آية الله المجاهد
الحاج السيد محمد الحسيني الشيرازي
دام ظله

إيصال الطالب

إلى المكاسب

شرح وافٍ بغرض الكتاب، تتعرض لحل مشكلاته

وإبداء مقاصده في إيجاز وتوضيح

مؤسسة الأعلمي
طهران - إيران

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY
32101 007372061

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

This book is due on the latest date stamped below. Please return or renew by this date.

DUE JUN 15, 1995

Shirāzī, Muḥammad al-Mahdī al-Ḥusaynī ...

آية الله المجاهد

الحاج السيد محمد الحسيني الشيرازي

دام ظله

الجزء الثالث عشر

ايصال الطالب

الى المكاسب

شرح واف بغرض الكتاب ، يتعرض لحل مشكلاته

وابداء مقاصده في ايجاز و توضيح .

القسم الثالث من كتاب الخيارات

منشورات الاعلمي - طهران

(Arab)
HE499
.Z9 P773
1970z
juv 13

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على اعدائهم اجمعين من الآن الى يوم الدين.

و بعد: فهذا هو القسم الثالث من كتاب الخيارات و الجزء الثالث عشر من اجزاء كتابنا (ايصال الطالب الى المكاسب) للشيخ الفذّ آية الله الانصاري قدس سره.

و يشرع في مسئلة عدم سقوط خيار الرؤية ببذل التفاوت و ابدال العين

كتبته تسهيلا للطالب الكريم عسى ان انتفع به في يوم لا ينفع فيه مال ولا بنون الّا من اتى الله بقلب سليم.

كربلاء المقدسة

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

مسئلة

لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بابدال العين ،لان العقد انما وقع على الشخصي ،فتملك غيره يحتاج الى معاوضة جديدة .

و لو شرط في متن العقد الابدال لو ظهر على خلاف الوصف ففي الدروس : ان الاقرب الفساد .

(**مسألة** : لا يسقط هذا الخيار) اى خيار الرؤية (ببذل التفاوت) بين العين الموصوفة و العين المشتملة ،اذا كان بينهما تفاوت ،وذلك لاصالة عدم السقوط ، و ان كان الظاهر ان للمشترى ان يتصالح عن حقه في الخيار بأخذ شئ ،و ان لم يكن بين العينين تفاوت (ولا بابدال العين) بعين اخرى متصفة بالصفات المذكورة في العقد (لان العقد انما وقع على) الشئ (الشخصي ،فتملك غيره يحتاج الى معاوضة جديدة) .

نعم لهما ان يتراضيا بالابدال ، فكانه اسقط المشترى خياره في قبال ان يبدله البائع بعين اخرى .

(و لو شرط في متن العقد الابدال لو ظهر على خلاف الوصف ففي الدروس : ان الاقرب الفساد) و ان كان الظاهر الصحة ،لانه من قبيل شرط معاملة اخرى في ضمن معاملة ، فان هذا البيع صحيح ،لكن اللازم على البائع اخذ العين الفاقدة للاوصاف ،و اعطاء عين اخرى واجدة للاوصاف بمعاملة جديدة ، ولا يلزم ان تكون المعاملة الجديدة بيعا او غيره من العناوين الواردة في الادلة بالخصوص ،بل يكفي صدق

. . . . . .

و لعله لان البدل المستحق علیه بمقتضی الشرط، ان کان بازاء الثمن، فمرجعه الی معاوضة جدیدة علی تقدیر ظهور المخالفة بان ینفسخ البیع بنفسه عند المخالفة و ینعقد بیع آخر فیحصل بالشرط انفساخ عقد و انعقاد عقد آخر، کل منهما معلق علی المخالفة.

و من المعلوم عدم نهوض الشرط لاثبات ذلک وان کان بازاء المبیع الذی

العقد و التجارة علیه، لیدخل فی آیة الوفاء بالعقد، وتجارة عن تراض.

(و) اما ذکره الشهید، ف (لعله لان البدل المستحق علیه) ای علی البائع (بمقتضی الشرط، ان کان) ذلک البدل (بازاء الثمن ف) حیث ان الثمن لا یکون بازاء مثمنین، یکون (مرجعه) ای مرجع کونه بازاء الثمن (الی معاوضة جدیدة علی تقدیر ظهور المخالفة) فی الوصف، و لا یکون الثمن بازاء البدل الا (بان ینفسخ البیع بنفسه عند المخالفة) فی الوصف (و ینعقد بیع آخر).

و علی هذا (فیحصل بالشرط انفساخ عقد) سابق (و انعقاد عقد آخر) جدید ف (کل منهما) ای العقد السابق انفساخا، و العقد الجدید انعقادا (معلق علی المخالفة) فی الوصف.

(و من المعلوم عدم نهوض الشرط لاثبات ذلک) فان الشرط لا یبطل عقدا، ولا یثبت عقدا، لکن ربما یقال بانه: لا بأس بذلک ما لم یدل دلیل علی لزوم سبب خاص فی التملیک و التملک، فلیس الملک بحاجة الی لفظ خاص، مثل: النکاح، والطلاق (و ان کان) البدل المستحق علیه (بازاء المبیع الذی

. . . . . .

ظهر على خلاف الوصف .

فمرجعه ايضا الى انعقاد معاوضة تعليقية غررية ، لان المفروض جهالة المبدل .

وعلى اى تقدير فالظاهر عدم مشروعية الشرط المذكور ، فيفسد و يفسد العقد .

وبذلك ظهر ضعف مافى الحدائق من الاعتراض على الشهيد ره حيث قال : ـ بعد نقل عبارة الدروس ، وحكمه بالفساد ـ ما

ظهر على خلاف الوصف) بان يكون الشرط نافعا للزوم بدل الفاقد للوصف بالواجد له .

(فمرجعه ايضا الى انعقاد معاوضة تعليقية) معلقة تلك المعاوضة على فقدان العين للوصف (غررية) .

و انما كانت غررية (لان المفروض جهالة المبدل) الذى يعطيه البائع بدل ما اعطاه اولا مما كان فاقدا للوصف .

و فيه انه ليست غررية ، اذ الموصوف لا يوجب الغرر .

(وعلى اى تقدير) من التقديرين (فالظاهر عدم مشروعية الشرط المذكور ، فيفسد) الشرط (ويفسد العقد) لان الشرط الفاسد مفسد .

و فيه انه على تقدير فساده ، لا دليل على انه مفسد .

(و بذلك) الذى ذكره المصنف فى وجه كلام الشهيد (ظهر ضعف مافى الحدائق من الاعتراض على الشهيد ره حيث قال) الحدائق (ـ بعد نقل عبارة الدروس ، و) نقل (حكمه بالفساد ـ) لهذا الشرط (ما

. . . . . .

لفظه : ظاهر کلامه ان الحکم بالفساد اعم من ان یظهر علی الوصف اولا، و فیه انه لا موجب للفساد مع ظهوره علی الوصف المشروط .

و مجرد شرط البائع الابدال مع عدم الظهور علی الوصف لا یصلح سببا للفساد، لعموم الاخبار المتقدمة .

نعم لو ظهر مخالفا فانه یکون فاسدا من حیث المخالفة ،ولا یجبره

لفظه : ظاهر کلامه) ای کلام الدروس(ان الحکم بالفساد اعم من ان یظهر) المبیع (علی الوصف) المقرر(اولا، و فیه انه لا موجب للفساد مع ظهوره علی الوصف المشروط) .

اذ لا وجه للفساد بعد شمول ادلة الوفاء بالعقد، والتجارة عن تراض له ،ولا دلیل علی ان مثل هذا الشرط مفسد .

(و) ذلك لوضوح ان(مجرد شرط البائع الابدال مع عدم الظهور) ای ظهور المبیع (علی الوصف) المقرر(لا یصلح سببا للفساد، لعموم الاخبار المتقدمة) فان اخبار خیار الرؤیة تدل بمفهومها علی ان المبیع لو کان موصوفا بالوصف الذی ذکراه، کان البیع ثابتا، ولازما .

و هذا بالاضافة الی عمومات حل : البیع ،و : تجارة عن تراض .

و کان المصنف عند أشکاله علی الحدائق یری الفساد فی صورة عدم المخالفة ایضا، لان الشرط فاسد علی ما ذکره ،والشرط الفاسد مفسد، و فیه ما لا یخفی .

(نعم لو ظهر) المبیع (مخالفا) فی الوصف (فانه) ای البیع (یکون فاسدا من حیث المخالفة) لمخالفة المعقود علیه مع المتسلم(ولا یجبره)

. . . . . .

هذا الشرط ، لاطلاق الاخبار .

والاظهر رجوع الحكم بالفساد فى العبارة الى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور ، وعدمه .

و بالجملة فانى لا اعرف للحكم بفساد العقد فى الصورة المذكورة على الاطلاق وجها يحمل عليه ، انتهى .

اى لا يجبر الفساد الآتى من ناحية المخالفة (هذا الشرط ، لاطلاق الاخبار) الدالة على ان الشرط المخالف للكتاب والسنة يوجب الفساد ، فاذا فسد الشرط افسد ايضا .

(والاظهر رجوع الحكم بالفساد فى العبارة) المتقدمة عن الشهيد (الى الشرط المذكور) يعنى ان مراد الشهيد هو ان الشرط فاسد ، لان مراده ان البيع فاسد (حيث لا تأثير له) اى للشرط (مع الظهور) اى ظهور المخالفة لما عرفت من بطلان البيع فلا تأثير للشرط (وعدمه) اى عدم ظهور المخالفة ، لان البيع حينئذ صحيح ـ كما عرفت ـ ولا تأثير لهذا الشرط (وبالجملة فانى لا اعرف للحكم بفساد العقد فى الصورة المذكورة) . و هى صورة اشتراط الابدال لدى المخالفة (على الاطلاق) اى انه فاسد مطلقا حتى فى صورة عدم ظهور المخالفة (وجها يحمل) كلام الشهيد ((ره)) (عليه ، انتهى) .

اذ قد عرفت ان الشرط لا يضر اذا لم تظهر المخالفة و الله العالم .

مسئلة

الظاهر ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح ،والاجارة ،لانه لولم يحكم بالخيار مع تبين المخالفة ،فاما ان يحكم ببطلان العقد لماتقدم عن الاردبيلى فى بطلان بيع العين الغائبة

و اما ان يحكم بلزومه من دون خيار ،والاول مخالف لطريقه الفقهاء فى تخلف الاوصاف المشروطة فى المعقود عليه ·

(مسألة : الظاهر ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة) فظهرت خلاف الوصف (كالصلح ،والاجارة) والهبة المشروطة و المعوضة ، وغيرها ·

و انما نحكم بالخيار (لانه لو لم يحكم بالخيار) دار الامر بين البطلان و بين الصحة بدون خيار ·

والاول : خلاف ادلة : اَوْفُوا بِالْعُقُوْدِ ·

و الثانى : خلاف دليل : لاضرر ،بالاضافة الى المناط فى باب البيع اذ (مع تبين المخالفة ، فاما ان يحكم ببطلان العقد) ·

فوجه البطلان (لماتقدم عن الاردبيلى فى بطلان بيع العين الغائبة) بان المقصود ليس بموجود ، وماهو موجود لم يعقد عليه ·

(و اما ان يحكم بلزومه من دون خيار ،و) كلاهما باطل ·

لان (الاول مخالف لطريقة الفقهاء فى) صورة (تخلف الاوصاف المشروطة فى المعقود عليه) وطريقتهم كما عرفت مستفادة من ان النصوص

. . . . . .

و الثانى فاسد من جهة ان دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد ، و حرمة النقض ، و معلوم ان عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشترطة فيها ليس نقضا للعقد ، بل قد تقدم عن بعض ان ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاءا و عملا بالعقد حتى يجوز ، بل هو تصرف لم يدل عليه العقد ، فيبطل .

الدالة على العقود تشمل حتى صورة المخالفة .

و السرّ ان المخالفة لا تضر الجوهر ، ولذلك جرت طريقة العقلاء على صحة المعاملة ، و منتهى الامر ان يكون فى العقد الخيار .

(و الثانى) و هو لزوم العقد من دون خيار (فاسد من جهة ان دليل اللزوم) للعقود (هو وجوب الوفاء بالعقد ، وحرمة النقض) قال تعالى : أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (و معلوم ان عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشترطة فيها) اى فى تلك العين عدم الالتزام : بان يكون له الفسخ او ابطال العقد بالخيار ، اذا شاء (ليس نقضا للعقد) .

اذا المستفاد عرفا من « أَوْفُوا بِالْعُقُودِ » وجوب الوفاء بالعقد الذى تعلق بما تعلقت به ارادة المتعاقدين ، لا باىّ عقد كان ، وان كان متعلقه على خلاف ارادة احدهما (بل قد تقدم عن بعض) و هو الاردبيلى « ره » (ان ترتيب آثار العقد عليها) اى على العين الفاقدة للوصف (ليس وفاءا و عملا بالعقد حتى يجوز) ترتيب الآثار (بل هو) اى ترتيب الآثار (تصرف لم يدل عليه العقد ، فيبطل) .

و نحن و ان لم نقل بمقالة ذلك البعض من البطلان ، لكن نقول :

. . . . . .

و الحاصل : ان الامر فى ذلك دائر بين فساد العقد و ثبوته مع الخيار.

و الاول مناف لطريقة الاصحاب فى غير باب، فتعين الثانى.

بان وجوب الوفاء ،لا يشمل مثل هذا العقد المخالف فى الوصف.

(والحاصل : ان الامر فى ذلك) العقد، و سائر العقود : غير البيع (دائر بين فساد العقد) مطلقا (و ثبوته مع الخيار) .

(و الاول مناف لطريقة الاصحاب فى غير باب) واحد، بل فى جميع الابواب، فانهم لا يبطلون المعاملة بمجرد مخالفة وصف غير مقوم ،وقد عرفت ان طريقتهم اتباع اطلاق الادلة (فتعين الثانى) و هو ثبوت العقد مع الخيار.



مسئلة

لو اختلفا، فقال البائع : لم يختلف صفة ، وقال المشترى : قداختلف ففى التذكرة قدم قول المشترى ،لاصالة برائة ذمته من الثمن ،فلا يلزمه مالم يقرّ به ، او يثبت بالبينة .

و رده فى المختلف فى نظير المسألة بان اقراره بالشراء اقرار بالاشتغال بالثمن .

و يمكن ان يكون مراده ببرائة الذمة : عدم وجوب

(مسألة : لو اختلفا، فقال البائع : لم يختلف) الموجودعن الموصوف (صفة) و انما سلمتك نفس الذى وصفته لك (وقال المشترى : قدا ختلف) فاراد المشترى الاخذ بالخيار و امتنع البائع .

(ففى التذكرة) قال : (قدم قول المشترى ،لاصالة برائة ذمته من الثمن ،فلايلزمه) اعطاء الثمن(مالم يقرّ به) اى ان اللازم عليه اعطاء الثمن (او يثبت) وجوب اعطائه الثمن (بالبينة) الدالة على ان المسلّم هو الموصوف من غير اختلاف .

(و رده فى المختلف فى نظير المسألة بان اقراره) اى اقرار المشترى (بالشراء ،اقرار بالاشتغال بالثمن) .

فاللازم ان يعطى الثمن ،الا اذا اثبت مخالفة المسلّم للمعقودعليه فى الوصف .

(و يمكن ان يكون مراده) اى مراد التذكرة (ببرائة الذمة : عدم وجوب

. . . . . .

تسليمه الى البائع ،بناءا على ماذكره فى احكام الخيار من التذكرة من عدم وجوب تسليم الثمن ،ولا المثمن فى مدة الخيار ،وان تسلم الآخر .

و كيف كان فيمكن ان يخدش بان المشترى قد اقرّ باشتغال ذمته بالثمن ،سواء اختلف صفة المبيع ، ام لم يختلف .

غاية الامر سلطنته على الفسخ لو ثبت ان البائع التزم على نفسه اتصاف المبيع باوصاف مفقودة .

تسليمه) اى تسليم الثمن(الى البائع ،بناءاعلى ماذكره فى احكام الخيار من التذكرة من عدم وجوب تسليم) المشترى (الثمن ،ولا) البائع (المثمن فى مدة الخيار ،وان تسلم) الطرف (الآخر) .

و قد تقدم فى بعض المسائل السابقة وجه ذلك ،وفى المقام حيث يدعى المشترى خلاف الوصف، فله الخيار ،واذاكان له الخيار كان له ان لا يسلم الثمن .

فمراد التذكرة برائة ذمته من تسليم الثمن ـ لا من اصل الثمن ـ .

(و كيف كان) مراد العلامة من برائة الذمة (فيمكن ان يخدش بان المشترى قد اقرّ باشتغال ذمته بالثمن) حيث انه معترف بالمعاملة الموجبة لاشتغال ذمته (سواء اختلف صفة المبيع) الموجبة للخيار(ام لم يختلف) فيلزم العقد .

(غاية الامر سلطنته) اى المشترى (على الفسخ لو ثبت ان البائع التزم على نفسه اتصاف المبيع باوصاف مفقودة) .

فقوله « لو ثبت » اى انه ان ثبت، تثبت له السلطنة ،لا ان السلطنة

كما لو اختلفا فى اشتراط كون العبد كاتبا .

و حيث لم يثبت ذلك فالاصل عدمه ، فيبقى الاشتغال لازما غير قابل للازالة بفسخ العقد هذا .

و يمكن دفع ذلك بان اخذ الصفات فى المبيع و ان كان فى معنى الاشتراط الا انه بعنوان التقييد .

فمرجع الاختلاف الى الشك فى تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها

متوقفة على الثبوت ، اذ لا شك ان للمشترى الفسخ ـ واقعا ـ وان لم يثبت خارجا فقد المبيع للاوصاف (كما لو اختلفا فى اشتراط كون العبد كاتبا) فانكر البائع هذا الشرط ، و اثبته المشترى و لم يكن العبد المسلّم اليه كاتبا .

(و حيث لم يثبت ذلك) اى لم يثبت ان البائع التزم فى العقد كون العبد كاتبا (فالاصل عدمه) اى عدم لزوم وصف العبد بكونه كاتبا (فيبقى الاشتغال) لذمة المشترى بالثمن (لازما غير قابل للازالة بفسخ العقد)

و على هذا فاللازم على المشترى ان يسلّم الثمن ، الا اذا تمكن من اثبات ما يقوله (هذا) تمام الكلام فى وجه الاشتغال .

(و يمكن دفع ذلك) و تأييد برائة المشترى (بان اخذ الصفات فى المبيع و ان كان فى معنى الاشتراط) فكانه قال : بعتك عبدا بشرط ان يكون كاتبا (الا انه بعنوان التقييد) فالمشترى العبد الكاتب ، لان العبد الامّى لم يقع عليه العقد اصلا .

(فمرجع الاختلاف الى الشك فى تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها

. . . . . .

صفات مفقودة ، او تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة ، او مايعمها و اللزوم من احكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثانى .

و الاصل عدمه .

و منه يظهر الفرق بين مانحن فيه و بين الاختلاف فى اشتراط كتابة العبد ، وقد تقدم توضيح ذلك و بيان ماقيل او يمكن ان يقال فى هذا المجال فى مسألة ما اذا اختلفا فى

صفات مفقودة) للعبد الامّى و هل كان مشمولا للعقد (او تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة) للعبد الكاتب (او) تعلق البيع بـ (ما يعمها) اى مايعم الصفات فهو مشتر للعبد عالما كان او اميّا (واللزوم) للبيع (من احكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثانى) و هى العين التى لوحظ فيها الصفات الموجودة .

(و) حيث انه امر وجودى ، ف (الاصل عدمه) و عليه فلاتشتغل ذمة المشترى بالثمن .

(و منه) اى و مما ذكرناه من ان البيع مقيد ، فالاصل عدمه (يظهر الفرق بين مانحن فيه) الذى هو مقيد (و بين الاختلاف فى اشتراط كتابة العبد) حيث ان كليهما متفقان على اشتراء العبد ، لكن اختلفا ، فقال المشترى كان بشرط الكتابة ، وانكره البائع .

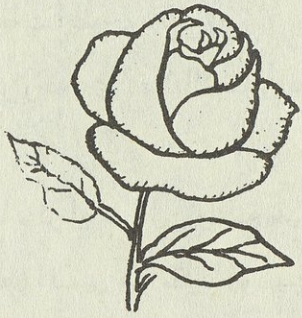
فان الاصل هنا مع البائع لان المشترى يدعى شرطا زائدا (و قد تقدم توضيح ذلك) الفرق (و بيان ماقيل او يمكن ان يقال فى هذا المجال) اى مجال اختلافهما تقدم ذلك (فى مسألة ما اذا اختلفا فى

. . . . . .

تغيير ما شاهداه قبل البيع .

تغيير ما شاهداه قبل البيع) فراجع .

والظاهر ان الاصل مع البائع فى امثال هذه المقامات والله العالم .



مسئلة :

لو نسج بعض الثوب فاشتراه على ان ينسج الباقى كالاول بطل ،كما عن المبسوط ، و القاضى ،وابن سعيد قدس سرهما ، و العلامة فى كتبه و جامع المقاصد .

و استدل عليه فى التذكرة ،و جامع المقاصد بان بعضه عين حاضرة و بعضه فى الذمة مجهول .

وعن المختلف صحته ولا يحضرنى الآن حتى اتأمّل فى دليله .

و الذى ذكر للمنع ،لاينهض مانعا .

(**مسألة** : لو نسج بعض الثوب فاشتراه) المشترى (على ان ينسج الباقى كالاول) فى النسج (بطل) البيع فى الجميع (كما عن المبسوط و القاضى و ابن سعيد قدس سرهما ، و العلامة فى كتبه و جامع المقاصد) (و) ذلك لما (استدل عليه فى التذكرة ،وجامع المقاصد بان بعضه عين حاضرة و بعضه فى الذمة مجهول) فالبعض المجهول باطل لجهالته و البعض الحاضر باطل، لان فى ضمنه شرط مجهول ،والشرط الفاسد مفسد .

(وعن المختلف صحته) و هو الاقرب ،لان مافى الذمة ليس مجهولا بعد ان كان موصوفا و هى معاملة عقلائية فيشملها دليل المعاملات ، مثل اَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ وغيره (ولا يحضرنى) المختلف (الآن حتى اتأمّل فى دليله) الذى بنى عليه الصحة .

(و) لكن (الذى ذكر) دليلا (للمنع ،لاينهض مانعا) لما عرفت .

. . . . . .

فالذى يقوى فى النظر انه اذا باع البعض المنسوج المنضم الى غزل معين على ان ينسجه على ذلك المنوال ، فلامانع منه .

وكذا اذا ضم معه مقدارا معينا كليامن الغزل الموصوف على ان ينسجه كذلك ، اذلامانع من ضم الكلى الى الشخصى .

واليه ينظر بعض كلمات المختلف فى هذا المقام ، حيث جعل اشتراط نسج الباقى كاشتراط الخياطة والصبغ .

هذا بالاضافة الى ان المجهول لو كان جزءا كان البيع فى الموجود صحيحا وله خيار تبعض الصفقة ، ولو كان شرطا كان باطلا فى نفسه ، وقد سبق ان الشرط الفاسد ليس مفسدا .

(فالذى يقوى فى النظر انه اذا باع البعض المنسوج المنضم الى غزل) غير منسوج (معين على ان ينسجه على ذلك المنوال) اى على ذلك الطراز والكيفية (فلامانع منه) لانه باع المنسوج وغير المنسوج ، وشرط نسج غير المنسوج .

(وكذا اذا ضم معه) اى مع المنسوج (مقدارا معينا كليامن الغزل الموصوف) مثل كيلومن الغزل الموصوف بانه مثل غزل هذا النسج (على) شرط (ان ينسجه كذلك) اى كهذا المنسوج (اذلامانع من ضم الكلى) فى البيع (الى الشخصى) فان اطلاقات ادلة البيع تشمله ، والشرط جائز (واليه) اى الى انه من باب الشرط (ينظر بعض كلمات المختلف فى هذا المقام ، حيث جعل اشتراط نسج الباقى) من باب الشرط (كاشتراط الخياطة والصبغ) .

. . . . . .

وكذا اذا باعه اذرعا معلومة منسوجة مع هذا المنسوج بهذا المنوال

و لو لم ينسجه فى الصورتين الاوليين على ذلك المنوال ،ثبت الخيار لتخلف الشرط .

و لو لم ينسجه كذلك فى الصورة الاخيرة لم يلزم القبول و بقى على مال البائع ، وكان للمشترى الخيار فى المنسوج لتبعض الصفقة عليه و الله العالم

كما اذا باعه قماشا بشرط ان يخيطه او ان يصبغه (وكذا) يصح ويكون من باب ضم الكلى الى الشخصى (اذا باعه اذرعا معلومة منسوجة مع هذا المنسوج) الموجود فعلا (بهذا المنوال) ((بهذا)) متعلق بـ ((منسوجة)) هذا (و لو لم ينسجه) البائع (فى الصورتين الاوليين) وهما ((المنضم الى غزل معين)) ((وكذا اذا ضم معه)) (على ذلك المنوال) حسب الشرط (ثبت الخيار) للمشترى (لتخلف الشرط) اذ الشرط ان ينسجه على ذلك الطراز .

(و لو لم ينسجه كذلك) اى على ذلك المنوال (فى الصورة الاخيرة) و هى ((اذا باعه اذرعا معلومة)) (لم يلزم) المشترى (القبول) لما يقدمه البائع له (وبقى) الذى قدمه البائع مما لم ينسج على ذلك المنوال (على مال البائع) لانه ليس مصداقا لما بيع (وكان للمشترى الخيار فى المنسوج لتبعض الصفقة عليه) اى على المشترى (و الله العالم) بحقائق الاحكام

ثم انه لو كان التبديل ممكنا فى الصورة الاخيرة لزم على البائع التبديل فاذا لم يبدل كان للمشترى خيار تبعض الصفقة ،كما هو واضح .

