوان الوصف يباع وعليه تارة يعلم بالوصف ثم ينكشف الخلاف واخرى بتوصيف البايع يبـاع وثـالثة بتوصيف شخص ثـالث وعلى جميع التقادير يخرج البيع عن عنوان الغرر وعند انكشاف الخلاف يثبت

الخيار الناشي عن الاشتراط الارتكازي.

«قوله قدس سره : ثم ان الخيار بين الرد والامساك مجانا هو المشهور بين الاصحاب»

هذا هو الحق فان مقتضى القاعدة التخيير بين الامرين اما الامساك فلاجل ان العين مملوكة له فيجوز له امساك مملوكه واما الرد فلاجل الخيار الحاصل له بالشرط واما اخذ الارش فلا دليل عليه نعم اذا كان فقدان الوصف يعد عيباً في العين يكون له اخذ الارش من باب خيار العيب لا من باب خيار الرؤية كما انه لو كان الوصف المتخلف صورة نوعية ولو في نظر العرف يكون العقد باطلاً مثلاً لو باع الجسم الخارجي بعنوان كونه حماراً فبان كونه بقراً يكون العقد باطلاً

ان قلت ما الفرق بين بيع العبد الكاتب وبيع العبد الحبشي فانه لو بان كون العبد غير كاتب لايترتب عليه الفساد بل يتحقق الخيار واما لو بان انه لم يكن عبداً بل كان حماراً وحشياً يحكم بالبطلان والحال ان المناط واحد اذ لو كان المناط تعلق القصد بالخصوصية يلزم البطلان في كلا المقامين وان لم يكن كذلك يلزم الالتزام بالصحة وتحقق الخيار فما الفرق بين الموردين.

قلت: الفرق ان بيع العبد الكاتب يتعلق بالعبد بلا قيد وبعبارة اخرى يكون بيعه مطلقاً غاية الامر يشترط احدهما على الاخر الخيار في صورة عدم كونه كاتباً واما بيع العبد الحبشي فلم يتعلق بالجسم الموجود في الخارج بل تعلق بالموجود الخارجي الموصوف بالوصف الذاتي وان شئت قلت يكون البيع في القسم الثاني معلقاً

على الوصف الذاتي ويمكن ان يقال ان العقد يتعلق بالموجود الموصوف بهذا الوصف وعند التخلف يكون العقد باطلاً

«قوله قدس سره : فتأمل»

يمكن أن يكون امره بالتأمل اشارة الى ان وجه المجازفة عدم الفرق بين الوصف الذاتي والعرضي فان الرضا المعاملي تعلق بالموصوف فلا وجه للتفريق ولكن قد ظهر مما ذكرنا ان التفريق بين الموردين صحيح وعليه السيرة العقلائية وان مثل هذه الامور لاتكون من الامور العقلية كي يقال كما قيل انه لاوجه للتفريق فلاحظ.

قوله قدس سره : فتأمل

يمكن أن يكون اشارة الى ان الحكم لم يتعلق بعنوان متحد الجنس ومختلفه كي يقال ان المرجع فيهما هو العرف هذا ولكن قد ظهر مما ذكرنا ان المناط العرف فان هذه الامور امور عقلائية والشارع الاقدس امضى ماهو مقرر عند العرف والعقلاء وحيث انا نرى ان العرف يفرق بين الوصف الذاتي والعرضي بان يحكم بالفساد عند التخلف في الاول وبالصحة وثبوت الخيار في الثاني نفرق بينهما بالنحو المذكور.

«قوله قدس سره: مسئلة الاكثر على ان الخيار عند الرؤية فوري»

قد وقع الكلام بينهم في ان خيار الرؤية فوري أم متراخ والحق ان يقال انه مستمر لالاستصحاب كي يقال المرجع عند الشك عموم وجوب الوفاء مضافاً الى عدم جريان الاستصحاب في الحكم الكلي بل

لان مستند الخيار الشرط الارتكازي ومقتضاه بقاء الخيار نعم لو كان المستند الاجماع أو قاعدة لا ضرر لكان للقول بالفورية وجه ولكن ليس الامر كذلك بل مقتضى حديث جميل[1] عدم الفورية نعم يمكن ان يقال ان السيرة العقلائية جارية على ان المشترى مثلاً لو انكشف عنده الامر وظهر ان المبيع على غير تلك الصفة لابد له من الاقدام باحد الامرين اما الرد واما الصبر وهذا هو المرتكز العقلائي فلا مقتضى للخيار ازيد من هذا المقدار وعليه لابد من التفصيل بان يقال ان كان المدرك للخيار الشرط الارتكازي يكون مقتضاه فورية الخيار بعد العلم بتخلف الوصف وان كان المدرك حديث جميل يكون مقتضاه التراخي اماوجه الفورية في الاول فلعدم المقتضى للتراخي واما وجه التراخي فى الثانى فاطلاق الحديث فلاحظ.

«قوله قدس سره: مسئلة يسقط هذا الخيار بترك المبادرة».

ما افاده يبتني على كون الخيار فوريا وهو اول الكلام والاشكال مضافاً الى انه على القول بالفورية لا يصدق عنوان السقوط بل يصدق عنوان الانتهاء بانتهاء اجله.

«قوله قدس سره: وباسقاطه بعد الرؤية وبالتصرف بعدها»

اما سقوطه بالاسقاط فهو صحيح اذ الخيار المذكور خيار حقي والخيار الحقي قابل للسقوط باسقاط ذى الخيار واما سقوطه بالتصرف فلا يصح الا ان يكون التصرف بقصد الاسقاط فيرجع الى

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٦١.

الاول واما كون التصرف بنفسه موجباً للسقوط فلا دليل عليه.

«قوله قدس سره: ولو تصرف قبلها ففي سقوط الخيار وجوه ثالثها ابتناء ذلك على جواز اسقاط الخيار قولاً قبل الرؤية بناء على ان التصرف اسقاط فعلي»

القضية بشرط المحمول ضرورية لكن الاشكال في المبنى اذ قد مرّ منّا آنفاً انه لا دليل على كون التصرف مسقطاً فلا وجه للسقوط مادام لم يقصد ثم يبرز بمبرز قولي أو فعلي.

«قوله قدس سره: وفي جواز اسقاطه قبل الرؤية وجهان»

الظاهر ان الخيار ثابت من اول الامر فانه مقتضى الاشتراط الارتكازي نعم لوكان المدرك حديث جميل يكون الظاهر منه حدوث الخيار بعد الرؤية وعلى فرض كونه حادثاً بعد الرؤية لا وجه لسقوطه بالاسقاط قبلها اذ يدخل في كبرى اسقاط ما لم يجب ولا دليل على جوازه ولافرق بين ان يكون الرؤية شرطاً أوسبباً اذ على كلا التقديرين يحدث الخيار بعد الرؤية فاشكال اسقاط مالم يجب باق بحاله فلاحظ.

«قوله قدس سره: ولوشرط سقوط هذا الخيار ففي فساده وافساده للعقد» الخ.

الاقوال في المقام مختلفة. القول الاول: ان الشرط والعقد كليهما باطلان والوجه فيه ان اشتراط سقوط الخيار يوجب كون العقد غررياً فيكون العقد باطلاً لبطلان الغرر ويرد عليه أنه لابد من التفصيل بان يقال تارة يتوقف رفع الغرر بالاشتراط واخرى يكون الغرر مرتفعاً في حد نفسه اما على الاول فالحق هو البطلان للزوم

الغرر الا ان يقال انه لا دليل معتبر على بطلان الغرر.

ان قلت: كيف يمكن رفع الغرر باشتراط الخيار والحال ان صحة الشرط تتوقف على صحة العقد فاذا توقف صحة العقد على صحة الشرط يدور.

قلت: يرد على التقريب المذكور اولاً ان صحة الشرط لا يتوقف على صحة العقد بل الحق صحة الشرط ولو وقع تلو العقد الفاسد وانما اللازم في الشرط ان لايكون مخالفاً للشرع وثانياً ان الخيار على نحوين. النحو الاول: الخيار الشرعي كخياري الحيوان والمجلس وقس عليهما بقية الشروط فان صحتها تتوقف على صحة العقد. النحو الثاني الخيار المجعول بالجعل العقلائي كخيار تخلف الوصف. اما النحو الاول فلابد من فرض صحة العقد في الرتبة السابقة كي يترتب عليها الخيار الشرعي التأسيسي واما الخيار المجعول بالجعل العقلائي فلامانع من كونه رافعاً للغرر وموجباً لصحة العقد اذ المفروض ان العقد بهذا النحو واقع في السيرة العقلائية ولايكون غررياً عندهم والشارع الاقدس قد امضى العقد العرفي العقلائي.

ان قلت: على هذا الاساس يلزم جواز رفع الغرر على الاطلاق مع شرط الخيار. قلت: لا نضايق عن الالتزام به واما النحو الثاني فلامانع عن اشتراط سقوط الخيار اذ المفروض ان العقد مع قطع النظر عن الخيار لا يكون غررياً فلا وجه للاشكال من هذه الناحية نعم الاشكال متوجه من ناحية اخرى وهي ان الخيار لا يتحقق الا بعد تمامية العقد فيكون اشتراط سقوطه في ضمن العقد اسقاطاً لما لم يجب وهو مشكل لعدم الدليل على جوازه مضافاً الى ان اشتراط سقوط

الخيار في ضمن العقد مرجعه الى عدم اشتراط الخيار لا الى اشتراط السقوط وبعبارة واضحة الخيار يتحقق بالاشتراط الارتكازي فاشتراط سقوطه يرجع الى عدم الشرط الارتكازى فيكون لوكان المدرك للخيار النص أي حديث جميل يتصور اشتراط السقوط في العقد لكن يبقى اشكال اسقاط ما لم يجب بحاله ولا دافع له. القول الثاني: أن يكون العقد والشرط كلاهما صحيحين بتقريب ان العقد مع قطع النظر عن الشرط صحيح ولا تكون صحته متوقفة على الشرط فان الشرط اذا كان رافعاً للغرر امكن بيع كل مجهول بشرط الخيار فالعقد صحيح فاذا فرض كون العقد صحيحاً يكون الشرط كذلك.

ويرد عليه انه قد ظهر مما تقدم منا انه يتصور كون الشرط مصححاً للعقد ولا نبالي بكون شرط الخيار رافعاً للغرر في بيع كل مجهول وعليه لا مجال للحكم بكون العقد والشرط كلاهما صحيحين بل لابد من التفصيل بان نلتزم بالصحة في قسم ونلتزم بالفساد في قسم آخر كمافصلنا القول الثالث: ان يكون العقد صحيحاً والشرط فاسداً بتقريب ان صحة العقد لا تتوقف على صحة الشرط فالعقد صحيح على القاعدة واما الشرط فهو فاسد لانه اسقاط لما لم يجب فالنتيجة التفكيك بين العقد والشرط بالالتزام بالصحة في نفس العقد وبالالتزام بالفساد بالنسبة الى الشرط ويرد عليه انه قد ظهر مما تقدم انه لا يمكن الالتزام بصحة العقد مع اسقاط الخيار على نحو الاطلاق بل لابد من التفصيل كما فصلناه.

«قوله قدس سره: لكن الانصاف ضعف وجه هذا القول»

أفاد في وجه الفساد ان اشتراط اسقاط الخيار ينافي التوصيف كتوصيف العبد بالكتابة مثلاً فان مرجع التوصيف اما الى ارتباط العقد بوجود الوصف في العين واما الى تقييد المبيع بذلك الوصف والقيد هذا من ناحية ومن ناحية اخرى مرجع اشتراط سقوط الخيار الى الالتزام بالبيع على كل تقدير ومن الظاهر ان الاشتراط أو التقييد ينافي الاطلاق فانه جمع بين الضدين هذا ملخص كلامه.

ويرد عليه ان التعليق والتقييد كليهما باطلان اما التعليق فلقيام الاجماع على بطلانه واما التقييد فلعدم قابلية العين الخارجية له وبعبارة اخرى الكلي قابل لان يقيد بالقيود واما الجزئي الخارجي فغير قابل له فالالتزام البيعي لا مقيد ولا معلق فيمكن جعل الخيار ويمكن اسقاطه ولتوضيح المدعى نذكر صورتي العقد فنقول الصورة الاولى ان يبيع العين بشرط الخيار ولا اشكال في تحقق الخيار بلحاظ الشرط الصورة الثانية ان يبيع الموصوف بالصفة الخاصة مع عدم الخيار وفي هذه الصورة ينعقد البيع بلا خيار. ان قلت: مع اسقاط الخيار وعدم اشتراطه يكون العقد غررياً فيكون باطلاً اذ قد مر ان التعليق والتقييد باطلان. قلت: يرد عليه اولا انه لا دليل على بطلان الغرر وثانياً انه يمكن رفع الغرر بالعلم بتلك الصفة فان رفع الغرر لا ينحصر باشتراط الخيار.

«قوله قدس سره: فان البايع يتعهد لوجودها فى المبيع»

التعهد انما يتعلق بالفعل الاختياري فلا مجال لتعهد البايع لان يكون العبد كاتباً فان كتابة العبد لا تكون في اختيار البايع كي يتعهدها.

«قوله قدس سره: مسئلة لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت»

الامر كما افاده فانه لا وجه لسقوط الخيار ببذل التفاوت ولا بابدال العين بل لقائل ان يقول لا يسقط الخيار حتى مع الابدال والمعاوضة الجديدة لان الخيار متعلق بالعقد لا بالعين الا ان يقال مرجع الابدال والمعاوضة الى اسقاط ذي الخيار خياره فلا مجال لبقائه.

«قوله قدس سره: ولو شرط في متن العقد الابدال لو ظهر على خلاف الوصف»

الصور المتصورة ثلاثة. الصورة الاولى: ان يشترط الابدال بنفسه وبلا سبب وهذا باطل بلاكلام لان الشرط لا يكون مشرعاً ولابد من كون المبادلة مشروعة كي تلزم بالشرط ومن الظاهر فساد المبادلة بلا سبب. الصورة الثانية: ان يشترط الابدال بان يكون الابدال بنفس الشرط وهذا باطل ايضاً لانه يرجع الى التعليق وبعبارة اخرى البيع معلق على التبديل والحال انه مادام لم يتحقق البيع لامجال للتبديل. الصورة الثالثة: ان يشترط عليه الابدال وهذا جايز لان المبادلة في حد نفسها امر جايز وبالشرط يصير لازماً فلابد في المقام من التفصيل كما فصلناه.

«قوله قدس سره: فيفسد ويفسد العقد»

أما فساد الشرط فكذلك كما تقدم قريباً واما افساده للعقد فليس كذلك اذ الحق ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد.

«قوله قدس سره: وبذلك ظهر ضعف مافي الحدائق من الاعتراض على الشهيد» الخ

وحاصل الكلام ان صاحب الحدائق في مقام الاشكال على الشهيد افاد انه لا وجه للحكم بالفساد على الاطلاق بل لابد من التفصيل بان يقال ان ظهر المبيع على الوصف المطلوب يكون العقد صحيحاً والا فلا وذلك لاطلاق الاخبار واورد عليه المصنف بانه لا وجه للتفصيل اذ المفروض ان الشرط فاسد والشرط الفاسد اما يفسد العقد واما لا يفسد فعلى الاول يفسد على الاطلاق واما على الثاني فايضاً كذلك.

«قوله قدس سره: مسئلة الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد واقع على عين شخصية»

الذي يختلج بالبال ان يقال ان كان المستند للخيار النص الخاص فلا مجال للالتزام به في غير البيع اذ المفروض انه يختص به وان كان المدرك الاشتراط الارتكازي يمكن ان يقال بانه لا يختص بالبيع ولا وجه لاختصاصه به لكن الالتزام بالعموم مواجه مع اشكال آخر وهو ان الشرط لايكون مشرعاً بل لابد ان يكون في الرتبة السابقة مشروعاً وحيث ان جعل الخيار على خلاف لزوم العقد بمقتضى وجوب الوفاء المستفاد من قوله تعالى «اوفوا بالعقود» لايجوز جعل الخيار لكن في الصلح والاجارة لا اشكال في جواز اشتراط الخيار بمقتضى السيرة الجارية بين العقلاء والمتشرعة واما في غير البيع والصلح والاجارة فلا دليل على مشروعيته.

ان قلت: كما في عبارة الشيخ ان الامر دائر في صورة تخلف الوصف بين كون العقد فاسداً وان يكون صحيحاً لازماً وان يكون صحيحاً جايزاً اما الاول فهو على خلاف بناء الفقهاء حيث لا يحكمون بالفساد عند تخلف الوصف واما الثاني فلا مقتضى له لان دليل اللزوم يقتضي الوفاء بما بني عليه والمفروض ان التعهد وقع على الموصوف واما الثالث فهو المتعين وهو المطلوب.

قلت: نختار الشق الثاني ونلتزم بكونه لازماً فان مقتضى وجوب الوفاء لزوم كل عقد الا ما خرج بالدليل والتعهد العقدي غير معلق على وجود الوصف وغير متعلق بالمقيد بالوصف. اما الاول فلبطلان التعليق مضافاً الى ان لازمه بطلان العقد وعدم تحققه مع عدم المعلق عليه واما الثاني فلعدم امكان تقييد الجزئي الخارجي فالحق هو اللزوم لكن قد ذكرنا ان جعل الخيار في العقود الثلاثة وهي البيع والاجارة والمصالحة أمر مشروع مطابق للسيرة المتشرعية.

«قوله قدس سره: مسئلة لو اختلفا فقال البايع لم يختلف صفة وقال المشترى قد اختلف»

الظاهر بحسب القواعد ان القول قول البايع اذ المشتري يدعى الخيار وعليه اثباته وان شئت قلت كل عقد لازم بلحاظ وجوب الوفاء والخيار يحتاج الى سبب والاصل عدم تحققه وعن العلامة ان القول قول المشتري بتقريب ان مقتضى البرائة برائة ذمته عن الثمن والاشتغال يحتاج الى اقامة بينة ويرد عليه ان تملك البايع للثمن اعم من ان يكون شخصاً أو كلياً لاريب فيه وانما الشك في وجود الخيار وبعبارة واضحة الكلام في اللزوم والجواز لا في الصحة والفساد وان الصحة

مفروغ عنها وللشيخ كلام في المقام وقد فصل بين ايقاع العقد على المقيد وايقاع العقد على العين بلا تقييد ومع شرط الخيار عند التخلف فاختار الفساد في الشق الاول والصحة مع الخيار عند التخلف في الشق الثاني وقال ان كان من القسم الاول يكون القول قول المشتري اذ مقتضى الاصل عدم كون العين متصفاً بالوصف الذي قيدت العين به وان كان من القسم الثاني يكون القول قول البايع فان اثبات الخيار يحتاج الى الدليل فعلى الاول تكون اقامة البينة على البايع وعلى الثاني تكون على المشتري وما افاده غير تام اذ الجزئي غير قابل للتقييد فلا مجال لهذا التفصيل ولا يكون فرق بين المورد ين وعليه يكون القول قول البايع والمشتري عليه الاثبات فان قوله خلاف الاصل وان ترك ترك وهذا هو الميزان في كون الشخص مدعياً فلاحظ.