السابع

خيار العيب، اطلاق العقد يقتضى وقوعه مبنيا على سلامة العين من العيب .

و انما ترك اشتراطه صريحا اعتمادا على اصالة السلامة ، و الا لم يصح

(السابع) من الخيارات (خيار العيب) و هو من اضافة المعلول الى العلة ، اى الخيار الثابت بواسطة العيب .

اعلم ان (اطلاق العقد) و عدم تقييده بكون متعلق العقد صحيحا او معيبا (يقتضى) اقتضاءً حسب الفهم العرفى (وقوعه) اى العقد (مبنيا على سلامة العين من العيب) سواء كان ثمنا او مثمنا، فليس المراد بالعين المثمن فقط .

و انما ذكر ذلك لئلا يتوهم ان المراد سلامة العين من الرهن و نحوه لانه ايضا فرع من السلامة .

(و انما ترك) بصيغة المجهول ، و فاعله البائع و المشترى (اشتراطه) اى اشتراط ان تكون العين سالمة (صريحا) فى اللفظ (اعتمادا على اصالة السلامة) و هى عبارة عن ان الاشياء كلها على السلامة ، الا ما خرج و ليس المراد ان كل شئ سالم بذاته ، بل المراد ان الكلى سالم بصورة غالبة ، فلا يستشكل ان بعض الاشياء توجد ناقصة ، فلا اصل .

و الحاصل : ان ليس المراد بالاصل : الاستصحاب ، بل القاعدة الغالبية فى الاشياء (والا) يعتمد على اصل السلامة فى العقد (لم يصح

. . . . . .

العقد من جهة الجهل بصفة العين الغائبة ،وهى صحتها التى هى من اهم مايتعلق به الاغراض .

و لذا اتفقوا فى بيع العين الغائبة على اشتراط ذكر الصفات التى يختلف الثمن باختلافها، و لم يذكروا اشتراط صفة الصحة .

العقد) ايّ عقد كان (من جهة الجهل) من المشترى (بصفة العين الغائبة) عن الرؤية (و هى) اى تلك الصفة المجهولة (صحتها) اى صحة العين (التى هى) اى الصحة (من اهم مايتعلق به الاغراض) .

و الحاصل انه لو لا اصالة الصحة لم يصح ايّ بيع ،لانه بيع مجهول غرري .

فصحة البيع كاشفة ـ إنّيا ـ عن اصالة السلامة .

و اذا كانت اصالة السلامة هى المعتمدة عند العقلاء ،صح الاعتماد عليها بدون ذكرها .

فاذا تخلف كان للطرف المقابل ان يفسخ المعاملة لفقدان الشرط

ثم انه ليس المراد باطلاق العقد اللفظ ، اذ خيار العيب جار فى المعاطاة ايضا ، بناءا على لزوم المعاطاة ، او بناءا على جريانه فى المعاطاة حتى على القول بعدم لزومها ، بل المراد بالعقد : الاعمّ من اللفظى و العملى ،كما لا يخفى .

(ولذا) الذى ذكرناه من ان الاطلاق يقتضى السلامة (اتفقوا فى بيع العين الغائبة على اشتراط ذكر الصفات التى يختلف الثمن باختلافها) كاللون و الطعم و الرائحة و ما اشبه (و لم يذكروا اشتراط صفة الصحة)

. . . . . .

فليس ذلك الا من حيث الاعتماد فى وجودها على الاصل فان من يشترى عبداً لا يعلم انه صحيح سوّى ،ام فالج مقعد ، لا يعتمد فى صحته الاعلى اصالة السلامة ، كما يعتمد من شاهد المبيع سابقا على بقائه على ما شاهده فلا يحتاج الى ذكر تلك الصفات فى العقد .

و كما يعتمد على اخبار البائع بالوزن

هذه الجملة متعلقة بـ « ولذا » اى ولذا لم يذكروا اشتراط صفة الصحة ، مع انهم اشترطوا ذكر الصفات الاخر .

(فليس ذلك) اى عدم ذكرهم اشتراط صفة الصحة (الا من حيث الاعتماد فى وجودها) اى وجود صفة الصحة (على الاصل) اى اصالة الصحة .

ثم بيّن كيف ان العرف يعتمد على اصالة الصحة بقوله : (فان من يشترى عبداً لا يعلم انه صحيح سوىّ ،ام فالج مقعد ، لا يعتمد فى صحته الاعلى اصالة السلامة) و الا فكيف يشترى من لا يفى بغرضه على فرض المرض و النقص (كما يعتمد من شاهد المبيع سابقا) قبل مدة من البيع (على بقائه) كالسابق (على ما شاهده) فى الصفات (فلا يحتاج الى ذكر تلك الصفات فى العقد) .

فلو تبين بعد ذلك تغيّره تغيّرا يختلف الغرض بسبب ذلك التغير كان له الخيار ،و يسمى بخيار الرؤية .

(و كما يعتمد) المشترى (على اخبار البائع بالوزن) فلا يزن المتاع عند اشترائه ،فاصالة الصحة ، مثل اصالة البقاء ،واصالة صحة كلام البائع

. . . . . .

قال فى التذكرة الاصل فى المبيع من الاعيان و الاشخاص : السلامة من العيوب و الصحة ، فاذا اقدم المشترى على بذل ماله فى مقابلة تلك العين ،فانّما بنى اقدامه على غالب ظنه المستند الى اصالة السلامة انتهى

و قال فى موضع آخر : اطلاق العقد و اشتراط السلامة يقتضيان السلامة على ما مرّ من ان القضاء العرفى يقتضى ان المشترى انما بذل ماله بناءا على اصالة السلامة ،فكانها مشترطة

فى الوزن ، ممايعتمد عليه العقلاء فى البيع (قال فى التذكرة) مايؤيد ما ذكرناه من اعتماد المشترى على اصالة السلامة (الاصل فى المبيع من الاعيان) كالدار (والاشخاص) كالعبيد (السلامة من العيوب) فلايكون العبد ناقصا ـ مثلا ـ (و الصحة) فلايكون مريضا (فاذا اقدم المشترى على بذل ماله فى مقابلة تلك العين) ((بذل)) مصدر .

و جواب (اذا) قوله : (فانّما بنى اقدامه على غالب ظنه) اى ظنه الغالب على الطرف الآخر الذى هو الوهم ،فى مقابل الشك الذى لاغلبة له فى طرف ، و الصفة توضيحية ، اذ كل ظن غالب (المستند الى اصالة السلامة) فان الظن انما حصل من اصل السلامة (انتهى) .

(و قال فى موضع آخر : اطلاق العقد واشتراط السلامة) اى اشتراطه البنائى ،لا اللفظى ، حيث انهما اذا بنيا على السلامة فكانهما اشترطاها (يقتضيان السلامة على مامرّ) اى انما يقتضيان ذلك بناءا على ماذكرنا (من ان القضاء العرفى) اى حكمهم (يقتضى ان المشترى انما بذل ماله) اى الثمن (بناءا على اصالة السلامة ، فكانها) اى السلامة (مشترطة

. . . . . .

فى نفس العقد، انتهى .

و مماذكرنا يظهر ان الانصراف ليس من باب انصراف المطلق الى الفرد الصحيح ليرد عليه .

او لا: منع الانصراف ولذا لا يجرى فى الايمان و النذور .

فى نفس العقد، انتهى) فلافرق بين اللفظ، وبين البناء ،لان العرفيرى البناء كاللفظ .

و الحاصل انه من باب اشتراط وصف الصحة، لا من باب الانصراف فقد يقول البائع : بعتك العبد الصحيح بكذا، وقد لا يتلفظ بلفظ الصحيح و انما يقصد ذلك قصداً، والقصد كاللفظ .

(و مماذكرنا) من ان اطلاق العقد يقتضى الصحة (يظهر ان الانصراف) الى الصحيح من باب الشرط المفهوم عرفاء و(ليس من باب انصراف المطلق الى الفرد الصحيح) و ان كان هذا الانصراف فى موضعه ايضا صحيحا، فان الانسان اذا اطلق الكلى كان منصرفا الى الصحيح .

فاذا قال المولى لعبده : اشترلى اناءا كان منصرفا الى الصحيح لكن مقامنا ليس من ذلك (ليرد عليه) اى لو كان المستند فى اصالة صحة المبيع الانصراف يرد عليه .

(او لا: منع الانصراف) فان المطلق يصدق على كل افراده، سواء كان صحيحا او غير صحيح (و لذا لا يجرى) الانصراف (فى الايمان و النذور) .

فاذا نذر ان يذبح شاة كفى فى ذبح الشاة الناقصة .

. . . . . .

و ثانيا : عدم جريانه فيمانحن فيه لعدم كون المبيع مطلقا بل هو جزئى حقيقى خارجى .

و ثالثا : بان مقتضاه عدم وقوع العقد رأسا

و كذلك اذا حلف ان يعطى زيدا ، ثوبا ، صح اعطائه الثوب الناقص او الخلق ـ مثلا ـ و لو كان لفظ الشاة منصرفا الى الصحيح ، لزم ان يقال بلزوم الصحيحة فى النذر و الحلف .

و الحاصل ان اللفظ ليس منصرفا ، فمن اين تقولون بلزوم الصحيح فى المبيع ، مع ان لفظ الشاة ـ مثلا ـ فى كل من النذر و البيع لفظ واحد .

(و ثانيا : عدم جريانه) اى الانصراف (فيمانحن فيه) من البيع اذ الانصراف انما يأتى فى المطلق الكلى ، كما اذا قال : جئنى بعبد ، فان اللفظ حيث يكون مطلقا ينصرف الى العبد الكامل مثلا ، وفى بيع العين الشخصية ليس كذلك (لعدم كون المبيع مطلقا بل هو جزئى حقيقى خارجى) .

فكما لا يصح ان يقال : زيد منصرف الى فلان ، كذلك لا يصح ان يقال بعتك زيدا منصرف الى فلان ، اذ الانصراف انما يجرى فى الافراد و الشخص الجزئى لا افراد له .

(و ثالثا : بان مقتضاه) اى مقتضى ما ذكرتم من الانصراف الى الصحيح (عدم وقوع العقد رأسا) و اصلا ـ اى من اول الامر ـ صحيح و لكن له خيار الفسخ ، فاذا فسخ كان العقد كان لم يقع على المعيب ذيلا

على المعيب، فلامعنى لامضاء العقد الواقع عليه او فسخه حتى يثبت التخيير بينهما .

و دفع جميع هذا بان وصف الصحة قد اخذ شرطا فى العين الخارجية نظير معرفة الكتابة ، اوغيرها من الصفات المشروطة فى العين الخارجية .

ـ اى بعد ان وقع اولا و رأسا ـ (على المعيب) .

فاذا كان لفظ العبد ـ مثلا ـ منصرفا الى الصحيح ، فلم يقع العقد على العبد المعيب ، فاذا اعطاه عبدا معيبا كان من قبيل ان يعطى حيوانا عوض العبد (فلامعنى) حين لم يقع العقد على المعيب (لامضاء) المشترى (العقد الواقع عليه) اى على المعيب (او فسخه) اذا لم يشاء قبول المعيب (حتى يثبت التخيير بينهما) اى بين الامضاء والفسخ

و «حتى» غاية لـ «وقوع العقد» فى قوله «عدم وقوع العقد رأسا»

(و) قد تبين لك (دفع جميع هذا) الاشكالات الثلاثة (بان وصف الصحة) ليس من باب الانصراف ، بل (قد اخذ شرطا فى العين الخارجية) التى وقع عليها البيع ، فكانه قال : ابيعك هذا العبد الخارجى واسمه مبارك ، بشرط ان يكون صحيحا ، فاذا لم يكن صحيحا كان للمشترى خيار تخلف الشرط .

فالصحة المشروطة (نظير معرفة الكتابة ، اوغيرها) اى غير معرفة الكتابة ، ككونه ابيض مثلا ، او المراد غير الكتابة ، كمعرفة الخياطة (من الصفات المشروطة فى العين الخارجية) ممالا يوجب ذهابها الاخيار الفسخ

. . . . . .

و انما استغنى عن ذكر وصف الصحة ، لاعتماد المشترى فى وجودها على الاصل كالعين المرئية سابقا حيث يعتمد فى وجود اصلها ، وصفاتها على الاصل .

و لقد اجاد فى الكفاية حيث قال : ان المعروف بين الاصحاب: ان اطلاق العقد يقتضى لزوم السلامة و لو باع كليا حالا او سلما كان الانصراف الى الصحيح من جهة ظاهر الاقدام ايضا .

(وانما استغنى عن ذكر وصف الصحة) فى العقد ، بينما سائر الصفات بحاجة الى الذكر (لاعتماد المشترى فى وجودها) اى الصحة (على الاصل) اى اصالة الصحة (كالعين المرئية سابقا) قبل البيع (حيث يعتمد) المشترى عند اشترائها (فى وجود اصلها) فى مقابل احتمال ان تكون تالفة (و) فى بقاء (صفاتها على الاصل) اى استصحاب البقاء اصلا و وصفا .

(و لقد اجاد) السبزوارى (فى الكفاية) حيث فرق بين الجزئى الذى تكون الصحة فيه من باب الشرط ، و بين الكلى الذى تكون الصحة فيه من باب الانصراف (حيث قال : ان المعروف بين الاصحاب: ان اطلاق العقد يقتضى لزوم السلامة) اى من باب الشرط (و لو باع كليا حالا او سلما) اى سلفا ، بان اعطى الثمن الآن فى مقابل ان يأخذ المثمن بعد ذلك (كان الانصراف الى الصحيح من جهة ظاهر الاقدام ايضا) فان المتعارف ان الانسان لا يقدم على شراء او بيع المعيب ، فتكون الصحة ايضا من باب الشرط كالجزئى .

و يحتمل كونه من جهة الاطلاق المنصرف الى الصحيح فى مقام الاشتراء و ان لم ينصرف اليه فى غير هذا المقام، فتأمل.

ثم ان المصرح به فى كلمات جماعة ان اشتراط الصحة فى متن العقد يفيد التأكيد، لانه تصريح بمايكون الاطلاق منزلا عليه.

و انما ترك لاعتماد المشترى على اصالة السلامة، فلايحصل من اجل هذا الاشتراط خيار آخر، غير خيار العيب

(و يحتمل كونه) اى لزوم الصحة (من جهة الاطلاق) فى الكلى المبيع (المنصرف الى الصحيح) عرفا (فى مقام الاشتراء) متعلق بـ «المنصرف» (و ان لم ينصرف اليه) اى الى الصحيح (فى غير هذا المقام) كمقام النذور و الايمان ـ على ما عرفت سابقا ـ (فتأمل).

اذ لو كان وجه الصحة فى الكلى الانصراف، لزم عدم صحة قبول المشترى المعيب من باب الوفاء، لان البيع وقع على غير المعيب، فاللازم ان يقال: ان الصحة فى كل من الجزئى و الكلى من باب الشرط لا من باب الانصراف فى الكلى.

(ثم ان المصرح به فى كلمات جماعة) من الفقهاء (ان اشتراط الصحة فى متن العقد يفيد التأكيد) للشرط المنصرف اليه، وان لم يذكر فى المتن (لانه تصريح بمايكون الاطلاق منزلا عليه).

(و انما ترك) ذكر الشرط (لاعتماد المشترى على اصالة السلامة) و حين كان الشرط المذكور تأكيدا، لا تأسيسا (فلايحصل من اجل هذا الاشتراط) فى اللفظ (خيار آخر، غير خيار العيب).

. . . . . .

كما لو اشترط كون الصبرة كذا وكذا صاعا، فانه لا يزيد على ما اذا ترك الاشتراط و اعتمد على اخبار البائع بالكيل ،او اشترط بقاء الشئ على الصفة السابقة المرئية فانه فى حكم مالو ترك ذلك اعتمادا على اصالة بقائها .

و بالجملة فالخيار خيار العيب اشترط الصحة ،ام لم يشترط .

فلايتوهم ان للمشترى خيارين ، خيار الشرط غير المذكور،و خيار الشرط المذكور ، فيكون ذكر شرط الصحة ـ فى افادته التأكيد ـ (كمالو اشترط كون الصبرة) اى الحفنة من الحنطة (كذا و كذا صاعا) كاحد عشر صاعا، او كذا صاعا، كعشرة مثلا (فانه) اى شرط المقدار (لا يزيد على ماذا ترك الاشتراط و اعتمد على اخبار البائع بالكيل) فانه اذا قال البائع هذه الصبرة عشرة اصوع ، ثم اشتراها ـ مطلقا ـ او اشتراها قائلا : بشرط ان تكون عشرة اصوع لم يكن بين الامرين فرق ، بل للمشترى فى كلتا الصورتين وهما الاشتراط و عدم الاشتراط اذا لم تكن عشرة اصوع خيار واحد (او اشترط) لفظا (بقاء الشئ على الصفة السابقة المرئية) بان قال اشترى منك العين الغائبة على شرط ان تكون باقية على صفتها السابقة (فانه فى حكم مالو ترك ذلك) الشرط (اعتمادا على اصالة بقائها) فى ان الشرط الملفوظ لا يوجب خيارا زائدا، بل سواء لفظ بالشرط ام لا، فله خيار واحد و هو خيار الرؤية .

(و بالجملة فالخيار) فيما اذا ظهر المبيع معيبا (خيار العيب اشترط الصحة) لفظا (ام لم يشترط) بل اعتمد على الفهم العرفى .

. . . . . .

و يؤيده ماورد من رواية يونس فى رجل اشترى جارية على انها عذراء فلم يجدها عذراء، قال : يرد عليه فضل القيمة فان اقتصاره عليه السلام على اخذ الارش الظاهر فى عدم جواز الرد يدل على ان الخيار خيار العيب.

ولو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط الرد بالتصرف فى الجارية بالوطى او مقدماته.

(و يؤيده) اى كون الخيار للعيب، و ان اشترط ،لانه خيار جديد (ماورد من رواية يونس فى رجل اشترى جارية على انها عذراء ،فلم يجدها عذراء) حين تصرف فيها (قال : يرد) البايع (عليه) اى على المشترى (فضل القيمة) اى التفاوت بين البكر و الثيب.

وجه الاستدلال بالحديث ماذكره بقوله : (فان اقتصاره عليه السلام على اخذ الارش الظاهر) هذا الاقتصار (فى عدم جواز الرد) مع ان مقتضى الشرط جواز الرد ايضا (يدل على ان الخيار خيار العيب) و ان اللفظ الذى ذكره المشترى كان تأكيدا، لا تأسيسا.

(و لو كان هنا) اى فى الرواية (خيار تخلف الاشتراط) بالاضافة الى خيار العيب، بان كانت اصالة السلامة تفيد خيار العيب،والاشتراط يفيد خيار الشرط (لم يسقط الرد بالتصرف فى الجارية بالوطى اومقدماته) اذ خيار الشرط لا يسقطه التصرف، و انما خيار العيب هو الذى يسقطه التصرف.

. . . . . .

و منه يظهر ضعف ماحكاه فى المسالك، من ثبوت خيار الاشتراط هنا، فلايسقط الرد بالتصرف.

و دعوى عدم دلالة الرواية على التصرف، اوعدم دلالته على اشتراط البكارة فى متن العقد كماترى.

(و منه) اى مماذكرنا من ان الشرط اللفظى تأكيد لخيار العيب (يظهر ضعف ماحكاه فى المسالك، من ثبوت خيار الاشتراط هنا) اى فيماذكره المشترى فى اللفظ (فلايسقط الرد بالتصرف).

(و) اماالرواية فلاتخالف ذلك، لـ (دعوى عدم دلالة الرواية على التصرف) لان الرواية لم يصرح بالتصرف فيها.

اذقوله عليه السلام «فلم يجد هاعذراء» يمكن ان يكون لاجل اخبار القابلة و تجربته بنفسه بغير الوطى و مقدماته او ما اشبه.

فاذا خلت الرواية عن ذكر التصرف، فعدم ذكر الامام للرد ليس من باب انه لايحق له الرد، بل اقتصر الامام على ذكر احد شقى الحق وهو الارش فقط (اوعدم دلالته على اشتراط البكارة فى متن العقد) لان قوله: على انهاعذراء يحتمل ان يكون المراد بنائه على كونها عذراء، لانه تلفظ بذلك، وعلى ذلك: فليس هناك ذكر لفظى حتى يستدل بذلك على ان الذكر اللفظى تأكيد (كماترى).

اذ ظاهر الرواية انه وطئها، فان وجدان عدم العذرة غالبا انما يكون من الوطى كماان ظاهر قوله «على انهاعذراء» انه شرط ذلك لفظا، فتحصل ان دلالة الرواية على كون اللفظ الذى يذكره المشترى تأكيدا، و

مسئلة

ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشترى على الرد و اخذالارش بلاخلاف .

و يدل على الرد : الاخبار المستفيضه الآتية .

و اما الارش فلم يوجد فى الاخبار مايدل على التخيير بينه و بين الرد ، بل ما دل على الارش يختص بصورة التصرف المانع من الرد

ليس تأسيسا لخيار الشرط يتوقف على دلالة الرواية على تصرف المشترى وعلى دلالتها على اشتراط البكارة فى متن العقد ، والرواية دالة عليها فالمدعى الذى يريد ان يمنع احد الامرين ، دعواه منظور فيها .

(**مسألة** : ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشترى على الرد و اخذ الارش) فيختار ايّهما شاء (بلاخلاف) بين الفقهاء .

(و يدل على) حقه فى (الرد : الاخبار المستفيضه الآتية) .

(و اما الارش) و هو اخذ المشترى التفاوت بين الصحيح و المعيب (فلم يوجد فى الاخبار مايدل على التخيير بينه و بين الرد) ابتداء بدون التصرف (بل ما دل على الارش يختص بصورة التصرف المانع من الرد) .

لكن فى كتاب الدعائم رواية عن الصادق عليه السلام انه قال : اذا اشترى القوم متاعا فقوّموه و اقتسموه ، ثم اصاب بعضهم فيما صار اليه عيبا فله قيمة المعيب و ان اشترى رجل سلعة فاصاب بها عيبا وقد احدث فيها

. . . . . .

فیجوز ان یکون الارش فی هذه الصورة لتدارك ضرر المشتری ، لا لتعیین احد طرفی التخییر ، بتعذر الآخر .

نعم فی الفقه الرضوی : فان خرج السلعة معیبا وعلم المشتری فالخیار الیه ، ان شاء رده ، وان شاء اخذه ، او رد علیه بالقیمة ارش العیب .

و ظاهره کما فی الحدائق : التخییر بین الرد واخذه بتمام الثمن واخذ الارش

حدثا ، او حدث عنده ، قیل له : ردّ ما نقص عندك و خذ الثمن ان شئت او فخذ قیمة المعیب .

وکیف کان (ف) اذا لم یذکر الارش فی الروایات تخییرا بینه و بین الرد (یجوز ان یکون الارش فی هذه الصورة) ای صورة التصرف المانع من الرد (لتدارك ضرر المشتری ، لا لتعیین احد طرفی التخییر ، ب) سبب (تعذر) الطرف (الآخر) الذی هو الرد ، والنتیجة انه لا یحق للمشتری اخذ الارش من اول الامر .

(نعم فی الفقه الرضوی) ما یدل علی التخییر قال : (فان خرج السلعة معیبا وعلم المشتری) بالعیب (فالخیار الیه ، ان شاء رده ، وان شاء اخذه ، او رد علیه بالقیمة ارش العیب) انتهی ما فی الفقه الرضوی .

(و ظاهره کما فی الحدائق : التخییر بین الرد و اخذه بتمام الثمن و اخذ الارش) فیکون التخییر بین امور ثلاثة ، وذلك لقوله علیه السلام «ان شاء رده و ان شاء اخذه ، او رد علیه بالقیمة ارش العیب» .

. . . . . .

و يحتمل زيادة الهمزة فى لفظة : او ، و يكون و او العطف ،فيدل على التخيير بين الردو الارش .

و قد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الاخبار ، و هو صعب جدا و اصعب منه جعله مقتضى القاعدة ، بناء على ان الصحة وان كانت وصفا فهى بمنزلة الجزء ،فيتدارك فائته باسترداد ماقابله من الثمن ،ويكون الخيار حينئذ لتبعض الصفقة .

(و يحتمل) احتمالا تبرعيا (زيادة الهمزة فى لفظة : او) ردّ عليه بالقيمة (و يكون) مكان ((او)) (و او العطف ، فيدل على التخيير بين الردو الارش) ابتداءا ، ولم يذكر فى الرواية حينئذ الاخذ بدون الارش .

(و قد يتكلف لاستنباط هذا الحكم) اى التخيير الابتدائى بين الردو الارش (من سائر الاخبار) بان يراد بـ ((الرد)) فيها ، الاعم من رد الكل ، او رد البعض ،فان اخذ الارش ردّ لبعض البيع (و) لكنه خلاف الظاهر فلذا (هو صعب جدا) من حيث عدم ظهوره (و اصعب منه) جعله) اى اخذ الارش (مقتضى القاعدة) بان يقال : ان قوله تعالى : اَوْفُوْا بِالْعُقُوْدِ ، يدل على لزوم الوفاء بالقدر الخاص من العقد الذى هو عقده ، ففى الزائد لا يجب الوفاء ، فيأخذ بمقداره من الثمن (بناءا على ان الصحة و ان كانت وصفا ، فهى بمنزلة الجزء) عرفا (فيتدارك فائته باسترداد ماقابله من الثمن ، و يكون الخيار حينئذ) اى حين العيب (لتبعض الصفقة) و اذا كان ذلك على وفق القاعدة لم يحتج الى الدليل .

و فيه منع المنزلة عرفا ولا شرعا .

و لذا لم يبطل البيع فيماقابله من الثمن ، بل كان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبة بل لا يستحق المطالبة بعين ماقابله على ماصرح به العلامة وغيره .

(و فيه منع المنزلة) اى ان الصحة ليست بمنزلة الجزء لا (عرفا ولا شرعا) فان العرف لا يرى ان العبد المريض ناقص جزء ، او كالناقص من حيث اليد والرجل والشارع لم يصرح بذلك و لم يظهر منه ذلك فى دليل (ولذا) الذى ليس وصف الصحة بمنزلة الجزء (لم يبطل البيع فيما قابله) اى قابل وصف الصحة (من الثمن) فاذا كان العبد الصحيح مائة و المريض تسعين فباع العبد المريض بمائة ، لم يبطل البيع فى مايقابل العشرة ، والحال انه لو كان وصف الصحة بمنزلة الجزء لزم بطلان البيع بقدر عشرة ، و يكون حاله حال ما اذا باع الف متر من الارض بالف دينار ، فبان انه تسعمائة متراء فان مقتضى القاعدة بطلان البيع بقدر مائة دينار (بل كان الثابت بفواته) اى فوات وصف الصحة (مجرد استحقاق المطالبة) للارش ،لا بعنوان ان البيع باطل (بل لا يستحق المطالبة بعين ماقابله) فلو كان البيع باطلالزم ان يطالبه بعين العشرة التى اعطاها اياه ، لان العشرة لم تنتقل الى البائع ــ حين بطلان عشر البيع فى المثال ــ (على ماصرح به العلامة وغيره) .

و هذا الكلام لدفع توهم ان يقال : ان الصحة بمنزلة الجزء عرفا و شرعا ، لان العرف و الشارع يرون وجوب رد الارش الذى هو جزء من

ثم منع كون الجزء الفائت يقابل بجزء من الثمن اذا اخذ وجوده فى المبيع الشخصى على وجه الشرطية ، كما فى بيع الارض على انها جريبان معينة و مانحن فيه من هذا القبيل .

و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف فى المسألة ، بل الاجماع على التخيير بين الرد والارش .

الثمن ولازم ذلك ان الصحة بمنزلة الجزء (ثم) حتى فى فوات الجزء لانقول ببطلان البيع فى مقداره ، بل نقول بان للمشترى حق الارش ، فاذا انتفى البطلان فى الجزء كان انتفائه فى وصف الصحة بطريق اولى ، ل (منع كون الجزء الفائت يقابل بجزء من الثمن اذا اخذ وجوده فى المبيع الشخصى) .

و انما قيده بالشخصى ، لانه اذا كان المبيع كليا ، لم يتصور فيه نقص الجزء ، اذ : الناقص ليس مصداقا للكلى (على وجه الشرطية) لاعلى وجه الجزئية (كما فى بيع الارض على انها جريبان) و هو : جمع جريب (معينة) كالمائة ، فظهرت تسعين جريبا ، فانه قد يبيع مائة جريب بمائة دينار ، و قد يبيع هذه الارض المشاهدة بشرط ان تكون مائة جريب (و مانحن فيه من هذا القبيل) لان الصحة شرط و ليست جزءا .

(و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف فى المسألة) اى مسألة استحقاق الارش فى صورة فقدان وصف الصحة ، وان لم يتصرف المشترى فى المبيع (بل الاجماع على التخيير بين الرد و الارش) مطلقا ، سواء تصرف المشترى فى المبيع ، ام لا .

. . . . . .

نعم يظهر من الشيخ فى غير موضع من المبسوط : ان اخذ الارش مشروط باليأس عن الرد .

لكنه مع مخالفته لظاهر كلامه فى النهاية ، وبعض مواضع المبسوط ينافيه اطلاق الاخبار بجواز اخذ الارش ، فافهم .

ثم ان فى كون ظهور العيب مثبتا للخيار ، او كاشفا عنه ماتقدم فى خيار الغبن .

وقدعرفت ان الاظهر ثبوت الخيار بمجرد العيب والغبن واقعا

(نعم يظهر من الشيخ فى غير موضع من المبسوط : ان اخذ الارش مشروط باليأس عن الرد) و هذا ينافى الاجماع على التخيير .

(لكنه مع مخالفته لظاهر كلامه فى النهاية) حيث اطلق كلامن الرد و الارش (و بعض مواضع المبسوط ينافيه اطلاق الاخبار بجواز اخذ الارش) مطلقا ، الذى يجوّز الاخذ مع امكان الرد (فافهم) .

فان العرف يرون ان الارش جزء من الثمن فى مقابل الجزء الفائت من المثمن سواء كان جزءا حقيقة كنقص الارض عشرة اجربة ، او نقصا حكما ، كنقص صحة العبد ، او نقص يده مثلا .

(ثم ان فى كون ظهور العيب مثبتا للخيار) حتى انه اذا كان هناك عيب و لم يظهر ، لم يكن له خيار (او كاشفا عنه) بان يكون الخيار موجودا لكنه غير مكشوف (ماتقدم فى خيار الغبن) .

(و قدعرفت) هناك (ان الاظهر ثبوت الخيار بمجرد العيب والغبن واقعا) اذ العلة هو العيب و الغبن ، والظهور كاشف كسائر موارد العلم

. . . . . .

و ان كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهم حدوثه بظهور العيب خصوصا بعد كون ظهور العيب بمنزلة رؤية المبيع على خلاف ما اشترط .

و قد صرح العلامة بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية قبلها ، معللا بان الخيار انما يثبت بالرؤية .

لكن المتفق عليه هنا نصّا وفتوى جواز التبرى ، و اسقاط خيار العيب .

(و ان كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهم حدوثه) اى حدوث الخيار (بظهور العيب) لا بواقعه (خصوصا بعد كون) وجود مثل ذلك فى بعض الخيارات الاخر مما ليس لواقعه عليه ، بل لظهوره .

ف (ظهور العيب بمنزلة رؤية المبيع على خلاف ما اشترط) فان الرؤية تثبت الخيار .

(و) لذا (قد صرح العلامه بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية قبلها) اى قبل الرؤية و ان علم المشترى بتغيّر الصفات (معللا بان الخيار انما يثبت بالرؤية) فقبل الرؤية لا خيار ، والاسقاط فرع الوجود .

لكن من الممكن جواز الاسقاط لوجود المقتضى على فرض التغير ، مثل اسقاط الزوجة للنفقة قبل استحقاقها لها .

(لكن) كلام العلامة فى خيار الرؤية لا يلائم ما ذكروه فى خيار العيب من جواز اسقاط الخيار قبل ظهور العيب .

فان (المتفق عليه هنا نصّا و فتوى جواز التبرى) و ان صاحب المثمن او صاحب الثمن برئ عن العيب (و اسقاط خيار العيب) على تقدير وجود العيب .

. . . . . .

و يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب ان استحقاق المطالبة بالارش الذى هو احد طرفى الخيار لا معنى لثبوته بظهور العيب، بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحة هذا مضافا الى ان الظاهر من بعض اخبار المسألة ان السبب هو نفس العيب .

(و يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب ان استحقاق المطالبة بالارش الذى هو احد طرفى الخيار) فان له الحق فى الفسخ والارش اذا كان معيبا (لا معنى لثبوته بظهور العيب، بل هو) اى استحقاق المطالبة (ثابت بنفس انتفاء وصف الصحة) .

و يمكن ان يوجه كلام المصنف ان العرف يفهم من ادلة الارش انه فى مقابل انتفاء الصحة، لانه يثبت بظهور العيب.

و انما قال: يؤيد، لامكان ان يرد ذلك بان الشارع جعل الظهور سببا للارش ايضا (هذا مضافا الى ان الظاهر من بعض اخبار المسألة ان السبب هو نفس العيب) فان الغالب ان يؤخذ ((العلم)) طريقيا لا موضوعيا، فكلمة «ظهور العيب» فى الروايات يراد بها: ان الظهور طريق، اذ لو لا الظهور لم يكن يعرف من انتقل اليه المعيب انه معيب حتى يرده .

هذا بالاضافة الى بعض الاخبار التى تشبه النص فى كون نفس العيب سببا كالمروى عن ابى عبد الله عليه السلام، قال: كان على عليه السلام لا يرد الجارية بعيب اذا وطئت .

لكنها لا تدل على العلية التامة، فلعل الظهور شرط.

وكيف كان فالتحقيق ماذكرنا في خيار الغبن من وجوب الرجوع في كل حكم من احكام هذا الخيار الى دليله، وانه يفيد ثبوته بمجرد العيب او بظهوره.

(لكنها لا تدل على العلية التامة) بان يكون العيب علة تامة سواء كان ظهور، ام لا (فلعل الظهور) للعيب (شرط) في ثبوت الخيار، وذلك للجمع بين ما دل على ان السبب هو العيب، وما دل على لفظ الظهور الظاهر في مدخليته ايضا.

(وكيف كان فالتحقيق ماذكرنا في خيار الغبن من وجوب الرجوع في كل حكم من احكام هذا الخيار الى دليله، و) ذلك حتى نعرف من الدليل هل (انه يفيد ثبوته) اى ثبوت الخيار (بمجرد العيب، اوبظهوره) اى ظهور العيب.

مثلا: اذا شككنا في انه هل يمكن اسقاط هذا الخيار قبل ظهور العيب، ام لا؟ فاللازم ان نرجع الى الدليل الذي يدل على ان الاسقاط مسقط ام ليس بمسقط.

واذا شككنا في انه هل ان حق الاخذ بهذا الخيار قبل ظهور العيب ام بعد ظهور العيب، فاللازم ان نرجع الى الدليل الذي يدل على مثبت هذا الخيار في انه هل هو نفس العيب، ام ظهوره وهكذا في كل مورد مورد، اذ من الممكن ان يكون حكم للظهور، وحكم لاصل العيب، كان يكون حكم جواز الاسقاط لما بعد العيب، وان لم يكن ظهور

. . . . . .

والمرجع فيما لا يستفاد من دليله احد الامرين هى القواعد، فافهم.

ثم انه لافرق فى هذا الخيار بين الثمن والمثمن كما صرح به العلامة وغيره هنا وفى باب الصرف فيما اذا ظهر احد عوضى الصرف معيبا.

والظاهر: انه مما لا خلاف فيه

وحكم الاخذ بالخيار لما بعد الظهور لا لما بعد العيب.

(والمرجع فيما لا يستفاد من دليله) انه حكم العيب او حكم ظهور العيب (احد الامرين) فاعل لـ((لا يستفاد))(هى القواعد) الاولية، مثل: اطلاق ادلة الوفاء بالعقد، والحاصل انه اذا لم يكن دليل خاص رجعنا الى الدليل العام (فافهم) حيث ان الظاهر ان الاحكام المترتبة على الخيار كلها متلازمة، لا ان بعض الاحكام مترتبة على نفس العيب، و بعض الاحكام مترتبة على ظهور العيب.

(ثم انه لافرق فى هذا الخيار بين الثمن والمثمن).

فكما ان المثمن اذا كان معيبا كان للمشترى الرد، كذلك اذا كان الثمن معيبا كان للبائع الرد، وذلك بخلاف خيار الحيوان الذى هو ثابت فيما اذا كان المثمن حيوانا، لا ما اذا كان الثمن حيوانا (كما صرح به العلامة وغيره هنا) فى باب خيار العيب (وفى باب الصرف) وهو بيع الاثمان، اى الذهب والفضة (فيما اذا ظهر احد عوضى الصرف) وهو المثمن او الثمن (معيبا) وانه هل يبطل البيع، ام لا؟

(والظاهر: انه مما لا خلاف فيه) اى عدم الفرق بين وجود الخيار

. . . . . .

و ان كان مورد الاخبار ظهور العيب فى المبيع ، لان الغالب كون الثمن نقدا غالبا و المثمن متاعا، فيكثر فيه العيب، بخلاف النقد .

بين المثمن و الثمن(و ان كان مورد الاخبار ظهور العيب فى المبيع) فقط .

و انما خصت الاخبار الذكر بالمثمن (لان الغالب كون الثمن نقدا غالبا و المثمن متاعا، فيكثر فيه) اى فى المثمن(العيب، بخلاف النقد) الذى لا يكون فيه عيب غالبا .

و قد قرر فى موضعه ان المورد لا يخصص ، و عموم الخيار للثمن ايضا بالمناط و قاعدة لا ضرر وقاعدة تخلف الشرط والاجماع و نحو ذلك .



القــول

فى مسقطات هذا الخيار بطرفيه او احدهما

مسألة : يسقط الردّ خاصة بامور .

احدها : التصريح بالتزام العقد ، واسقاط الرد ، واختيار الارش .

(**القول فى مسقطات هذا الخيار**) اى خيار العيب (بطرفيــه) اى الرد و الارش (او احد هما) الرد فقط ، فله حق الارش ، او الارش فقط فله حق الرد .

(**مسألة :** يسقط الرد خاصة) فلصاحب الخيار ان يأخذ الارش (بامور)

(**احدها :** التصريح) من صاحب الخيار (بالتزام العقد ، واسقــاط الرد ، و اختيار الارش) .

كما اذا قال : اشتريت هذا الشئ و اسقط الرد فيما اذا كان معيبــا او انه بعد ظهور العيب قال : اسقطت الرد ، وآخذ الارش .

و انما يسقط الرد بالاسقاط ، لانه حق لصاحب الخيار ، فاذا اسقطه سقط ، اذ هو مقتضى كونه حقا ، و ليس بحكم حتى لا يسقط بالاسقاط .

اما انه حق ، فلظهور ادلته فى ذلك .

و اما ان الحق يسقط بالاسقاط ، لانه المفهوم من الحق عرفا و شرعــا فليس من قبيل حق الارث الذى لا يحق للوارث ان يسقطه ، او من قبيــل حق السلام الذى ليس للانسان ان يسقط حق سلام الغير له ، بل مــن قبيل حق النفقة للزوجة ، وحق التحجير ، وما اشبه .

و لو اطلق الالتزام بالعقد فالظاهر عدم سقوط الارش .

و لو اسقط الخيار فلايبعد سقوطه .

الثاني : التصرف فى المعيب عندعلمائنا كما فى التذكرة .

و فى السرائر الاجماع على ان التصرف يسقط الرد بغير خلاف

و كلما شك فى حق انه قابل للاسقاط ، ام لا ، فالظاهر ان مقتضى القاعدة اصالة الاسقاط .

ولوشك فى انه هل سقط ام لا ولم يكن عموم او اطلاق فالاستصحاب يقتضى العدم

و يدل عليه اويؤيده روايات باب سقوط خيار من اوجب البيع على نفسه و رضى ، كمافى الوسائل والمستدرك من ابواب الخيارات فراجع.

(و لو اطلق الالتزام بالعقد) بان قال : اشتريت هذا الشئ و انى ملتزم بالعقد (فالظاهر عدم سقوط الارش) و انما يسقط الرد خاصة ، اذ الارش لاينافى الالتزام بالعقد ، وانما الرد ينافيه .

نعم : اذا قصد الالتزام بمعنى قطع العلاقة كليا مع الطرف الآخر كان لازمه سقوط الارش ايضا .

(و لو اسقط الخيار) بان قال : اشتريت و اسقطت الخيار (فلايبعد سقوطه) او الارش ايضا ـ كما يسقط الرد ـ اذ الارش من فروع الخيار ، فاذا سقط الخيار سقط الارش ، كما يسقط الرد .

(**الثانى**) من مسقطات الرد خاصة دون الارش (التصرف) من صاحب الخيار (فى المعيب عند علمائنا كما فى التذكرة) نسبة ذلك الى العلماء

(و فى السرائر الاجماع على ان التصرف يسقط الرد بغير خلاف

. . . . . .

منهم ، و نحوه المسالك ،وسيأتى الخلاف فى الجملة من الاسكافى و الشيخين و ابن زهرة و ظاهر المحقق ، بل المحقق الثانى .

و استدل عليه ـ فى التذكرة ايضا تبعا للغنية ـ بان تصرفه فيه رضأمنه به على الاطلاق ، و لو لا ذلك كان ينبغى له الصبر و الثبات حتى يعلم حال صحته و عدمها .

منهم ،ونحوه) عبارة (المسالك ،وسيأتى الخلاف فى الجملة من الاسكافى و الشيخين و ابن زهرة و ظاهر المحقق ،بل) و(المحقق الثانى) صاحب جامع المقاصد وانهم لا يرون ان التصرف مطلقا مسقط للرد .

(و استدل عليه ـ) اى على السقوط للردّ بالتصرف (فى التذكرة ايضا تبعا للغنية ـ بان تصرفه فيه) اى صاحب الخيار ، فى المعيب(رضاء منه) اى من صاحب الخيار(به) اى بالمعيب (على الاطلاق) اى سواء رضى قلبا ، ام لا (و لو لا ذلك) اى لو لا رضاه بالمعيب (كان ينبغى له الصبر و الثبات حتى يعلم حال صحته) اى هل انه صحيح (وعدمها) ام ليس بصحيح ؟

فالدليل هكذا (التصرف رضا) و « الرضا مسقط » .

اما ان التصرف رضا ، فلانه لو لم يرض لم يتصرف .

و اما ان الرضا مسقط ،لان الرضا عبارة اخرى عن الاسقاط .

و انت خبير بما فيهما من الاشكال ،اذ ليس التصرف ملازما للرضا ، كما ان الرضا لا دليل على كونه مسقطا ، كما ان الرضا ليس عقدا الا فيما اذا كان هناك دليل خاص .

و بقول ابى جعفر عليه السلام فى الصحيح ايّما رجل اشترى شيئا وبه عيب او عوار و لم يتبرأ اليه ، و لم يتبين له فاحدث فيه بعد ماقبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك العيب، فانه يمضى عليه البيع ،ويرد عليه بقدر ماينقص من ذلك الداء ،والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به .

و يدل عليه مرسلة جميل عن ابى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشترى الثوب او المتاع ، فيجد به عيبا قال : ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه و اخذ الثمن ،وان كان الثوب قد

(و بقول ابى جعفر عليه السلام فى الصحيح ايّما رجل اشترى شيئا و به عيب او عوار) العيب كنقص رجل الدابة ، و العوار ككونها مجروحة ، مثلا (و لم يتبرأ) البائع (اليه) اى الى المشترى بان يقول له : انى ابيعك هذا الشئ ،و انى برئ من عيبه (و لم يتبين) العيب (له) اى للمشترى ، اذ لو تبين له انه معيب و اشتراه ، لم يكن له الحق فى الخيار لانه اقدم على المعيب، اى كان العيب مجهولا لديه (فاحدث) المشترى (فيه) اى فى المعيب (بعد ماقبضه شيئا) كان فصّل القماش ثوبا ـ مثلا ـ (ثم علم بذلك العوار و بذلك العيب، فانه يمضى) و ينفذ (عليه) اى على المشترى (البيع ،ويرد) البائع (عليه بقدر ماينقص من ذلك الداء ، و العيب من ثمن ذلك) المبيع (لو لم يكن به) عيب .

(و يدل عليه مرسلة جميل عن ابى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشترى الثوب او المتاع ،فيجد به عيبا) ماحكمه؟ (قال : ان كان الثوب قائما بعينه ردّه) المشترى (على صاحبه واخذ الثمن ،وان كان الثوب قد

. . . . . .

قطع او خیط او صبغ ،رجع بنقصان العیب هذا ·

و لکن الحکم بسقوط الرد بمطلق التصرف حتی مثل قول المشتری للعبد المشتری ناولنی الثوب، او اغلق الباب ـ علی ماصرح به العلامة فی التذکرة ـ فی غایة الاشکال؛ لاطلاق قوله علیه السلام ان کان الثوب قائما بعینه رده ،المعتضد باطلاق الاخبار فی الرد

قطع او خیط) بلاقطع (او صبغ ،رجع) المشتری علی البائع (بنقصان العیب) ای التفاوت بین الصحیح و المعیب ·

و الرضوی فی الرجل یشتری المتاع فیجد به عیبا یوجب الرد، فان کان المتاع قائما بعینه ، ردّ علی صاحبه و ان کان قد قطع او خیط او حدث فیه حادثة ، رجع فیه بنقصان العیب علی سبیل الارش ·

وعن دعائم الاسلام عن الصادق علیه السلام ، انه قال : اذا اشتری القوم متاعا، فقوموه و اقتسموه ثم اصاب بعضهم فیما صار الیه عیبا فله قیمة العیب (هذا) فی الجملة مما لا اشکال فیه ·

(و لکن الحکم بسقوط الرد بمطلق التصرف حتی مثل قول المشتری للعبد المشتری) ـ بصیغة المفعول ـ (ناولنی الثوب، او اغلق الباب ـ علی ماصرح به العلامة فی التذکرة ـ) فانه یری سقوط الخیار بهذه الامور فهو (فی غایة الاشکال) ·

وجه الاشکال (لاطلاق قوله علیه السلام ان کان الثوب قائما بعینه ردّه) فان العبد قائم بعینه ،ولو قال له : ناولنی او اغلق (المعتضد باطلاق الاخبار فی الرد) ای الاخبار الدالة علی ان المعیب یرد بالعیب

خصوصا ماورد فى ردّ الجارية بعد مالم تحض ستة اشهر عند المشترى ، و رد المملوك فى احداث السنة و نحو ذلك مما يبعد التزام التقييد فيه بصورة عدم التصرف فيه بمثل : اغلق الباب ، و نحوه وعدم مايصلح للتقييد

(خصوصا ماورد فى ردّ الجارية بعد مالم تحض ستة اشهر عند المشترى) .

اذ من المعلوم ان المولى فى طول هذه المدة امرها باوامر كثيرة ، اذ حمل ذلك على مالم يأمرها بامر ، حمل على فرد شاذ جدا (وردّ المملوك فى احداث السنة) فان المملوك اذا احدث فيه فى السنة حدث كالجنون و الجذام و البرص و القرن ـ فى المرئة ـ كان للمشترى ان يرده والاخبار بذلك كثيرة و من المعلوم ان المولى امره فى السنة باوامر كثيرة (و نحو ذلك) كاخبار سقوط خيار الحيوان بالتصرف ، لوحدة المناط فى الحيوان وغيره (مما يبعد التزام التقييد فيه) اى فيما ورد فى رد الجارية و العبد (بصورة عدم التصرف فيه) اى فى المبيع و هو العبد او الجارية تصرفا (بمثل : اغلق الباب ، ونحوه) مما ذكره العلامة ، فلا يمكن ان يقال : ان الامة و العبد ، اذا تصرف فيهما المولى ، بان قال لهما : اغلق الباب ، فلا رد .

و ما دل على انهما يردان باحداث السنة و بعد ستة اشهر ، انما هو فيما اذا لم يتصرف المولى فيهما بمثل هذا التصرف فان هذا التقييد فى كمال البعد .

و الحاصل : ان ما دل على ان التصرف فى المبيع مسقط للخيار ، لا يشمل مثل هذا التصرف اى اغلق الباب و نحوه (وعدم مايصلح للتقييد)

. . . . . .

مما استدل به للسقوط ،.

فان مطلق التصرف لا يدل على الرضاء خصوصا مع الجهل بالعيب.

و اما المرسلة فقد عرفت اطلاقها لما يشمل لبس الثوب و استخدام العبد، بل وطئ الجارية

هذا عطف على قوله ((لا طلاق)) .

اى ان ما ذكره فى التذكره مشكل لوجود اطلاق الاخبار بالرد ــ وان تصرف فيه بمثل اغلق الباب ــ وعدم وجود مقيد لتلك الاخبار، بان يقيدها بصورة عدم التصرف، بمثل اغلق الباب اى تقييد تلك الاطلاقات، بعدم قوله : مثل اغلق الباب (مما استدل به للسقوط) اى سقوط الخيار و((مما)) بيان ((ما يصلح)) .

و ذلك لانهم استدلوا لسقوط الخيار بسبب التصرف بانه رضى بالبيع و من المعلوم ان مثل ((اغلق الباب)) ليس كاشفا عن الرضا .

(فان مطلق التصرف لا يدل على الرضاء خصوصا مع الجهل بالعيب) فان الجاهل بالعيب اذا تصرف تصرفا خفيفا، لم يدل تصرفه على الرضا

(و اما المرسلة) اى مرسلة جميل (فقد عرفت اطلاقها) فى جواز الردّ بالعيب (لما يشمل لبس الثوب و استخدام العبد، بل وطئ الجارية) فان كل ذلك لا يمنع من الرد، لاطلاق المرسلة انه يجوز الرد و ان حدث كل ذلك، لانها قالت: ان كان الثوب قائما بعينه .

و من المعلوم انه حتى وطى الجارية لا يضر بصدق ((قائما بعينه))بل العين قائمة .

لولا النص المسقط للخيار به .

و اما الصحيحة فلا يعلم المراد من احداث شئ فى المبيع .

لكن الظاهر بل المقطوع عدم شموله لغة ولا عرفا لمثل استخدام العبد و شبهه ممامرّ من الامثلة ، فلا تدل على ازيد مما دل عليه ذيل المرسلة من ان العبرة بتغير العين ، وعدم قيامها بعينها .

و قوله « فقد عرفت اطلاقها » اى حين قلنا « لاطلاق قوله ان كان الثوب » .

نعم انما كنا نقول بان وطى الجارية لا يسقط الخيار (لولا النص المسقط للخيار به) اى بالوطى ، فالوطى و ان كان لا ينافى صدق « قائما بعينه » الا ان النص دل على انه مسقط للخيار .