«قوله قدس سره: مسئلة لو نسج بعض الثوب فاشتراه على ان ينسج الباقي كالاول بطل»

استدل على البطلان بان بعض المبيع حاضر ومعلوم وبعضه مجهول في الذمة وبيع المجهول باطل ولتوضيح الحال نذكر الاقسام المتصورة في المقام كي نرى ما هو حكم كل صورة فنقول الصورة الاولى ان يبيع مقداراً منسوجاً حاضراً مع مقدار منسوج شخصي ولكن لا يكون فعلاً منسوجاً بل يصير منسوجاً بعد ذلك والظاهر ان البيع بهذا النحو باطل بالنسبة الى غير المنسوج اذ المفروض ان المنسوجية صفة نوعية والمفروض ان المبيع متصف بهذه الصفة فالمبيع لا يكون موجوداً بالفعل وان شئت قلت الذي يكون موجوداً

في الخارج بالفعل لا يكون مبيعاً والذى يكون مبيعاً لايكون موجوداً ولا يصح بيع غير الموجود هذا بالنسبة الى غير المنسوج واما بالنسبة الى المنسوج فلابد من التفصيل بان نقول ان كان المبيع مجموع الامرين بحيث يكون البيع واحداً يكون فاسداً بالنسبة الى المنسوج ايضاً اذ المفروض ان البيع واحد ولا يعقل ان الامر الواحد يكون صحيحاً وباطلاً فان اجتماع الضدين محال وان كان البيع متعدداً والوحدة في الصورة والانشاء فلا وجه لبطلان البيع بالنسبة الى المنسوج.

الصورة الثانية: ان يبيع المنسوج مع غيره الموجود في الخارج على ان ينسجه يكون البيع صحيحاً غاية الامر يكون للمشترى خيار تخلف الشرط.

الصورة الثالثة: ان يبيع المنسوج مع غيره في الذمة متصفاً بكونه منسوجاً ان قلت كيف يمكن بيع العين الشخصية مع الكلي في الذمة قلت لا مانع منه ومقتضى القاعدة هوالجواز وفي هذه الصورة يكون البيع صحيحاً ويجب على البايع ان يسلم ذلك المقدار منسوجاً فان غير المنسوج لايكون متعلقاً للبيع وصفوة القول ان البايع يجب عليه ان يسلم المنسوج وان لم يفعل يتحقق خيار عدم تسليم المبيع فان مقتضى الارتكاز تحقق الخيار عند عدم تسليم المبيع واما خيار تبعض الصفقة الذي في كلام الشيخ فلانتصوره ولما انجر الكلام الى هنا فلابد من بيان حقيقة الامر وهي انه لامورد لخيار تبعض الصفقة اذ البايع اذا باع شيئين فتارة يكون البيع في الحقيقة متعدداً والانشاء واحداً واخرى يكون البيع واحداً والمبيع واحد

كما لو باع مصراعي الباب فظهر ان المبيع مصراع واحد وثالثة يبيع كتاب الجواهر فيظهر انه معيب.

اما الصورة الاولى فمقتضى القاعدة صحة البيع بالنسبة الى الموجود وعدم الصحة بالنسبة الى المعدوم.

واما الصورة الثالثة ففيه خيار العيب مع صحة اصل العقد.

واما الصورة الثانية فمقتضى القاعدة فساد العقد اذ ما وقع غير مقصود وما قصد لم يقع وان شئت قلت البيع تعلق بالمصراعين ولا واقع للمبيع فالبيع باطل من اصله فتحصل ان خيار تبعض الصفقة لا اصل له وهذا تحقيق جديد والظاهر انه لم يسبقني اليه سابق.

«قوله قدس سره: اطلاق العقد يقتضي وقوعه مبنياً على سلامة العين من العيب وانما ترك اشتراطه صريحاً اعتماداً على اصالة السلامة».

ما أفاده مبنى على ما اشتهر بينهم من بطلان العقد الغرري وعليه لا يجوز بيع العين بدون احراز صحته ويرد عليه اولاً ان الدليل اخص من المدعى اذ يمكن ان نفرض في مورد لا يكون خطر بان يكون المشتري عالماً بان المبيع يساوى الثمن المدفوع ولو فرض كونه معيباً.

وثانياً انه لا دليل معتبر على كون الغرر موجباً للابطال ولكن نبحث على تقدير المذكور فنقول ما المراد من اصالة السلامة فيمكن ان يكون المدرك للاصل المذكور الغلبة الخارجية في الافراد ويرد عليه ان الغلبة لا توجب العلم أو الاطمينان وأما الظن فلا يغنى عن الحق شيئاً.

ويمكن أن يكون المدرك لها استصحاب الصحة. ان قلت: الدليل

اخص من المدعى اذ ربما يحتمل كون الحادث معيباً من حين حدوثه فلا موضوع للاستصحاب.

قلت: يمكن اجراء الاستصحاب في العدم الازلي بان نقول العين الفلانية لم تكن قبل وجودها معيبة والان كما كانت.

ان قلت: استصحاب عدم كونها معيبة لا يثبت الصحة الا على نحو الاثبات الذي لا نقول به قلت الذى يكون مورد الرغبة ان لا تكون العين معيبة.

وبعبارة اخرى الموجب لعدم الرغبة أوقلتها العيب وبالاستصحاب ينفى. ان قلت : الاستصحاب اصل عملي وكيف يرتفع الغرر به. قلت: الاستصحاب أصل محرز وامارة حيث لا امارة ويقوم مقام القطع الطريقي وببيان آخر اذا احرز كون العين صحيحة أو غير معيبة لا يكون الاقدام في بيعه غررياً.

ان قلت: مع الاستصحاب لا يرتفع احتمال الخطر فلا يفيد قلت اذا كان الامر كذلك فقيام الامارة أيضاً لا يفيد اذ مع قيامها لايرتفع الشك. ان قلت: لوازم الامارة حجة فيترتب عليها عدم الخطر.

قلت: لا اشكال في عدم تأثير الامارة في ارتفاع الشك وانه باق بحاله مع الامارة فاذا كان الاحتمال مضراً لم يكن فرق بين الامارة والاستصحاب وصفوة القول انه يمكن ان يقال انه لو احرز بالاستصحاب ان الطريق الفلاني لايكون فيه مانع أوالمكان الكذائي ليس فيه سبع لا يكون الاقدام اقداماً غررياً فمع جريان الاستصحاب يكون الغرر مرتفعاً.

ويؤكد المدعى انه يظهر من الشيخ قدس سره الذي هو خريت

الفن انه سلّم جريان الاستصحاب واذ عن باعتباره حيث يقول في جملة من كلامه في هذا المقام أو اشترط بقاء شيء على الصفة السابقة المرئية فانه في حكم ما ترك ذلك اعتماداً على اصالة بقائها انتهى موضع الحاجة من كلامه.

فان هذه الجملة صريحة في انه قدس سره مذعن باستصحاب الصحة ويمكن ان يكون المراد بالاصل بناء العقلاء على الاقدام مع الشك ولا يعتنون باحتمال العيب ويؤيد هذا المدعى ان الاستصحاب حكم شرعي جار من ناحية الشرع فلا يكون بناء العقلاء ناشياً عن الاستصحاب اذ لا يبعد ان هذه السيرة جارية في كافة العقلاء ولو مع عدم الالتزام بالشرع والشريعة.

ان قلت: لعل الاقدام العقلائي مستند الى الشرط الارتكازي للخيار عند انكشاف كونها معيبة.

قلت: اذا كان كذلك لم يكن التبرى من العيب صحيحاً والحال إنا نرى انهم ربما يقدمون على المعاملة ولومع تبرى البايع عن العيب ومع التبري لا مجال للشرط الارتكازى.

«قوله قدس سره: ومما ذكرنا يظهر ان الانصراف ليس من باب انصراف المطلق الى الفرد الصحيح» الخ.

ليس المراد من الانصراف ما هو المعروف بينهم من أن المطلق ينصرف الى الفرد الكامل فلا يتوجه السؤال بانه ما الفرق بين المقام ومقام النذر حيث لم يلتزموا بانصراف المنذور الى خصوص الصحيح.

مضافاً الى أن الانصراف بذلك المعنى لا مجال له في المقام اذ

ذلك الانصراف يتصور في الكلي والكلام فى المسقام فى العين الشخصية وايضاً يلزم عدم تحقق البيع اذ المفروض ان البيع وقع على المقيد بالصحة بل المراد من الانصراف الاعتماد على اصالة الصحة ومن ناحية اخرى الشرط الارتكازي يقتضي اشتراط الصحة أي الخيار عند التخلف فان اشتراط الصحة بغير شرط الخيار لامجال له اذ لولم يكن المراد منه اشتراط الخيار يكون المراد منه اما تعليق العقد على الصحة فيلزم التعليق المبطل للعقد واما تقييد العين بالصحة فيلزم تقييد الجزئي الخارجي واما تعهد البايع بان تكون العين صحيحة فلا مجال له اذ التعهد يلزم ان يتعلق بالامر الاختياري وصحة العين لا تكون كذلك.

«قوله قدس سره: فتأمل»

الظاهر ان امره بالتأمل اشارة الى ان مرجع الامرين واحد ولايكون الوجه الثاني في قبال الوجه الاول وجهاً عليحدة فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان المصرح به فى كلمات جماعة ان اشتراط الصحة فى متن العقد يفيد التأكيد».

وقع الكلام بين القوم في أن اشتراط الخيار صريحاً في مورد خيار العيب هل يوجب التأكيد فلا يحدث خيار آخر غير ما جعل شرعاً أو يكون تأسيساً ويتحقق خياران أحدهما بالتعبد الشرعي ثانيهما بالجعل والشيخ اختار التأكيد وايد مدعاه بمارواه يونس في رجل اشترى جارية على انها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل القيمة اذا علم انه صادق[1].

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب احكام العيوب الحديث ١.

وهذه الرواية ضعيفة سنداً بابن مرار فلا تصل النوبة الى ملاحظة دلالتها والذي يختلج بالبال في هذه العجالة ان يقال لو التزمنا بكون خيار العيب ثابتاً شرعاً لابد من التفصيل بأن نقول اشتراط الخيار في مورده مع قطع النظر عن الجعل الشرعي يكون تارة بالارتكاز واخرى يكون بالتصريح به في ضمن العقد فان كان بالتصريح فلا وجه لجعله تأكيداً للمجعول الشرعي بل هو خيار برأسه بمقتضى نفوذ الشرط ولا موجب للالتزام بكونه تأكيداً.

وأما اذا كان بالارتكاز فيكون تأكيداً لا تأسيساً والوجه في هذا التفصيل انه اذا كان بالتصريح فلا مقتضى لرفع اليد عنه لانه ليس دائمياً بل ربما يوجد الاشتراط المذكور.

وأما اذا لم يكن كذلك فالشرط المذكور الارتكازي دائمي الا في مورد تبري البايع عن العيب فيفهم عرفاً ان الشارع امضى ذلك الارتكاز مع التصرف فيه وبعبارة اخرى يفهم ان المجعول الشرعي هو الخيار الناشي عن العيب بحسب الارتكاز غاية الامر قد تصرف الشارع فيه وحدّ له حدوداً كسقوطه بالتصرف وجواز اخذ الارش مع عدم امكان الرد فلاحظ.

«قوله قدس سره: مسئلة ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشترى على الرد واخذ الارش» الخ.

في هذه المسئلة فروع الفرع الاول انه بماذا يمكن اثبات خيار العيب فنقول الذي يمكن ان يذكر في تقريب المدعى اى ثبوت الخيار وجوه.

الوجه الاول: قاعدة لاضرر بتقريب ان المبيع اذا كان معيباً

يتضرر المشتري والضرر منفي في الشريعة المقدسة.

ويرد عليه اولاً انه يمكن ان يتصور ان يكون المبيع معيباً ومع ذلك لا يتضرر المشتري كما لو اشترى بدرهمين كتاباً معيباً يسوى ثلاث دراهم وثانياً انه قد تقدم في خيار الغبن عدم المجال للاستدلال بالقاعدة على الخيار فلا نعيد.

الوجه الثاني: جملة من النصوص منها ما عن الفقه الرضوي عليه السلام وروى في الرجل يشتري المتاع فيجد به عيباً يوجب الرد فان كان المتاع قائماً بعينه رد على صاحبه وان كان قد قطع أو خيط أو حدث فيه حادثة رجع فيه بنقصان العيب على سبيل الارش، وقال في موضع آخر فان خرج في السلعة عيب وعلم المشتري فالخيار اليه ان شاء رد وان شاء اخذه اورد عليه بالقيمة ارش العيب الى آخره[1].

والرواية لا اعتبار بها سنداً ومنها مرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً فقال ان كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن وان كان الثوب قد قطع أو خيط أوصبغ يرجع بنقصان العيب[2] والمرسل لا اعتبار به.

ومنها ما رواه عمر بن يزيد قال كنت انا وعمر بالمدينة فباع عمر جراباً هروياً كل ثوب بكذا وكذا فأخذوه فاقتسموه فوجدوا ثوباً فيه عيب فقال لهم عمر اعطيكم ثمنه الذي بعتكم به قالوا لا ولكنا نأخذ منك قيمة الثوب فذكر ذلك عمر لابي عبدالله عليه السلام

---

(١) مستدرك الوسائل الباب ١٢ من ابواب الخيار الحديث ٣.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الخيار الحديث ٣.

فقال يلزمه ذلك[١].

وهذه الرواية تامة سنداً. ان قلت: كيف يمكن الجزم بكون عمر بن يزيد ثقة والحال انه مشترك بين السابري والصيقل والذى ثبت كونه ثقة هو الاول. قلت: يرد عليه اولاً ان التناسب وهو بيع الجراب يقتضى ان يكون المراد في الحديث هو الاول.

وثانياً انه نفرض ان الراوي هو الصيقل ولكن نقول قد نقل سيدنا الاستاد في رجاله توثيق النجاشي الرجل عن ابن داود والعجب من سيدنا الاستاد انه بنى على عدم وثاقة الرجل والحال انه بنفسه بعد نقل التوثيق عن ابن داود يقول اقول نسخ النجاشي خالية عن التوثيق فلعل نسخة ابن داود كانت مشتملة عليه انتهى موضع الحاجة من كلامه.

والعجب انه مع التصريح بهذه الجهة المقتضية للبناء على توثيق الرجل كيف بنى على عدم كونه ثقة فتحصل ان الحديث لا بأس به من حيث السند الا ان يقال لا يتم الامر بما ذكر فان الكلام والاشكال جار في ابن داود اذ لم يصرح بتوثيقه في الرجال وما افاده سيدنا الاستاد في ترجمة الرجل من أن ماأفاده النجاشي لا يقصر عن التوثيق غير تام فالنتيجة بقاء الاشكال في الرواية من حيث السند.

الا أن يقال بأن الظاهر ان الناقل للقصة حسن بن عطية لا عمر ابن يزيد فتكون الرواية تامة سنداً فلاحظ.

ولكن في دلالتها تأمل وذلك لعدم وضوح المراد منها اذ الرواية مختلفة بحسب النقل فان الضمير في قوله عليه السلام يلزمه ذلك مفرد على ما في الكافي ولكن يكون الضمير بصورة الجمع فى نسخة

---

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الخيار الحديث ١.

الفقيه والمعنى يختلف باختلاف الضمير فعلى نسخة الفقيه يستفاد من الرواية انهم ملزمون باخذ ثمن الثوب ورده أي يكون لهم خيار رد العين ورد ثمنه وعلى ما في نسخة الكافي يستفاد غير ماذكر لكن عند دوران الامر بين الزيادة والنقيصة يرجح ما يكون زائداً وعليه يتم الاستدلال بالرواية على المدعى أي يستفاد منها مشروعية خيار العيب.

ولو سلمنا انهماحديثان لا حديث واحد فايضاً لا يضر بالمطلوب اذ لا تعارض بين المفادين فان مفاد الحديث على نسخة الكافي اما مجمل والمجمل لا يعارض المبين واما مفيد لحكم غير مناف مع المستفاد منه على نسخة الفقيه فالنتيجة ان الحديث تام سنداً ودلالة وبعد المراجعة الاخيرة رأينا ان الفقيه ذكر الحديث مرسلاً بقوله وروى عن عمر بن يزيد والمرسل لا اعتبار به فيبقى نسخة الكافي خالية عن المعارض وعليه لا يمكن الاستدلال بالحديث على ثبوت خيار العيب.

الوجه الثالث: تسالم الاصحاب عليه فان ثبوت الخيار من ناحية العيب من الواضحات التي لا تكون قابلة للانكار.

الفرع الثاني: انه هل الارش في رتبة الرد أم لا؟ لا اشكال في مشروعية اخذ الارش في الجملة واما في أي مورد وتحت اى شرط فلابد من ملاحظة النصوص وكيفية دلالتها وقبل الخوض في نصوص المقام نقول ربما يتوهم ان الارش في عرض الرد بمعنى ان المشتري يكون مخيراً بين الامرين وما يمكن ان يستدل به على المدعى وجوه.

الوجه الاول ان ما يدل على الخيار وامكان فسخ العقد يدل على الارش أيضاً بدعوى ان مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين العقد بالنسبة

الى تمام الثمن و بين جزء الثمن فيثبت المدعى.

و بعبارة واضحة ان المستفاد من دليل الخيار جواز الفسخ بالنسبة الى تمام المبيع المعيب و بالنسبة الى جزئه ويرد عليه اولاً ان الظاهر من دليل جواز الفسخ جواز فسخ العقد من رأسه و بتمامه فلا مجال لهذه الدعوى.

و ثانياً ان مقتضى البيان المذكور لزوم كون الارش من عين الثمن والحال ان الامر ليس كذلك ويجوز دفعه من غير الثمن.

و ثالثاً انه يستفاد من بعض النصوص الترتيب بين الرد واخذ الارش وان الارش ليس في رتبة الرد.

ورابعاً ان وصف الصحة لا يقابل بالمال فلا مجال للتقريب المذكور.

الوجه الثاني ان الخيار بين الامرين ثابت بالعيب ولكن حيث ان حق الرد ضعيف يسقط بالتصرف ويبقى حق اخذ الارش.

ويرد عليه ان التقريب المذكور لابأس به ثبوتاً ولكن لادليل عليه في مقام الاثبات الوجه الثالث انه يبعد ان يكون الوطى موجباً لثبوت حق آخر غير الرد فهو في عرض الرد غاية الامر بالتصرف كالوطى يسقط الاول ويبقى الثاني.

ويرد عليه ان الوجه المذكور ليس برهاناً بل امر ذوقي وليس تحته شيء الوجه الرابع حديث الفقه الرضوي[1] والحديث ضعيف سنداً فلا يعتدبه وعليه فالطريق منحصر في التوسل بالنصوص الواردة في المقام المنسوبة الى مخازن الوحى عليهم صلوات الله

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٣.

وتحياته فنقول النصوص المربوطة بالمقام على طوائف.

الطائفة الاولى ما يدل على ان الارش في عرض الرد والمشترى مخير بين الامرين من أول الامر لاحظ حديث الفقه الرضوى[1] وقد تقدم انه لا اعتبار به سنداً.

الطائفة الثانية ما يدل على جواز الرد بلا تعرض للارش لاحظ ما رواه عمر بن يزيد[2] وهذه الرواية لا يستفاد منها الا جواز الرد ولا تعرض فيها للارش مضافاً الى انه قد مر الاشكال في دلالتها ولاحظ ما رواه ميسر بن عبدالعزيز عن أبي عبدالله عليه السلام قال قلت له رجل اشترى زق زيت فوجد فيه درديا قال فقال ان كان يعلم ان ذلك يكون في الزيت لم يرده وان لم يكن يعلم ان ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه[3].