(و اما الصحيحة) اى الصحيحة المروية عن ابى جعفر عليه السلام (فـ) لا تدل على كلام العلامة ، بان « اغلق الباب » مسقط للخيار ، لانه و ان (لا يعلم المراد من احداث شئ فى المبيع) هل المراد بالاحداث مثل قطع الثوب او يشمل حتى مثل لبسه ؟ ـ مثلا ـ .

(لكن الظاهر) من لفظ « الاحداث » عرفا (بل المقطوع عدم شموله) اى (الاحداث » (لغة ولا عرفا لمثل استخدام العبد و شبهه) كلبس الثوب ـ مثلا ـ (ممامرّ من الامثلة) مثل : اغلق الباب ، وناولنى الثوب (فلا تدل) الصحيحة (على ازيد مما دل عليه ذيل المرسلة) من قوله عليه السلام : وان كان الثوب قد قطع . الخ (من ان العبرة بتغير العين ، و عدم قيامها بعينها) عرفا .

. . . . . .

اللهم الا ان يستظهر بمعونة ماتقدم فى خيار الحيوان من النص الدال على ان المراد باحداث الحدث فى المبيع هو ان ينظر الى ما حرم النظر اليه قبل الشراء ، فاذا كان مجرد النظر المختص بالمالك حدثا دل على سقوط الخيار هنا بكل تصرف فيكون ذلك النص دليلا على المراد

(اللهم الا ان يستظهر) قول العلامة القائل بان : اغلق الباب ، و ناولنى الثوب ، موجب لسقوط خيار العيب بالنسبة الى الردّ .

و انما يحق له الارش فقط (بمعونة ماتقدم فى خيار الحيوان من النص الدال على) سقوط الخيار باحداث الحدث ، حيث قال عليه السلام فى صحيحة ابن رئاب فى جواب السائل بقوله « ماالحدث » : فان لامس او قبّل او نظر الى مايحرم النظر اليه قبل الشراء (ان المراد باحداث الحدث فى المبيع هو ان ينظر الى ماحرم النظر اليه قبل الشراء) .

فقوله « ان المراد » نائب فاعل « يستظهر » بتقريب ان الحدث فى خيار الحيوان و خيار العيب واحد ، فاذا كان الحدث فى خيار الحيوان يشمل مثل النظر ، كان اللازم ان يشمل الحدث فى خيار العيب مثل : اغلق الباب ، وناولنى الثوب (فاذا كان مجرد النظر المختص بالمالك حدثا) فى باب خيار الحيوان ، وكان الحدث له معنى واحد هناك وفى باب خيار العيب ـ لبعد ان يكون للحدث معنى فى هذا الباب مخالفا لمعناه فى باب خيار الحيوان ـ (دل) النص فى باب خيار الحيوان (على سقوط الخيار هنا) اى فى باب العيب (بكل تصرف) و لو مثل : اغلق الباب (فيكون ذلك النص دليلا على المراد

بالحدث هنا، و هذا احسن.

لكن اقامة البينة على اتحاد معنى الحدث فى المقامين مع عدم مساعدة العرف على ظهور الحدث فى هذا المعنى مشكلة.

ثم انه اذا قلنا: بعموم الحدث فى هذا المقام لمطلق التصرف، فلا دليل على كونه من حيث الرضا بالعقد،

بالحدث هنا) فى خيار العيب (وهذا) الاستدلال لكلام العلامة بالنص الوارد فى خيار الحيوان (حسن) فى نفسه.

(لكن اقامة البينة على اتحاد معنى الحدث فى المقامين) الحيوان و العيب (مع عدم مساعدة العرف على ظهور الحدث فى هذا المعنى) الشامل لمثل: اغلق الباب، (مشكلة) اذ: لما لم يكن الحدث معناه ذلك، كان اللازم ان يحمل لفظ الحدث فى اخبار الحيوان، على المجاز و اذا استعمل لفظ مجازا، فى باب، فليس معناه ان ذلك اللفظ كلما استعمل اريد به ذلك المعنى المجازى.

هذا بالاضافة الى المناقشة فى اصل كون الحدث استعمل فى باب خيار الحيوان فى مثل النظر واللمس، وانما الظاهر ان الامام «ع» اجاب بما يفيد الحكم، لا بما يفيد تفسير «الحدث» الواقع فى كلام السائل، فراجع الحديث بتمامه.

(ثم انه اذا قلنا: بعموم الحدث فى هذا المقام) الى خيار العيب (لمطلق التصرف) حتى مثل: اغلق الباب (فلا دليل على كونه) اى على كون الحدث مسقطا للرد (من حيث الرضا بالعقد) بل الحدث مسقط

. . . . . .

فلايتقيد بالتصرف الدال عليه ، و ان كان النص فى خيار الحيوان دالا على ذلك بقرينة التعليل المذكور فيه على الوجوه المتقدمة هناك فى المراد من التعليل .

لكن كلمات كثير منهم فى هذا المقام ايضا يدل على سقوط هذا الخيار بالتصرف من حيث الرضاء ، بل عرفت من التذكرة و الغنية ان علة

للردّ ، سواء رضى به المحدث ام لا ، و ذلك لاطلاق ادلة ان الحدث يسقط الرد (فلايتقيد) الحدث المسقط (بالتصرف الدال عليه) اى على الرضا (و ان كان النص فى خيار الحيوان دالا على ذلك) اى على ان المسقط هو التصرف الدال على الرضا (بقرينة التعليل المذكور فيه) حيث علل الامام عليه السلام اسقاط التصرف للخيار بقوله : لانه رضى بالبيع (على الوجوه المتقدمة هناك) فى خيار الحيوان (فى المراد من التعليل) اى ماهو المراد من الرضاء ، هل هو الرضا النوعى او الشخصى اوغيرهما ؟

و انما لا نقول هنا بتقيد التصرف بما يدل على الرضاء ، وذلك لاطلاق الادلة هناء دون هناك .

(لكن كلمات كثير منهم) اى من الفقهاء (فى هذا المقام) اى مقام خيار العيب (ايضا يدل على سقوط هذا الخيار بالتصرف من حيث الرضا) و ان التصرف انما يسقط الرد لانه يدل على الرضا (بل عرفت من التذكرة و الغنية) فى اول المبحث عند قولنا (الثانى التصرف فى المعيب عند علمائنا ، الخ)) (ان علة

. . . . . .

السقوط دلالة التصرف نوعا على الرضا .

و نحوه فى الدلالة على كون السقوط بالتصرف من حيث دلالته على الرضا كلمات جماعة ممن تقدم عليه و من تأخر عنه .

قال فى المقنعة : فان لم يعلم المبتاع بالعيب حتى احدث فيه حدثا لم يكن له الرد ، و كان له ارش العيب خاصة ، وكذلك حكمه اذا احدث فيه حدثا بعد العلم .

و لا يكون احداثه الحدث بعد المعرفة بالعيب رضاءبه منه ، انتهى

السقوط) للخيار بالتصرف (دلالة التصرف نوعا) اى دلالة نوعية ، فان نوع من يتصرف فى المعيب راض عن البيع ، ولا يريد الرد (على الرضا) متعلق بـ ((دلالة)) .

(و نحوه) اى نحو كلام العلامة (فى الدلالة على كون السقوط بالتصرف) انما هو (من حيث دلالته) اى التصرف (على الرضا كلمات جماعة ممن تقدم عليه و من تأخر عنه) الضمير عائد الى العلامة .

(قال) المفيد (فى المقنعة : فان لم يعلم المبتاع) اى المشترى (بالعيب حتى احدث فيه حدثا لم يكن له الرد ، و كان له ارش العيب خاصة ، و كذلك حكمه) اى له الارش خاصة ، ولا حق له فى الرد (اذا احدث فيه حدثا بعد العلم) بالعيب .

(و) انما نقول : بان الحدث لا يسقط الارش ـ كما يسقط الرد ـ اذ (لا يكون احداثه الحدث بعد المعرفة بالعيب رضاءبه) اى بالعيب (منه) اى من المشترى ، فلا يسقط الارش (انتهى) .

. . . . . .

فان تعليله عدم سقوط الارش بعدم دلالة الاحداث على الرضا بالعيب ظاهر- خصوصا بملاحظة ما يأتى من كلام غيره - فى ان سقوط الرد بالحدث لدلالته على الرضا باصل البيع ·

و مثلها عبارة النهاية من غير تفاوت، وقال

و انما علل المفيد صورة ((المعرفة)) و لم يذكر صورة عدم العلم ، لوضوح انه اذا لم يعلم بالعيب لم يرض به قطعا ·

و الحاصل : ان التصرف ليس مسقطا للارش ،لانه اذا عرف العيب و تصرف لم يكن تصرفه يلازم رضاه بالمجانية حتى يسقط الارش ،واذا لم يعرف العيب فالاولى ان لا يكون تصرفه رضا ·

(فان تعليله) اى المفيد (عدم سقوط الارش) بالتصرف (بعدم دلالة الاحداث على الرضا بالعيب) ·

و قوله : (ظاهر) - خبر انّ -(- خصوصا بملاحظة ما يأتى من كلام غيره - فى ان سقوط الرد بالحدث لدلالته) اى التصرف (على الرضا باصل البيع) و ان الرضا باصل البيع اوجب سقوط الرد ·

و الحاصل ان المشترى اذا تصرف بعد العلم لم يسقط الارش وسقط الرد ·

و انما لا يسقط الارش ،لان التصرف لا يدل على الرضا بسقوط الارش و هذا الكلام انما يفيد سقوط الرد، لان التصرف يدل على الرضا بسقوط الرد ·

(و مثلها) اى مثل عبارة المقنعة (عبارة النهاية من غير تفاوت وقال

. . . . . .

فى المبسوط اذا كان المبيع بهيمة ، فاصاب بها عيبا ، كان له ردها ، فاذا كان فى طريق الردّ جاز له ركوبها وعلفها وسقيها وحلبها واخذ لبنها وان نتجت كان له نتاجها ، كل هذا لانه ملكه وله فيه فائدته ، وعليه مؤنته والرد لا يسقط لانه انما يسقط الرد بالرضا بالمعيب ، او ترك الرد بعد العلم به ، او بان يحدث فيه عيب عنده ، وليس هنا شئ من ذلك ، انتهى .

وقال فى الغنية ولا يسقط بالتصرف بعد العلم بالعيب حق المطالبة بالارش

فى المبسوط) ايضا (اذا كان المبيع بهيمة ، فاصاب) المشترى (بها عيبا كان له ردها ، فاذا كان فى طريق الردّ جاز له ركوبها وعلفها وسقيها وحلبها واخذ لبنها وان نتجت كان له نتاجها ، كل هذا) اى كل هذا التصرف فى الحيوان انما يجوز (لانه ملكه وله فيه) اى فى الملك (فائدته وعليه مؤنته) اى مصارف الحيوان (والرد لا يسقط) بهذه التصرفات (لانه انما يسقط الرد بالرضا بالمعيب) ولا رضا هنا ، لفرض انه فى طريق الرد (او ترك الرد بعد العلم به) اى بالعيب (او بان يحدث فيه) اى فى المبيع (عيب عنده) اى عند المشترى ، لان حدوث العيب فى المبيع يوجب عدم تمكن المشترى من الرد بسبب العيب القديم ، لدلالة الدليل على ذلك (وليس هنا) اى فى طريقه للرد (شئ من ذلك) اى مما ذكرناه من اسباب الرد (انتهى) .

(وقال فى الغنية : ولا يسقط بالتصرف بعد العلم بالعيب حق المطالبة بالارش) « حق » فاعل « لا يسقط »

. . . . . .

لان التصرف دلالة الرضا بالبيع ، لا بالعيب انتهى .

وفى السرائر قال ـ فى حكم من ظهر على عيب فيما اشتراه ـ : ولا يجبر على احد الامرين ، يعنى الرد و الارش .

قال : هذا اذا لم يتصرف فيه تصرفا يؤذن بالرضا فى العادة او ينقص قيمته بالتصرف انتهى .

و فى الوسيلة و يسقط الرد باحد ثلاثة اشياء بالرضا ، و بترك الرد بعد العلم به اذا عرف ان له الرد ، و بحدوث عيب آخر عنده ، انتهى .

(لان التصرف دلالة الرضا بالبيع) فلا ردّ (لا بالعيب) حتى يسقط الارش ايضا (انتهى) .

(و فى السرائر قال ـ فى حكم من ظهر على عيب فيما اشتراه ـ : و لا يجبر) المشترى ـ بصيغة المجهول ـ (على احد الامرين ، يعنى الرد و الارش) بل له ان يردّه و له ان يأخذ الارش .

(قال : هذا) الاختيار بين الرد و الارش (اذا لم يتصرف فيه تصرفا يؤذن بالرضا فى العادة) بان تكون عادة العرف انهم اذا تصرفوا بمثل هذا التصرف كانوا راضين بالبيع (او ينقص قيمته بالتصرف) والا لم يكن له الامران ، بل الارش خاصة (انتهى) .

(و فى الوسيلة) قال : (ويسقط الرد باحد ثلاثة اشياء ، بالرضا) بالبيع (و بترك الردّ بعد العلم به) اى بالعيب (اذا عرف ان له الرد) فانه اذا لم يعرف ان له الرد ، لم يكن تصرفه مؤذنا بالرضا (و بحدوث عيب آخر عنده ، انتهى) .

. . . . . .

و هى بعينها كعبارة المبسوط المتقدمة ظاهرة فى ان التصرف ليس بنفسه مسقطا الا اذا دل على الرضا .

و قال فى التذكرة لو ركبها ليسقيها، ثم يردها لم يكن ذلك رضاً منه بامساكها، و لو حلبها فى طريق الرد، فالاقوى انه تصرف يؤذن بالرضا بها .

و قال بعض الشافعية : لا يكون رضاً بامساكه ،لان اللبن ماله قد استوفاه فى حال الردّ انتهى .

و فى جامع المقاصد و المسالك ـ فى رد ابن حمزة القائل بان التصرف بعد العلم يسقط الارش ايضا ـ : ان التصرف لا يدل على اسقاط الارش .

(و هى) اى عبارة الوسيلة (بعينها كعبارة المبسوط المتقدمة ظاهرة فى ان التصرف ليس بنفسه مسقطا الا اذا دل على الرضا) بالبيع

(و قال فى التذكرة لو ركبها ليسقيها، ثم يردها لم يكن ذلك رضا منه بامساكها) حتى يكون مسقطا للرد (و لو حلبها فى طريق الرد فالاقوى انه تصرف يؤذن) اى يشعر (بالرضا بها) اى بالمعاملة .

(و قال بعض الشافعية : لا يكون) الحلب (رضا بامساكه ،لان اللبن ماله قد استوفاه فى حال الرد) فلا يدل على الرضا (انتهى) .

(و فى جامع المقاصد و المسالك ـ فى رد ابن حمزة القائل بان التصرف بعد العلم يسقط الارش ايضا ـ : ان التصرف لا يدل على اسقاط الارش) فلا وجه للقول بسقوط الارش بالتصرف .

. . . . . .

نعم يدل على الالتزام بالعقد .

و فى التحرير : لو نقل المبيع ،او عرضه للبيع ،او تصرف فيه بما يدل على الرضا قبل علمه بالعيب و بعده ، سقط الرد انتهى

و قد ظهر من جميع ذلك ان التصرف من حيث هو ليس مسقطا وانما هو التزام و رضاء بالعقد فعلا، فكل تصرف يدل على ذلك عادة فهو مسقط و ماليس كذلك فلا دليل على الاسقاط به ، كما لو وقع نسيانا اوللاختبار .

(نعم يدل على الالتزام بالعقد) فلايحق له الرد .

(و) قال (فى التحرير : لو نقل المبيع ، او عرضه للبيع ،او تصرف فيه بما يدل على الرضا قبل علمه بالعيب و بعده ، سقط الرد) خاصة (انتهى) .

(و قد ظهر من جميع ذلك) اى الكلمات التى نقلناها من الفقهاء (ان التصرف من حيث هو) تصرف (ليس مسقطا) لخيار العيب (وانما هو) مسقط من حيث انه (التزام و رضاء بالعقد) التزاما (فعلا) فى مقابل الالتزام القولى ، فقد يقول انى ملتزم ،وقد يعمل عملا يدل على الالتزام، فالمسقط هو الرضا المكشوف عنه بالقول او الفعل (فكل تصرف يدل على ذلك) اى الرضا (عادة) اى فى العادة و العرف (فهو مسقط) للخيار (و ماليس كذلك) اى دالا على الرضا عادة (فلا دليل على الاسقاط به) اى فى كلام الفقهاء ،والا فقد عرفت اطلاق الادلة (كما لو وقع) التصرف (نسيانا) اى تصرفا صادرا عن النسيان ، كان اراد ان يتصرف فى دابته القديمة ، فتصرف فى الدابة المشتراه جديدا ـ مثلا ـ (او للاختبار) و

. . . . . .

و مقتضى ذلك انه لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب، لم يسقط ، خصوصا اذا كان مما يتوقف العلم بالعيب عليه و حصل بقصد الاختبار، الا ان المعروف خصوصا بين العلامة ، ومن تأخر عنه عدم الفرق فى السقوط بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب، او بعده .

و الذى ينبغى ان يقال

الامتحان .

فان هذين التصرفين لا يدلان على الرضاء بل على عكس ذلك ،وانه لم يرض بعد .

(و مقتضى ذلك) الذى ذكرناه من ان التصرف المسقط هو الدال على الرضا (انه لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب، لم يسقط) الخيار لانه ليس دالا على الرضا (خصوصا اذا كان) التصرف الواقع قبل العلم بالعيب (مما يتوقف العلم بالعيب عليه) كركوب الدابة ليعرف مدى سرعتها و بطؤها فى المشى (و حصل) ذلك التصرف (بقصد الاختبار) اذ التصرف الاختبارى يقابل التصرف الرضائى (الا ان المعروف خصوصا بين العلامة و من تأخر عنه عدم الفرق فى السقوط) للخيار (بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب، او بعده) و هذا ينافى قولهم ذلك .

(و الذى ينبغى ان يقال) ان التصرف ان كان مغيرا، كان مانعا عن الرد، ولو كان قبل العلم او بقصد الاختبار ،لانه المصرح به فى النصوص .

و ان لم يكن مغيرا، فان كان مقارنا لانشاء الرضا اسقط الخيار

. . . . . .

ـ وان كان ظاهر المشهور خلافه ـ ان التصرف بعد العلم مسقط للرد اذا كان دالا بنوعه على الرضا كدلالة اللفظ على معناه ، لا مطلق التصرف والدليل على اسقاطه مضافا الى انه التزام فعلى فيدل عليه مايدل على اعتبار الالتزام اذا دل عليه باللفظ

ايضا ، لانه رضا ، وعموم الادلة او مناطها يشمله ، والا لم يكن مسقطا ، اذ لا دليل على الاسقاط فى غير هاتين الصورتين .

اما ماذكره المصنف فلايخلو من اشكال .

وكيف كان فالذى ينبغى ان يقال بنظره « ره » (ـ وان كان ظاهر المشهور خلافه ـ) اذ المشهور لم يفصلوا التفصيل الذى نذكره (ان التصرف بعد العلم) بالعيب (مسقط للرد) خاصة ، لا للارش ، فله ان يأخذ الارش (اذا كان دالا بنوعه) وان لم يكن دالا بفرده (على الرضا كدلالة اللفظ على معناه) .

منتهى الامر ان اللفظ قول دال ، ومانحن فيه عمل دال ، وكلاهما يدلان على ارادة المستعمل ـ لفظا او عملا ـ لهذا المعنى (لا مطلق التصرف) عطف على « اذا كان » .

(والدليل على اسقاطه) اى اسقاط مثل هذا التصرف للرد (مضافا الى انه) اى ان هذا التصرف (التزام فعلى) فى مقابل الالتزام اللفظى (فيدل عليه) اى على كونه مسقطا (مايدل على اعتبار الالتزام اذا دل عليه) اى على ذلك الالتزام (باللفظ) و « دل » بصيغة المجهول ، فان الخيار حق ، والحق قابل للاسقاط الا اذا دل الدليل على انه غير قابل

. . . . . .

ماتقدم فى خيار الحيوان ، من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاً بالبيع

و لذا تعدّينا الى خيار المجلس و الشرط ، وحكمنا بسقوطهما بالتصرف فكذلك خيار العيب .

و اما التصرف قبل العلم بالعيب ، فان كان مغيرا للعين بزيادة او نقيصة او تغير هيئة او ناقلا لها بنقل لازم ، او جائز .

للاسقاط كحق السلام وما اشبه .

و قوله : (ماتقدم) ـ خبر « والدليل على ذلك » ـ (فى خيار الحيوان من تعليل) الامام عليه السلام (السقوط) لخيار الحيوان (بالحدث) فى الحيوان (بكونه رضاء بالبيع) « بكونه » متعلق بـ « التعليل » .

فانه انما يسقط خيار الحيوان باحداث الحدث فيه ، لان الحدث دليل الرضاء ، و هذه العلة فى خيار الحيوان عامة تشمل مانحن فيه .

(ولذا) الذى كانت العلة فى خيار الحيوان عامة (تعدّينا) من خيار الحيوان (الى خيار المجلس و الشرط ، وحكمنا بسقوطهما بالتصرف) و ان لم يكن فيهما دليل خاص (فكذلك) فى (خيار العيب) نحكم بسقوطه بالتصرف .

(و اما التصرف) فى المبيع (قبل العلم بالعيب ، فان كان مغيرا للعين بزيادة) فى العين كاضافة الماء على اللبن (او نقيصة) كشرب بعض اللبن (او تغير هيئة) كقطع الثوب (او ناقلا لها بنقل لازم) كبيعها (او جائز) كهبتها هيبة يمكن ارجاعها .

. . . . . .

و بالجملة صار بحيث لا يصدق معه قيام الشئ بعينه ، فهومسقط ايضاء لمرسلة جميل المتقدمة .

و يلحق بذلك تعذر الرد بموت او عتق او اجارة او شبه ذلك .

(و بالجملة صار) المتاع (بحيث لا يصدق معه) اى مع هذا الحدث الحادث فيه (قيام الشئ بعينه ،فهو) اى هذا التصرف المغيّر (مسقط ايضا) للخيار (لمرسلة جميل المتقدمة) لقوله عليه السلام فيها : ان كان الثوب قائما بعينه . . .

(و يلحق بذلك) اى بعدم قيام الشئ بعينه فيسقط الخيار (تعذر الرد) للمبيع ،وان كان قائما بعينه (بموت او عتق او اجارة او شبه ذلك)

ولا يخفى ان ذكر الموت غير مناسب لان الشئ ليس قائما بعينه اذا مات الحيوان .

و انما يلحق بذلك ماذكره من الموارد لان المستفاد عرفا من المرسلة اعتبار امكان الرد ،فكانه عليه السلام قال : ان كان باقيا على اوصافه ردّه ، والا لم يرده .

و من المعلوم انه لو اعتق او مات لم يبق على اوصافه .

لكن ربما يستشكل فى هذه الاستفاده فى مثل العتق والاجارة بان حق الخيار مقدم على حق العتق و الاجارة ، فاذا فسخ انفسخ ما اجراه عليه ،لان العين قائمة .

و ارجاع كلام الامام عليه السلام الى ماذكر غير واضح ،او يقال : ان اسقاط هذه الامور لحق الرد لا وجه له ،بل اذا ردّ ،ولم يتمكن من الارجاع

. . . . . .

و ظاهر المحقق فى الشرائع الاقتصار على ذلك حيث قال فى اول المسئلة : و يسقط الرد باحداثه فيه حدثا، كالعتق وقطع الثوب، سواء كان قبل العلم بالعيب او بعده .

و فى مسئلة ردّ المملوك من احداث السنة، فلو احدث مايغيرعينه او صفته ثبت الارش ،انتهى،و هو الظاهر من المحكى عن الاسكافى حيث قال : فان وجد بالسلعة عيبا،وقد احدث فيه مالا يمكن معه ردها الى ماكانت عليه قبله

اعطى مثله او ثمنه .

(وظاهر المحقق فى الشرائع الاقتصار على ذلك) اى التصرف المغيّر(حيث قال فى اول المسئلة : ويسقط الرد باحداثه فيه حدثا ، كالعتق وقطع الثوب، سواء كان قبل العلم بالعيب اوبعده)فان مثاله خاص بمورد تغير الشئ ،فلايشمل مثل : اغلق الباب،وناولنى الثوب .

(و) قال المحقق(فى مسئلة ردّ المملوك من احداث السنة) كالجنون و ماشبه فان المملوك اذاحدث فيه جنون او نحوه من يوم بيعه الى سنة كاملة ،كان للمشترى ان يرده الى البائع (فلو احدث) المشترى فى المملوك (مايغيرعينه) كمالو قطع يده اوفقأ عينه(او صفته) كمالوانساه الكتابة مثلا (ثبت الارش) ولا يحق له الرد (انتهى) كلام المحقق (وهو) اى اختصاص سقوط الرد بما اذا كان التصرف مغيرا هو (الظاهر من المحكى عن الاسكافى حيث قال . فان وجد بالسلعة عيبا، وقد احدث فيه مالا يمكن معه ردها الى ماكانت عليه قبله) فى مقابل ما اذا امكن رده الى

. . . . . .

کالوطی للامة، و القطع للثوب، او تعذر الردّ بموت او نحوه، کان لـــه فضل مابین الصحة والعیب، انتهی.

و هذا هو الذی ینبغی ان یقتصر علیه من التصرف قبل العلم.

و اما ما عدا ذلك من التصرف قبل العلم، کحلب الدابة و رکوبهـــا و شبه ذلك، فلادلیل علی السقوط به بحیث یطمئن به النفس.

و اقصی مایوجد لذلك صحیحة زرارة المتقدمة بضمیمة ماتقدم فی خیار

الصفة السابقة، کما اذا نسی العبد الکتابة مثلا، لکن علّمه المشتری ثانیا حتی رجع الی حالته السابقة (کالوطی للامة) فان الامة لاترجع الـــی غیر الموطوئة (والقطع للثوب، او تعذر الردّ بموت او نحوه) کالعتـــق و البیع، والسقوط فی البحر ـ مثلا ـ (کان له) ای للمشتری (فضـــل) ای تفاوت (مابین الصحة و العیب) ای الارش (انتهی) کلامه.

(و هذا) القسم من التصرف، ای المغیّر او شبهه (هو الذی ینبغی ان یقتصر علیه من التصرف قبل العلم) بالعیب.

نعم بعد العلم لو تصرف و لو غیر مغیّر، ینبغی ان یقال: باسقاطه للردّ، لدلالته علی الرضا بالعیب ـ کماتقدم ـ.

(و اما ما عدا ذلك) ای المغیّر (من التصرف قبل العلم) بالعیب (کحلب الدابة و رکوبها و شبه ذلك، فلادلیل علی السقوط به) دلیـــلا (بحیث یطمئن به النفس) فیفتی علی طبقه.

(و اقصی مایوجد لذلك) من الدلیل (صحیحة زرارة المتقدمة) حیث قال علیه السلام: فاحدث فیه بعد ماقبضه شیئـــا (بضمیمة ماتقدم فی خیار

. . . . . .

الحيوان من التمثيل للحدث بالنظر و باللمس .

و قيام النص والاجماع على سقوط رد الجارية بوطيها قبل العلم مع عدم دلالته على الالتزام بالبيع ، وعدم تغييره للعين .

و اطلاق معقد الاجماع المدعى فى كثير من العبائر كالتذكرة ، و السرائر و الغنية ، وغيرها .

و فى نهوض ذلك كله

الحيوان من التمثيل للحدث بالنظر و باللمس) .

فالصحيحة تشكل الكبرى وماذكر فى خيار الحيوان يشكل الصغرى هكذا (الحدث مسقط) (و النظر و اللمس حدث) .

(و قيام النص و الاجماع على سقوط رد الجارية بوطيها قبل العلم) (و قيام) عطف على (ماتقدم) فان الوطى لا يغيّر ، ومع ذلك قام النص و الاجماع على انه مسقط ، فيدل على ان كل متصرف ـ و لو لم يكن مغيرا ـ يكون مسقطا (مع عدم دلالته) اى الوطى (على الالتزام بالبيع) لفرض انه وقع قبل العلم بالعيب (وعدم تغييره للعين) فاذا كان الوطى مسقطا ، دل على ان كل تصرف مسقط ، وان لم يكن مغيّرا .

(و اطلاق) عطف على (ماتقدم) (معقد الاجماع) اى لفظه الذى انصب عليه الاجماع (المدعى فى كثير من العبائر كالتذكرة والسرائر و الغنية ، وغيرها) من سائر الكتب التى ذكرت : ان التصرف مسقط ، فان (التصرف) شامل لما اذا لم يكن مغيّرا .

(و فى نهوض ذلك كله) اى (ماتقدم) و (النص و الاجماع) و

. . . . . .

لتقييد اطلاق اخبار الرد خصوصا ماكان هذا التقييد فيه فى غاية البعد ، كالنص برد الجارية بعد ستة اشهر ، و ردّ الجارية اذا لم يطأها وردّ المملوك من احداث السنة نظر ، بل منع خصوصا معاقد الاجماع فان نقلة الاجماع كالعلامة و الحلّى وابن زهرة قد صرحوا فى كلماتهم المتقدمة بان العبرة بالرضا

«اطلاق معقد الاجماع» (لتقييد اطلاق اخبار الرد) فان اطلاقها يقول : لك حق الرد ، سواء تصرفت فيه ام لا ، والخارج من الاطلاق التصرف المغيّر ، اما غير المغيّر فهو داخل فى الاطلاق ، فله الردّ ، وان تصرف تصرفا غير مغيّر (خصوصا ماكان) من الاخبار حاويا (هذا التقييد فيه فى غاية البعد ، كالنص برد الجارية بعد ستة اشهر ، وردّ الجارية اذا لم يطأها ، و ردّ المملوك من احداث السنة) .

فان القول بان الرد فى هذه الموارد الثلاثة مقيد بما اذا لم يقل المولى للجارية او العبد ناولنى الثوب ، فاذا قال له ذلك سقط حق رده (نظر ، بل منع) (« مبتدء ») خبره تقدم و هو قوله « و فى نهوض » .

و انما كان فيه نظر ، اذ يبعد جدا ان يشترى الانسان العبد او الجارية و يبقى عنده سنة او ما اشبه ، ولا يأمره بمثل : اغلق الباب ، فاللازم القول باطلاق هذه الاخبار ، وان للمشترى الرد بالعيب ، سواء تصرف فيه تصرفا غير مغير ، ام لا (خصوصا معاقد الاجماع) لا تكون دالة على ان كل تصرف يكون مسقطا (فان نقلة الاجماع كالعلامة و الحلّى و ابن زهرة قد صرحوا فى كلماتهم المتقدمة بان العبرة) فى اسقاط الخيار (بالرضا

. . . . . .

بالعقد، فكان دعوى الاجماع وقعت من هؤلاء على السقوط بما يدل على الرضا من التصرف، خصوصا ابن زهرة في الغنية، حيث انه اختار ما قويناه من التفصيل بين صورتي العلم و الجهل، والمغير، وغيره حيث قال قدس سره و خامسها ـ يعني مسقطات الرد ـ التصرف في المبيع الذي لا يجوز مثله الا بملكه، او الاذن الحاصل له بعد العلم بالعيب

بالعقد) فلا تدل اجماعاتهم على ان التصرف مسقط و ان لم يكن عن رضا (فكان دعوى الاجماع وقعت من هؤلاء على السقوط) للخيار، والجار متعلق بـ« دعوى » (بما يدل على الرضا) اى رضا المشترى بالمعيب (من التصرف، خصوصا) اجماع (ابن زهرة في الغنية، حيث انه اختار ما قويناه من التفصيل بين صورتي العلم) اى علم المشترى بالعيب (و الجهل، و) التصرف (المغير، وغيره) فان علم بالعيب و تصرف كان مسقطا سواء كان مغيرا ام لا، وان جهل و تصرف كان مسقطا اذا كان مغيرا.

فان كلامه يدل على انه ليس كل تصرف مغير، بل المعيار احد الامرين اما كون التصرف مغيرا، و اما كونه عن رضا (حيث قال قدس سره و خامسها ـ يعني مسقطات الرد ـ التصرف في المبيع) اى التصرف (الذي لا يجوز مثله الا بملكه، او الاذن) من المالك (الحاصل) ذلك الاذن (له) اى للمتصرف، تصرفا (بعد العلم بالعيب).

مثلا: وطى الجارية لا يجوز الا للمالك، او الماذون من قبل المالك باباحتها له.

اما التصرف الذي يجوز لغير المالك و لغير المأذون من المالك،

. . . . . .

فانه يمنع من الرد لشئ من العيوب ولا يسقط حق المطالبة بالارش لان التصرف دلالة الرضا بالبيع ، لا بالعيب.

و كذا حكمه ان كان قبل العلم بالعيب، وكان مغيرا للعين بزيادة فيه ، مثل الصبغ للثوب او نقصان فيه ، كالقطع للثوب، وان لم يكن كذلك فله الرد بالعيب اذا علمه مالم يكن وطى الجارية ،فانه يمنع من ردها لشئ من العيوب الا الحبل ،انتهى كلامه .

كقول الانسان لجارية الغير : اغلقى الباب ، فان ذلك لا يكون مسقطا للرد (فانه) اى هذا القسم من التصرف (يمنع من الرد لشئ من العيوب) اى لا ى قسم من اقسام العيب (و) لكنه (لا يسقط حق المطالبة بالارش) وانما لا يسقط الارش (لان التصرف دلالة الرضا بالبيع) وانه يريد السلعة ولا يريد ردّها (لا بالعيب) فلا يدل على انه قبل المتاع بعيبه بحيث لا يريد ارشا .

(و كذا حكمه) اى التصرف فى كونه مسقطا للرد (ان كان قبل العلم بالعيب، وكان) التصرف (مغيرا للعين بزيادة فيه ،مثل الصبغ للثوب) فانه زيادة حكمية (او نقصان فيه ، كالقطع للثوب،وان لم يكن) التصرف (كذلك) اى مغيرا (فله الرد بالعيب اذا علمه) اى اذا علم العيب (مالم يكن) التصرف غير المغير (وطى الجارية ، فانه يمنع من ردها لشئ من العيوب) اىّ عيب كان (الا الحبل) فان كانت حاملا قبل ذلك ، كان له ردها و ان وطئها (انتهى كلامه) .

وقد اجاد قدس سره فيما استفاده من الادلة .

و حكى عن المبسوط ايضا ان التصرف قبل العلم لا يسقط به الخيار لكن صرح بان الصبغ و قطع الثوب يمنع من الرد ، فاطلاق التصرف قبل العلم محمول على غير المغيّر ، و ظاهر المقنعة و المبسوط انه اذا وجد العيب بعد عتق العبد و الامة لم يكن له ردهما ، واذا وجده بعد تدبيرهما او هبتهما كان مخيرا بين الرد و اخذ ارش العيب .

و فرقا بينهما و

(وقد اجاد قدس سره فيما استفاده من الادلة) .

(و حكى عن المبسوط ايضا ان التصرف قبل العلم) بالعيب (لا يسقط به الخيار) .

و كلامه هنا و ان كان مطلقا يشمل التصرف المغيّر ، وغيره (لكن صرح بان الصبغ و قطع الثوب يمنع من الرد ، فاطلاق) كلام الشيخ (التصرف قبل العلم) الذى ذكر انه مانع من الرد (محمول على) التصرف (غير المغيّر ، و) مع ان ماذكره الشيخ كالمفيد من الكلى صحيح ، الا ان مثالهما بالتصرف غير المغير مشكل .

فان (ظاهر المقنعة والمبسوط انه اذا وجد) المشترى (العيب بعد عتق العبد و الامة لم يكن له ردهما) لان العتق تصرف مغيّر ، بل له حق اخذ الارش (واذا وجده) اى العيب (بعد تدبيرهما او هبتهما كان مخيرا بين الرد) بعد ابطال التدبير و الهبة (و) بين (اخذ ارش العيب) .

(و فرقا) اى المفيد و الشيخ (بينهما) اى بين التدبير والهبة (و

بين العتق،بجواز الرجوع فيهما دون العتق .

و يردّه ـ مع ان مثلهما تصرف يؤذن بالرضا ـ مرسلة جميل ،فان العين مع الهبة و التدبير غير قائمة .

و جواز الرجوع ، وعدمه لا دخل له فى ذلك .

و لذا

بين العتق،بجواز الرجوع فيهما) لان كليهما عقد جائز ـ و من ذلك يعرف ان كلامهما فى الهبة الجائزة ، لا اللازمة ، كما اذا كانت الهبة معوضة او بقصد القربة ، او لذى رحم ،او ما اشبه ـ (دون العتق) الذى لا يجوز الرجوع فيه .

(و يردّه) اى يرد كلامهما فى جواز الرد فى الهبة والتدبير (ـ مع ان مثلهما) اى التدبير والهبة (تصرف) فى المبيع (يؤذن بالرضا ـ) اى رضا ذى الخيار ،وقد تقدم ان الرضا يوجب سقوط الخيار (مرسلة جميل) فاعل ((يرده)) (فان العين مع الهبة و التدبير غير قائمة) عرفا ، وقد قالت المرسلة ان حق الرجوع انما هو فى مورد قيام العين .

(و) ان قلت : بل العين قائمة ،لانه اذا جاز الرجوع و رجع كانت العين كحالتها السابقة .

قلت :(جواز الرجوع) فى الهبة والتدبير (وعدمه) فى العتق (لا دخل له فى ذلك) اى فى قيام العين ،فان العين ليست قائمة عُرفا ، وان جاز للواهب والمدبر الرجوع .

(ولذا) الذى ذكرناه من ان العين ليست قائمة ،وان جاز الرجوع

اعترض عليهما الحلى بالنقض بما لو باعه بخيار، مع انه لم يقل احد من الامة بجواز الرد حينئذ .

وقال: بعد ما ذكر ان الذى يقتضيه اصول المذهب ان المشترى اذا تصرف فى المبيع انه لا يجوز له ردّه، ولا خلاف فى ان الهبة والتدبير تصرف.

و بالجملة فتعميم الاكثر لافراد التصرف

(اعترض عليهما الحلى بالنقض بما لو باعه بخيار) اى باع العبد المعيوب او سائر الاشياء المعيوبة، فلو جاز الرد فى الهبة لانه يتمكن من ارجاع العين، لزم القول بجواز الرد فيما اذا باعه ذو الخيار، وجعل الخيار لنفسه، لانه يتمكن ايضا من رد العين (مع انه لم يقل احد من الامة بجواز الرد حينئذ) اى حين باعه بخيار.

اللهم الا ان يستشكل بان المقنعة والمبسوط لا يلتزمان بعدم جواز الرد فى صورة ما اذا باعه ذو الخيار، وجعل لنفسه الخيار.

(وقال) الحلّى (بعد ما ذكر) من الاشكال على المقنعة والمبسوط (ان الذى يقتضيه اصول المذهب) اى القواعد العامة مثل قاعدة ان الرد انما يكون اذا لم يتصرف فى المبيع (ان المشترى اذا تصرف فى المبيع) المعيب (انه لا يجوز) اى لا يصح (له ردّه، ولا خلاف فى ان الهبة والتدبير تصرف).

فالقياس هكذا: الهبة والتدبير تصرف، والتصرف مانع مع الارجاع، فلابد من اخذ الارش فقط.

(و بالجملة فتعميم الاكثر لافراد التصرف) و ان كل تصرف يوجب

مع التعميم لما بعد العلم وماقبله، مشكل .

و العجب من المحقق الثانى انه تنظّر فى سقوط الخيار بالهبة الجائزة ،مع تصريحه فى مقام آخر بما عليه الاكثر .

الثالث : تلف العين او صيرورته كالتالف فانه يسقط الخيار هنا بخلاف الخيارات المتقدمة غير الساقطة بتلف العين و المستند فيه ـ بعد

سقوط الرد و لو مثل حلب الدابة (مع التعميم) منهم (لما بعد العلم وماقبله) حتى انه لو حلبها قبل العلم سقط رده (مشكل) لماعرفت من الفرق قبل العلم و بعد العلم ،وان بعض التصرفات المسقطة اذا حصلت بعد العلم بالعيب لا توجب السقوط اذا حصلت قبل العلم .

(والعجب من المحقق الثانى انه تنظّر) و اشكل (فى سقوط الخيار بالهبة الجائزة ،مع تصريحه فى مقام آخر بما عليه الاكثر) من سقوط الخيار بكل تصرف ،الذى منه الهبة ،فانه تهافت فى الكلام .

(**الثالث**) من مسقطات هذا الخيار (تلف العين) كانكسار الكوز (او صيرورته كالتالف) كما اذا سقط الكوز فى البحر (فانه) اى التلف (يسقط الخيار هنا) فى المعيب (بخلاف الخيارات المتقدمة) كخيار الغبن (غير الساقطة بتلف العين) و لعل السرّ فى الفرق ان الرد له بدل فى باب العيب و هو الارش ،فاذا لم يتمكن من الرد اخذ الارش .

امافى سائر الخيارات فاذا سقط الخيار ، لم يكن له بدل حتى يتدارك به النقص الذى حصل لذى النقص (والمستند فيه) اى فى كون التلف هنا يسقط الخيار (ـ بعد

. . . . . .

ظهور الاجماع ـ اناطة الرد فى المرسلة السابقة بقيام العين ، فان الظاهر منه اعتبار بقائها فى ملكه ، فلو تلف ، او انتقل الى ملك الغير او استوجر ، او رهن ، او ابق العبد ، او انعتق العبد على المشترى ، فلا ردّ .

و مما ذكرنا ظهر ان عدّ انعتاق العبد على المشترى مسقط برأسه كما فى الدروس لا يخلو عن شئ .

ظهور الاجماع ـ اناطة الرد فى المرسلة السابقة) و هى مرسلة جميل (بقيام العين) لانها قالت ان كان الثوب قائما بعينه رد ها على صاحبه (فان الظاهر منه اعتبار بقائها فى ملكه) اى بقاء العين فى ملك المشترى (فلو تلف) المال (او انتقل الى ملك الغير) بان باعه او صالحه او وهبه مثلا (او استوجر ، او رهن ، او ابق العبد) المعيب من عند المشترى (او انعتق العبد على المشترى) كما لو كان احد عموديه الآباء او الامهات (فلا ردّ) لعدم صدق قيام العين .

(و مما ذكرنا) من ان انعتاق العبد من مصاديق «عدم قيام العين» (ظهر ان عدّ انعتاق العبد على المشترى مسقط للخيار (برأسه) اى مستقلا لاجعله مصداقا (كما فى الدروس لا يخلو عن شئ) من الاشكال اذ ليس هو سبب مستقل بل من مصاديق عدم قيام العين .

و لعل نظر الدروس الى ان الانعتاق مفوت خاص فى قبال التصرف الذى هو مفوت من قسم آخر .

. . . . . .

نعم ذکر انه یمکن ارجاع هذا الوجه الی التصرف.

و هو ایضا لا یخلو عن شئ.

والاولی ماذکرناه.

ثم انه لو عاد الملك الی المشتری لم یجز ردّه للاصل خلافا للشیخ بل المفید قدس سرهما.

(نعم ذکر) بعض فی توجیه کلام الدروس (انه یمکن ارجاع هذا الوجه) ای الانعتاق (الی التصرف) لا التلف، فانما عده قسما برأسه، لانه قسم من التصرف، وهو یقابل التلف، ولذا عدهما قسمین.

(وهو) ای هذا التوجیه (ایضا لا یخلو عن شئ) لانه لیس تصرفا، فالانعتاق قهری علی المشتری والشئ القهری لا یسمی تصرفا، فان الحاکم لو حجر علی مال زید ـ مثلا ـ لا یصح ان یقال: ان زیدا تصرف فی ماله

(والاولی ماذکرناه) من ان الانعتاق فی حکم التلف، ومن مصادیق عدم قیام العین.

(ثم انه) بعد ان ذهب العین من ملك المشتری ببیع او رهن، او وقوع فی البحر او ما اشبه (لو عاد الملك الی المشتری لم یجز ردّه) الی البائع (للاصل) فانه حین خرج عن ملکه لم یکن له الرد، وانما له الارش، فاذا شککنا بعد ذلك هل ان له ان یرد، ام لا؟ کان الاستصحاب مقتضیا لعدم الرد (خلافا للشیخ، بل المفید قدس سرهما) حیث اجازا الرد، و کان نظرهما الی انه لا مجال للاستصحاب بعد ان تبدل موضوعه، فانه یصدق حینئذ ان الشئ قائم بعینه.

فرع : لاخلاف نصاوفتوى فى ان وطى الجارية يمنع عن ردها بالعيب سواء قلنا بان مطلق التصرف مانع، ام قلنا: باختصاصه بالتصرف الموجب لعدم كون الشئ قائما بعينه .

غاية الامر كون الوطى على هذا القول مستثنى عن التصرف غير المغير للعين كماعرفت من عبارة الغنية مع ان العلامة علل المنع فى موضع من التذكرة : بان الوطى جناية ،و

(**فرع** : لاخلاف نصاو فتوى فى ان وطى الجارية يمنع عن ردها بالعيب) سواء علم بالعيب ووطئ ام لا و (سواء قلنا) فى المسئلة السابقة (بان مطلق التصرف مانع) عن الردّ (ام قلنا باختصاصه) اى اختصاص المانع (بالتصرف الموجب لعدم كون الشئ قائما بعينه) وذلك لوجود النص والاجماع ،فلايهمّنا ان يكون الوطى داخلافى القاعدة السابقة .

(غاية الامر كون الوطى على هذا القول) اى القول الثانى (مستثنى عن التصرف غير المغير للعين) .

اذ «كل ماليس مغيرا لايوجب سقوط الردّ» الا «الوطى» فانه ليس بمغير ،ومع ذلك يوجب سقوط الرد (كما عرفت من عبارة الغنية) فانه قال فى عبارته المتقدمة قبل اسطر : وكان مغيرا للعين .. مالم يكن وطيا للجارية ، فانه يمنع من ردها (مع ان العلامة) يرى ان اسقاط الوطى للرد، لانه مغير للعين فكونه مسقطا على طبق القاعدة .

فانه (علل المنع) اى منع الوطى عن الرد (فى موضع من التذكرة : بان الوطى جناية) و من المعلوم ان الجناية عبارة عن الشئ المغير (و

لهذا يوجب غرامة جزء من القيمة ، كسائر جنايات المملوك .

وقد تقدم فى كلام الاسكافى ايضا ان الوطى ممالا يمكن معه رد المبيع الى ماكان عليه قبله .

و يشير اليه ماسيجئ فى غير واحد من الروايات من قوله : معاذ الله ان يجعل لها اجرا .

لهذا يوجب) الوطى (غرامة جزء من القيمة) فاذا اشترى زيد جارية عمرو ، و وطئها ، ثم وجد انها حامل من عمرو ، كان لزيد الحق فى ردها لوجود عيب الحمل ، فاذا ردها ردّ معها ارش وطئه لها ، فان ردّ الارش هنا الى البائع دليل على ان الوطى تصرف مغير ، والا لم يكن وجه لرد الارش ، فالمشترى يغرم جزءا من القيمة حين رد الجارية المعيبة ، بعيب الحمل (كسائر جنايات المملوك) فان من جنى على المملوك لزمه ان يعطى لسيد المملوك مقدار جنايته .

(وقد تقدم فى كلام الاسكافى ايضا ان الوطى) اذا حصل من المشترى (ممالا يمكن معه رد المبيع الى ماكان) المبيع (عليه قبله) اى قبل الوطى فانه يدل ايضا على ان الوطى ـ عند الاسكافى ـ مغير للعين .

(و يشير اليه) اى الى كون الوطى تصرفا مغيّرا (ماسيجئ فى غير واحد من الروايات من قوله) عليه السلام (معاذ الله ان يجعل لها اجرا) يعنى انه اذا قلنا : بان الجارية الموطوئة تردّ ، لزم ان يرد المشترى شيئا من المال الى البائع فى مقابل وطئه للجارية ، فيكون ذلك المال اجرا للوطى ، و هذا مما يستعاذ به الى الله سبحانه ـ اى انه

. . . . . .

فان فيه اشارة الى انه لو ردها لابد ان يرد معها شيئا تداركا للجناية .

اذ لو كان الوطى مجرد استيفاء منفعة لم يتوقف ردّها الى ردّ عوض المنفعة .

فاطلاق الاجر عليه فى الرواية على طبق مايترائى فى نظر العرف ، من كون هذه الغرامة كانها اجرة للوطى .

باطل ـ فان كلام الامام عليه السلام يدل على ان الوطى جناية ـ توجب ردّ بعض المال ـ (فان فيه) اى فى قول الامام عليه السلام : معاذ الله (اشارة الى انه لو ردها لابد ان يرد معها شيئا تداركا للجناية) التى جناها المشترى على الجارية بسبب وطيه لها .

وانما قلنا ان المستفاد من كلام الامام انه جناية .

(اذ لو) لم يكن الوطى جناية ، بل (كان الوطى مجرد استيفاء منفعة لم يتوقف ردّها الى ردّ عوض المنفعة) اذ من الممكن الرد بدون رد عوض الانتفاع ، وذلك بخلاف ما اذا كان الوطى جناية فانه لا يصدق رد الجارية الا اذا ردها ورد الارش معا ، والا فبدون الارش يكون الرد ناقصا كالرد لبعض السلعة لا لكلها .

(فاطلاق الاجر عليه فى الرواية) لا لانه حقيقة أجر ـ حتى يدل على ان الجارية كاملة و ليست ناقصة بسبب الوطى ـ بل ان الاطلاق (على طبق مايترائى فى نظر العرف ، من كون هذه الغرامة كانها اجرة للوطى) و قوله ((فاطلاق)) دفع دخل مقدر هو ان ظاهر «اجر» ان الوطى ليس جناية ، والا سماه الامام غرامة و ارشا ، لا ان يسميه اجرا .

. . . . . .

و حاصل معناه انه اذا حكمت بالرد مع ارش جنايتها كان ذلك فى الانظار بمنزلة الاجرة .

و هى ممنوعة شرعا ، لان اجارة الفروج غير جائزة .

وهذا انما وقع من امير المؤمنين عليه السلام مبنيا على تقرير رعيته على مافعله

و الجواب انه تعبير عرفى ، والا ففى الحقيقة هو ارش وغرامة .

(و حاصل معناه) اى معنى قول الامام عليه « معاذ الله » ـ و هذا الحاصل لاثبات كلام العلامة من ان الوطى جناية ـ (انه اذا حكمت بالرد مع ارش جنايتها) اى رد الجارية و اعطاء ارش الوطى (كان ذلك) الارش (فى الانظار) اى انظار العرف (بمنزلة الاجرة) و ان كان فى الحقيقة ارشا .

(و هى) اى الأجرة (ممنوعة شرعا ، لان اجارة الفروج غير جائزة) فلايصح ان يقول انسان لامرئة استأجر فرجك ساعة مثلا ، وماورد من انهن مستاجرات ، وقوله تعالى : فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ، فان ذلك من باب المجاز و الشبه عرفا .