والمستفاد من الحديث جواز الرد مع وجدان العيب فيه والشيخ قدس سره ذكر الحديث في باب العيوب الموجبة للرد وصاحب الوسائل ذكره في الباب السابع من أبواب احكام العيوب وعلى الجملة لا اشكال في دلالة الرواية على جواز الرد اذا كان فيه عيب والحديث تام سنداً.

ولاحظ حديث أبي صادق قال دخل أمير المؤمنين عليه السلام سوق التمارين فاذا امرأة قائمة تبكى وهي تخاصم رجلاً تمراً فقال لها مالك فقالت يا أمير المؤمنين اشتريت من هذا تمراً بدرهم وخرج اسفله رديئاً ليس مثل الذى رأيت قال: فقال رد عليها فأبى حتى

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٣.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٣.

(٣) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام العيوب الحديث ١.

قالها ثلاثاً فأبى فعلاه بالدرة حتى ردّ عليها وكان يكره أن يجلل التمر[١].

وهذه الرواية تدل على جواز الرد مع العيب ولكن السند مخدوش.

الطائفة الثالثة ما يدل على سقوط الرد باحداث الحدث في المبيع وجواز اخذ الارش لاحظ ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال ايّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار لم يتبرأ اليه ولم يبين له فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثمّ علم بذلك العوار وبذلك الداء إنه يمضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به[٢].

وما رواه جميل عن بعض اصحابنا عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً فقال ان كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه واخذ الثمن وان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب[٣] والحديثان كلاهما ضعيفان.

الطائفة الرابعة ما يدل على ان المبيع لو وجد فيه عيب وقد احدث فيه حدثاً يسقط الرد ولا تعرض فيه للارش بل امر بان يعامل المشترى مع البايع المهاياة التى فسرت بنوع من البيوع لاحظ ما رواه عقبة بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام انه سأل عن رجل ابتاع ثوباً فلما قطعه وجد فيه خروقاً ولم يعلم بذلك حتى قطعه كيف القضاء في ذلك قال: اقبل ثوبك والا فهابى صاحبك بالرضا

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام العيوب الحديث ٢.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الخيار الحديث ٢.

(٣) نفس المصدر الحديث ٣.

وخفض له قليلاً ولا يضرك ان شاءالله فان ابى فاقبل ثوبك فهو اسلم لك ان شاء الله[1] والرواية ضعيفة سنداً.

وقد وردت جملة كثيرة من النصوص المربوطة بالعيوب العارضة للاماء وتلك النصوص لااثر لها بالنسبة الى المقام اذ الحكم الوارد في مورد خاص لا يشمل غير مورده ولا وجه لا سرائه الى غيره الا مع قيام دليل عليه فانقدح بما ذكرنا انه لا دليل على جواز اخذ الارش فلاتصل النوبة الى ان الارش في رتبة الرد أوهو متأخرعنه.

ثم انه لوقلنا بان جواز اخذ الارش يستفاد من بعض النصوص فلا يقتضى مجرده كونه في رتبة الرد بل يمكن جعله فيما لا يمكن الرد ولعل امره بالفهم بقوله فافهم اشارة الى ما ذكرنا.

الفرع الثالث: ان ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار من اول الامر أو مثبت وموجد له الظاهر هو الاول فان الموجب للخيار هو العيب والمفروض اقترانه مع العقد وان شئت قلت ظهور العيب طريق الى المجعول الشرعى ولا موضوعية له.

الفرع الرابع: انه هل يختص خيار العيب بالمشترى أو يعم البايع فان وجد البايع الثمن معيباً يكون له الخيار الحق ان يقال اذا كان المدرك للخيار الاشتراط الارتكازى فلا فرق بين البايع والمشترى واما لو كان المدرك الاجماع أو النص الخاص يكون الخيار مختصاً بالمشترى اما على فرض كون المدرك الاجماع فواضح اذ الاجماع دليل لبى له القدر المتيقن ومن الظاهر عدم شموله للبايع واما على تقدير كون المدرك النص فالظاهر انه لا يشمل البايع.

---

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الخيار الحديث ٤.

وربما يتوهم التعميم وما يمكن ان يذكر في تقريبه وجوه الوجه الاول ان العنوان المأخوذ في الدليل عنوان الاشتراء لاحظ حديث جميل ورواية زرارة ويرد عليه اولاً ان الحديثين ضعيفان وثانياً ان عنوان الاشتراء لايصدق على البيع كما هو ظاهر.

الوجه الثاني ان عنوان الاشتراء ليس لاجل خصوصية فيه بل لاجل كون الغالب في المعيوب في الاجناس بخلاف النقود فانه ليس الغالب فيها بل المعيوب فيها اقل قليل ويرد عليه اولاً ان الظهور حجة وهو يقتضى الاختصاص.

وثانياً ان كون الغالب في طرف الاشتراء النقود انما بالنسبة الى زماننا واما في زمانهم عليهم السلام فلم يكن الامر كذلك ولا اقل من الشك واذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال الوجه الثالث ان ظهور الادلة وان كان يقتضى الاختصاص بالمشترى ولكن نقطع بعدم الفرق وفيه ما فيه فان الاحكام الشرعية امور تعبدية وزمامها بيد الشارع فلاحظ.

«قوله قدس سره: مسئلة يسقط الرد خاصة بامور احدها التصريح بالتزام العقد واسقاط الرد»

بلااشكال ولا كلام فان خيار العيب خيار حقى قابل للاسقاط.

«قوله قدس سره : واختيار الارش»

ما افاده يتوقف على كون الارش في عرض الرد والحال انه مورد الاشكال والكلام.

«قوله قدس سره : ولو اسقط الخيار فلا يبعد سقوطه»

أما في مقام الثبوت فلا فرق والميزان بالقصد واما في مقام

الاثبات فالمحكم ظهور اللفظ ولو مع القرينة مضافاً الى ان الارش اذا كان في الطول لا مجال لاسقاطه في عرض اسقاط الخيار.

«قوله قدس سره : الثانى التصرف فى المعيب عند علمائنا»

تارة يقع الكلام في سقوط الخيار بالفعل الذى يدل على الاسقاط واخرى في كون الفعل بما هو مسقط أما مع الدلالة فلا اشكال في السقوط اذ لا يختص الانشاء بخصوص اللفظ بل اعم منه ومن الفعل واما كون الفعل بما هو يكون مسقطاً للخيار فعلى مقتضى القاعدة الاولية لا وجه له ومخالف مع اطلاق دليل الخيار واما من حيث قيام دليل آخر على كون التصرف بما هو مسقطاً.

فما يمكن ان يذكر في تقريب المدعى وجوه. الوجه الاول الاجماع وفيه ما فيه الوجه الثاني مما عن العلامة وهو ان التصرف دال على اسقاط الخيار ولولا ذلك كان المناسب الصبر حتى يعلم انها معيبة أو صحيحة.

ويرد عليه ان الاستدلال المذكور دوري اذ يتوقف كشف التصرف عن الاسقاط على كون التصرف مضاداً مع بقاء الخيار فلو توقف التضاد على الكشف لدار.

الوجه الثالث النص الخاص لاحظ ما رواه زرارة[1] فان المستفاد من الحديث ان احداث الحدث في المعيب يوجب سقوط الرد هذا من حيث الكبرى وقد بين المراد من الحدث في حديث آخر وهو ما رواه علي بن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام قال الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشترى اشترط ام لم يشترط فان احدث المشترى فيما

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٨.

اشترى حدثاً قبل الثلاثة الايام فذلك رضا منه فلا شرط قيل له وما الحدث قال ان لامس أوقبل أونظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء الحديث[١].

فان المستفاد من هذه الرواية ان المراد من الحدث الذى يسقط الخيار الملامسة والتقبيل والنظر الى ما كان النظر اليه محرماً قبل الاشتراء فيكون التصرف مسقطاً.

ويرد عليه اولاً ان حديث زرارة ضعيف سنداً فلا مجال للاخذ بالكبرى وثانياً ان الحديث الثاني لايشمل بيع غير الحيوان ولا وجه لاسراء الحكم الى المقام والا ففى بعض النصوص ما يدل على جواز رد الجارية المشتراة مع عدم الوطى لاحظ ما رواه حماد بن عيسى قال: سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول قال علي بن الحسين عليه السلام كان القضاء الاول في الرجل اذا اشترى الامة فوطأها ثم ظهر على عيب ان البيع لازم وله أرش العيب[٢].

فان المستفادمن الحديث ان الامة المشتراة قبل الوطى ترد بالعيب ومقتضى اطلاق المفهوم عدم لزوم الاشتراء ولومع تحقق الملامسة والتقبيل وامثالهما فلاحظ.

«قوله قدس سره : الثالث تلف العين»

ما يمكن ان يذكر في تقريب المدعى وجوه. الوجه الاول: الاجماع وفيه ما فيه.

الوجه الثاني مرسل جميل[٣] فان المستفاد منه ان قوام الخيار

---

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب احكام العيوب الحديث ٧.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٨.

ببقاء العين واما اذا تلفت فلا يكون موضوعه باقياً ولكن المرسل لا اعتبار به.

الوجه الثالث مارواه ميسر[1] فان الامام روحي فداه في هذه الرواية امر برد المعيوب ومن الظاهر انه مع التلف لاموضوع للرد والحديث تام سنداً فهذا الوجه قابل لاثبات المدعى والظاهر ان الامر ايضاً كذلك اذا كان المدرك للخيار الشرط الارتكازى فان الارتكاز على حق رد العين اذا كانت معيوبة فاذا تلفت لايبقى مجال للرد كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره: أو صيرورته كالتالف»

كما لوسرق أو بيع فان العين في بعض الاحوال والاحيان لاتكون تالفة ولكن تكون كالتالف في عدم امكان ردها وعلى هذا الاساس لو تعذر ردها باى سبب كالبيع والاجارة والرهن الى غيرها يسقط الخيار.

«قوله قدس سره: ثم انه لو عاد الملك الى المشترى لم يجز رده للاصل»

الظاهر ان ما افاده تام اذ بعد زوال الخيار بالانتقال لا دليل على رجوعه برجوع العين واذا وصلت النوبة الى الشك يكون مقتضى الاصل عدم حدوثه بعد زواله بل لا تصل النوبة الى الشك فان عموم وجوب الوفاء بالعقد يقتضى اللزوم غاية الامر يكون العقد في جزء من الزمان جايزاً وبعد زوال موجب الخيار يكون عموم وجوب الوفاء مرجعاً.

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٧.

«قوله قدس سره: لاخلاف نصاً وفتوى في ان وطى الجارية يمنع عن ردها بالعيب»

تدل على المدعى المذكور جملة من النصوص منها ما رواه حماد بن عيسى[1] الى غيره ممّا ورد في الباب المشار اليه.

«قوله قدس سره: ثم ان المشهور استثنوا عن عموم هذه الاخبار لجميع افراد العيب الحمل فانه عيب اجماعاً كما في المسالك الا ان الوطى لايمنع من الرد به»

وقد دلت عليه عدة من النصوص منها ما رواه ابن سنان قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية حبلى ولم يعلم بحبلها فوطأها قال يردها على الذى ابتاعها منه ويردّ معها نصف عشر قيمتها لنكاحه ايّاها الحديث[2].

الى غيره من الروايات الواردة في الباب المشار اليه فلاحظها وقد تعرض الماتن لجملة من الخصوصيات لكن حيث ان المسئلة خارجة عن محل الابتلاء في امثال زماننا يكون الاعراض عنها والاشتغال بما هو اهم اولى والزم وعلى هذا الاساس لا نخوض في البحث في المقام.

«قوله قدس سره: الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشترى»

العيب الحادث بعد العقد على اقسام ثلاثة. القسم الاول العيب الحادث قبل القبض القسم الثاني العيب الحادث بعد القبض في زمان خيارى الحيوان والمجلس. القسم الثالث العيب الحادث بعد القبض

(١) تقدم ذكر الحديث فى ص٤٩٢.
(٢) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العيوب الحديث ١.

ومضى الخيارين والكلام في المقام في القسم الثالث.

والذي يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجوه. الوجه الاول: الاجماع وفيه ما فيه. الوجه الثاني: مرسل جميل[1] فان المستفاد من الحديث ان المعيب اذا كان قائماً بعينه يجوز رده وإلا فلا وفيه ان الحديث مرسل والمرسل لا اعتبار به.

الوجه الثالث: ما عن العلامة وهو ان العيب الحادث يقتضى تلف جزء من المعيب ويكون مضموناً على المشتري فيسقط رده، اذلا وجه لترجيح المشترى على البايع وبعبارة اخرى الامر يدور بين صبر المشتري على العيب السابق وبين صبر البايع على العيب الحادث ولاترجيح فلاخيار ويرد عليه انه بعدعدم الترجيح وتحقق التعارض يكون المرجع اصالة بقاء الخيار وليس المراد استصحابه كي يقال المرجع دليل اللزوم فلا تصل النوبة الى استصحاب الخيار مضافاً الى معارضته باستصحاب عدم الجعل الزائد بل المراد دليل خيار العيب وهو النص الدال عليه فان مقتضى اطلاقه بقائه حتى بعد حدوث العيب في المعيب غاية ما في الباب ان يأخذ البايع من المشتري ارش النقصان.

«قوله قدس سره: ثم مقتضى الاصل عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث وزواله».

الامر كما افاده أي على القول بسقوط الخيار بحدوث الحادث لا فرق بين بقاء الحادث وزواله لكن ان كان مراده من الاصل الاستصحاب فلا يصح ماافاده لعدم مجال لجريان الاستصحاب وان كان المراد من الاصل القاعدة فالحق معه اذ مقتضى دليل اللزوم وهو

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٨٨.

قوله تعالى «اوفوا بالعقود» كون العقد لازماً ومع وجود الدليل الاجتهادي لاتصل النوبة الى الاصل العملي.

«قوله قدس سره: ولو رضي البايع برده مجبوراً بالارش أو غير مجبور جاز الرد».

ربما يقال كما في كلام الشيخ قدس سره في وجه الجواز ان عدم الجواز بلحاظ حال البايع ورعاية عدم تضرره وفيه انه وان كان البيان المذكور ممكناً في مقام الثبوت والواقع لكن مقتضى الدليل القائم وهو الاجماع أو النص الدال على السقوط عدم امكان الالتزام بالثبوت الا مع قيام دليل عليه ولا دليل على عود الخيار نعم يمكن الرد بالاقالة ولكنها خارجة عن محل الكلام وبعبارة واضحة ان رضا البايع لا يقتضى تحقق الخيار.

«قوله قدس سره: ومماذكرنا يعلم ان المراد بالارش الذى يغرمه المشترى عند الرد قيمة العيب لا الارش».

الارش الذي يدفعه البايع من باب ضمان المعاوضة ولذا تلاحظ النسبة بين القيمة الواقعية والثمن المسمى ويدفع الارش بتلك النسبة واما المشتري فيغرم القيمة الواقعية اذ ضمانه ضمان اليد.

«قوله قدس سره: ثم ان صريح المبسوط انه لو رضي البايع باخذه معيوباً لم يجز مطالبته بالارش».

بدعوى انه مع امكان الرد لا تصل النوبة الى الارش والمفروض في المقام امكان الرد فلا ارش ويرد عليه انه لا وجه له بل الميزان اطلاق الدليل الدال على جواز اخذ الارش ومقتضاه عدم الفرق بين كون البايع راضياً بالرد وعدمه.

«قوله قدس سره: تنبيه ظاهر التذكرة والدروس ان من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة على البايع وتوضيح الكلام فى فروع هذه المسئلة».

وقع الكلام بينهم في أن تبعّض الصفقة مانع عن الاخذ بالخيار بالعيب القديم وعليه يسقط الخيار والمناسب مع المقام ان نفكك بين فروع المسئلة وملاحظة كل فرع بحياله واستقلاله وما يترتب عليه من الحكم الشرعي فنقول ومن الله الاستعانة.

الفرع الاول: ان يشترى كتاباً وقلماً بعنوان المجموع المركب بثمن واحد كثلاثة دراهم مثلاً فظهر ان جزء المبيع وهو القلم مثلا معيوب فهل يمكن رد القلم فقط بخيار العيب وابقاء الكتاب بحاله ربما يقال انه جايز لكن يلزم تبعض الصفقة فلا يجوز الاخذ بالخيار بالعيب السابق هذا فيما يرد القلم معيناً وأما رد الجزء المشاع فايضاً لا يجوز للزوم الشركة وهي بنفسها عيب فعلى كلا التقديرين لا يجوز.

ويرد على التقريب المذكور اولاً انه لا مجال للترديد المذكور اذ تعدد المبيع الذي يكون مقوماً للاخذ بخيار العيب اما بتعين كل جزء معيناً واما بلحاظ كل جزء مشاعاً ولابد من اختيار احدهما ولا يمكن الجمع بينهما فلا مجال للترديد.

وثانياً ان العيب الحادث يتحقق باعمال الخيار والحال ان الدليل قائم على كون العيب الحادث مانعاً وكم فرق بين الامرين فان المستفاد من الدليل ان العيب الحادث في المبيع موضوع للمنع عن الخيار والحال ان اعمال الخيار يوجب المانع.

وان شئت قلت ما افيد مرجعه الى كون الشيء علة لعدمه فيلزم من وجود الشيء عدمه وهذا خلف ومحال فخذ واغتنم، اذا عرفت ما تقدم نقول الحق عدم جواز الاخذ بالخيار وذلك لعدم تعدد البيع وعدم تعدد المبيع لان البايع تارة يبيع الكتاب بدرهم والقلم بدرهمين غاية الامر يجمع بين الانشائين فى انشاء واحد ويترتب عليه احكام البيع المتعدد أي يكون كل واحد من بيع الكتاب والدرهم مستقلاً ويترتب على كل واحد حكمه من الخيار وغيره فلامانع للمشتري ان يأخذ بالخيار في احدهما ويبقى الاخر ولايحدث للبايع خيار تبعض الصفقة اذ لاموضوع له نعم اذا اشترط الخيار عند الانفكاك يتحقق له الخيار بالنسبة الى الاخر بالشرط واخرى يجعل المجموع من الكتاب والقلم مبيعاً واحداً ويعتبرهما شيئاً فارداً ويبيعهما ببيع واحد بثلاثة دراهم فلوظهران القلم معيوب لا يمكنه الاخذ بالخيار لان البيع لم يتعلق بالقلم بل القلم جزء للمبيع.

وان شئت قلت القلم في المثال كالسرداب بالنسبة الى الدار وهل يمكن للمشتري رد السرداب فقط لوكان معيوباً والسر" في الجميع ان البيع والمبيع واحد فلا مجال للتبعيض والذي يدل على المدعي انه لو ظهر كون القلم مملوكاً للغير يرد من الثمن درهمان في الصورة الاولى ويرد الثمن بالنسبة في الصورة الثانية.

ان قلت على هذا الاساس لو اشترى زيد مناً من الحنطة وغنماً صفقة واحدة وكان المبيع المجموع المركب من الحنطة والغنم لم يكن مجال لخيار الحيوان بالنسبة الى الغنم وهل يمكن الالتزام بهذا اللازم.

قلت: مرجع هذ الاشكال الى انه يصدق عنوان بيع الحيوان ومع صدق الموضوع يترتب عليه الحكم وبعبارة اخرى مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين كونه مبيعاً مستقلاً وكونه جزءاً للمبيع.

ويرد عليه اولاً النقض بما لو باع احد داره من شخصين فهل يجوز لاحدهما فسخ البيع قبل التفرق بخيار المجلس بالنسبة الى نصف الدار وهل يمكن الالتزام بصحته وثانياً ان الظهور العرفي حجة والظاهر من قوله عليه‌السلام صاحب الحيوان المشتري وايضاً قوله عليه السلام البيعان بالخيار ان الخيار يعرض لاصل البيع ومجموع المبيع ولا يتعلق ببيع الجزئي.

وثالثاً انه لاوجه للقياس بين المقام وبقية المقامات فان المستفاد من خيار العيب تعلقه بالبيع المتعلق بالكل لاحظ مارواه ميسر عن أبي عبدالله عليه السلام[1] قال عليه‌السلام في هذا الحديث «رده على صاحبه» والضمير يرجع الى مجموع المبيع.

الفرع الثاني: ان يشترى احد كتاباً بدينار ودرهم فظهر ان الدرهم معيوب هل يمكن للبايع ان يفسخ العقد بالنسبة الى مايقابل الدرهم الكلام فيه هو الكلام ولا وجه للاعادة وعلى الجملة انه لا مجال لاعمال الخيار في البعض دون الاخر و لافرق بين المثال المذكور وما لو باع شيئاً باربعين تومانا فظهر على احد الورقين عيب فهل يمكن اعمال الخيار بالنسبة الى البعض.

الفرع الثالث: انه لو اشترى شخصان داراً بالف درهم فظهر ان الدار معيوبة فهل يجوز لاحد المشتريين رد نصيبه بالعيب؟ الظاهر انه لا يجوز اذ المفروض ان البيع واحد والمبيع ايضاً كذلك

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٧.

والمفروض ان الخيار عرض لكل بيع والمفروض انه ليس الا بيع واحد فكيف يمكن فسخ العقد بالنسبة الى بعض المبيع دون الاخر.

الفرع الرابع: انه لو اشترى زيد داراً من بكر وخالد فظهر ان الدار معيوبة فهل يمكن فسخ العقد بالنسبة الى احد البايعين دون الاخر الظاهر عدم الجواز والكلام هو الكلام ولا وجه للاعادة.

«قوله قدس سره: فلا اشكال فى كون هذا عقدين ولا اشكال فى جواز التفريق بينهما» الخ

قد ظهر مما ذكرنا انه يختلف الحكم باختلاف الجعل فلو جعل الثمن مركباً من درهم ودينار مثلاً لا يجوز التفريق وان كان كل واحد لوحظ مستقلاً يجوز فلاحظ.

«قوله قدس سره: ويدل عليه النص المانع عن الرد بخياطة الثوب والصبغ» الخ

الظاهر ان مراده من النص حديث جميل[1] قال عليه السلام في هذه الرواية وان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب.

«قوله قدس سره: نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان فى الصفقة فى اختصاصه بالجزء المعنون» الخ

كأنه فرض قدس سره وضوح الحكم هناك ولذا تصدى لقياس المقام على ذلك المورد والحال ان الاشكال عام فان المبيع لو لوحظ مركباً من كتاب وحمار يشكل الالتزام بخيار الحيوان في خصوصه اذ لم يتعلق البيع بالحيوان استقلالاً بل تعلق به ضمناً وعليه نسئل في مورد المثال هل تحقق بيع واحد أو بيعان لا مجال للقول بالتعدد

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٨.

اذ المفروض انه بيع واحد وعلى الاول يكون المبيع مركباً من الكتاب والحمار وان شئت قلت الحمار جزء المبيع لاتمامه.

قوله قدس سره: فالعمدة في المسئلة» الخ

بل العمدة في المسئلة عدم المقتضى كما تقدم فان البيع واحد وكذلك المبيع وللعقد الواحد ليس الا خيار واحد فلامجال للتفريق.

«قوله قدس سره: فالأصل كاف في المسئلة» الخ

أي اصالة اللزوم.

«قوله قدس سره: لو رضى البايع بتبعض الصفقة جاز الرد»

قد ظهر مما قدمناه عدم جواز الرد فان رضا البايع لا يكون قابلاً لتشريع الاحكام.

«قوله قدس سره: مسئلة يسقط الارش دون الرد في موضعين احدهما اذا اشترى ربوياً بجنسه فظهر عيب في احدهما» الخ

ما يمكن ان يذكر في تقريب المدعى وجهان. الوجه الاول: ان الشارع الاقدس اعتبر وصف الصحة في الاجناس الربوية كالمعدوم فلا يجوز ان يؤخذ بازائها شيء وبعبارة اخرى لا يجوز التفاضل والحال ان اخذ الارش يوجب التفاضل وتحقق الربا المحرم.

ويرد عليه ان الارش غرامة شرعية ولا يكون بازاء وصف الصحة ولذا لا يجب دفعه من الثمن ويدل على المدعى ايضاً ان المشتري لوكان جاهلاً بالحكم ولم يطالب البايع بالارش لا يجب عليه شيء ولا تكون ذمته مشغولة بشيء على ما هو المشهور عندهم.

الوجه الثاني: انه قد استفيد من الادلة انه كما لا يجوز اخذ الزيادة في مورد الربا حدوثاً كذلك لايجوز بقاءاً فلايجوز اخذ الارش ويرد عليه اولا ان الظاهر من الادلة حرمة اخذه حدوثاً واما بقاءً

فلا دليل على حرمته وثانياً انه قد ظهر مما قدمناه ان الارش غرامة شرعية ولا ترتبط بالمتعاقدين.

«قوله قدس سره: الثانى ما لولم يوجب العيب نقصاً فى القيمة»

ومثلوا له بالخصاء في العبد والوجه في السقوط عدم الموضوع للارش وبعبارة واضحة ان الارش لجبران النقصان من حيث القيمة وبعد فرض عدم التفاوت يكون الموضوع منتفياً ومع انتفاء الموضوع لاتصل النوبة الى ترتب الحكم فلاحظ.

«قوله قدس سره: مسئلة يسقط الرد والارش معاً باموراحدها العلم بالعيب قبل العقد» الخ.

والوجه عدم المقتضى لهما اما الاجماع فلا يشمل الصورة المفروضة واما الاشتراط الارتكازي فقوامه بالجهل ومع العلم بالحال لا شرط فلا رد واما النص فلعدم شموله لصورة العلم بالحال لاحظ مارواه ميسر[1] فانه عليه السلام قال في هذه الرواية «وان لم يكن يعلم ان ذلك يكون في الزيت رد٥ على صاحبه».

«قوله قدس سره: الثانى تبرى البايع عن العيوب» الخ

قال سيدنا الاستاد في منهاجه في هذا المقام الثانى تبرى البايع من العيوب بمعنى اشتراط عدم رجوع المشتري عليه بالثمن أو الارش ويرد عليه ان التبرى لا يراد منه هذا المعنى المذكور في كلامه وليس هذا الا اشتراط عدم اخذ من له الحق بحقه ولا يترتب عليه سقوط الحق بل يترتب عليه حرمة الاخذ بالحق ولازمه انه لو عصى المشتري وطالب بحقه بان فسخ العقد أو طالب الارش ينفسخ العقد في الاول ويجب دفع الارش في الثانى.

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٧.

وأما التبري عن العيوب بالمعنى المشهور فهل يقتضى سقوط الرد والارش كما في كلام الماتن قدس سره أم لا الذي يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجوه الوجه الاول الاجماع وفيه ما فيه الوجه الثاني حديثا زرارة عن أبي جعفر عليه السلام[1] وجعفر بن عيسى قال كتبت الى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فاذا نادى عليه برء من كل عيب فيه فاذا اشتراه المشترى ورضيه ولم يبق الا نقد الثمن فربما زهد فاذا زهد فيه ادعى فيه عيوبا وانه لم يعلم بها فيقول المنادى قد برئت منها فيقول المشترى لم اسمع البرائة منها ايصدق فلا يجب عليه الثمن ام لا يصدق فيجب عليه الثمن، فكتب عليه الثمن[2].

وكلا الحديثين ضعيفان سنداً اما الاول فبموسى بن بكر واما الثاني فبابنى عيسى.

الوجه الثالث ان خيار العيب ثابت بالاشتراط الارتكازى ومع تبري البايع لا يبقى مجال للاشتراط المذكور ويرد عليه اولاً ان الارش لايرتبط بالاشتراط الارتكازى فانه غرامة مجعولة من قبل الشارع.

وثانياً ان خيار العيب مجعول شرعاً بمقتضى النص الخاص ولابد من العمل على طبقه بمقدار دلالته.

الوجه الرابع ان النصوص الخاصة منصرفة عن الصورة المفروضة ولا تشملها ويؤيد المدعى ان السيرة العقلائية جارية على عدم الخيار مع التبرى والشارع الاقدس ممض للسيرات التى عليها

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٨.

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب احكام العيوب الحديث ١.

العقلاء غاية الامر يتصرف فيها في بعض الاحيان مثل تحريمه الربا وامثاله وعليه لامقتضى للخيار كما انه لا مقتضى للارش.

ثم ان في المقام اشكالاً وهو انه مع تبرى البايع يكون البيع غررياً فيكون باطلاً ويرد عليه اولاً ان كون الغرر مبطلا للعقد اول الكلام والاشكال وثانياً ان التبرى لا يستلزم الغرر اذ يمكن ان يكون المشترى عالماً بسلامة المبيع اعم من العلم الوجداني أو التعبدي أو يكون له طريق الى احراز سلامة المبيع كاصالة السلامة على القول بها أو بالاستصحاب كما مر وتقدم في اول البحث نعم مع الالتزام بكون الغرر مبطلاً وفرض عدم طريق لاحراز سلامة المبيع يشكل الالتزام بالصحة في صورة تبرى البايع عن العيب.

ثم انه لا فرق بين التبرى الاجمالى والتفصيلى كما انه لا فرق بين التبرى عن العيوب الظاهرة والباطنة وبلا فرق بين ان يكون المدرك النص كما عليه الاصحاب وبين مقالتنا وهو انصراف دليل الخيار عن صورة التبرى فان مقتضى اطلاق النص عدم الفرق كما انه كذلك على القول بالانصراف والجامع بين القولين عدم المقتضى للخيار والارش فلاحظ.

ثم انه هل يكون فرق بين العيوب الموجودة حين العقد والعيوب المتجددة بعده أفاد الشيخ قدس سره انه لا فرق بين الموردين وتمسك بعموم وجوب الوفاء بالشرط وقبل الخوض في البحث نقول مقتضى القاعدة الاولية عدم ثبوت الخيار بالعيب المتجدد اذ المفروض ان المبيع كان صحيحاً وانما تعيب بعد ما انتقل الى ملك المشتري فلا وجه للخيار.

لكن ما افيد مبني على أن العيب المتجدد في زمان الخيار المختص

بالمشتري وايضاً العيب الحادث قبل القبض كالعيب الموجود قبل العقد والبحث جار على هذا الفرض فنقول ما المراد من الشرط المذكور في كلام الماتن فان كان المراد اشتراط اسقاط الخيار الحادث بعد حدوث العيب فيدخل في عنوان اسقاط ما لم يجب واسقاط ما لم يجب وان كان ممكناً ثبوتاً.

ولكن لا دليل على صحته في مقام الاثبات بل مقتضى الاصل عدم مشروعيته وان كان المراد اشتراط عدم الخيار فلا مجال له فان دليل وجوب الوفاء بالشرط ليس مشرعاً ومشروعية مثله اول الكلام وان كان المراد به عدم اخذ المشتري بالخيار فهو وان كان جايزاً لكن هذا الاشتراط لا ينافي تحقق الخيار كما مرمنا قريباً.

«قوله قدس سره : ثم ان البرائة فى هذا المقام يحتمل إضافتها الى امور» الخ

وقع الكلام في المراد من البرائة فذكر الشيخ (ره) احتمالات ثلاثة. الاول عدم تعهد البايع سلامة المبيع.

ويرد عليه ان التعهد وعدمه يتعلقان بالامر الذى يكون اختياره بيد المتعهد كمالو تعهد احدان يزور قبرالحسين عليه السلام في يوم الجمعة واما تعلق التعهد بامر خارج عن القدرة كنزول المطر من السماء فلا معنى له والمقام كذلك اذ كون المبيع سالماً أو غيرسالم يكون تحت قدرته سبحانه ولا يرتبط باحد.

الثاني ضمان العيب اى لا يلتزم باشتغال ذمته بشيء من الارش وهذا قابل ولكن لا يكون هذا مراداً من التبرى والعرف ببابك الثالث البرائة من الخيار اى عدم الالتزام بالرد وهذا ايضاً لا يكون مراداً من البرائة بل المراد من البرائة عدم الالتزام بشيء اى لا يلتزم

لا بالرد ولا بالارش ويظهر من كلام الشيخ ان البيع مع الالتزام معلق على كون العين سالمة حيث يقول فكانه باعه على كل تقدير والحال ان البيع مع الالتزام ايضاً على كل تقدير والا يلزم التعليق الموجب لفساد العقد وايضاً يلزم بطلان العقد مع عدم المعلق عليه اذ المشروط ينتفي عند انتفاء الشرط فلاحظ.

ثم انه هل يسقط بالتبرى جميع الاثار المترتبة على العيب أو يختص السقوط بخصوص الخيار والارش فلو مات الحيوان بالعيب الموجود فيه في زمان الخيار المختص بالمشتري كما لو مات في الثلاثة يكون الضمان على البايع لقاعدة (كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممن لا خيار له) قولان والذى يختلج بالبال ان يقال تارة لا يقصد من التبري الا من الناحية الخاصة واخرى يقصد التبري على نحو الاطلاق اما على الاول فلا وجه لسقوط غير تلك الناحية وأما على الثاني فلابد من ملاحظة الدليل وان الضمان مثلاً هل يسقط بالتبري ام لا ومقتضى القاعدة الاولية عدم السقوط فان الضمان مثلاً بحكم الشارع ولاوجه لسقوطه بالتبري.

ثم انه قدس سره تعرض لجملة من الامور التى يمكن القول بسقوط الرد والارش بها الامر الاول زوال العيب قبل الرد وقد اختار قدس سره التفصيل بين الرد والارش بالسقوط في الاول وعدمه في الثاني بتقريب انه مع زوال العيب لا يتضرر المشترى فلا وجه للرد وأما الارش فهو غرامة مجعولة في ذمة البايع ولا وجه لسقوطه عن عهدته.

والحق ان يقال ان المدرك للخيار ان كان هو الاجماع فلا خيار اذ شمول الاجماع للمقام غير معلوم والخيار خلاف القاعدة وان كان المدرك الاشتراط الارتكازى فالظاهر انه ليس الاشتراط ثابتاً في

فرض زوال العيب قبل الرد وان كان المدرك النص فالظاهر ايضاً عدم شموله للمقام فان الظاهر من حديث ميسر بل صريحه ان الرد يتعلق بالمعيب ومع فرض زوال العيب لاموضوع للرد كما هوظاهر هذابالنسبة الى الرد وأما بالنسبة الىالارش فلا مقتضى له فيالمقام اذ العمدة في دليله الاجماع والتسالم ولا اجماع في المقام.

وأما ما افادهالماتن منان ذمة البايع يشتغل والبرائة موردالشك فيرد عليه انه لا دليل على المدعى المذكور ولذا لو لم يطالب المشتري الارش لجهله به أو لغير ذلك لا يجب على البايع دفعه.

واما قاعدة الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد فليس تحتها شيء مضافاً الى انها لا تنطبق على المقام فان المفروض ان العيب زال ولم يفرض عوده.

الامر الثاني التصرف فيالعين بعد العلم بالعيبفانه مسقطللرد والارش عند ابن حمزة على ما نقل عنه والذي يمكن ان يقال في تقريب المدعى وجهان. الوجهالاول ان التصرف دليل على الرضا.

الوجه الثاني ان النص الدال على الارش بعد التصرف يختص بصورة عدم العلم بالعيب وكلا الوجهين مخدوشان اما الاول فبان التصرف اعممن الرضا. واما الثاني فلان الامر ليس كذلك فان الحديث الدال على الارش بعد التصرف مطلق من حيث العلم وعدمه فلا وجه للاختصاص واما ما ورد في سقوط خيار الحيوان بالتصرف فيه فهو يختص بتلك المسئلة ولا وجه للتسرية اذ ما ورد هناكحكم تعبدى مختص بموضوعه ومقتضىماورد منالنص فيالمقام كحديث جميل[1] هو الاطلاق نعم يمكن ان يقال ان دليل الارش كما تقدم منا

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٣.

هو التسالم فلابد من الاقتصار على مورد يكون متسالماً عليه.

الامر الثالث: التصرف في المعيب بالعيب الذى لا يوجب نقصاً في القيمة كالخصاء فان الارش لايتصور فيه واما الرد فيسقط بالتصرف ويرد عليه انه لا دليل على سقوط الخيار بمطلق التصرف نعم اذاكان التصرف دالاً على الاسقاط فلا اشكال في السقوط.

الامر الرابع: حدوث عيب في المعيب بالعيب الذى لا يكون موجباً لنقصان القيمة فان الارش لا يتصور فيه كما تقدم واما الرد فيسقط بمقتضى ما دل على سقوط الرد بحدوث التغير في المبيع وتخصيص ذلك الدليل بخصوص مورد يكون الارش ثابتاً بلا وجه.

وأما التمسك بدليل الضرر فلا مجال له حيث قد تقدم منا مراراً ان القاعدة لا تقتضى الاثبات بل شأن القاعدة نفى الاحكام الضررية ويختلج بالبال في هذه العجالة انه لو قلنا بمقالة المشهور في مفاد القاعدة وقلنا مفادها النفي لا النهي والقاعدة تكون حاكمة على ادلة الاحكام نقول يمكن التمسك بها لنفى اللزوم فيما يكون ضررياً اذ لاتختص القاعدة بنفى الاحكام التكليفية بل تعم الاحكام الوضعية ايضاً وحيث انه لايمكن الاهمال في الواقع يكون رفع اللزوم مستلزماً للجواز.

وعلى هذا الاساس يلزم جريان القاعدة في نظير اللزوم والالتزام بالرفع مثلاً لوكان زيد مالكاً لمقدار كر من الزيت ثم اصابه دم يصيره متنجساً على مقتضى القاعدة ولكن تنجس الزيت يوجب تضرر المالك فيقتضى ان يحكم بعدم نجاسته فيكون طاهراً لا محاله وقس عليه بقية الموارد ويأتى هذا البيان بالنسبة الى قاعدة رفع الحرج والظاهر انه يلزم تأسيس فقه جديد والله العالم.

ويمكن رد الدعوى المذكورة بوجوه. الوجه الاول انه لو كان الامر كذلك لشاع وذاع ولم يكن واقعاً مورد البحث والرد والايراد فان الثمرات المترتبة على التقريب المذكور كثيرة جداً ومورداً لابتلاء العموم فكيف يمكن ان تكون تحت الستار. الوجه الثاني النصوص الواردة الدالة على تنجس السمن والزيت وغيرهما[1].

فان الامام عليه السلام حكم بحرمة الاكل والشرب والبيع وحكم بنجاسة الملاقي مع النجاسة مع انه يتضرر المالك ويكون حرجاً عليه ومع ذلك لم يؤثر الضرر والحرج في الحكم الشرعي.