(و) **ان قلت** : ان الاجرة للفرج فى مذهب الشيعة جائزة ، وانما لاتجوز فى مذهب العامة ، فكيف ان الامام امير المؤمنين عليه السلام منع عن ذلك ، والحال ان الامام عليه السلام يقول بصحة عقد المتعة الموجبة للاجرة .

قلت : (هذا) المنع عن الاجرة (انما وقع من امير المؤمنين عليه السلام مبنيا على تقرير) ه عليه السلام (رعيته على مافعله) الخليفة

. . . . . .

الثانى ، من تحريم العقد المنقطع .

فلايقال : ان المتعة مشروعة و قد وردان المنقطعات مستأجرات فلا وجه للاستعاذة بالله من جعل الأجرة للفروج ، هذا مايخطر عاجـــلا

(الثانى ، من تحريم العقد المنقطع) فكان الامام عليه السلام لم يرد ان يصدم اذهانهم بما الّفوه منذ زمن عمر من المنع عن المتعة واعتقـــادان مهرها اجرة فلايجوز .

و حيث ظهر ان كلام الامام عليه السلام من باب المجازات للرعية .

(فلايقال : ان المتعة مشروعة وقد وردان المنقطعات مستأجرات) و حيث ان الاجرة صحيحة (فلاوجه للاستعاذة بالله) فى كلام الامام(من جعل الأجرة للفروج) .

و الحاصل انه لو حكم برد الجارية لزم الحكم برد شئ معها ، لمكـان الوطى ، ولايجوز ردّ شئ لافى متن الواقع ولافى الظاهر .

اما الواقع فلان الحكم الشرعى واقعا هو عدم الرد .

و اما فى الظاهر فلان الناس ـ الذين الّفوحرمة المتعة وحرمـــة الاجرة للفرج ـ يرون ان ذلك اجرة للفرج ،فالامام عليه السلام استعـاذ بالله ،ولم يذكر علة الاستعاذة الواقعية ـ التى هى حكم الله سبحانـه بحرمة الرد مع الارش ـ .

وانما ذكر علة الاستعاذة الظاهرية من ان الاجرة لاتجوز للفرج وكثيرا مايذكر الانسان البليغ العلة العرفية لانها اقرب الى اذهان السامعين (هذا مايخطر عاجلا

. . . . . .

بالبال فى معنى هذه الفقرة ، والله العالم .

وكيف كان ففى النصوص المستفيضة الواردة فى المسئلة كفاية ، ففى صحيحة ابن حازم عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى جارية فوقع عليها ، قال ان وجد فيها عيبا ، فليس له ان يردها ، ولكن يردّ عليه بقدر ما نقصها العيب ، قلت : هذا قول امير المؤمنين عليه السلام ، قال نعم ، وصحيحة ابن مسلم عن احدهما عليهما السلام انه سئل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها ، فيجد بها عيبا بعد ذلك قال : لا يردها على صاحبها ، ولكن يقوّم ما بين العيب والصحة ، ويرد على المبتاع .

بالبال فى معنى هذه الفقرة) ـ معاذ الله ان يجعل لها اجرا ـ (والله العالم) بمراد اوليائه .

(وكيف كان) الامر فى معنى الفقرة المذكورة (ففى النصوص المستفيضة الواردة فى المسئلة كفاية ، ففى صحيحة ابن حازم عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى جارية فوقع عليها) بان وطئها فوجد بها عيبا ، هل له ان يردها ؟ (قال) عليه السلام : (ان وجد فيها عيبا ، فليس له ان يردها ، ولكن يرد عليه) ـ يرد ، بصيغة المجهول ـ اى يرد البائع الى المشترى (بقدر ما نقصها العيب ، قلت : هذا قول امير المؤمنين عليه السلام ، قال : نعم ، وصحيحة ابن مسلم عن احدهما) اى الباقر او الصادق (عليهما السلام انه سئل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها ، فيجد بها عيبا بعد ذلك) هل له ان يردها ؟ (قال : لا يردها على صاحبها ، ولكن يقوّم ما بين العيب والصحة ، ويرد) البائع التفاوت (على المبتاع) اى

معاذ الله ان يجعل لها اجرا ·

و رواية ميسر ، عن ابى عبد الله عليه السلام قال : كان على لا يرد الجارية بعيب اذا وطئت ، ولكن يرجع بقيمة العيب ، وكان يقول : معاذ الله ان اجعل لها اجرا ، الخبر ·

و فى رواية طلحة بن زيد عن ابى عبد الله عليه السلام ، قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام فى رجل اشترى جارية فوطئها ، ثم رآى فيها عيبا ، قال : تقوم وهى صحيحة ، و تقوم و بها الداء ، ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء ·

المشترى (معاذ الله ان يجعل لها اجرا) فان المشترى لو رد الجارية و رد معها شيئا من المال فى مقابل وطئه لها ، كانت اجرة للفرج ، وهى مايستعاذ بالله منه ·

(و رواية ميسر ، عن ابى عبد الله عليه السلام قال : كان على) عليه السلام (لا يرد الجارية بعيب اذا وطئت ، ولكن يرجع بقيمة العيب) اى يرجع قيمة العيب الى المشترى (و كان يقول : معاذ الله ان اجعل لها اجرا) الى آخر (الخبر) ·

(و فى رواية طلحة بن زيد عن ابى عبد الله عليه السلام ، قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام فى رجل اشترى جارية فوطئها ، ثم رآى فيها عيبا ، قال : تقوم و هى صحيحة) مثلا مأة (و تقوم وبها الداء) مثلا ثمانون (ثم يرد البائع على المبتاع) اى المشترى (فضل ما بين الصحة و الداء) اى العشرين فى المثال ·

. . . . . .

و ماعن حمّاد فی الصحیح عن ابی عبد الله علیه السلام یقول : قال علی بن الحسین علیه السلام : کان القضاء الاول فی الرجل اذا اشتری امة فوطئها ثم ظهر علی عیب ان البیع لازم ، و له ارش العیب الی غیر ذلك مما سیجئ .

ثم ان المشهور استثنوا عن عموم هذه الاخبار لجمیع افراد العیب الحمل فانه عیب اجماعا

(و ما عن حمّاد فی الصحیح عن ابی عبد الله علیه السلام یقول : قال علی بن الحسین علیه السلام : کان القضاء الاول) ای فی اول الاسلام قبل ان یلعب القضاة بالاحکام بالقیاس و الاستحسان (فی الرجل اذا اشتری امة فوطئها ثم ظهر) و اطلع (علی عیب ان البیع لازم) فلا ترد الجاریة (و له ارش العیب) هذه جملة من الاحادیث (الی غیر ذلك مما سیجئ) کصحیح ابن سنان ، و روایة عبد الملك .

(ثم ان المشهور استثنوا عن عموم هذه الاخبار لجمیع افراد العیب) حیث ان هذه الاخبار دلت علی ان الوطی مانع عن رد الجاریة اذا وجد الواطی فیها العیب (ای عیب کان) سواء کان العیب نقصا فی الخلقة کالعمی والعرج ، او نقصا فی العقل ، کما اذا کانت معتوهة ، او نقصا فی الکمال کما اذا کانت ثرثارة مثلا ، او سلیطة (الحمل) مفعول (استثنوا) (فانه) ای الحمل (عیب اجماعا) .

فاذا اشتری الجاریة ثم وجد المشتری انها حامل ، فانه عیب فی الجاریة اذ هی لا تتمکن من العمل ـ کما ینبغی ـ مدة الحمل و مدة

كمافى المسالك، الاان الوطى لايمنع من الرد به، بل يردها و يرد معها العشر، او نصف العشر على المشهور بينهم.

و استندوا فى ذلك الى نصوص مستفيضة، منها: صحيحة ابن سنان عن ابى عبد الله عليه السلام، عن رجل اشترى جارية حبلى، و لم يعلم بحبلها فوطئها، قال يردّها على الذى ابتاعها منه، ويرد عليها نصف عشر قيمتها، لنكاحه اياها.

النفاس، و انها معرضة للخطر حال الولادة (كمافى المسالك) دعوى الاجماع على ذلك (الاان الوطى) اى وطى المشترى (لايمنع من الرد به) اى بالوطى (بل يردها و يرد معها العشر) اى عشر الثمن، اذا كانت بكرا (او نصف العشر) اذا كانت ثيبة.

فاذا اشتراها زيد بالف، فوطئها، و بعد الوطى وجد انها حامل، ردها و اعطى البائع مائة او خمسين.

و هذا العشر او نصف العشر، انما هو لاجل وطئه لها (على المشهور بينهم) فى ردّ العشر، ونصف العشر.

(و استندوا فى ذلك الى نصوص مستفيضة، منها: صحيحة ابن سنان عن ابى عبد الله عليه السلام، عن رجل اشترى جارية حبلى، و لم يعلم بحبلها فوطئها) فما حكمه؟ (قال) عليه السلام (يردّها على الذى ابتاعها) اى اشتراها (منه، ويرد عليها نصف عشر قيمتها، لنكاحه اياها) النكاح هنا بمعنى الوطى، فانه اما مشترك بين الوطى و العقد، و اما خاص بالوطى.

. . . . . .

و قد قال علی علیه السلام : لاترد التی لیست بحبلی اذا وطئها صاحبها و یوضع عنه من ثمنها بقدر العیب ان کان فیها .

و روایة عبد الملك بن عمرو ، عن ابی عبد الله علیه السلام ، قال: لاترد التی لیست بحبلی اذا وطئها صاحبها و له ارش العیب ، وترد الحبلی و یرد معها نصف عشر قیمتها .

و زاد فی الکافی قال : وفی روایة اخری ان کانت بکرا فعشر قیمتها ، و

والعقد انما یسمی نکاحا لعلاقة السبب والمسبب اذ العقد سبب الوطی

ثم ان اطلاق الروایة عدم الفرق بین وطئها مرة او مرات ، والظاهر ان تخصیص نصف العشر بالذکر هنا ، لاجل ان غالب الاماء ثیبات (وقد قال علی علیه السلام : لاترد التی لیست بحبلی اذا وطئها صاحبها) ای المشتری ــ وهذا من تتمة کلام الامام علیه السلام ، ظاهرا ــ (ویوضع عنه من ثمنها بقدر العیب ان کان) عیب (فیها) بان یرد البائع علی المشتری التفاوت بین الصحیح والمعیب فاذا کان الصحیح مائة و المعیب ستین ردّ البائع الی المشتری اربعین دینارا ، لمکان العیب .

(و روایة عبد الملك بن عمرو ، عن ابی عبد الله علیه السلام ، قال: لاترد) الجاریة (التی لیست بحبلی اذا وطئها صاحبها) ویوضع عنه من ثمنها بقدر العیب (و له) ای للمشتری (ارش العیب ، وترد الحبلی و یرد معها نصف عشر قیمتها) .

(و) بعد هذه الروایة (زاد فی الکافی قال : وفی روایة اخری ان کانت بکرا فعشر قیمتها ، و

ان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها .

و مرسلة ابن ابى عمير ،عن سعيد بن يسار ، قال سئلت اباعبدالله عليه السلام ، عن رجل باع جارية حبلى ،وهو لا يعلم ، فينكحها الذى اشترى ،قال يردها و يرد نصف عشر قيمتها .

و رواية عبدالرحمان بن ابى عبدالله قال : سئلت ابا عبدالله عليه السلام ،عن الرجل يشترى الجارية فيقع عليها فيجدها حبلى ،قال ترد ويرد معها شيئا .

و صحيحة ابن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام ، فى الرجل يشترى

ان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها) كانه اراد بذلك تقييد اطلاق رواية عبدالملك .

(و مرسلة ابن ابى عمير ، عن سعيد بن يسار ،قال سئلت اباعبدالله عليه السلام ،عن رجل باع جارية حبلى ،وهولا يعلم) انها حبلى ،اذ لو علم بذلك و اشتراها ، لم يكن له بذلك ردّ ،ولا ارش (فينكحها الذى اشترى ، قال يردها و يرد نصف عشر قيمتها) .

(و رواية عبدالرحمان بن ابى عبدالله) عليه السلام(قال : سئلت ابا عبدالله عليه السلام ، عن الرجل يشترى الجارية فيقع عليها فيجدها حبلى ،قال) عليه السلام(ترد) الجارية ـ بصيغة المجهول ،اوبصيغة المعلوم ،وقد حذف مفعوله ـ (و يرد) بصيغة المعلوم (معها شيئا)و اطلاق ((شيئا)) يحمل على العشر و نصف العشر .

(و صحيحة ابن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام ،فى الرجل يشترى

. . . . . .

الجارية الحبلى فينكحها ، قال يردها ويكسوها .

و رواية عبد الملك بن عمرو ، عن ابى عبد الله عليه السلام ،فى الرجل يشترى الجارية و هى حبلى فيطأها، قال يردها ويردعشر قيمتها، هذه جملة ماوقفت عليها من الروايات، وقدعمل بها المشهور ، بل ادعى على ظاهرها الاجماع فى الغنية كماعن الانتصار وعدم الخلاف فى السرائر خلافا للمحكى عن الاسكافى ،فحكم بالرد مع كون الحمل من المولى لبطلان بيع امّ الولد حيث قال: فان وجد فى السلعة عيبا ،كان

الجارية الحبلى فينكحها، قال يردها ويكسوها) الكسوة فى مقابل الوطى .

(و رواية عبد الملك بن عمرو ، عن ابى عبد الله عليه السلام ،فى الرجل يشترى الجارية وهى حبلى فيطأها ، قال يردها و يردعشر قيمتها، هذه جملة ماوقفت عليها من الروايات) .

و هناك بعض الروايات الاخر مذكورة فى المستدرك (وقدعمل بها المشهور) فى صورة كون الحمل من غير المولى البائع ،اما اذا كان الحمل من البائع فالاجماع قائم على الرد لانه لايصح بيع ام الولد (بل ادعى على ظاهرها الاجماع فى الغنية كما عن الانتصار) للسيد المرتضى دعوى الاجماع ايضا (وعدم الخلاف فى السرائر) لابن ادريس (خلافا للمحكى عن الاسكافى ،فحكم بـ) ان (الرد) انما هو(مع كون الحمل من المولى) فقط .

و انما يرد (لبطلان بيع ام الولد) اما اذا كان الحمل من غير المولى فلا يردّ (حيث قال) الاسكافى (فان وجد) المشترى (فى السلعة عيبا كان)

. . . . . .

عند البائع ،وقد احدث المشترى فى السلعة مالا يمكن ردها الى ماكانت عليه قبله ، كالوطى للامة ،اوالقطع للثوب ،او تلف السلعة بموت ،اوغيره كان للمشترى فضل مابين الصحة و العيب دون ردها فان كان العيب ظهور حمل من البائع ،وقد وطئها المشترى من غير علم بذلك كان عليه ردّها ، و نصف عشر قيمتها ، انتهى .

و اختاره فى المختلف ،وهوظاهر الشيخ فى النهاية ،حيث قال :فان

ذلك العيب قد حدث فيها حال كونها (عند البائع ، وقد احدث المشترى فى السلعة مالا يمكن ردها الى ماكانت) السلعة (عليه قبله) اى قبل احداث المشترى للحدث فيها (كالوطى للامة ،او القطع للثوب ،او تلف السلعة بموت ، اوغيره) كما اذا طار الطائر ، او نفر الوحش ، اوسقطت السلعة فى البحر ، فانه لا يمكن ردّ السلعة بعد هذه الاحداث الى حالتها السابقة (كان للمشترى فضل مابين الصحة و العيب) بان يأخذ الارش من البائع (دون ردها) و اخذ جميع الثمن (فان كان العيب ظهور حمل من البائع ،وقد وطئها المشترى من غير علم بذلك) الحمل (كان عليه ردّها ، و) اعطاء (نصف عشر قيمتها ، انتهى) فان عبارته صريحة فى كون الحمل من البائع ،فتبقى صورة كون الحمل من غير البائع داخلة فى عموم : ان الوطى يمنع الرد مطلقا ـ اى سواء كان العيب حملا اوغير حمل ـ .

(و اختاره) العلامة (فى المختلف ،و هو) اى كلام الاسكافى (ظاهر الشيخ فى النهاية حيث قال : فان

. . . . . .

وجد بها عيبا بعد ان وطئها لم يكن له ردها، وكان له ارش العيب خاصة اللهم الا ان يكون العيب من حبل ،فيلزمه ردها على كل حال وطئها ام لم يطأها، و يرد معها اذا وطئها نصف عشر قيمتها، انتهى .

و يمكن استفادة هذا من اطلاق المبسوط القول بمنع الوطى من الرد .

وجد بها عيبا بعد ان وطئها لم يكن له ردها، وكان له ارش العيب خاصة) و ذلك لان الوطى مانع عن الرد كما عرفت.

(اللهم الا ان يكون العيب من حبل ،فيلزمه ردها على كل حال وطئها ام لم يطأها) .

وجه الظهور: ان قوله ((فيلزمه)) ظاهر فى كون الحبل من المولى اذ فى هذه الصورة يلزم الرد، والا فان الحبل اذا لم يكن من المولى لم يلزم الرد لتخيير المشترى بين الرد والارش (ويرد معها اذا وطئها نصف عشر قيمتها، انتهى) كلام النهاية .

(و يمكن استفادة هذا) اى كون الاستثناء من ((كون الوطى مانعا عن الرد)) خاصا بصورة ((كون الحبل من المولى)) لا صورة ((ما اذا كانت حاملة و لو من غير المولى)) (من اطلاق المبسوط القول بمنع الوطى من الرد) و ذلك لان الشيخ لم يستثن الحبل .

فاما ان تكون صورة الحبل داخلة فى اطلاقه ((وعلى هذا فهو مخالف للمشهور القائلين بان الحبل لا يمنع الرد)) .

و اما ان تكون صورة الحبل خارجة عن اطلاقه بان لم يتعرض للاستثناء

. . . . . .

فان من البعيدعدم استثناء وطى الحامل وعدم تعرضه لحكمه مع اشتهار المسئلة فى الروايات و السنة القدماء .

و قال فى الوسيلة : اذاوطئ الامة ثم علم بها عيبا لم يكن له ردّها الااذاكان العيب حملا ،وكان حرّا، فانه وجب عليه ردها و يرد معها نصف عشرقيمتها .

و ان كان الحمل مملوكا ، لم يجب ذلك انتهى .

اصلا ،وهذا الاحتمال بعيد .

(فان من البعيدعدم استثناء وطى الحامل وعدم تعرضه) اى الشيخ (لحكمه) اى حكم وطي الحامل (مع اشتهار المسئلة فى الروايات والسنة القدماء) اذافتحقق ان الشيخ فى المبسوط موافق للاسكافى ومخالف للمشهور .

(وقال فى الوسيلة : اذاوطئ الامة ثم علم بها عيبا لم يكن له ردّها الااذاكان العيب حملا ،وكان) الحمل (حرّا) بان كان من المولى اوممن حللها له المولى بعقداو نحوه ،اوكان وطى شبهة (فانه وجب عليه ردها) لان بيع ام الولد باطل (و يرد معها نصف عشر قيمتها) لمكان الوطى .

(و ان كان الحمل مملوكا ، لم يجب ذلك) الردّ (انتهى) كلام الوسيلة فان مراده ب (لم يجب) لم يجز ،فيكون موافقا للاسكافى ،لكن لايخفى ان ظاهر كلامه موافق للمشهور ،فان معنى « لم يجب» الجواز ،لا «عدم الجواز» .

و ظاهر الریاض ایضا اختیار هذا القول.

والانصاف ان ظاهر الاخبار المتقدمة فی بادئ النظر، وان کان ما ذکره المشهور الا ان العمل علی هذا الظهور یستلزم مخالفة الظاهر من وجوه اخر.

احدها:

(و ظاهر الریاض ایضا اختیار هذا القول) ای قول الاسکافی او خلاف المشهور.

(والانصاف ان ظاهر الاخبار المتقدمة فی بادئ النظر، وان کان ماذکره المشهور) من انه ترد الحبلی مطلقا، وان وطئها المشتری (الا ان العمل علی هذا الظهور یستلزم مخالفة الظاهر من وجوه اخر) فاللازم ان نقول بمقالة الاسکافی، و نخصص ارجاع الحبلی بما اذا کانت حبلی من المولی فقط.

اما اذا کانت حبلی من غیر المولی، فلارد، وانما للمشتری الواطی اخذ الارش فقط.

(**احدها**) و حاصله: ان المشهور یقولون بان الحبل الموجب للرد اعمّ من کونه حبلا من المولی، او من غیر المولی وکلام المشهور یلزم منه احد خلافی الظاهر بدون القرینة.

و الاسکافی یقول: بان الحبل الموجب للردّ هو ما اذا کان الحبل من المولی، وهذا ایضا خلاف الظاهر، لکنه خلاف الظاهر مع القرینة فاللازم تقدیم قول الاسکافی و قول المشهور.

من حيث مخالفة ظهورها في وجوب ردّ الجارية او تقييد الحمل بكونه من غير المولى

بيان ذلك ان الاسكافي يقول : المراد بـ « الحبلى » الحبلى من المولى فقط ، وقرينة هذا التقييد لفظة « ترد » الظاهرة في وجوب الرد فكان ذلك تصرفا في اطلاق « الحبلى » .

لكن التصرف انما كان بسبب القرينة ، اما المشهور الذين قالوا برد الحبلى مطلقا ـ سواء كان الحبل من المولى او من غيره ـ فيلزم عليهم اما حمل لفظة « ترد » على خلاف ظاهره ، اذ ظاهره الوجوب والحال ان رد الحبلى التي كانت حاملة من غير المولى ليس بواجب .

واما حمل « الحبلى » المطلق الشامل للحبلى من المولى ومن غير المولى ، على صورة الحمل من غير المولى ، فتكون لفظة « ترد » لدفع توهم الحظر اذ رد الموطوءة محظور ، فدفعا لتوهم هذا الحظر جاء الامام عليه السلام بالجملة الخبرية الظاهرة في الوجوب .

ومن المعلوم ان الامر في مقام توهم الحظر لا يدل على الوجوب .

وكيف كان فاللازم من كلام المشهور خلاف الظاهر (من حيث مخالفة ظهورها) اي يلزم ان تخالف ظهور الرواية الظاهرة (في وجوب ردّ الجارية) ان ابقينا لفظة (الحبلى) على اطلاقها ، وهنا اريد من لفظة « ترد » خلاف الظاهر (او تقييد الحمل) الوارد في الرواية (بكونه من غير المولى) وهذا خلاف الظاهر اذ لفظة « الحبلى » شاملة لما اذا كان الحبل من المولى او من غير المولى .

وعلى هذا الاحتمال لم يكن تصرف في لفظة « ترد » اذ لم ينعقد له

. . . . . .

حتی تکون الجملة الخبریة واردة فی مقام دفع توهم الحظر الناشئ من الاخبار المتقدمة المانعة من رد الجاریة بعد الوطی .

اذ : لو بقی الحمل علی اطلاقه لم یستقم دعوی وقوع الجملة الخبریة فی مقام دفع توهم الحظر اذ لا منشأ لتوهم حظر رد الحامل حتی ام الولد فلابد اما من التقیید ، او من مخالفة ظاهر الجملة الخبریة .

ظهور فی الوجوب فان القرینة تمنع انعقاد الظهور ، کما حقق فی محله (حتی تکون الجملة الخبریة) ای لفظة « ترد » (واردة فی مقام دفع توهم الحظر الناشئ) ذلك الحظر (من الاخبار المتقدمة المانعة من رد الجاریة بعد الوطی) .

فحیث کانت الحبلی ایضا مورد توهم هذا الحظر ، جاء الامام (ع) بالجملة الخبریة لدفع هذا التوهم ، لانه علیه السلام اراد بذلك وجوب الرد ، حتی یقال : ان الرد لیس بواجب ، بل للمشتری ان یختار بینه و بین الارش .

(اذ : لو بقی الحمل علی اطلاقه) الشامل لکونه من المولی او من غیره (لم یستقم دعوی وقوع الجملة الخبریة) ای لفظة « ترد » (فی مقام دفع توهم الحظر) .

و انما لم یستقم (اذ لا منشأ لتوهم حظر رد الحامل حتی ام الولد) فان ام الولد یلزم ان ترد ، فکیف یمکن ان یتوهم احد ان ردها محظور (فلابد اما من التقیید) فی الحمل (او من مخالفة ظاهر الجملة الخبریة) ای لفظة « ترد » .

. . . . . .

الثانى :

(**الثانى**) من وجوه لزوم مخالفة الظاهر على فتوى المشهور القائلين بان الحبلى المعيبة تردّ بعد الوطى ، وان كانت حاملا من غير المولى ان هناك قاعدتين مسلمتين .

الاولى : قاعدة انه لاعقر فى الوطى بالملك .

الثانية : قاعدة ان الفسخ من حينه ،لا من اصله ،فاذا قلنا بمقالة الاسكافى ،سلمت القاعدتان ،واذا قلنا بمقالة المشهور لزم رفع اليد عن احدى القاعدتين .

بيان ذلك ،اما القاعدة الاولى : فالعقر عبارة عن الجرح ،وحيث ان الواطى للبكر يجرحها بفض بكارتها ، سمى الوطى عقرا ، وسميت الدية التى يلزم ان يعطيها من فضّ البكارة عقرا ايضا ، بعلاقة السبب و المسبب .

و اما القاعدة الثانية : ففى عبارة عن ان الانسان اذا اشترى شيئا و كان له خيار الفسخ ،ثم بعد مدة فسخ ،فهل ان وقوع الفسخ من حين الفسخ ؟ حتى يكون تصرفه فى المدة قبل الفسخ تصرفا فى ملك نفسه ؟ ام يكون الفسخ من حين العقد حتى يكون تصرفه فى المدة قبل الفسخ تصرفا فى ملك غيره ،والقاعدة انه تصرف فى ملك نفسه ، فالفسخ من حين الفسخ لا من حين العقد .