الوجه الثالث ما ورد في باب الزوجة المبتلاة فقال عليه السلام في حديث بلية ابتليت فلتصبر فانه يستفاد من الحديث ان الحرج والضرر لا يؤثران في ارتفاع العلقة الزوجية اللهم الا ان يقال اذا تم التقريب المذكور نخصصه بهذه الموارد المشار اليها وتخصيص العام ليس امراً عزيزاً فلاحظ.

لكن العمدة في الاشكال عدم تمامية دليل سقوط الخيار بالتغير الحادث في العين من حيث السند فعليه يكون مقتضى القاعدة عدم سقوط الرد لا للاستصحاب كما في كلام الماتن فان الاستصحاب الجارى في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد بل لاطلاق دليل الخيار نعم لو كان العيب الحادث موجباً لنقصان القيمة يلزم على المشتري دفع الارش.

الامر الخامس ثبوت احد مانعي الرد اى التصرف فيه وحدوث عيب جديد في المعيب الذى لا يجوز اخذ ارش العيب بملاحظة

---

(١) الوسائل الباب ٤٤ و ٤٥ من ابواب الاطعمة المحرمة والباب ٥ من ابواب الماء المضاف والباب ٦ من ابواب ما يكتسب به.

ترتب الربا فان المفروض سقوط الرد بالتصرف وبحدوث العيب الجديد فيه يحصل التغير في المبيع فلا يجوز الرد كما انه لا يجوز الارش للزوم الربا المحرم فيسقط الرد والارش كلاهما والحق عدم سقوط شيء من الامرين ولا مقتضى لسقوط الرد ولا الارش وذلك لان التصرف كما تقدم اعم من الرضا ولا يستلزم التصرف في العين اسقاط الخيار كما انه لا دليل معتبر على سقوط الرد بحدوث العيب في العين وصيرورتها متغيرة فلايسقط الرد كما انه لاوجه لسقوط الارش فان الارش غرامة شرعية ولا يرتبط بالعوضين.

«قوله قدس سره : اقدم على عدم مطالبة مال زائد على مايأخذه»

يرد عليه اولاً ان الامر ليس كذلك فان العقد الواقع على الجنس الربوى والمعاوضة بين الربويين لا يستلزم الاقدام المذكور وثانياً ان الاقدام المذكور لا اثر له الا ان يرجع الى اسقاط الخيار وهو مشكل اذ يدخل تحت كبرى اسقاط ما لم يجب ولا دليل على صحته.

«قوله قدس سره : وقد عرفت النظر فيه»

ما عرفنا بل مقتضى الاطلاق عدم الفرق نعم لا دليل معتبر على اصل الحكم اى سقوط الرد بحصول التغير في المعيب.

«قوله قدس سره : وان رد مع الارش لزم الربا» الخ

الربا يختص بالمعاوضة ورد المبيع بالفسخ لا يكون معاوضة كما هو ظاهر فان الفسخ حل العقد غاية الامر يثبت الارش بالحكم الشرعى وبعبارة واضحة الارش بحكم الشارع وهل يعقل ان يكون الحكم الشرعي موجباً لتحقق الربا وعلى الجملة المشترى اذا فسخ العقد في مفروض الكلام اما يؤثر واما لايؤثر فعلى الاول يتحقق الحكم الشرعى بدفع الارش وهل يمكن ان يكون الحكم الشرعى بالارش

يوجب بطلان الفسخ اليس هذا داخلاً تحت كبرى ان المعلول يقتضي عدم علته وهذا من الاباطيل الاولية ومما ذكرنا ظهر ان اخذ الارش من البايع لاجل العيب السابق جائز ولا يرتبط بمسئلة الربا.

«قوله قدس سره : ولذا يبطل التقايل مع اشتراط الزيادة أو النقيصة»

قد ظهر مما ذكرنا انه لا مجال للتقريب المذكور فان التقايل حل العقد من الطرفين كما ان الفسخ حل للعقد من طرف واحد ولا معاوضة في شيء منهما نعم لا يجوز الاشتراط المذكور في التقايل من ناحية اخرى وهي ان التقايل حل للعقد ومقتضى حله رجوع كل من العوضين الى محله الاول ولا مقتضى للزيادة والنقيصة واشتراطهما باطل لكون الشرط المذكور خلاف الشرع فيكون شرطاً فاسداً.

«قوله قدس سره : والاول اولى»

ما افاده قدس سره من الغرائب فان الشيء لاينقلب عما هو عليه وعلى هذا الاساس كيف يمكن ان يكون اخذ الارش موجباً لصيرورة العقد ربوياً وبعبارة واضحة ان العقد الصادر من المتعاقدين اما يكون ربوياً واما لا أما على الاول فيكون باطلاً من الاول وأما على الثاني فلا يعقل اتصافه به بعد عدمه مضافاً الى ان الارش ليس في مقابل وصف الصحة فان وصف الصحة لايقابل بشيء بل الارش غرامة شرعية مجعولة من قبل الشارع الاقدس.

«قوله قدس سره : كنسيان العبد الكتابة»

كانه قدس سره فرض عدم الضمان في نسيان الكتابة وامثاله والحال ان الامر ليس كذلك فان نسيان الكتابة وامثاله يوجب الضمان والوجه في الضمان انه اذا فسخ المشترى تعتبر العين مملوكة

للبايع وحيث ان العين كانت ذات وصف كذائي كالصحة والكتابة وامثالهما وتكون يد المشتري يد ضمان والمفروض ان التلف تحقق في يده تكون الغرامة بعهدته وان شئت قلت اذا فرض ان العين المشتراه تلفت في يد المشتري وبعد التلف فسخ العقد يكون ضامناً للعين كذلك يكون ضامناً للصفات التي زالت عنده فانضمان كلا الامرين من باب واحد.

«قوله قدس سره: لان وصف الصحة فيه يقابل بجزء من الثمن».

وصف الصحة لايقابل بجزء من الثمن كبقية الاوصاف بل الاوصاف توجب زيادة قيمة العين والذي يدل على المدعى انه لايجوز بيع الوصف بما هو وصف والحال انه لوكان مقابلاً لمقدار من الثمن كان مقتضاه جواز بيعه فقط وهو كما ترى.

الامر الساس: تأخير الاخذ بمقتضى الخيار مع العلم بالعيب بتقريب انه لا دليل على التراخي والقدر المعلوم من الخيار الفور نعم مقتضى الاستصحاب بقائه وتراخيه ويرد عليه اولاً انه ماالوجه في سقوط الارش فان غاية البيان المذكور فورية الرد وثانياً انه لا وجه للفورية فان دليل الخيار ان كان الارتكاز العقلائي فهو يقتضى التراخي وان كان النص الخاص فايضاً كذلك نعم ان كان المدرك الاجماع فلابد من الاخذ بالمقدار المعلوم.

وثالثاً انه لو التزمنا بعدم الدليل على التراخي فلاتصل النوبة الى استصحاب الخيار اذ يرد عليه اولاً ان مع الدليل الاجتهادي لا مجال للاصل العملي والمفروض ان عموم قوله تعالى «اوفوا بالعقود» يقتضي اللزوم فلا مجال لاستصحاب الجواز وثانياً ان الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد

فتحصل ان الحق بقاء الخيار وحق اخذ الارش ولا وجه للقول بالفورية فيهما.

«قوله قدس‌سره: قال في المبسوط من باع شيئاً فيه عيب لم يبينه فعل محظوراً وكان المشترى بالخيار».

لا اشكال في حرمة الغش تكليفاً وقد مرّ الكلام حوله في المكاسب المحرمة فمع احرازه لا شبهة في حرمته ومع الشك في الصدق يكون مقتضى الاصل الموضوعي والحكمي هو الجواز اما الاصل الموضوعي فهو عبارة عن استصحاب عدم صدق العنوان فلا يترتب عليه حكمه واما الاصل الحكمي فهو عبارة عن البرائة عن الحرمة واذا باع وغش المشتري يكون المشترى بالخيار لاجل الاشتراط الارتكازي.

ويقع الكلام في صدقه في بعض الموارد مثلاً لو باع المعيب ولم يبيّن العيب فتارة يتبرء من العيب واخرى يقول ان العين سالمة ولا عيب فيها وثالثة يسكت اما الصورة الاولى فلا يصدق عنوان الغش واما الصورة الثانية فالظاهر انها مصداق للغش فان الغش على ما يستفاد من اللغة عبارة عن مفهوم «گول زدن وكلاه به سر گذاردن» في اللغة الفارسية ولا يصدق العنوان المذكور الا مع علم الغاش وجهل المغشوش وارادة الغاش اضلال المغشوش.

وأما الصورة الثالثة: فقال سيدنا الاستاد في منهاجه في هذا المقام وقد يكون بترك الاعلام مع ظهور العيب وعدم خفائه كما اذا احرز البايع اعتماد المشتري عليه في عدم اعلامه بالعيب فاعتقد انه صحيح ولم ينظر في المبيع ليظهر له عيبه فان عدم اعلام البايع بالعيب مع اعتماد المشتري عليه غش للمشترى انتهى كلامه رفع

في علو مقامه فالميزان في الحرمة صدق العنوان المذكور وبعد صدقه يحرم تكليفاً ويترتب عليه الخيار وضعاً.

«قوله قدس سره: ثم التبرى من العيوب هل يسقط وجوب الاعلام فى مورده» إلخ.

قد ظهر مما تقدم انه يسقطه وان عنوان الغش مع التبري لا يصدق ومجرد كون المشتري معتمداً على اصالة الصحة من باب عدم اعلام البايع بالعيب لا يوجب تعنون البايع بكونه غاشاً والعرف ببابك مضافاً الى انه قد مرّ الاشكال في كون اصالة السلامة اصلاً معتبراً الا ان يكون مصداقاً للاستصحاب.

«قوله قدس سره: ثم ان المذكور فى جامع المقاصد والمسالك وعن غيرهما انه ينبغى بطلان البيع فى مثل شوب اللبن بالماء».

الظاهر ان القاعدة تقتضى التفصيل بان يقال تارة يكون شوب الماء باللبن بنحو يخرج اللبن عن كونه لبناً ويصدق على المركب منهما عنوان آخر وأخرى لا يخرجه عن ذلك غاية الامر يكون لبناً معيباً اما على الاول فيكون البيع باطلاً اذ ماوقع عليه البيع هو اللبن وما يكون في الخارج غيره فيكون مثل بيع الحمار الوحشي والحال ان ما في الخارج العبد الحبشي واما على الثاني فيكون البيع صحيحاً غاية الامر يترتب عليه حكم المعيب فلاحظ.

«قوله قدس سره: فالقول قول المنكر بيمينه».

لان الاصل موافق معه وبعبارة اخرى المدعى للعيب يدعى ثبوت الخيار أو الارش وكلاهما على خلاف الاصل ويحتاج اثباتهما الى اقامة البيّنة.

«قوله قدس سره: كان الحكم كسابقه»

لعين التقريب المتقدم فلا وجه للاعادة.

«قوله قدس سره : كان للمشترى الخيار فى الرد»

اذ العيب متفق عليه بينهما فيترتب عليه الخيار واما الارش فهو غير معلوم وينفى بالاصل وبعبارة واضحة قد مرّ سابقا ان من العيوب ما لا يوجب قلة القيمة كالخصاء.

«قوله قدس سره: كان القول قول منكر تقدمه»

على ما هو المقرر من ان المدعى عليه البينة واما المنكر فالقول قوله وحيث إن المشتري يدعى الخيار والبايع ينكره فالقول قوله.

«قوله قدس سره: حتى لو علم تاريخ الحدوث».

فان الحق جريان الاصل في معلوم التاريخ في الحادثين وما افاده في الكفاية من الشبهة المصداقية لنقض اليقين بالشك لا محصل له فان الشك في الحالة الوجدانية لا معنى له فتأمل.

«قوله قدس سره: لان اصالة عدم العقد حين حدوث العيب لايثبت وقوع العقد على المعيب» الخ

فانه من الاصل المثبت الذي لا نقول به مضافاً الى انه معارض بمثله وهو أصل عدم حدوث العيب الى زمان العقد.

«قوله قدس سره: ولعله لاصالة عدم تسليم البايع العين الى المشترى على الوجه المقصود» الخ

ادعى ابن الجنيد على ما نقل عنه بانه لو ادعى البايع ان العيب

حدث عند المشتري حلف المشترى ان كان منكراً والشيخ قدس سره قرب ما افاده ابن الجنيد بوجوه ثلاثة. الوجه الاول: اصالة عدم تسليم البايع العين الى المشتري على الوجه المقصود.

ويرد عليه اولاً ان الاصل المذكور لا يقتضي الخيار للمشتري الا على القول بالاثبات وثانياً ان الشك المذكور ناش عن حدوث العيب قبل القبض أو بعده وحيث ان اصالة عدم حدوث العيب الى زمان القبض جارية لاتصل النوبة الى اصالة عدم التسليم على الوجه المقصود فان الاصل السببي حاكم على الاصل المسببي.

الوجه الثاني اصالة عدم استحقاق البايع الثمن بتمامه ويرد عليه ان البايع يستحق الثمن بتمامه بالعقد غاية الامر إذا كانت العين معيبة يؤخذ منه الارش بعنوان الغرامة الشرعية.

الوجه الثالث: اصالة عدم لزوم العقد ويرد عليه ان الاصل الاولى في العقود اللزوم بمقتضى قوله تعالى «اوفوا بالعقود» والجواز يحتاج الى الدليل.

«قوله قدس سره: قال في التذكرة ولو اقام احدهما بينة عمل بها ثم قال ولو اقاما بينة عمل ببينة المشترى لان القول قول البايع لانه ينكر فالبينة على المشترى وهذا منه مبنى على سقوط اليمين عن المنكر باقامة البينة وفيه كلام في محله وان كان لا يخلو عن قوة».

الماتن قدس سره اشار بكلامه الى بحث في باب القضاء وهو انه هل يختص اقامة البينة بالمدعى ويختص اليمين بالمنكر الا في صورة الرد على المدعى أم لا يختص بل لكل واحد منهما اقامة البينة

المشهور فيما بين القوم القول الاول وفي مقابله القول الثاني ذهب اليه بعض كالشهيد والعلامة ويمكن الاستدلال على القول الاول بوجوه.

الوجه الاول: ما رواه جميل وهشام عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله البينة على من ادّعى واليمين على من أدعى عليه[1] ومثله الحديث الثاني والثالث والرابع والخامس والسادس والسابع من هذا الباب.

الوجه الثاني: الاجماع فانه ربما يدعى عليه كما يشاهد في كلماتهم وقد نقل عن المستند انه نقل الاجماع عليه عن بعض معاصريه.

الوجه الثالث: السيرة العقلائية الجارية عليه فانه لا اشكال في انه لوكانت دار مثلاً في يد احد وعليها سلطانه فادعى غيره انها له يطلب من المدعى البينة في المحاكم العرفية والعرف ببابك.

الوجه الرابع: ان هذه المسئلة محل الابتلاء ولا يمكن عادة ان يبقى حكمها تحت الستار وان شئت قلت لوكان الحكم الشرعي على خلاف المشهور لذاع وشاع وحيث لا يكون كذلك يعلم ان الحق ما عليه المشهور فلاحظ.

واستدل على القول الاخر ايضاً بوجوه.

الوجه الاول: حجية البينة على الاطلاق ومقتضى اطلاقها عدم اختصاصها بخصوص البايع ويرد عليه ان تقييد الاطلاق أو تخصيص العام ليس بعزيز وبعبارة اخرى نرفع اليد عن الاطلاق المذكور بما

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعاوى الحديث ١.

يدل على الاختصاص والتفصيل المستفاد من النصوص المشار اليها.

الوجه الثاني: مارواه أبوضمرة عن أبيه عن جده قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام احكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادلة او يمين قاطعة أو سنة ماضية من ائمة الهدى[١].

بتقريب أن المستفاد من الحديث انه من جملة ما يتحقق به الحكم البينة ويرد عليه اولاً ان السند مخدوش وثانياً انه لا تنافي بين الامرين فان البينة تؤثر في مورد واليمين في مورد آخر.

الوجه الثالث: ماورد في بعض النصوص من أن الله اوحى الى بعض انبيائه إن اقض بينهم بالبينات واضفهم الى اسمي لاحظ خبر سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال في كتاب علي عليه السلام ان نبياً من الانبياء شكا الى ربه فقال يا رب كيف اقضي فيما لم أر ولم اشهد قال فأوحى الله اليه احكم بينهم بكتابي واضفهم الى اسمي فحلفهم به وقال هذا لمن لم تقم له بينة[٢].

وخبر أبان بن عثمان عمن اخبره عن أبي عبدالله عليه السلام قال في كتاب علي عليه السلام ان نبياً من الانبياء شكا الى ربه القضاء فقال كيف اقضي بما لم تر عيني ولم تسمع اذني فقال اقض بينهم بالبينات واضفهم الى اسمي يحلفون به[٣].

وفيه انه لا يدل الحديث على كون اليمين في عرض البينة وكليهما في حد سواء وبعبارة اخرى يستفاد من الحديث ان اليمين

---

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعاوى الحديث ٦.

(٢و٣) الوسائل الباب ١ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعاوى الحديث ١و٢.

في طول البينة وقد علم من الدليل الاخر ان اليمين وظيفة المنكر واذا لم يكن للمدعى البينة والمنكر لم يحلف ورد اليمين الى المدعى يحلف.

الوجه الرابع: مطالبة أبي بكر الملعون البينة من فاطمة عليها السلام والحال ان الفدك كان في يدها مع ان المدعي لابدان يقيم البينة والحال انه أراد من الصديقة عليها السلام اقامتها ويرد عليه ان فعل أبي بكر واضرابه لا يترتب عليه الا العذاب الاكبر وأمير المؤمنين عليه السلام لم يصدقه في فعاله بل على مقتضى النقل في مقام المحاجة اورد عليه بعين الايراد.

لاحظ ماروي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث فدك ان أمير المؤمنين عليه السلام قال لابي بكر اتحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين قال لا قال فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادّعيت انا فيه من تسأل البينة قال اياك كنت اسأل البينة على ما تدعيه على المسلمين قال فاذا كان في يدي شيء فادّعى فيه المسلمون تسألني البيّنة على ما في يدي وقد ملكته فى حياة رسول الله صلى الله عليه وآله وبعده ولم تسأل المؤمنين البينة على ما ادعوا على كما سألتني البينة على ما ادعيت عليهم الى ان قال وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله البينة على من ادّعى واليمين على من انكر[1].

ولكن في مقابل الكافر العنود المكب على الدنيا لاسبيل الا التسليم والى الله المشتكى.

الوجه الخامس: جملة من النصوص التي تدل على اعتبار بينة

(١) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعاوى الحديث ٣.

الداخل اي ذى اليد منها ما رواه ابو بصير قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل ياتى القوم فيدعى داراً في ايديهم ويقيم البينة ويقيم الذى في يده الدار البينة انه ورثها عن ابيه ولا يدرى كيف كان امرها قال اكثرهم بينة يستحلف وتدفع اليه وذكران علياً عليه السلام اتاه قوم يختصمون في بغلة فقامت البينة لهؤلاء انهم انتجوها على مذودهم ولم يبيعوا ولم يهبوا وقامت البينة لهؤلاء بمثل ذلك فقتضى عليه السلام بها لاكثرهم بينة واستحلفهم قال فسألته حينئذ فقلت ارأيت ان كان الذى ادعى الدار قال ان ابا هذا الذى هو فيها اخذها بغير ثمن ولم يقم الذى هو فيها بينة الا انه ورثها عن ابيه قال اذا كان الامر هكذا فهى للذى ادعاها واقام البينة عليها[1].

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله ان رجلين اختصما الى امير المؤمنين عليه السلام في دابة في ايديهما واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده فاحلفهما علي عليه السلام فحلف احدهما وابى الاخران يحلف فقضى بها للحالف فقيل له فلو لم تكن في يد واحد منهما واقاما البينة فقال احلفهما فأيهما حلف ونكل الاخره جعلتها للحالف فان حالفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين قيل فان كانت في يد احدهما واقاما جميعاً البينة قال اقضي بها للحالف الذى هى في يده[2] والجواب انه لو امكن تخصيص تلك الكبرى بهذه النصوص نلتزم به واما اذا لم يمكن التخصيص نرفع اليد عن هذه الروايات.

الوجه السادس مارواه حفص بن غياث عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال له رجل اذا رأيت شيئاً في يدى رجل يجوز لي ان أشهد انه

(١و٢) الوسائل الباب ١٢ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعاوى الحديث ١و٢.

له قال نعم قال الرجل اشهد انه في يده ولا اشهد انه له فلعلّه لغيره فقال أبوعبدالله عليه السلام افيحل الشراء منه قال نعم فقال أبو عبدالله عليه السلام فلعلّه لغيره فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثمّ تقول بعد الملك هولى وتحلف عليه ولا يجوز ان تنسبه الى من صار ملكه من قبله اليك ثم قال أبو عبدالله عليه السلام لولم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق[1].

بتقريب ان المستفاد من الحديث جواز الشهادة لذى اليد والحال ان وظيفته اليمين وفيه ان السند مخدوش فلاتصل النوبة الى ملاحظة دلالة الرواية فلاحظ.

«قوله قدس سره : ان كان قد اختبر المبيع» الخ

قد فصل قدس سره في المقام بين اختبار البايع المبيع وعدمه فعلى الاول يمكنه الحلف على عدم تقدم العيب واقعاً وبعبارة اخرى يحلف على العدم في الواقع وأما مع عدم الاختبار ففى جواز الاستناد الى الاصل وجه فيجوز له الحلف كما يجوز له الحلف على طهارة شيء استناداً الى الاصل.

ويمكن الفرق بين البابين بان الطهارة في الاصطلاح عبارة عمّا يعم غير معلوم النجاسة لا الطهارة الواقعية كما أن المراد بالملكية أو الزوجية كذلك فلا مانع من الحلف فان مورده محرز بالوجدان واستدل بحديث حفص بن غياث وقد مرّ آنفاً حيث يستفاد من الحديث جواز الشهادة مستنداً الى اليد اقول قد عبر عن الحديث برواية جعفر والحال ان الراوى هو الحفص لاجعفر ويمكن ان يكون مراده انه

(١) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعاوى الحديث ٢.

صادر عن جعفر بن محمد عليهما السلام والامر سهل.

ثم انه لاوجه للاستدلال بحديث حفص اذ الحديث المذكور ضعيف سنداً مضافاً الى ان المذكور في الحديث الاستناد الى اليد والكلام في المقام في جواز الحلف مستنداً الى الاصل لا الى الامارة والذى يختلج بالبال ان يقال انه قد ثبت في محله أن الاستصحاب يقوم مقام القطع الطريقى خصوصاً اذا قلنا إن الاستصحاب امارة حيث لا امارة فلا بأس بالشهادة أو الحلف على نحو البت مستنداً الى الاستصحاب الا ان يقوم دليل على الخلاف كما لا يبعد قيامه على عدم جواز الشهادة مستنداً الى الاستصحاب.

ثم انه هل يكون مجرد نفى العلم بالتقدم كافياً في اسقاط الدعوى ام لا الظاهر هو الثاني فلا اثر على مجرد نفى العلم فان نفى العلم لا يقتضى شيئاً بالنسبة الى الواقع فلابد من رد القسم على المدعي فاذا حلف يثبت مدعاه فانقدح بما ذكرناه انه لا فرق بين كون البايع مختبراً للمبيع وعدمه اذ قلنا انه يمكنه الحلف مستنداً الى الاستصحاب وعلى كل تقدير لااثر للحلف على نفى العلم ويمكن ان الماتن بامره بالفهم بقوله فافهم يشير الى دقة المطلب والله العالم.

«قوله قدس سره: فرع لو باع الوكيل فوجد به المشترى عيباً يوجب الرد رده على الموكل» الخ

الظاهر ان الامر كما افاده فان المالك هو الاصل والوكيل وسيلة الطرفين وربط بين الجانبين وينتهى شأنه بتمامية العقد.

«قوله قدس سره: فيحلف الموكل على عدم التقدم كما مر»

وقد مر الكلام حوله.

«قوله قدس سره : ولا يقبل اقرار الوكيل بقدمه لانه اجنبى»

واقرار العقلاء على انفسهم جايز لا على غيرهم.

«قوله قدس سره : واذا كان المشترى جاهلاً بالوكالة»

ان المشترى لو ادعى على الوكيل والوكيل اعترف بقدم العيب لايمكنه رد المبيع الى الموكل فانه بلا وجه ولابد في اثباته من اقامة البينة فيكون للوكيل احلاف الموكل على عدم السبق لدفع الظلامة عن نفسه فلو رد اليمين فحلف الوكيل يلزم الموكل ولو انكر الوكيل التقدم يحلف ليدفع عن نفسه وليس للمشترى تحليف الموكل المقر بالوكالة اذ تحليفه للموكل اقرار بالوكالة فيسقط دعواه عن الوكيل والمفروض ان الواقعة واحدة ولا تعدد في الدعوى فليس له تحليف شخصين وبعبارة واضحة المشتري اما طرف في الدعوى مع الوكيل واما طرف مع الموكل فلاحظ.

«قوله قدس سره : وجهان بناهما فى القواعد على كون اليمين»

الذى يختلج بالبال في هذه العجالة ان اليمين المردودة لا يكون كالبينة ولا يكون كالاقرار لعدم الدليل عليه فلابد من ان يعمل على طبق القواعد المقررة مضافاً الى ان المفروض ان الوكيل معترف بعدم السبق فكيف يجوز له ان يراجع الى الموكل اللهم الا ان يكون اعترافه مبنياً على الاصل فانه من الظاهر انه لا مجال للاصل مع وجود الامارة.

«قوله قدس سره : الرابعة لورد سلعة بالعيب فانكر البايع انها سلعته قدم قول البايع»

اذ المشتري يدعى الخيار والبايع ينكره فالقول قوله بل الاصل

يجري في السبب فان مقتضى الاصل عدم كون المردود سلعة البايع.

«قوله قدس سره : فاحتمل هنا فى التذكرة والقواعد تقديم قول المشترى»

الظاهر انه لا وجه له فان الاعتراف بالخيار لا يقتضى ان يكون المردود عين السلعة ومع الشك يكون مقتضى الاصل العدم كما ان اعمال الخيار لا يرتبط بكون المردود من سلعة البايع أو غيرها.

«قوله قدس سره : والاصل عدمها»

لااصل لهذا الاصل والا يلزم الحكم بعدالة كل شخص مجهول الحال لاصالة عدم كونه خائناً في الحكم الشرعى وهل يمكن الالتزام به كلا ثم كلا مضافاً الى انه يمكن ان يكون اقدامه مبنياً على الغفلة والاشتباه وكيف كان الميزان الكلى في باب الدعاوى ان القول قول من يكون قوله موافقاً مع الاصل بخلاف المدعى.

«قوله قدس سره : الثانى سقوط حق الخيار»

هذا خلاف ظاهر المسئلة فان البايع لاينكر الخيار ولا يدعى سقوطه بل ينكر كون المردود سلعته والاصل معه فالقول قوله.

«قوله قدس سره : قدم منكر العلم»

فانه مقتضى الاصل.

«قوله قدس سره : اقويهما الاول»

الذى يختلج بالبال ان يفصل بان نقول اذا قلنا ان العيب اذا كان زائلاً قبل العلم به فلا خيار من اول الامر لا انه كان ثابتاً ثم زال فمقتضى الاصل عدم الخيار اذ لا ندرى ان المشترى علم به في زمان وجوده وقبل زواله والاصل عدم تحقق علمه به.

وبعبارة واضحة موضوع الخيار علم المشترى بالعيب قبل زواله ومقتضى الاستصحاب عدم تعلق علمه به واما ان قلنا بان الخيار ثابت بوجود العيب وانما يرتفع ويسقط بزواله قبل العلم به فاذا شك في البقاء معناه الشك في تحقق المسقط والاصل عدم تحققه فلاحظ.

«قوله قدس سره: ولو اختلفا بعد حدوث عيب جديد وزوال احد العيبين فى كون الزائل» الخ

فيدعى البايع ان الزائل العيب القديم فلا رد ولا ارش ويدعى المشترى ان الزائل الجديدفله الخيار الظاهر ان القول قول المشترى اى يكون له الخيار اذ المفروض ان حدوث العيب قطعى وزواله مشكوك فيه والاستصحاب يقتضي بقائه المقتضى للخيار ولايعارضه استصحاب بقاءالحادث اذ اصالة بقاء الحادث لا يقتضى زوال القديم الا على النحو المثبت الذى لا نقول به ففي النظرة الاولى يتصور تمامية الامر ولامجال للتعارض.

ولكن بحسب النظرة الثانية انفي المقام شبهة وهى ان الاستصحاب الجارى في بقاء الوجود المحمولى لايثبت الوجود النعتى مثلاً لوكان في يوم السبت مقدار كر من الماء في الحوض وفى يوم الاحديحتمل ان الموجود في الحوض هو الماء الموجود في السابق ويحتمل كونه غير ذلك الماء فاذا شك في كرية الماء الموجود بالفعل لا مجال لاستصحاب بقاء الكر لاثبات كرية الموجود الا على نحو الاثبات والمقام كذلك لان استصحاب بقاء العيب السابق لايثبت ان الموجود بالفعل هو الاعلى نحو الاثبات ان قلت لا اشكال في حدوث عيب سابق

في العيـن ولاشك فيـه وهـو يـوجب الخيـار فاى مـانع من اجراء الاستصحاب في الخيار فان الخيار كان موجوداً ويشك في ارتفـاعه والاصل بقائه.

قلت اما على القول بان العيب اذا زال قبل علم المشترى به فلا خيار يكون الامر ظاهراً اى لا مجال لاستصحاب الخيـار فانـه لا علم بوجوده كي يحكم ببقائه بالاستصحاب.

وأما على القول بثبوت الخيار بالعيب وارتفاعه بزوال العيب قبل العلم فيمكن القول ببقاء الخيار اذا شك في مسقطه بعد العلم بوجوده والاصل يقتضى عدم تحقق المسقط وبما ذكرنا ظهر فساد مانسب الى الشافعى من ان الوظيفة التحالف اذ مقتضى ما ذكـرنا ان القول قول المشتري ويلزم على البايع اثبات سقوط الخيار هذا على تقدير وعلى تقدير آخر يكون القول قول البايع فعلى كلا التقديرين لامجال للتحالف مضافاً الى ان ما افيد في المقام من ان البايع يستفيد بحلفه عدم الرد ويستفيد المشتري بحلفه اخذ الارش كيف يمكن الالتزام به مع كونه مخالفاً مع القطع الوجدانى اذ العيب الموجود ان كان هو العيب الذى كان في العين قديماً فيجوز الرد وان لم يكن فـلا يجوز الارش فما افاده باطل.

«قوله قدس سره : الثالثة لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه فادعى البايع حدوثه عند المشترى والمشترى سبقه»

الامر كما افاده الماتن من ان القـول قول المشتري وهو بقـاء الخيار وعدم سقوطه ولا مجال للمقايسة بين المقامين فان الدعوى في المقام الاول في اصل ثبوت الخيار وفي المقام الثانى فى سقوطه

والقول قول البايع في الاول وقول المشتري في الثاني فان استصحاب عدم كونه سابقاً وعدم تحققه لا يثبت حدوثه عند المشتري كي يسقط الخيار الا على القول بالاثبات الذى لا نقول به وبما ذكرنا ظهر ان ما افاده الماتن قدس سره في الفرع المذكور تام بتمامه وكما له فلاحظ.

«قوله قدس سره: الرابعة لو اختلف فى البرائة قدم منكرها».

الامر كما افاده فان اثبات البرائة يحتاج الى الدليل ومقتضى الاصل عدمها فالقول قول منكرها.

«قوله قدس سره: وربما يترائى من مكاتبة جعفر بن عيسى[1] خلاف ذلك».

لاحظ مارواه والحديث ضعيف سنداً فلا تصل النوبة الى ملاحظة دلالته.

«قوله قدس سره: ثم الحلف هنا على نفى العلم بالبرائة لانه الموجب لسقوط الخيار».

وبعبارة اخرى الذي يوجب سقوط الخيار علم المشترى بالبرائة وأما البرائة وعدمها فلا اثر لهما في الحكم.

«قوله قدس سره: حلف المشترى لاصالة عدم هذه الامور».

الامر كما افاده والوجه مذكور في كلامه فلاحظ.

«قوله قدس سره: لاصالة بقاء الخيار».

الظاهر ان هذا هو الحق فان اصالة التأخر لا تثبت الحدوث عند

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٥٠٣.

المشتري الا بالاصل المثبت الذى لا نقول به فالقول قول من يدعى بقاء الخيار وبعبارة واضحة ان حدوث العيب عند المشتري المانع عن الاخذ بالخيار خلاف الاصل فالقول قول منكره.

«قوله قدس سره: فان كان الخيار باقياً فله انشائه».

الامر كما افاده اذ الخيار ان كان باقياً يكون لذيه الفسخ ولامجال للاشكال فيه والبايع يلزم بترتيب الاثر على فسخه فانه معترف ببقاء الخيار غاية الامر يدعى عدم صدور الفسخ من المشتري لكن يكون ملزماً لان المفروض ان الفسخ صدر عن المشتري في الحال فالعقد منفسخ قطعاً اما بالفسخ الاول كما يدعيه المشتري واما بالفسخ الثاني كما يدعيه البايع فلا اشكال فيه.

«قوله قدس سره: وفي الدروس انه يمكن جعل اقراره انشاءً».

هذا التقريب غير سديد فان الاقرار ليس انشاءاً ولذا لولم يصدر عنه الفسخ سابقاً يكون العقد باقياً بحاله وان شئت قلت الاقرار اخبار والفسخ انشاء فلاجامع بينهما نعم يمكن ترتيب الاثر عليه من باب قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به انما الكلام في سند هذه القاعدة ومدركها ونقل عن المحقق العراقي الشيخ ضياءالدين قدس سره ان السلطنة على شيء تلازم السلطنة على اثباته.

والانصاف ان هذه الدعوى ليس تحتها شيء ولاترجع الى محصل فانه يرد عليه نقضاً وحلاً اما النقض فبان الامر لو كان كما يقول يلزم انه لو ادعى احد انه عادل يصدق في قوله اذ كل مكلف مسلط على صيرورته عادلاً وهل يمكن الالتزام به.

وأما الحل فبان أي دليل دل على هذه الملازمة المدعاة وانها

عقلية أو شرعية أو لا هذا ولا ذاك وهو الحق فلابد في اثبات المدعى من التوسل بدليل آخر والظاهر انه امر مرتكز عند العقلاء وسيرتهم جارية عليه ويؤيد المدعى بل يدل عليه التسالم عليه بين الاصحاب كما يشاهد في كلماتهم مضافاً الى دعوى الاجماع.

ويؤيد المدعى أيضاً مارواه الكاهلي قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام كان لعمي غلام فابق فاتى الانبار فخرج اليه عمّي ثم رجع فقلت له ما صنعت يا عمّ في غلامك قال بعته فمكث ما شاء الله ثم ان عمّي مات فجاء الغلام فقال انا غلام عمك وقد ترك عمّي اولاداً صغاراً وانا وصيهم فقلت ان عمّي ذكر انه باعك فقال ان عمّك كان لك مضارّاً وكره ان يقول لك فتشمت به وانا والله غلام بنيه فقال صدّق عمك وكذب الغلام فأخرجه ولا تقبله[1].

وانما عبرنا بالتأييد لان الكاهلي لم يوثق صريحاً نعم ورد في حقه قول المعصوم عليه السلام مخاطباً الى الطرف اضمن لي الكاهلي اضمن لك الجنة فان هذه العبارة تشعر الى جلالة قدر الرجل عنده ولكن الانصاف ان هذه الجملة لا تدل على توثيق الرجل اذ يمكن ان تكون توصية الامام بالنسبة اليه من باب كونه وجوداً نافعاً للدين ومروجاً للولاية فلاحظ.

ان قلت: لا اشكال في اعتبار قاعدة اقرار العقلاء على انفسهم جايز أو نافذ وهذا من مصاديقه وبعبارة اخرى اقرار المالك بشيء من مصاديق اقرار العقلاء.

قلت: اقرار العقلاء على انفسهم يختص بموارد تكون ضرراً على المقر ولكن هذه القاعدة لا يختص بهذا القسم وبعبارة واضحة

---

(١) الوسائل الباب ٢٦ من ابواب بيع الحيوان.

مورد قاعدة من ملك اعم من مورد القاعدة فلاحظ ولا تغفل.

«قوله قدس سره: افتقر مدعيه الى البينة».

الامر كما افاده فان اعتبار القاعدة يختص بمورد يكون المقر مالكاً للمقر به واما بعد انتهاء زمانه وانقضاء السلطنة فلا دليل على الاعتبار وان شئت قلت ليس على اعتبار القاعدة اطلاق أو عموم كي يؤخذ به فلابد من الاقتصار على القدر المعلوم.

«قوله قدس سره: ومع عدمها حلف الاخر».

هو مقتضى قاعدة اليمين على من انكر.

«قوله قدس سره: ثم اذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشترى المدعى للفسخ الارش» الخ

تارة المشتري لا يطالب الارش واخرى يطالب اما على الاول فلا يمكنه اخذ شيء اذ الارش انما يتحقق ويجب دفعه عند المطالبة لا مطلقا واما على الثاني فربما يقال بانه يستحق الارش كي لايحرم عن كلا الحقين وعن الشهيد في الدروس انه يحتمل ان يأخذ اقل الامرين من الارش ومازاد على القيمة من الثمن ان اتفق لانه بزعمه يستحق الثمن ورد القيمة فيقع التقاص في القيمة ويبقى قدر الارش مستحقاً على التقديرين.

وما افاده متين لكن حق العبارة ان يقال ويبقى اقل الامرين مستحقاً على التقديرين وفي المقام شبهة وهي ان التقاص متحقق في مورد التعدي واما اذا كان مع العذر فلا دليل عليه الا ان يقال ان السيرة جارية على هذا المنوال في امثال المقام ولم تردع عنها.

«قوله قدس سره: وجهان».

ربما يقال ان القول قول مدعى الفسخ لاصالة الصحة فانها تقتضي صحة الفسخ ويرد عليه ان اصالة الصحة انما تجرى فيما يكون الاهلية محرزة والمفروض انه يحتمل صدور الفسخ عن المشتري بعد انقضاء زمان الاهلية مضافاً الى ان جريان اصالة الصحة في باب المرافعات والمنازعات محل الاشكال.