اذا عرفت هاتين القاعدتين قلنا ان المشهور الذين يقولون بان الحبل اعم من ان يكون من المولى او من غيره ،يلزم عليهم رفع اليد عن

مخالفة لزوم العقر علی المشتری لقاعدة عدم العقر فی وطی الملك .

او قاعدة کون الرد بالعیب فسخا من حینه لا من اصله .

احدی القاعدتین اذ ان الاخبار المتقدمة حکمت بلزوم العقر علی المشتری بعد ان ترد الحبلی ، واللازم من ذلك :

اما خرق قاعدة ((لا عقر فی الملك)) بان نقول ان الامة وان کانت ملکا للمشتری وان الفسخ کان من حین الفسخ الا ان هذه الاخبار تثبت العقر خلافا للقاعدة المذکورة .

و اما خرق قاعدة ((ان الفسخ من حینه)) بان نقول : ان فسخ المشتری کان فسخا من حین العقد ، ولذا کان وطیه وطیا فی ملك الغیر فتسلم قاعدة ((لا عقر فی الملك)) وتنهدم قاعدة ((ان الفسخ من حینه)) .

و هذا بخلاف ما اذا قلنا بمقالة الاسکافی ، فانه یلزم العقر علی المشتری ، لان الحبلی لم تنتقل الی ملك المشتری اصلا ، فلا تنهدم احدی القاعدتین .

و الحاصل : انه بناءا علی المشهور تتحقق (مخالفة لزوم العقر علی المشتری) المصرح به فی الاخبار .

اما (لقاعدة عدم العقر فی وطی الملك) اذا قلنا بان الفسخ من حین الفسخ .

(او) لـ (قاعدة کون الرد بالعیب فسخا من حینه) ای حین الفسخ (لا من اصله) ای حین العقد ، ولیس کذلك اذا قلنا بمقالة الاسکافی ، فالقاعدتان سالمتان علی کلامه .

الثالث: مخالفته لما دل على كون التصرف عموماً، والوطى بالخصوص مانعا من الرد .

الرابع : ان الظاهر من قول السائل فى مرسلة ابن ابى عمير المتقدمة رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم وقوع السؤال عن بيع ام الولد، والا لم يكن لذكر جهل البائع فى السؤال فائدة .

(**الثالث**) ما يرد على المشهور القائلين بكون الرد بالحبل اعم من ان يكون الحمل من المولى او من غيره (مخالفته) اى ما دل من الاخبار على الرد بالحبل، وان الوطى ليس بمانع اذا كان العيب هو الحبل (لما دل على كون التصرف عموما) اىّ تصرف كان (والوطى بالخصوص مانعا من الرد) .

فاذا قلنا بمقالة المشهور لزمت هذه المخالفة، بخلاف ما اذا قلنا بمقالة الاسكافى، لانه يرى ان البيع باطل من اصله، حيث انه يكون من بيع ام الولد، فلا يلزم من الردّ مخالفة تلك الاخبار .

(**الرابع :** ان الظاهر من قول السائل فى مرسلة ابن ابى عمير المتقدمة، رجل باع جارية حبلى وهو لا يعلم وقوع السؤال عن بيع ام الولد) بان كان الحبل عن المولى البائع (والا لم يكن لذكر جهل البائع فى السؤال فائدة) .

اذ لا فرق فى صحة بيع الحامل اذا كان الحمل من غير المولى بين ان يعلم البائع بانها حامل او لا يعلم، بخلاف ما اذا كان الحمل من المولى فانه اذا علم بالحمل، كان ملوما بانه كيف باع ام الولد، بخلاف ما اذا لم

. . . . . .

و يشير اليه مافى بعض الروايات المتقدمة من قوله (ع) : يكسوها ، فان فى ذلك اشارة الى تشبثها بالحرية للاستيلاد ، فنسب الكسوة اليها تشبها بالحرائر ، ولم يصرح بالعقر الذى هو جزء من القيمة .

الخامس : ظهور هذه الاخبار فى كون الردّ بعد تصرف المشترى فى الجارية بغير الوطى ، من نحو : اسقنى ماءا او : اغلق

يعلم فانه لا يكون ملوما .

(ويشير اليه) اى الى كون المراد بيع ام الولد (مافى بعض الروايات المتقدمة من قوله "ع" : يكسوها ، فان فى ذلك) الاكساء (اشارة الى تشبثها بالحرية) وانما تشبثت بالحرية (للاستيلاد) فان ام الولد فى سبيل الحرية اذا مات المولى لانها تعتق من نصيب ولدها (فنسب الكسوة اليها تشبها بالحرائر) فان الكسوة لا تقال لكونها ثمنا للوطى ، بل تقال فى مقام نوع احترام يليق بالحرة .

و لذا قال : (ولم يصرح بالعقر الذى هو جزء من القيمة) اى لم يسمّ عوض الوطى عقرا ، بل سماه كسوة ، وذلك دليل على ان كلام الرواية انما هو فى ام الولد .

لكن لا يخفى ان امثال هذه الاستحسانات لا يمكن ان تكون صارفة للاطلاق ، والاّ قلّ ما يخلو اطلاق عن امثالها الموجبة لتقييد الاطلاق الى جهة خاصة .

(**الخامس** : ظهور هذه الاخبار فى كون الردّ بعد تصرف المشترى فى الجارية بغير الوطى) اى بالاضافة الى الوطى (من نحو : اسقنى ماءا او : اغلق

. . . . . .

الباب، وغيرهما مما قل ان تنفك عنه الجارية .

وتقييدها بصورة عدم هذه التصرفات تقييد بالفرض النادر

الباب، وغيرهما) من سائر التصرفات (مما قلّ ان تنفك عنه الجارية) اذ الغالب ان الوطى يتحقق عقيب مثل هذه التصرفات .

و من المعلوم انه لو قلنا : بمقالة المشهور من كون الوطى ليس بمانع من ردّ الحبلى مطلقا ، سواء كان حملا من المولى او من غير المولى ، لزم ان يكون ما دل على انه ترد الجارية الحبلى مخالفا لما دل على ان التصرف مانع من الرد .

و ذلك بخلاف ما اذا قلنا بمقالة الاسكافى من ان الرد خاص بالمرئة الحبلى من المولى ، حيث ان الردّ لاجل ان البيع باطل ، فلا يهم الوطى و سائر التصرفات فى الرد .

(و) **ان قلت** : لا يلازم القول بمقالة المشهور ، تخصيصا فى الاخبار الدالة على ان التصرف مانع من الرد ، اذ نقول : ان الوطى لا يمنع الرد اذا كانت المرئة حبلى فيما اذا لم يتصرف المولى فيها تصرفا آخر ، مثلا : لم يقل لها : اغلقى الباب ، ونحوها .

قلت : (تقييدها) اى تقييد الاخبار الدالة على الرد اذا كانت حبلى و ان كانت موطوئة (بصورة عدم هذه التصرفات تقييد بالفرض النادر) و ذلك خلاف اطلاق الرد اذا كانت حبلى ، والتقييد النادر مستهجن فى الكلام لا يصار اليه الا لدى الضرورة ، ولا ضرورة فى المقام .

و الحاصل : ان الامر دائر بين الذهاب الى مقالة الاسكافى بان

. . . . . .

و انما دعی الی هذا التقیید فی غیر هذه الاخبار مما دل علی رد الجاریة بعد مدة طویلة الدلیل الدال علی اللزوم بالتصرف .

الرد خاص بالحبل من المولی و ان تصرف فیها المشتری ولا یعارض حینئذ ما دل علی ان التصرف مانع من الرد، وبین الذهاب الی مقالة المشهور بان الرد عام بالحبل من البائع او غیره ، و لکن اذا لم یتصرف فیها المشتری ،و ذلک لئلا یعارض ما دل علی ان التصرف مانع .

لکن هذا الاحتمال الثانی یوجب تخصیص روایات الرد بالفرد النادر و التقیید بالفرد النادر خلاف المتفاهم عرفا، فاللازم الذهاب الی مقالة الاسکافی .

(و) **ان قلت:** لا بأس بتقیید روایات الرد فی الحبلی بصورة ما اذا لم یتصرف فیها المشتری ،وذلک کما قیدنا سائر الروایات الدالة علی رد الجاریة بعد مدة طویلة بهذه الصورة ایضا، وکما لم یلزم الاستهجان فی سائر الروایات بسبب هذا التقیید، کذلک لم یلزم الاستهجان فی روایات رد الحبلی .

قلت: (انما دعی الی هذا التقیید) بصورة عدم التصرف (فی غیر هذه الاخبار) ای غیر اخبار الرد للحبلی (مما دل علی ردّ الجاریة بعد مدة طویلة) (مما) بیان (غیر) (الدلیل الدال علی اللزوم بالتصرف) فکنا مجبورین فی تقیید تلک الاخبار بسبب وجود القرینة .

والحاصل : ان هناک طائفتین من الاخبار،

الطائفة الاولی ما دلّ علی الرد للجاریة بعد مدة طویلة .

لكن لا داعى هنا لهذا التقييد .

اذ يمكن تقييد الحمل بكونه من المولى لتسلم الاخبار عن جميع ذلك وغاية الامر

الثانية ما دل على ان التصرف مانع من الرد، فقيدنا الطائفة الاولى بالطائفة الثانية و ان كانت نتيجة ذلك ان الردّ يكون نادرا لغلبة وجود التصرف .

(لكن لا داعى هنا) اى فى اخبار الرد بالحبل (لهذا التقييد) اى تقييد الرد بصورة عدم التصرف .

(اذ يمكن تقييد الحمل) الموجب للرد (بكونه من المولى) فانه اذا كان الحمل من المولى ردت الجارية و ان تصرف فيها المشترى ، لان بيع ام الولد باطل من اصله (لتسلم الاخبار) الدالة على الردّ بالحمل (عن جميع ذلك) و هى الوجوه الخمسة .

والحاصل ما دلّ على رد الجارية الحبلى ان قيدناه بصورة ما اذا كان الحبل من المولى لم نحتج الى تقييدها بصورة عدم التصرف فيها .

و ان قلنا باطلاقها لما اذا كان الحبل من المولى او من غير المولى احتجنا الى تقييدها بصورة ما اذا لم يتصرف فيها .

و التقييد الاول اولى لانه لا يوجب تقييد الاخبار بالفرض النادر، بخلاف التقييد الثانى، اذ فرض عدم تصرف المشترى فى الجارية حتى بمثل اغلقى الباب، فرض نادر جدا .

(وغاية الامر) الذى نتوخاه من ذكر هذه الوجوه الخمسة ، هو ترجيح

. . . . . .

تعارض هذه الاخبار مع ما دل على منع الوطى عن الرد بالعموم من وجه فيبقى ما عدا الوجه الثالث مرجحا لتقييد هذه الاخبار .

مقالة الاسكافى على مقالة المشهور بعد وقوع التعارض بين الاخبار .

بيان ذلك انه (تعارض هذه الاخبار) و هى اخبار الرد بالحبل (مع ما دل على منع الوطى عن الرد بالعموم من وجه) .

فاخبار « الحبلى ترد » اعم من كون الحمل من المولى او من غير المولى و اخبار ان « الموطوئة لا ترد » اعم مما اذا كانت حاملة ام لا .

و من المعلوم انه لا تعارض فيما اذا كانت حاملة من المولى اذ اخبار « ان الموطوئة لا ترد » لا تشمل الحاملة من المولى كما انه لا تعارض فيما اذا كانت موطوئة غير حاملة اذ اخبار « ان الحبلى ترد » لا تشمل غير الحاملة و انما التعارض فى الحبلى من غير المولى الموطوئة .

فاخبار الحبلى تقول « ترد » و اخبار الموطوئة تقول « لا ترد » (فيبقى ما عدا الوجه الثالث) من الوجوه الخمسة (مرجحا لتقييد هذه الاخبار) اى اخبار « الحبلى ترد » تقييدا بما اذا كان الحبل من المولى ، بمعنى ان الوجوه المذكورة توجب اعطاء هذا الفرد الذى هو مورد التعارض ، و هو « الحبلى من غير المولى الموطوئة » الى اخبار « الموطوئة لا ترد » فتكون اخبار « الحبلى ترد » خاصة « بالحبل من المولى » .

و انما قال « ما عدا الوجه الثالث » اذ الوجه الثالث و هو « اخبار ان الوطى مانع عن الرد » ـ فى هذا التقريب ـ طرف لاخبار « الحبلى ترد » فلا تكون مرجحة كما لا يخفى .

و لو فرض التكافؤ بين جميع ماتقدم و بين اطلاق الحمل فى هذه الاخبار اوظهور اختصاصه بمالم يكن من المولى وجب الرجوع الى عموم مادل على ان

(و لو فرض التكافؤ بين جميع ماتقدم) من الوجوه الخمسة المؤيدة لمقالة الاسكافى (و بين اطلاق الحمل) اطلاقا يشمل كونه من البائع او من غيره (فى هذه الاخبار) اى اخبار مادل على ان الحمل يوجب الرد و ان وطئها المشترى، والتكافؤ بان نقول، ان الوجوه الخمسة تؤيد الاسكافى، والاطلاق يؤيد المشهور ولا ترجيح لاحدهما على الآخر (او) بين (ظهور اختصاصه) اى مادل على الرد اذا كانت حاملة (بمالم يكن من المولى).

فالوجوه الخمسة تؤيد الاسكافى، وظهور اخبار الرد اذا كانت حاملة فى الحمل من غير المولى يؤيد المشهور.

فقوله «او ظهور» عطف على قوله «اطلاق الحمل» و هذا ترقّ عن «الاطلاق» اى نقول اولا: بان اطلاق اخبار ردّ الحمل يتكافئ مع الوجوه الخمسة و ثانيا: بان ظهور اخبار رد الحمل و هو الظهور فى الحمل من غير المولى يتكافئ مع الوجوه الخمسة، وانما قيل بانه ظهور لان الرد بالحمل اذا كان الحمل من المولى لا يحتاج الى البيان، فانه من قبيل توضيح الواضحات.

فالا ليق بكلام الامام ان يكون منصبّا لما اذا كان الحمل من غير المولى (وجب الرجوع) بعد تساقط المتكافئين (الى عموم مادل على ان

. . . . . .

احداث الحدث مسقط، لکونه رضاء بالبیع .

و یمکن الرجوع الی ما دل علی جواز الرد مع قیام العین .

نعم لو خدش فی عموم ما دل علی المنع من الرد بمطلق التصرف وجب الرجوع الی اصالة جواز الرد الثابت قبل الوطی .

احداث) المشتری (الحدث مسقط) لخیاره (لکونه) ای احداث الحدث (رضاء بالبیع) .

و من المعلوم ان الوطی حدث، فهو مسقط لخیار المشتری فی رد الجاریة المعیبة عیبا بسبب الحمل .

(و یمکن) بعد تساقط الدلیلین المذکورین (الرجوع الی ما دل علی جواز الرد مع قیام العین) .

فحیث ان العین لیست قائمة بعد الوطی، لا یجوز ارجاعها ـ وهذا وجه آخر لعدم الخیار بعد الوطی فی الحاملة من غیر البائع ـ فهو من تأیید کلام الاسکافی القائل باختصاص الرجوع بما اذا کانت حاملة من المولی .

(نعم) یمکن تأیید المشهور القائلین بالردّ و لو کان الحمل من غیر البائع .

و ذلک لانه (لو خدش فی عموم ما دل علی المنع من الرد بمطلق التصرف) بمعنی انه لیس کل تصرف مانعا من الرد، بل التصرف المغیر فقط یمنع الرد (وجب) فی مورد الشک وهو ما اذا کانت حاملة من غیر المولی (الرجوع الی اصالة جواز الرد الثابت) ذلک الجواز (قبل الوطی) فانه

. . . . . .

لكن يبقى لزوم العقر مما لادليل عليه الا الاجماع المركب، وعدم الفصل بين الرد والعقر، فافهم

اذا شك في بقاء الجواز ـ بعد الوطى ـ كان الاستصحاب مقتضيا لبقائه .

(لكن) اذا قلنا بان الرد في الحامل من غير المولى بواسطة اصالة جواز الرد (يبقى لزوم العقر) باعطاء المشترى نصف العشر الى البائع ثمنا لوطيه لها (مما لادليل عليه) .

اذ ما دل على العقر انما هو خاص بما اذا كانت حاملة من البائع فلا دلالة لذلك الدليل فيما اذا كانت حاملة من غير المولى .

و الحاصل ان المرئة الحاملة من المولى ترد، ويعطى الواطى العقر لوجود النصوص المذكورة .

اما المرئة الحاملة من غير المولى فترد للاستصحاب، ولا دليل على لزوم اعطاء الواطى العقر، (الا الاجماع المركب، وعدم الفصل) .

لان الفقهاء بين الاسكافى القائل بانها لاترد اصلا، وبين المشهور الذين قالوا : بانها ترد مع العقر، فلاقول بانها ترد بلاعقر .

فاذا قلنا : بانها ترد ـ حسب الاستصحاب ـ يلزم ان نقول : بان لها العقر ايضا، خروجا من مخالفة الاجماع المركب، لانه اذا قلنا: بانها ترد بلا عقر، لزم خلاف الاجماع .

اذ لا فصل (بين الرد والعقر، فافهم) .

اذ كيف نتمسك بالاستصحاب للرد، مع وضوح ان الموضوع قد تغير فان الامة غير الموطوئة تختلف عن الامة الموطوئة، فاذا حكم الشارع برد

. . . . . .

ثم ان المحكى عن المشهور: اطلاق الحكم بوجوب ردّ نصف العشر، بل عن الانتصار و الغنية الاجماع عليه، الا ان يدعى انصراف اطلاق الفتاوى و معقد الاجماع، كالنصوص الى الغالب من كون الحامل ثيبا، فلايشمل فرض حمل البكر بالسحق او بوطى الدبر.

ولذا ادعى عدم الخلاف فى السرائر على اختصاص نصف العشر بالثيب، و

غير الموطوئة لا يمكن سحب هذا الحكم الى الموطوئة.

(ثم) هل العقر نصف العشر، او يفصل بين البكر فالعشر، والثيب فنصف العشر، وماذا يجب ان يعمل بالروايات الواردة فى هذا الباب فاللازم هو التفصيل بين البكر و الثيب، لانه مقتضى الجمع بين الروايات

ف (ان المحكى عن المشهور: اطلاق الحكم بوجوب ردّ نصف العشر بل عن الانتصار و الغنية الاجماع عليه) سواء كانت بكرا او ثيبا (الا ان يدعى) باختصاص ذلك بالثيب، اما البكر فلها العشر.

و ذلك بادعاء (انصراف اطلاق الفتاوى و معقد الاجماع ك) انصراف (النصوص الى الغالب من كون الحامل ثيبا) فان جذب الرحم المنىّ بدون الوطى وذهاب البكارة نادر جدا، والاطلاق لا يحمل على النادر (فلايشمل) الاطلاق (فرض حمل البكر بالسحق او بوطى الدبر) الموجب لجذب الرحم المنى من حواشى الدبر.

(و لذا) الذى ذكرناه من الانصراف فى الفتاوى و النصوص (ادعى) ابن ادريس (عدم الخلاف فى السرائر على اختصاص نصف العشر بالثيب، و

ثبوت العشر فى البكر، بل معقد اجماع الغنية ـ بعد التامل ـ موافق للسرائر ايضا، حيث ذكر فى الحامل انه يرد معها نصف عشر قيمتها ـ على مامضى ـ بدليل اجماع الطائفة.

و مراده بمامضى ـ كما يظهر لمن راجع كلامه ـ ماذكره سابقا مدعيا عليه الاجماع، من انه اذا وطئ المشترى فى مدة خيار البائع، ففسخ، يرد معها العشر ان كانت بكرا، و نصف العشر ان كانت ثيبا.

ثبوت العشر فى البكر) فلولم يكن انصراف للفتاوى، كانت دعواه مصادمة لفتواهم (بل معقد اجماع الغنية ـ بعد التأمل ـ) فى كلامه (موافق للسرائر ايضا) من دعواه الاجماع على اختصاص نصف العشر بالثيب (حيث ذكر) صاحب الغنية (فى الحامل انه يرد) المشترى الواطى (معها نصف عشر قيمتها ـ على مامضى ـ بدليل اجماع الطائفة) انتهت عبارة الغنية.

(و مراده بمامضى ـ كما يظهر لمن راجع كلامه ـ ماذكره سابقا) على هذه العبارة (مدعيا عليه) اى على ماذكره سابقا (الاجماع، من انه اذا وطئ المشترى فى مدة خيار البائع، ففسخ) البائع بعد وطى المشترى (يرد) المشترى (معها العشر ان كانت بكرا) بان كان الوطى فى الدبر، او لم يذهب الوطى الغشاء بان ادخل مقدار الحشفة فقط فان هذا المقدار لا يوجب فض الغشاء، كما لا يخفى (و نصف العشر ان كانت ثيبا) او المراد البكارة والثيبوبة قبل الوطى، فلا يحتاج الى تكلف بقاء البكارة بماذكرناه.

. . . . . .

و اماالانتصار فلايحضرنى حتى اراجعه ٠

و قدعرفت امكان تنزيل الجميع على الغالب ٠

و حينئذ فيكون مرسلة الكافى المتقدمة بعد انجبارها بما عرفت من السرائر و الغنية دليلا على التفصيل فى المسئلة كما اختاره جماعة من المتأخرين مضافاالى ورود العشرفى بعض الروايات المتقدمة المحمولة على

و كيف كان فقد ظهر من هذه العبارة من الغنية انه موافق للسرائر (و اما الانتصار) الذى ادعى انه ادعى الاجماع على مقالة المشهور (فلايحضرنى حتى اراجعه) ٠

نعم قال بعض المعلقين: ان ذيل عبارة الانتصار الذى قال فيه «و ليس يجرى وطى الثيب» دليل على ان كلامه و دعواه الاجماع ايضا فى الثيب فهو ايضا موافق للسرائر ٠

(وقدعرفت امكان تنزيل الجميع) اى جميع عبارات الفقهاء (على الغالب) من انه فى الثيب ٠

(و حينئذ) اى حين ظهور فتوى الفقهاء بالتفصيل بين البكروالثيب (فيكون مرسلة الكافى المتقدمة) ان كانت بكرافعشر قيمتها، وان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها (بعد انجبارها بما عرفت من السرائر و الغنية) من الاجماع على التفصيل (دليلا على التفصيل فى المسئلة) خلافا لما نقل عن المشهور (كما اختاره) اى التفصيل (جماعة من المتأخرين) ٠

و (مضافا) الى المرسلة المؤيدة بالاجماع (الى ورود العشر فى بعض الروايات المتقدمة) و هى رواية عبد الملك (المحمولة على

البكر، الا انه بعيد .

و لذا نسبه الشيخ الى سهو الراوى فى اسقاط لفظ النصف .

و فى الدروس ان الصدوق ذكرها بلفظ : النصف .

و اما ما تقدم مما دلّ على انه يرد معها شيئا، فهو باطلاقه خلاف الاجماع فلابد من جعله وارداً فى مقام ثبوت اصل العقر، لا مقداره .

البكر) جمعا بينها و بين ما دل على نصف العشر المحمول على الثيب (الا انه) اى كون الرواية بلفظ «العشر» (بعيد) لندرة البكارة فى الاماء خصوصا فى الحامل منهن .

(ولذا) الذى انه بعيد (نسبه الشيخ) اى ما ذكر فيه العشر (الى سهو الراوى فى اسقاط لفظ النصف) من الرواية .

(و فى الدروس) قال : (ان الصدوق ذكرها) اى ذكر رواية عبد الملك (بلفظ : النصف) هذا هو وجه الجمع بين ما دل على العشر و ما دل على نصف العشر .

(و اما ما تقدم مما دل على انه يرد معها شيئا، فهو باطلاقه خلاف الاجماع) اذ لم يقل احد بذلك (فلابد من جعله وارداً فى مقام ثبوت اصل العقر، لا مقداره) فلا منافات بين هذه الرواية، و الروايات المعيّنة للعشر و نصف العشر .

نعم ذهب بعض الى ان الشئ هو : الواجب، و ان الكسوة و العشر و نصف العشر محمولة على مراتب الاستحباب .

اقول : و لعل هذا اقرب الى الجمع العرفى .

. . . . . .

و اما مادل على انه يكسوها، فقد حمل على كسوة تساوى العشر او نصفه، ولا بأس به فى مقام الجمع .

ثم ان مقتضى الاطلاق : جواز الرد، ولو مع الوطى فى الدبر .

و يمكن دعوى انصرافه الى غيره فيقتصر فى مخالفة العمومات

(و اما مادل على انه يكسوها، فقد حمل على كسوة تساوى العشر او نصفه) جمعا بينه و بين الروايات المتقدمة (ولا بأس به فى مقام الجمع) و ان كان خاليا عن شاهد صناعى .

ثم الظاهر انه لافرق بين تكرر الوطى ومدته ،لاطلاق الادلة ،كما لافرق بين الوطى مع الانزال و بدونه .

اما اذا كان الواطى غير المشترى بان اباحها لغيره ،فالظاهر : ان حكمه حكم وطى المشترى لاستفادة العرف اناطة الحكم بالوطى ،وان وطى المشترى من باب المثال .

و الظاهر توقف صدق الوطى بادخال الحشفة .

و ربماقيل بتحققه بمادون ذلك فى هذا الباب و سائر الابواب التى انيط الحكم فيها بالوطى .

(ثم ان مقتضى الاطلاق) اى اطلاق روايات ان الحمل عيب ترد بسببه الجارية ،و ان وطئها المشترى(جواز الرد، ولو مع الوطى فى الدبر) فالوطى مطلقا ليس بمانع الا من الرد، اذا كان العيب الحمل .