هذا على تقدير كون المراد بالاصل حمل فعل الغير على الصحة وان كان المراد الاخذ بعموم دليل ان ذا الخيار له ان يفسخ فيرد عليه ان التمسك بالعام غير جايز في الشبهة المصداقية ويمكن اثبات المدعى بتقريب آخر وهو ان استصحاب بقاء الخيار الى حين الفسخ يقتضي الانفساخ ان قلت ان الاصل المذكور لا يترتب عليه وقوع الفسخ قبل الانقضاء الا على القول بالمثبت الذي لا نقول به قلت يكفي لصحة الفسخ بقاء الخيار الى زمانه وهذا يتحقق من تركيب الوجدان مع الاصل.

لكن يرد على التقريب المذكور ان الاصل المشار اليه معارض بمثله وهو استصحاب عدم الفسخ في زمان انقضاء الخيار ولا يلزم اثبات كون الفسخ بعد الانقضاء كي يقال انه مثبت فانه يكفي احراز عدم الفسخ في الظرف القابل للتأثير وبعد تعارض الاصلين تصل النوبة الى استصحاب بقاء الملكية فان الاصل الجاري في الحكم لا يجري مادام يجرى الاصل في الموضوع.

وأما مع عدم جريانه في الموضوع فلا مانع عن جريان الاصل الحكمي. ان قلت: ما وجه عدم تعارض الاصل المعارض الجاري في الطرف الاخر مع الاصل الموضوعي والحكمي في زمان واحد.

قلت: الاصل الجاري في الطرف الاخـر غير جار قطـعاً اعم من ان يكون الاصل الحكمي يجري أم لا ومعه لا مجال للمعارضة مضافاً الى ان الاصل الحكمى لا مجرى له مع الاصل الموضوعى فمادام الاصل الموضـوعي يكـون جـارياً لا مجـال للاصـل الحكمي وبعد سقوطه بالمعارضة لا موضوع للتعارض فلاحظ.

«قوله قدس سره: لا يثبت وقوع الفسخ فى اول الزمان».

فانه من اظهر انحـاء المثبت فالقـول قـول منكر تأثيـر الفسخ بالتقريب المتقدم لعين الملاك.

«قوله قدس‌سره: وهذه المسئلة نظير مالو ادعى‌الزوج الرجوع»

الظاهر انه ناظر الى نظير هذه المسئلة لا انه ناظر الى خصوص الفرض الثاني.

«قوله قدس سره: الثالثة لو ادعى المشترى الجـهل بالخيار او بفوريته بناءً على فوريته سمع قوله»

لان قوله موافق مع الاصل فان مقتضاه عدم العلم الا في فرض الوثوق بكذبه فما افاده قدس سره في الفرع المذكور تام فلاحظ.

«قوله قدس سره: واما العيب فالظـاهر من اللـغة والعرف انه النقص عن مرتبة الصحة المتوسطة بينه وبين الكمال».

وقال الطريحي وهو كلما يزيد أو ينـقص على مجرى الطبيعي كزيادة اصبع ونقصانه ولا يبعد ان يقال ان العيب عبـارة عن شيء يكون موجباً لنقصان القيـمة ولذا في خيار العيـب إذا تعذر الرد تصل النوبة الى الارش فالعيب عبارة عما يوجب النقص في‌القيمة

وهو الميزان ولذا نرى ان الغلفة تعد عيباً مع انها مقتضى الطبيعة الاولية.

ونرى أيضاً ان الخصاء كمال في بعض الحيوانات وفي بعض الاناسي مع انه نقص عن الطبيعة الاولية وصفوة القول ان المتبادر من العيب ما يوجب النقص في قيمة المعيوب.

واما حديث السياري قال: روى عن ابن ابي ليلى انه قدّم اليه رجل خصماً له فقال ان هذا باعني هذه الجارية فلم اجد على ركبها حين كشفتها شعراً وزعمت انه لم يكن لها قط قال فقال له ابن أبي ليلى ان الناس يحتالون لهذا بالحيل حتى يذهبوا به فما الذي كرهت قال ايها القاضي ان كان عيباً فاقض لي به قال اصبر حتى اخرج اليك فانّي اجد اذى في بطني ثم دخل وخرج من باب آخر فأتى محمد بن مسلم الثقفي فقال له أيّ شيء تروون عن أبي جعفر عليه السلام في المرأة لا يكون على ركبها شعر أيكون ذلك عيباً فقال محمد بن مسلم اما هذا نصاً فلا أعرفه ولكن حدثني أبو جعفر عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال كل ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب فقال له ابن ابي ليلى حسبك ثم رجع الى القوم فقضى لهم بالعيب[1].

الدال باطلاقه على كون كلما نقص او زاد بالنسبة الى الخلقة الاصلية عيب فلا اعتبار به سنداً.

«قوله قدس سره: ويحتمل قوياً ان يقال ان المناط في العيب هو النقص المالي».

قد ظهر مما تقدم ان هذا هو الحق.

---

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب احكام العيوب.

«قوله قدس سره: فتأمل».

لعله يشير بالامر بالتأمل الى ان المانع للرد انما يمنع فيمايكون الارش ثابتاً واما مع عدم الارش كما هو المفروض فلا مانع من الرد فلا فرق بين خيار العيب وخيار الشرط.

«قوله قدس سره: وفي صورة حصول هذا النقص قبل القبض أو في مدة الخيار.

أي تظهر الثمرة في حدوث العيب وهو النقص في زمان الخيار أو قبل القبض فعلي الاول يوجب الخيار واما على الثاني فلايوجب.

«قولهقدس سره: وللنظر في كلا شقي الثمرة مجال».

الظاهر ان المراد بكلا الشقين الثمرة الثانية المذكورة في كلامه من ضمان النقص قبل القبض وفي مدة الخيار ولا يكون المراد منهما الثمرتين المذكورتين فانه قدس سره اشار الى الاول بقوله فتأمل فلا تغفل والظاهر انوجه النظر عدم الفرق فانكلام الاصحاب وان كان وارداً في العيب لكن ملاك الحكم واحد فلا فرق بين كون الخيار ناشياً ومسبباً عن العيب وان يكون مسبباً عن الاشتراك وتحقيق الحال موكول الى بحثي احكام الخيار والقبض فانتظر.

«قوله قدس سره: بما في مرسلة السياري»

قد مرت الاشارة الى الرواية وقلنا انها ضعيفة سنداً فلا تصل النوبة الى ملاحظة مضمونها.

«قوله قدس سره: فلا يظهر من الرواية»

والحاصل ان المستفاد من الحديث جواز الرد ولكن لا يستفاد منه

ان الرد من باب خيار العيب كي يترتب عليه جميع احكامه ولا فرق بين خياري العيب والشرط في أصل جواز الرد ويرد عليه انه خلاف الظاهر من الحديث ان لم يكن خلاف صريحه ولعله الى هذا يشير بقوله فتأمل.

«قوله قدس سره: فافهم».

لعله قدس سره يشير بامره بالفهم الى ان الحديث ولو كان ضعيفاً لكن منجبر ضعفه بالشهرة ويرد عليه انا قد ذكرنا مراراً ان الخبر الضعيف لا ينجبر بالشهرة كما ان المعتبر من الخبر لا يسقط عن الاعتبار باعراض المشهور عنه فلاحظ.

«قوله قدس سره : القول في الارش»

يقع الكلام في الارش في جهات الجهة الاولى في تعريفه كما تعرض الشيخ لهذه الجهة في اول البحث وقال وهو لغة كما في الصحاح وعن المصباح دية الجراحات.

وقال في مجمع البحرين ارش الجناية ديتها والجمع اروش مثل فلس وفلوس قال في المصباح واصله الفساد من قولهم ارشت بين القوم تأريشاً اى افسدت ثم استعمل في نقصان الاعيان لانه فساد فيها والارش ما يأخذه المشتري من البايع اذا اطلع على عيب في المبيع ومنها اروش الجنايات لانها جابرة للنقص.

وقال الشهيدى في شرحه على المتن الذى يقضيه التدبر في موارد استعمالاته ان له معنى واحداً وهو المال الذى يجبر به نقص مضمون في ماله أو بدن حصل من فوات وصف مضمون في مال أو بدن حصل من فوات وصف الصحة فيه وهو الظاهر من عبارة النهاية

الاثيرية فالارش عوض وصف الصحة الفائت عن العين مالاً كان أو بدناً فلفظ الارش اسم له كما أن اجرة المثل اسم لعوض المنفعة الفائة والقيمة اسم للعين الفائة كلاً أو بعضاً والكل مشترك في أنه عوض التألف المضمون ولكن التالف ان كان عيناً فاسمه القيمة وان كان منفعة فاسمه اجرة المثل وان كان وصف الصحة فاسمه الارش الخ.

الجهة الثانية ان الارش الذى يبحث عنه في المقام هل يكون على طبق القاعدة ام لا الظاهر هو الثاني اذ الثمن لا يقع في مقابل وصف الصحة وعليه لا وجه للارش.

ان قلت: هذه الامور راجعة الى العقلاء الا في مورد يثبت من الشرع شيء على خلاف سيرتهم فلابد من ملاحظة السيرة العقلائية قلت: الظاهر ان مقتضى الارتكاز العقلائى اشتراط الفسخ عند ظهور العيب في العين وأما الارش فلا ولوفرض الشك في هذه الجهة يحكم بالعدم بمقتضى الاصل نعم يمكن ويجوز المصالحة على الارش وهذا خارج عن محل البحث.

الجهة الثالثة في ان ضمان الارش ضمان يد أو ضمان معاوضة أو ضمان التزام أو ضمان تعبدى فاقول لا اشكال في عدم كونه من باب ضمان اليد فان كل من العوضين في يد مالكه ولا مقتضى لضمان اليد كما انه ليس ضمان المعاوضة اذ لا معاوضة بين الارش ووصف الصحة.

وايضاً ليس هذا الضمان مسبباً عن الالتزام فانه ربما يكون الطرف جاهلاً بالعيب أو غافلاً ولذا لا يتحقق الضمان بلا مطالبة من له الحق بل هذا الضمان ضمان تعبدى ثابت بحكم الشارع الاقدس.

الجهة الرابعة في انه هل يلزم ان يكون الارش من عين الثمن

ام لا فنقول حيث أن ثبوت الارش بالتعبد الشرعي فلا بد من ملاحظة نصوص الباب واستفادة الحكم منها.

ومن النصوص الدالة على الارش ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال ايّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار لم يتبرأ اليه ولم يبيّن له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء انه يمضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به[1] وهذه الرواية ضعيفة سنداً فلا تصل النوبة الى ملاحظة دلالتها.

ومنها ما رواه ابن سنان عن ابى عبدالله عليه السلام في حديث قال: قال علي عليه السلام لا ترد التى ليست بحبلى اذا وطأها صاحبها ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها[2] وهذه الرواية واردة في الامة المعيوبة ويستفاد منها بحسب الظهور العرفى ان الموضوع من عين الثمن ولا وجه لرفع اليد عن الظهور مضافاً الى عدم شمول الحديث للمقام.

الا ان يقال ان العرف يفهم الاتحاد ولا يخفى ان المستفاد من هذه الرواية ان الارش ثابت ولو مع عدم مطالبة المشترى.

وبعبارة واضحة أن المستفاد من الحديث بحسب الفهم العرفى انه مع الوطى يرجع من الثمن بمقدار ما به التفاوت الى المشترى فلاحظ.

ومنها ما رواه طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال

---

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الخيار الحديث ٢.

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب احكام العيوب الحديث ١.

قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطأها ثم وجد فيها عيباً قال تقوم وهي صحيحة وتقوم وبها الداء ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء[١].

وهذه الرواية تدل على رد ما به التفاوت على الاطلاق والمطلق يحمل على المقيد ويستفاد من الحديث انه يرد عليه ولو مع عدم المطالبة بل يمكن ان يقال انه يستفاد من الحديث وجوب الرد من عين الثمن فان مفهوم الرد متقوم بكون المردود من عين المأخوذ.

ومنها ما رواه منصور ابن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى جارية فوقع عليها قال ان وجد بها عيباً فليس له ان يردها ولكن يرد عليه بقيمة ما نقصها العيب قال قلت هذا قول علي عليه السلام قال نعم[٢] وهذه الرواية تدل على ارجاع الارش من عين الثمن.

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام انه سأل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها ثم يجد بها عيباً بعد ذلك قال لايردها على صاحبها ولكن تقوم ما بين العيب والصحة فيرد على المبتاع معاذ الله ان يجعل لها اجراً[٣] وهذه الرواية تدل على وجوب الرد من نفس الثمن.

ومنها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال كان علي بن الحسين عليه السلام لا يرد التي ليست بحبلى اذا وطأها وكان يضع

---

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

(٢) نفس المصدر الحديث٣.

(٣) نفس المصدر الحديث ٤.

له من ثمنها بقدر عيبها[١] وهذه الرواية تدل بالصراحة على ان الرد لابد من كونه من عين الثمن.

ومنها ما رواه عبدالرحمن ابن أبي عبدالله قال سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول ايّما رجل اشترى جارية فوقع عليها فوجد بها عيباً لم يردها ورد البائع عليه قيمة العيب[٢] وهذه الرواية تدل على وجوب رد مابه التفاوت بلا تقييده بكونه من الثمن لكن قلنا ان الرد متقوم بكون المردود من المأخوذ.

ومنها ما رواه حماد بن عيسى قال سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول قال علي بن الحسين عليه السلام كان القضاء الاول في الرجل اذا اشترى الامة فوطأها ثم ظهر على عيب ان البيع لازم وله ارش العيب[٣] وهذه الرواية تدل على وجوب الارش على الاطلاق.

ومنها ما رواه محمد بن ميسر عن أبى عبدالله عليه السلام قال كان علي عليه السلام لا يرد الجارية بعيب اذا وطئت ولكن يرجع بقيمة العيب، وكان علي عليه السلام يقول معاذالله ان اجعل لها اجراً[٤] والمستفاد من الحديث وجوب الرجوع من عين الثمن فان قوام الرجوع به.

ومنها ما رواه رفاعة النخاس قال سألت أباعبدالله عليه السلام قلت ساومت رجلاً بجارية فباعنيها الى ان قال قلت أرأيت ان وجدت

---

(١) الوسائل الباب ٤ من من أبواب الخيار الحديث ٥.

(٢) نفس المصدر الحديث ٦.

(٣) نفس المصدر الحديث ٧.

(٤) نفس المصدر الحديث ٨.

بها عيباً بعد ما مسستها قال ليس لك ان تردها ولك ان تأخذ قيمة مابين الصحة والعيب[١].

وهذه الرواية تدل على وجوب دفع مابه التفاوت وهذه النصوص موردها الامة ولا وجه للتعدى اذ لا اطلاق فيها كي يؤخذ به اللهم الا ان يقال ان العرف يفهم منها عدم الفرق بين الموارد وقلنا لابد من حمل مطلقها على مقيدها والنتيجة وجوب الرد من نفس الثمن.

وبعبارة واضحة مقتضى الجمع بين هذه النصوص وجوب الرد من عين الثمن هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان العرف يفهم من مجموع هذه النصوص ان الحكم المذكور حكم العيب في المبيع وليس مختصاً بخصوص مورد كون المبيع الامة فيجب الرد بهذه الخصوصية الا ان يقوم دليل معتبر على الخلاف.

وصفوة القول ان ما افاده الشيخ قدس سره من البناء على عدم وجوب كون الارش من نفس الثمن وحمل النصوص على بعض المحامل المذكور في كلامه خلاف المقرر من لزوم العمل بالظهور وعدم جواز رفع اليد عنه بلادليل وايضاً المستفاد من النصوص كما قلنا رجوع ما به التفاوت الى المشترى ولو مع عدم مطالبته.

وبعبارة واضحة يمكن ان يقال ان المستفاد من النصوص ان العيب في الرتبة الاولى يقتضى الخيار وبعد سقوط الرد بالوطى أو بغيره تصل النوبة الى الارش وهو عبارة عن جزء من الثمن ويرجع ذلك المقدار الى المشتري وهذا حكم شرعي تعبدى مجعول من قبل الشارع الاقدس فلا مجال لان يقال يلزم ان يكون البيع بالنسبة الى

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العيوب الحديث٢.

هذا المقدار باطلاً لوقوع مقدار الثمن في مقابل وصف الصحة فان الحكم بالارش حكم تعبدى مترتب على العيب ولا يكون الارش ثابتاً في الذمة بل الارش كما تقدم منا جزء من الثمن يرجع الى المشتري بحكم الشارع الاقدس فليكن هذا بذكرك ينفعك فيما يأتي فانتظر..

«قوله قدس سره : ثم على المختار من عدم تعينه من عين الثمن» الخ

قد ظهر مما ذكرنا تعينه من الثمن بل قلنا المستفاد من النصوص ان الارش ليس غرامة مالية بحيث يكون مجرد وجوب اداء المقدار وايضاً ليس الارش امراً ثابتاً في الذمة بل الارش جزء من الثمن نعم لو قلنا بمقالة الماتن يكون ما افاده تاماً لما ذكره من الوجه.

«قوله قدس سره : ولم يجز منهما» الخ

لم يظهر لي وجه عدم جواز الاخذ منهما فان المفروض تحقق شرط بيع الصرف وهو التقابض في المجلس قبل التفرق وهذا تغريم عارض ولايكون موجباً لاختلال شرط الصحة والشيء لاينقلب عما هو عليه.

«قوله قدس سره : وانما هو حق لو اعمله»

قد ظهر مما ذكرنا ان الارش جزء من الثمن يرجع الى المشتري بلا مطالبته.

«قوله قدس سره : بطل بيعه»

يرد عليه انا ذكرنا سابقاً انه لا دليل على اشتراط المالية في المبيع فلا مجال لاثبات المدعى بهذا التقريب نعم يمكن اثباته

بتقريب آخر وهو ان المستفاد من نصوص الارش هو رد مقدارمن الثمن اى بالمقدار الذى نقصه العيب على حسب المتعارف فان النقصان انما يعلم بتقويم اهل الخبرة ومن الواضح انه لا يتحقق ذلك الا في الاشياء التى هى اموال في نظر العقلاء وبهذا التقريب يتم المدعى فلا يتصور مورد يكون الارش مستوعباً لتمام الثمن وان شئت قلت انه غير معقول.

«قوله قدس سره : مسئلة يعرف الارش بمعرفة قيمتى الصحيح والمعيب»

اذا كانت القيمة معلومة فالامر ظاهر ولا احتياج الى التوسل بالمقوم فانه تحصيل للحاصل.

«قوله قدس سره : وهذا داخل فى الشهادة يعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشهادة»

قد ذكرنا في موارد عديدة من ابواب الفقه انه لايعتبر في الشاهد في الموضوعات الا كونه ثقة ولا دليل على ازيد من هذا المقدار والوجه فيه ان السيرة قائمة على العمل بخبر الثقة الواحد ولم يردع عنها الشارع الاقدس نعم يلزم في الشهادة الاخبار عن الحسن.

«قوله قدس سره : وهذا يحتاج الى الصفات السابقة»

اى الصفات التى ذكرها للشاهد ولكن الحق عدم اعتبار شيء فيه الا الامانة والوثوق بعدم خيانته فان السيرة جارية على العمل بقول اهل الخبرة وبعبارة واضحة مقتضى السيرة العقلائية رجوع الجاهل الى العالم في جميع الموارد.

«قوله قدس سره : وقد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات فى المبيع يعرفها هذا المخبر»

هذا داخل في القسم الاول غاية الامر الشاهد في القسم الاول يشهد بمقدار القيمة وهذا يشهد بالخصوصية ويخبر عن القيمة ثانياً ومترتباً على الخصوصية المخبر بها.

«قوله قدس سره : لكن الاظهر عدم التفرقة بين الاقسام»

الامر كما افاده فانه لا فرق بين الاقسام كما ذكرنا نعم قد ثبت بالدليل لزوم كون الشاهد عند الحاكم في المرافعات عادلاً متعدداً وهذا حكم خاص لذلك المقام وصفوة القول انه لا فرق بين الاقسام لا من هذه الجهة ولا من حيث بحث المعارضة بين المقومين فانه لو وقع التعارض بين فردين من قسم من الاقسام أو وقع التعارض بين قسم مع قسم آخر يسقط كل واحد من المتعارضين اذ الاخذ بكل واحد غير معقول وترجيح احد الجانبين على الجانب الاخر بلا مرجح فالنتيجة هو التساقط وهذا ظاهر واضح.

«قوله قدس سره : وان احتمل فى غير الاول الاكتفاء»

قد ظهر مما ذكرنا عدم الفرق بين الاقسام في الاكتفاء بالواحد لا من باب لزوم الحرج بل من باب قيام الدليل على الاكتفاء وهى السيرة العقلائية فانقدح بما ذكرنا ان الوجه في الاكتفاء لا يكون من باب حجية الظن كما انه لايكون من باب رفع الحرج.

«قوله قدس سره : ويحتمل ضعيفاً الاخذ بالاكثر»

هذا الوجه ضعيف كما افاده الماتن اذ مع الشك لابد من الاقتصار على المقدار المعلوم وان شئت قلت الثمن مملوك للبايع وخروج

مقدار منه عن ملكه ودخوله في ملك المشترى بالتعبد الشرعي دائر بين الاقل والاكثر والاقل معلوم وقطعي والاكثر مشكوك فيه فيدفع بالاصل فلاحظ.

«قوله قدس سره : مسئلة لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينة الاقل»

الماتن فرض طرح الدعوى عند الحاكم وتردد في الحكم بين امور ونحن نذكر كل واحد من الوجوه المذكورة في كلامه مع ملاحظة دليله واخذ النتيجة بحسب ما يختلج بالبال.

الوجه الاول تقديم بينة الاقل للاصل اقول مقتضى القاعدة في باب المرافعات عند الحاكم ان البينة على المدعى واليمين على من انكر ولكن لو فرض انه قامت بينة في قبال بينة المدعى وعارضتها تسقط كلتا البينتين بالتعارض وتصل النوبة الى حلف المنكر ففي المقام يكون القول قول مدعي الاقل فان قوله موافق مع الاصل ويمكنه ان يحلف على عدم الاكثر لاطلاعه على واقع الامر بل يكفي لاثبات دعواه الحلف على عدم علمه بالحال.

الوجه الثاني تقديم بينة الاكثر لانها مثبتة ويرد عليه انه لافرق بين البينتين فكما ان بينة الاكثر مثبتة له كذلك بينة الاقل تثبت الاقل فلا فرق بين الامرين وبتقريب واضح انه تارة تكون بينة الاكثر تثبت الاكثر وبينة الاقل لا تنفي مفاد الاخرى فيمكن ان يقال ان بينة الاكثر لامعارض لها واما مع فرض المعارضة فلامجال للتقديم.

وبعبارة اخرى المفروض تحقق التعارض بين الامرين والنتيجة التساقط ووصول النوبة الى حلف منكر الاكثر.

الوجه الثالث القرعة بتقريب انها لكل امر مشتبه ويرد عليه ان

الوظيفة قد عينت من قبل الشارع في باب المرافعات فلا تصل النوبة الى التوسل بالقرعة

وبعبارة واضحة ان القرعة تختص بمورد التحير وسد باب انكشاف الواقع والمفروض ان الشارع الاقدس جعل قانوناً في باب المرافعات فلا تصل النوبة الى الاخذ بالقرعة مضافاً الى اناذكرنا في محله انه لادليل على مجعولية القرعة وجريانها في جميع الموارد وانما تجرى في جملة منها ليس ما نحن فيه منها.

الوجه الرابع الرجوع الى الصلح لتثبت كل من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرية والمورد غير قابل للحلف لجهل كل منهما بالواقع ويرد عليه انه لا اشكال في جواز الصلح واتمام الامر به لكن الاشكال في عدم انحصار الطريق فيه ولا وجه لاجبار المترافعين عليه ومن ناحية اخرى يمكن لكل واحد منهما الحلف على الواقع لامكان علمهما به مضافاً الى انه يكفى للحكم بالاقل عدم العلم بالواقع فان الاصل يقتضي نفى الاكثر.

الوجه الخامس تخيير الحاكم لامتناع الجمع وفقد المرجح ويرد عليه انه لا وجه لتخيير الحاكم مع كون الحكم بالاقل موافقاً للقاعدة كما تقدم منا بل لا مقتضى لتخيير الحاكم نعم ربما يقال به في تعارض الحديثين في باب الاحكام واما في تعارض الدليلين في الموضوعات فلا مقتضى له.

الوجه السادس الجمع بين الدليلين بان يعمل على طبق كل واحد منهما في الجملة فاذا قوم احدهما العين بعشرة دنانير والاخر بثمانية نأخذ بكليهما ونحكم بخمسة دنانير في نصف العين وباربعة دنانير في النصف الاخر بتقريب ان كل واحد من الدليلين حجة

شرعية يلزم العمل به والمفروض انه لا يمكن العمل في تمام مدلوليهما فيؤخذ بكليهما بالنحوالمذكور فان الجمع بين الدليلين والعمل بهما ولو في بعض المدلول اولى من الطرح.

ويرد عليه اولاً ان التقريب المذكور على فرض تماميته انما يجرى فيما لا تكون الوظيفة معلومة واما على تقدير احرازالوظيفة كما بينا فلا تصل النوبة اليه كما هوظاهر وثانياً ان التعارض اوجب سقوط الدليلين وهو بعينه موجود بالنسبة الى النصف فاذا كان التعارض موجباً للسقوط كما هو كذلك لافرق بين افراده واشخاصه وحكم الامثال واحد وثالثاً ان هذا النحو من الجمع طرح لكلا الدليلين وترك العمل بهما معاً فلاحظ.

«قوله قدس سره : ولذا جعل فى تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة الحكم بالتنصيف فيما تعارضت البنيتان فى دار فى يد رجلين يدعيهما كل واحد منهما»

القياس مع الفارق ولاجامع بين مقامنا وذلك المقام فان المفروض هناك تحقق يديهما على الدار واليد امارة الملكية فالحكم بالتنصيف هناك امر على مقتضى قاعدة اليد.

وأما في المقام فليس الامر كذلك كما هو ظاهر واما الاستدلال بقاعدة العدل والانصاف المقتضية للتنصيف فايضاً غير تام فان تلك القاعدة وان كانت تامه في موردها بمقتضى السيرة العقلائية وقد وردت رواية في باب الوديعي دالة عليها وهى ما رواه السكونى عن الصادق عن ابيه عليهما السلام في رجل استودع رجلاً دينارين فاستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها قال يعطى صاحب الدينارين

ديناراً ويقسم الاخر بينهما نصفين[1].

لكن لا ترتبط تلك القاعدة بما نحن فيه اذ تلك القاعدة موردها دوران الامر في مال بين شخصين أو اشخاص وفي المقام الامر دائر بين الاقل والاكثر بالنسبة الى حق شخص واحد ومقتضى الاصل عدم الاكثر وان شئت قلت الوظيفة الشرعية المقررة في المقام معلومة ولا تصل النوبة الى التوسل الى تلك القاعدة مضافاً الى انها غير مربوطة بالمقام فلاحظ والرواية المشار اليها ضعيفة سنداً بضعف اسناد الصدوق الى السكوني بالنوفلي الواقع فيه.

«قوله قدس سره : وما نحن فيه ليس من هذا القبيل»

بل من هذا القبيل فانه يتساقط المتعارضان وتصل النوبة الى الاصل العملي ومقتضاه نفي الاكثر.

«قوله قدس سره : لا يوجب سقوطها بالمرة»

بل يوجب والدلالة الالتزامية تابعة للدلالة المطابقية وبعبارة واضحة انهما متعارضان في كل جزء من العين ومقتضى القاعدة سقوطهما ووصول الامر الى الاخذ بالاصل العملي ومقتضاه نفي الاكثر.

«قوله قدس سره : بخلاف مقام إحقاق حقوق الناس»

احقاق حقوق الناس يرجع الى احقاق حقوقه تعالى ولولاه لايلزم الاحقاق فان وجوب الاحقاق من باب دفع الضرر المحتمل أو جلب المنافع الاخروية وهذا يرجع الى حقوقه تعالى وتقدس فلاحظ وتأمل تصدق.

---

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب الصلح الحديث ١.

«قوله قدس سره : ثم ان المعروف فى الجمع بين البينات الجمع بينهما»

هذا على تقدير الالتزام بالجمع والطريق المذكور هو المعروف عند القوم ويتضح المدعى في ضمن مثال مثلاً لوقوم احدالمقومين الصحيح به ١٥ ديناراً والمعيب به ١٠ والثاني قوم الصحيح به ٢٠ والمعيب به ١٥ والثالث قوم الصحيح به ٢٥ والمعيب به ٢٠ فنجمع اعداد الصحيح في ناحية يكون المجموع ٦٠ وايضاً نجمع اعداد المعيب في ناحية اخرى يكون المجموع ٤٥ والتفاوت بينهما بالربع ١٥ وبهذه النسبة ناخذ من الثمن.

«قوله قدس سره : ويحتمل الجمع بطريق آخر وهو ان يرجع»

لاوجه لتطويل البحث في هذا المقام اذ قدذكرنا انه مع التعارض يتساقطان ولا وجه للجمع بين الدليلين بالنحو المشهور أو بما ذكره الشهيد قدس سره.

الفهرس

هل تشترط المالية في المبيع	٣
هل تشترط الملكية في المبيع	٧
في أقسام الارضين	٩
قسم منها من الانفال	١٢
ما كانت عامرة بالاصالة	١٩
ما عرضت الحياة بعد الموت	٢٣
العامرة بالاصالة للامام	٢٤
الارض المفتوحة عنوة حكمها	٣٠
في شروط العوضين	٣٨
لا يجوز بيع الوقف	٣٩
هل ينافي جواز بيع الوقف كونه وقفاً	٤٦
الوقف نوع تمليك الا وقف المسجد	٤٨
الوقف اما مؤبد واما غير مؤبد والمؤبد على اقسام	٤٩
اجارة المسجد للزارعة	٥١
الوقف الذري	٥٣
الاوقاف العامة	٥٤
المشاهد المشرفة	٥٥

بيع ثوب الكعبة	٥٧
مجوزات بيع الوقف	٥٩
الصورة الاولى من صور جواز البيع	٥٩
الوجه الاول للجواز	٦٢
الوجه الثاني	٦٣
الوجه الاول من الوجوه التي افادها سيدنا الاستاد في ترتيب الجواز	٦٥
الثمن لا يختص بالبطن الموجود	٦٨
هل يجب شراء المماثل	٧١
المتولي للبيع البطن الموجود	٧١
الوقف المنقطع	٩٨
بيع الرهن	١٠٤
من شروط العوضين القدرة على التسليم	١١٣
العبرة بزمان الاستحقاق	١٢٣
اذا اعتقد التمكن فانكشف الخلاف	١٣٣
اشتراط العلم بالثمن قدراً	١٣٨
العلم بقدر المثمن شرط	١٤٢
ما حكم المعدود	١٥٠
هل يجوز بيع الكيل بالوزن وبالعكس	١٥١
المناط في تشخيص الموزون والمكيل	١٥٥
يجوز الاعتماد على اخبار البايع	١٥٩
لو باع صاعاً من صبرة	١٧٥
في الفارق بين بيع صاع من صبرة وبين استثنار رطل في بيع الثمرة	١٨١

اذا شاهد عيناً في زمان سابق على العقد	١٩٣
لابد من اختبار الطعم واللون	٢٠٥
جواز بيع ما يفسده الاختبار	٢٠٨
يجوز بيع المسك في فاره	٢١٥
عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف	٢١٧
ضم المعلوم الى المجهول لا يصحّح بيعه	٢١٧
جواز الاندار	٢٢٣
يجوز بيع الظرف مع المظروف	٢٢٨
استحباب التفقه	٢٣٠
التفقه في مسائل التجارة	٢٣٥
مرجوحية تلقي الركبان	٢٤٣
اذا دفع انسان الى غيره مالاً ليصرفه في قبيل	٢٤٥
الاحتكار	٢٤٩
خاتمة في آداب التجارة	٢٥٧
تعريف الخيار	٢٦٠
في تأسيس الاصل	٢٦٢
لا خلاف في خيار المجلس	٢٨١
في الوجوه المذكورة لعدم الخيار للوكيل. الوجه الاول	٢٨٣
الوجه الثاني والثالث	٢٨٤
الوجه الرابع	٢٨٥
الوجه الخامس	٢٨٦
الوجه السادس والسابع	٢٨٧
الوجه الثامن	٢٨٨

الوجه التاسع والعاشر	٢٨٩
هل يكون الخيار للفضولي	٢٩٠
الفروع المذكورة في كلام الماتن الفرع الاول	٢٩١
لو تبايع غاصبان	٣٠١
لوكان العاقد واحداً لنفسه أو غيره	٣٠١
الاشارة الى عدة امور: الامر الاول	٣٠٤
الامر الثاني والثالث	٣٠٥
الامر الرابع	٣٠٦
الامر الخامس	٣٠٧
في كلام صاحب المقابيس	٣٠٧
في مواقع النظر في كلامه: الموقع الاول والثانى والثالث	٣٠٨
الموقع الرابع والخامس	٣٠٩
عدم خيار المجلس في غير البيع	٣١٣
مبدء هذا الخيار من حين العقد	٣١٤
سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه في ضمن العقد	٣١٨
اشتراط عدم الفسخ	٣٢٣
اسقاط هذا الخيار بعد العقد	٣٢٥
سقوط الخيار بكل لفظ	٣٢٨
الافتراق مسقط	٣٣١
لا اعتبار بالافتراق الاكراهي	٣٣٣
لو زال الاكراه	٣٣٩
هل التصرف مسقط	٣٤٠
خيار الحيوان	٣٤٤

هل يختص الخيار بالمشتري ٣٤٨
مبدء الخيار من حين العقد ٣٥٠
في الليلتين الداخلتين في الوسط ٣٥٥
هل التصرف مسقط ٣٥٦
خيار الشرط ٣٥٩
في الايرادات الواردة: الايراد الاول والثاني والثالث ٣٦٣
الايراد الرابع والخامس ٣٦٤
في كلام سيد الحاشية ٣٦٤
لا فرق بين كون زمان الخيار متصلاً أو منفصلاً عن العقد ٣٦٧
الميزان في البطلان صدق عنوان الغرر ٣٦٨
مبدء الخيار من حين العقد ٣٦٩
هل يصح جعل الخيار للاجنبي ٣٧٠
جعل الخيار للمتعدد ٣٧١
يجوز لهما اشتراط الاستيمار ٣٧٢
الفسخ بلا استيمار ٣٧٣
تعرض الماتن لامور: الامر الاول ٣٧٤
الامر الثاني ٣٧٨
الامر الثالث ٣٨٠
الامر الرابع ٣٨٢
عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف ٣٨٣
الامر الخامس ٣٨٥
لو تلف الثمن ٣٨٧
عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع ٣٩٣

خيار الغبن ٣٩٥
الوجوه المستدل بها على خيار الغبن: الوجه الاول والثاني والثالث ٣٩٦
الوجه الرابع والخامس ٣٩٧
يشترط في خيار الغبن امران: الامر الاول ٤٠١
الامر الثاني ٤٠٨
المرجع عند الشك اصالة الخيار ٤٠٩
ظهور الغبن شرط شرعي أو كاشف عقلي ٤١١
يقسط هذا الخيار بامور الاول ٤١٣
المسقط الثاني ٤١٤
لا تنافي بين الاقدام على اشتراء العين بانياً على وجود الصفة وبين الالتزام بعدم الفسخ ٤١٧
لا اشكال في اشتراط سقوط خيار الغبن ٤١٨
تصرف المغبون مسقط للخيار ٤١٩
التصرف الملزم في العين مسقط ٤٢٠
تعرض الماتن لفروع في المقام: الفرع الاول ٤٢١
الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضة ٤٣٥
خيار الغبن فوري أو متراخ ٤٣٧
الكلام في خيار التأخير ٤٤٠
يشترط في هذا الخيار امور: الشرط الاول ٤٤٤
الشرط الثاني ٤٤٦
الشرط الثالث ٤٤٧
الشرط الرابع ٤٤٨

امور قيل باعتبارها في خيار التأخير منها عدم الخيار لاحدهما ٤٤٩
ومنها تعدد المتعاقدين وأن لا يكون المبيع حيواناً ٤٥١
مبدأ الثلاثة في خيار التأخير ٤٥٢
اشتراط سقوط خيار التأخير في متن العقد ٤٥٤
فورية خيار التأخير ٤٥٥
تلف المبيع بعد الثلاثة من البايع ٤٥٦
تلف المبيع في الثلاثة ٤٥٧
لو مكنّه من القبض فلم يتسلم ٤٥٨
لو اشترى ما يفسد من يومه ٤٥٨
السادس خيار الرؤية ٤٦٠
مورد هذا الخيار العين الشخصية ٤٦٢
الاوصاف التي يختلف الثمن من اجلها ٤٦٣
الخيار بين الرد والامساك مجاناً هو المشهور ٤٦٦
خيار الرؤية فوري ٤٦٧
سقوط الخيار بترك المبادرة الى الفسخ ٤٦٨
سقوط الخيار بالتصرف بعد الرؤية ٤٦٨
هل يجوز اسقاطه قبل الرؤية ٤٦٩
لو شرط سقوط الخيار المذكور ٤٦٩
لا يسقط الخيار ببذل التفاوت ٤٧٣
ثبوت خيار الرؤية في كل عقد ٤٧٤
لو اختلفا في تخلف الوصف وعدمه ٤٧٥
لو نسج بعض الثوب على ان ينسج الباقي كالاول ٤٧٦
الكلام في خيار العيب ٤٧٨

اشتراط العجز في متن العقد يفيد التأكيد	٤٨١
مسئلة ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على	
الرد والارش وفي المسئلة فروع: الفرع الاول	٤٨٢
يسقط الرد خاصة بامور: المسقط الاول	٤٩٠
المسقط الثاني	٤٩١
المسقط الثالث	٤٩٢
المسقط الرابع	٤٩٤
يسقط الارش دون الرد	٥٠١
يسقط الارش والرد معاً	٥٠٢
تعرض الماتن لجملة من الامور: الامر الاول	٥٠٦
الامر الثاني	٥٠٧
الامر الثالث والرابع	٥٠٨
الامر الخامس	٥٠٩
الامر السادس	٥١٢
في الدعوى الواقعة بين المتعاقدين والقول قول المنكر	٥١٤
هل يجوز للمنكر اقامة البينة	٥١٦
لو باع الوكيل فوجد المشتري به عيباً	٥٢٢
لورد سلعة بالعيب فانكر البايع انها سلعته	٥٢٣
لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد	٥٢٥
لو اختلف في البرائة قدم منكرها	٥٢٧
لو ادعى المشتري الجهل بالخيار	٥٣٢