(و يمكن دعوى انصرافه) اى انصراف مادل على ان الوطى لا يمنع من الرد (الى غيره) اى غير وطى الدبر(فيقتصر فى مخالفة العمومات)

على منصرف اللفظ .

و فى لحوق التقبيل و اللمس بالوطى وجهان .

من الخروج عن مورد النص .

و من الاولوية .

الدالة على ان الوطى مانع من الردّ، وان مطلق التصرف مانع من الردّ (على منصرف اللفظ) اى لفظ الوطى .

و الحاصل ان العمومات دلت على ان الوطى مانع من الرد، وهذا شامل للوطى فى القبل وفى الدبر .

ثم دل دليل ثان على ان الوطى لا يمنع الردّ ، اذا كان العيب الحمل ، فنقول : باختصاص الوطى هنا بالوطى فى القبل ـ لانه المنصرف عرفا ـ فاذا وطئها فى الدبر ثم ظهر انها حامل ، لم يتمكن من ردها، لانه داخل فى عمومات مانعية الوطى عن الرد، لكن لا يخفى ما فى ذلك .

(و فى لحوق التقبيل واللمس) من المشترى للامة (بالوطى) فى انهما لا يسقطان الردّ اذا ظهر فى الامة عيب الحمل (وجهان) .

(من الخروج عن مورد النص) الدال عن ان الوطى لا يمنع الرد ، يعنى ان اللمس والتقبيل يمنعان الردّ، لانهما تصرف وكل تصرف يمنع الرد .

(و من الاولوية) اذ لو كان الوطى ـ وهو اعظم منهما ـ لا يمنع الرد ، فهما بطريق اولى لا يمنعان عن الرد، هذا بالاضافة الى ان الوطى يلازم اللمس و التقبيل فالدليل الدال على ان الوطى لا يمنع الرد يدل على

. . . . . .

و لو انضم الى الحمل عيب آخر .

فقد استشكل فى سقوط الرد بالوطى من صدق كونها معيبة بالحمل و كونها معيبة بغيره .

و فيه ان كونها معيبة بغير الحمل لا يقتضى الاعدم تأثير ذلك العيب فى الرد مع التصرف ، لا نفى تأثير عيب الحمل .

ان اللمس و التقبيل ايضا لا يمنعان الرد .

(و لو انضم الى الحمل عيب آخر) كَأَنْ كانت حاملة و عوراء — مثلا — فوطئها المشترى ثم علم بعيبها ، فهل له ان يردها لانها معيبة بالحمل ام لا ؟ لان ما دل على الردّ بالحمل انما هو خاص بما اذا كان العيب الحمل فقط .

(فقد استشكل فى سقوط الرد بالوطى) كان الاولى ان يقول فقد استشكل ((فى ان له حق الرد بعد الوطى)) (من صدق كونها معيبة بالحمل) فله الرد وان وطئها (وكونها معيبة بغيره) اى بغير الحمل ، فلا حق له فى ردها بعد الوطى .

(و فيه) اى لا وجه للاشكال ، بل اللازم القول بان له حق الرد و (ان كونها معيبة بغير الحمل) بالاضافة الى كونها معيبة بالحمل (لا يقتضى الاعدم تأثير ذلك العيب فى الرد مع التصرف) اى لا أثر لذلك العيب (لا نفى تأثير عيب الحمل) بل اطلاق دليل ان الحمل عيب ترد معه الجارية — و ان وطئها المشترى — شامل لما اذا كان هناك عيب آخر ايضا .

ثم ان صريح بعض النصوص و الفتاوى و ظاهر باقيها اختصاص الحكم بالوطى مع الجهل بالعيب.

فلو وطئ عالما به، سقط الرد.

لكن اطلاق كثير من الروايات يشمل العالم.

الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشترى.

و تفصيل ذلك انه اذا حدث العيب بعد العقد على المعيب.

(ثم ان صريح بعض النصوص و الفتاوى) حيث ان ظاهر قوله فى الرواية «فيجد» ان الوجدان بعد الوطى، وهكذا كلام الفقهاء (و ظاهر باقيها اختصاص الحكم) اى الحكم بالردّ و ان الوطى لا يمنع الرد ـ اذا كان العيب الحمل ـ (بالوطى مع الجهل بالعيب) الذى هو الحمل.

(فلو وطئ) المشترى (عالما به، سقط الرد) لكن اللازم تقييد ذلك بما اذا لم يكن الحمل من البائع، والا فقد عرفت بطلان البيع، لانه من بيع ام الولد.

(لكن اطلاق كثير من الروايات يشمل العالم) بالعيب قبل الوطى، لكن الظاهر انصراف الادلة عن مثله.

(**الرابع**: من المسقطات) للردّ فى خيار العيب، وانحصار الامر فى الارش (حدوث عيب عند المشترى) ولكن لا مطلقا.

(و) انما (تفصيل ذلك انه اذا حدث العيب) الجديد (بعد العقد على المعيب) الذى كان معيبا قبل العقد بما اوجب خيار العيب للمشترى فهو على ثلاثة اقسام.

فاما ان يحدث قبل القبض .

و اما ان يحدث بعده فى زمان خيار يضمن فيه البائع المبيع ، اعنى خيار المجلس و الحيوان و الشرط .

و اما ان يحدث بعد مضّى الخيار، والمراد بالعيب الحادث هنا هو الاخير .

و اما الاول : فلاخلاف ظاهرًا فى انه لا يمنع الرد، بل فى انه هو كالموجود قبل العقد

(فاما ان يحدث) العيب (قبل القبض) فيشمله : التلف قبل القبض من مال مالكه .

(و اما ان يحدث بعده) اى بعد القبض (فى زمان خيار يضمن فيه البائع المبيع ،اعنى خيار المجلس و الحيوان و الشرط) .

(واما ان يحدث بعد مضّى الخيار) اى انتهاء زمانه ،او فيما لا خيار فيه اصلا (و المراد بالعيب الحادث هنا) الذى هو من المسقطات للرد (هو الاخير) الحادث بعد مضى زمن الخيار .

(و اما الاول) اى ما حدث قبل القبض (فلاخلاف ظاهرا فى انه لا يمنع الرد، بل فى انه هو كالموجود قبل العقد) .

فكما انه يصح الرد بالعيب السابق على العقد، كذلك يصح الرد بالعيب اللاحق بعد العقد و قبل القبض ،حتى انه لو لم يكن معيبا سابقا و صار معيبا بعد العقد قبل القبض ،كان للمشترى حق الرد .

ثم ان العيب الحاصل قبل القبض لا خلاف فى انه كالعيب السابق

. . . . . .

حتى فى ثبوت الارش فيه ، على الخلاف الآتى فى احكام القبض .

و اما الحادث فى زمن الخيار فكذلك لا خلاف فى انه غير مانع عن الرد ، بل هو سبب مستقل موجب للرد بل الارش ، على الخلاف الآتى فيما قبل القبض بناءا على اتحاد المسئلتين كما يظهر من بعض .

على العقد فى جواز الرد .

نعم فى ثبوت الارش بهذا العيب خلاف و لذا قال : (حتى فى ثبوت الارش فيه ، على الخلاف الآتى فى احكام القبض) .

اما مافى بعض نسخ الكتاب بهذا اللفظ ((بل فى انه هو كالموجود)) فالظاهر انه غلط ، لانه لا يستقيم مع قوله «على الخلاف» كما لا يخفى .

(واما) العيب (الحادث فى زمن الخيار) الخاصّ بالمشترى ـ اما اذا كان الخيار للبائع ايضا لم يشمله دليل : التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له ـ (فكذلك لا خلاف فى انه غير مانع عن الرد ، بل هو سبب مستقل) للخيار حتى انه لو فرض انه لم يتمكن ارجاعه بخيار سابق تمكن من ارجاعه بالخيار الجديد الناشئ من التعيب ، فهو (موجب للرد بل الارش) ايضا (على الخلاف الآتى فيما قبل القبض) .

فكما انه خلاف فى استحقاقه الارش اذا تعيب قبل القبض ، كذلك خلاف فى استحقاقه الارش اذا تعيّب بعد القبض و لكن فى زمان خيار المشترى (بناءا على اتحاد المسئلتين) وهما مسألة قبل القبض ، ومسألة بعد القبض فى زمن الخيار (كما يظهر من بعض) الفقهاء ، وذلك لوحدة المناط فيهما الذى هو كون الخسارة على البائع .

. . . . . .

و يدل على ذلك مايأتى من ان الحدث فى زمان الخيار مضمون على البائع ،و من ماله .

و معناه ضمانه على الوجه الذى يضمنه قبل القبض ،بل قبل العقد ، الاان المحكى عن المحقق فى درسه فيما لو حدث فى المبيع عيب

(و يدل على ذلك) اى على ان التعيب بعد القبض فى زمن الخيار يوجب الرد و الارش على البائع (مايأتى من ان الحدث فى زمان الخيار مضمون على البائع ،و من ماله) اذا لم يكن له خيار .

(و معناه) اى معنى كونه على البائع (ضمانه على الوجه الذى يضمنه قبل القبض ،بل قبل العقد) .

و الوجه هنا هو انه يكون للمشترى كل من الرد او الارش (الاان المحكى عن المحقق فى درسه فيما لو حدث فى المبيع عيب) انه ليس مضمونا على الوجه الذى يضمنه قبل القبض ،بل قبل العقد ، فان العيب الحادث قبل العقد او قبل القبض يكون للمشترى الحق فى ارجاع المبيع بسبب ذلك العيب ،و ان انقضى خيار المشترى .

مثلا : لو كان فى الشاة عيب قبل بيعها او حدث فيها عيب قبل قبضها ، فانه اذا انقضت الايام الثلاثة التى يكون للمشترى فيها خيار الحيوان ، كان حق المشترى فى ارجاع الشاة بالعيب باقيا ، بخلاف العيب الذى حدث فى زمن الخيار .

فان المحقق يرى انه مادام الخيار باقيا يكون للمشترى الحق فى الارجاع بهذا العيب .

ان تأثير العيب الحادث فى زمن الخيار ،وكذا عدم تأثيره فى الرد بالعيب القديم، انما هو مادام الخيار.

فاذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشترى

اما اذا انقضى زمن الخيار فليس للمشترى الارجاع بهذا العيب بل له حق اخذ الارش فقط.

و اضاف المحقق على ذلك بانه لو كان فيه عيب قديم، ثم حدث فيه عيب فى زمن خيار المشترى، فمادام الخيار باقيا كان للمشترى الحق فى ارجاعه بالعيب القديم او الجديد.

اما اذا انقضى زمن الخيار فليس له ارجاعه حتى بالعيب القديم.

لان هذا العيب الجديد ـ بعد انقضاء الخيار ـ مضمون على المشترى و العيب المضمون على المشترى يمنع الرد بسبب العيب المضمون على البائع.

فان المحقق يرى (ان تأثير العيب الحادث فى زمن الخيار) وتأثيره هو ان يكون للمشترى الرد او الارش بسبب هذا العيب الحادث (و كذا عدم تأثيره فى الرد بالعيب القديم) فان هذا العيب الحادث لا يوجب سقوط حق المشترى فى ردّ السلعة بسبب العيب القديم، بل يكون له حق الرد بسبب العيب القديم، او بسبب العيب الجديد (انما هو مادام الخيار) اى مدة بقاء الخيار.

(فاذا انقضى الخيار كان حكمه) اى حكم هذا العيب الحادث (حكم العيب المضمون على المشترى) فى انه لا يتمكن من الرد بهذا العيب

. . . . . .

قال فى الدروس : لوحدث فى المبيع عيب غير مضمون على المشترى لم يمنع من الرد ، قبل القبض ، اوفى مدة خيار المشترى المشترط ، او بالاصل فله الرد مادام الخيار ، فان خرج الخيار ففى الردّ خلاف ، بين ابن نما وتلميذه المحقق قدس سرهما .

فجوّزه ابن نما لانه من ضمان البائع .

الحادث ، وان هذا العيب الحادث يمنع الرد بالعيب القديم ايضا — لان من مسقطات الرد ان يتعيب المبيع بعيب جديد — .

(قال فى الدروس) مايظهر عنه رأى المحقق الذى نقلناه (لوحدث فى المبيع عيب غير مضمون على المشترى) كأنْ كان العيب فى زمن الخيار او قبل القبض — مقابل العيب المضمون على المشترى وهو الذى يكون بعد انقضاء الخيار — (لم يمنع) هذا العيب الحادث (من الرد) بالخيار السابق على هذا العيب (ان كان) العيب الحادث (قبل القبض ، او) بعد القبض ، ولكن (فى مدة خيار المشترى المشترط) اى خيار الشرط (او) خيار المشترى (بالاصل) كخيار الحيوان (فله) اى للمشترى (الرد) بهذا العيب الجديد (مادام الخيار) باقيا (فان خرج الخيار) كما لو انقضت الايام الثلاثة التى له فيها خيار الحيوان (ففى) كون حق (الردّ) له (خلاف ، بين ابن نما وتلميذه المحقق قدس سرهما) .

(فجوّزه) اى الرد (ابن نما لانه من ضمان البائع) حيث ان العيب حدث فى حال كونه مضمونا على البائع ، فسقوط ضمان البائع بعد انقضاء مدة الخيار خلاف الاستصحاب .

و منعه المحقق قدس سره لان الردّ لمكان الخيار، وقد زال .

و لو كان حدوث العيب فى مبيع صحيح فى مدة الخيار فالباب واحد انتهى .

لكن الذى حكاه فى اللمعة عن المحقق هو الفرع الثانى وهو حدوث العيب فى مبيع صحيح .

(و منعه) اى الرد (المحقق قدس سره لان) المشترى كان له (الردّ لمكان الخيار) فان: التلف فى زمن الخيار ممن لاخيار له (وقد زال) الخيار فيسقط حق الرد بذهاب موضوعه، هذا كله فيما اذا حدث العيب فى بيع كان معيبا قبل العقد ايضا .

(و لو كان حدوث العيب) الجديد (فى مبيع صحيح) حدوثا (فى مدة الخيار) كخيار الحيوان (فالباب واحد) فى انه مادام الخيار كان له الرد بهذا العيب، فاذا انقضى زمن الخيار كان راى ابن نما انه يتمكن الرد بهذا العيب .

و ابن نما يستدل بالاستصحاب، والمحقق يستدل بذهاب الموضوع للرد ـ الموضوع الذى هو زمن الخيار ـ فاذا انتفى الموضوع انتفى الحكم الذى هو حق الرد (انتهى) كلام الشهيد فى الدروس .

(لكن الذى حكاه) الشهيد (فى اللمعة عن المحقق هو الفرع الثانى) فقط (و هو حدوث العيب فى مبيع صحيح) حدوثا فى زمن الخيار الذى اشار اليه الدروس بقوله: «و لو كان حدوث العيب فى مبيع صحيح الخ»

. . . . . .

و لعل الفرع الاول مترتب عليه ، لان العيب الحادث اذا لم يكن مضمونا على البائع حتى يكون سببا للخيار ـ غايةٌ الامر كونه غير مانع عن الرد بالخيارات الثلاثة ـ كان مانعا عن الردّ بالعيب السابق .

اذ لا يجوز الردّ بالعيب مع حدوث عيب مضمون على المشترى

(و لعل الفرع الاول) و هو حدوث العيب فى مبيع معيب ـ عيبا قبل العقد ـ (مترتب عليه) اى على الفرع الثانى ـ فان الفرعين من واد واحد ـ .

و انما كان الفرع الاول مترتبا عليه (لان العيب الحادث اذا لم يكن مضمونا على البائع) لزوال الخيار حسب الفرض (حتى يكون سببا للخيار غاية الامر كونه) اى العيب الحادث (غير مانع عن الرد ب) سبب (الخيارات الثلاثة) اى ثلاثة ايام التى هى خيار الحيوان ، فان العيب اذا كان حادثا فى غير زمن الخيار كان مانعا عن الرد ، لان شرط الرد ان يكون المبيع قائما بعينه (كان) العيب السابق ، وهذا جواب : اذا ، و جملة : غاية الامر . . . الثلاثة ، اعتراضيّة (مانعا عن الردّ بالعيب السابق) الذى كان قبل العقد .

(اذ) علة : كان مانعا ، (لا يجوز الردّ بالعيب مع حدوث عيب مضمون على المشترى) لما عرفت من ان النصّ و الفتوى متطابقان على ان صحة الردّ بالعيب انما هو فيما اذا كان المبيع قائما بعينه فاذا سقط عن القيام بسبب عيب حادث ، لم يكن للمشترى ردّه .

و الحاصل ان هناك عيبا سابقا ، و عيبا فى زمن الخيار ، و الخيار

. . . . . .

فيكون الرد فى زمان الخيار بالخيار، لا بالعيب السابق.

فمنشأ هذا القول عدم ضمان البائع للعيب الحادث.

و لذا ذكر فى اللمعة: ان هذا

نفسه، ولا يحق للمشترى ان يرد بالعيب السابق، لان العيب الجديد اسقط المتاع عن كونه قائما بعينه.

و من المعلوم ان من شروط الرد كون الشئ قائما بعينه، ولا يحق له ان يرد بالعيب الجديد، لفرض ان خيار الثلاثة انقضى، والعيب الجديد انما كان مضمونا على البائع اذا اخذ المشترى بالخيار فى الايام الثلاثة و ذلك لما تقدم من المحقق فاذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشترى، فاذا انقضت الايام الثلاثة فلا يحق للمشترى ان يأخذ بالخيار لاجل هذا العيب الجديد، ولا يحق له ان يرد بخيار الثلاثة لفرض ان الايام انقضت، و هذا اليوم هو اليوم الرابع مثلا.

نعم كان يحق له ان يرد فى الثلاثة ايام لا بالعيب السابق والاحق (فيكون الرد فى زمان الخيار بالخيار، لا بالعيب السابق).

اذ قد عرفت ان العيب السابق سقط بسبب حدوث العيب اللاحق.

(فمنشأ هذا القول) اى قول المحقق: بانه لا يحق للمشترى الرد بالعيب ـ رد ابعد انقضاء خيار الثلاثة ـ (عدم ضمان البائع للعيب الحادث) فى الثلاثة.

(ولذا) الذى ذكرنا من ان ظاهر كلام المحقق عدم الضمان بالعيب الحادث فى الثلاثة (ذكر فى اللمعة: ان هذا) القول بعدم الضمان فى

. . . . . .

من المحقق ، مناف لما ذكره فى الشرائع ، من ان العيب الحادث فى الحيوان مضمون على البائع ، مع حكمه بعدم الارش ثم انه ربما يجعل قول المحقق عكسا لقول شيخه

العيب الحادث فى الثلاثة (من المحقق ، مناف لما ذكره فى الشرائع ، من ان العيب الحادث فى الحيوان) فى الثلاثة (مضمون على البائع) .

و المنافاة انما تكون (مع حكمه) اى صاحب الشرائع (بعدم الارش) لانه اذا لم يكن ارش فمرة قال فى درسه : ان العيب ليس مضموناء و مرة قال فى الشرائع ، ان العيب مضمون .

ثم ان المصنف (ره) انما قال : « مع حكمه » لئلا يقال : انه لا منافات بين كلامى المحقق ، لانه حيث قال « ان العيب ليس بمضمون » مراده الضمان بالردّ ، وحيث قال « ان العيب مضمون » مراده الضمان بالارش

فتحصل ان المحقق قال فى درسه « ان العيب ليس موجبا للرد » و قال فى شرائعه « ان العيب مضمون ولا ارش » ما معناه ان العيب يوجب الرد، وهذا ما ذكرناه من المنافات .

ثم لا يخفى ان كلام المحقق بعدم خيار للعيب الحادث فى زمن خيار الثلاثة يحتمل امران .

الاول : انه لا خيار مطلقا .

و الثانى : انه لا خيار اذا انقضت الايام الثلاثة ، ونحن شرحنا المتن حسب الاحتمال الثانى (ثم انه ربما يجعل قول المحقق عكسا لقول شيخه) ابن نماء فيقال ان المحقق يقول بالرد بالعيب القديم قبل القبض وابن نما

و يضعف كلاهما بان الظاهر تعدد الخيار.

و فيه ان قول ابن نما ره لا يابى عن التعدّد، كما لا يخفى.

و اما الثالث: اعنى العيب الحادث فى يد المشترى بعد القبض و الخيار فالمشهور انه مانع عن الرد،

يقول بالرد بالعيب الجديد فى زمن الخيار، فيما اذا تعيب المبيع قبل القبض، ثم تعيب عيبا ثانيا فى زمن الخيار.

(و يضعف كلاهما) اى يضعف من جعل قولهما معاكسين (بان الظاهر) من الادلة (تعدد الخيار) فللمشترى ان يرد بالعيب القديم و ان يرد بالعيب الجديد، فليس هناك خيار واحد فقط هو الخيار بالعيب القديم، كما قال المحقق، او الخيار بالعيب الجديد كما قاله ابن نما.

(و فيه) ـ هذا اشكال الشيخ على كلٍ من «يجعل» و «يضعف» ـ (ان قول ابن نما ره لا يابى عن التعدّد) اى تعدد الخيار (كما لا يخفى) فليس قوله عكسا لقول المحقق، بل المحقق يقول بخيار واحد هو خيار العيب القديم.

و ابن نما يقول بخيارين، خيار العيب القديم وخيار العيب الجديد.

و منه يظهر ان التضعيف لقول ابن نما ايضا ليس فى محله.

(و اما الثالث: اعنى العيب الحادث فى يد المشترى بعد القبض و) بعد (الخيار) بان كان المبيع معيبا عيبا مضمونا على البائع، ثم لما انقضى ثلاثة ايام فى خيار الحيوان تعيب عيبا جديدا فى يد المشترى (فالمشهور انه) اى هذا العيب الجديد (مانع عن الرد،

. . . . . .

بالعيب السابق ، بل عن شرح الارشاد لفخر الاسلام ، وفى ظاهر الغنية الاجماع عليه .

و المراد بالعيب هنا مجرد النقص ، لا خصوص ما يوجب الارش ، فيعم عيب الشركة و تبعض الصفقة اذا اشترى اثنان شيئا فأراد احدهما رده بالعيب

ب) سبب (العيب السابق) لان العيب الجديد يسقط المتاع عن كونه قائما بعينه ، وقد طابق النص والفتوى على انه يلزم ان يكون قائما بعينه فى صحة ارجاعه بالخيار (بل عن شرح الارشاد لفخر الاسلام ، وفى ظاهر الغنية الاجماع عليه) اى على انه ان تعيب بعد الخيار لا يرجع بالعيب القديم ، بل للمشترى حق الارش فقط اذا كان عيبا يوجب الارش ، وان لم يكن عيبا يوجب الارش فلا شئ للمشترى ، لا الرد ولا الارش .

(و المراد بالعيب هنا) اى فى عنوان المسئلة ، وهو قولنا « واما الثالث اعنى العيب الحادث الخ » (مجرد النقص) الحاصل فى السلعة سواء اوجب الارش ، ام لا (لا خصوص ما يوجب الارش فيعم) العيب المذكور فى العنوان (عيب الشركة و تبعض الصفقة) .

و لا يخفى ان هذا العيب انما يحدث بسبب الرد ، اما النقص فهو يحدث قبل الرد .

و مثل المصنف لعيب الشركة بقوله : (اذا اشترى اثنان شيئا فاراد احدهما رده بالعيب) السابق ، فان ردّه اوجب ان يكون المشترى الذى لم يرد شريكا للبائع ، فحاله حال ما اذا اشترى شيئا ، ثم ظهر ان الشئ

او اشترى واحد صفقة و ظهر العيب فى بعضه ،فاراد ردّ المعيب خاصة

مخلوط او مشاع بمال البائع ،فان للمشترى الحق فى ان يرد المبيع ، و ذلك لخيار الشركة حيث انه ضرر على الانسان ان يكون شريكا لغيره .

لا يقال : فى مقامنا الشركة حاصلة على كل حال ،اذ كان المشترى الذى لم يرد شريكا مع المشترى الذى رد ، والحال بعد ان رد صار شريكا مع البائع .

لانه يقال : الشركة مع زميله قد اقدم عليه ،اما الشركة مع البائع فلم يقدم عليه .

مثلا : اشترى زيد وعمرو متاعا من بكر ، فانه اذا رد عمرو حصته صار زيد شريكا مع بكر ،وهذا مالم يقدم عليه زيد ، وانما اقدم على ان يكون شريكا مع عمرو .

و مثل المصنف ((ره)) لتبعض الصفقة بقوله : (او اشترى) انسان (واحد صفقة) واحدة (وظهر العيب فى بعضه ،فاراد ردّ المعيب خاصة) كما اذا اشترى كتابين فظهر احدهما معيبا، فاراد رد المعيب خاصة .

فان هذا الرد يوجب تبعض الصفقة على المشترى ،فله الحق فى رد الكتاب الذى ليس بمعيب .

و كيف كان فان هذا العيب الحادث بسبب رد الشريك ،اوبسبب رد نفس المشترى لبعض السلعة عيب ،وليس بنقص يوجب الارش ،بخلاف ما اذا كانت الدابة عرجاء ،ثم بعد انقضاء الثلاثة صارت عوراء ايضا، فان العوار نقص يوجب الارش .

و نحوه نسيان العبد الكتابة كما صرح به فى القواعد وغيره ، ونسيان الدابة للطحن كما صرح به فى جامع المقاصد

ففى هذا المثال يتمكن المشترى من اخذ الارش من البائع لاجل العيب القديم ، ولا يتمكن من الرد ، والعيب الحادث يوجب فى نفسه الارش امافى مثال الشركة وتبعض الصفقة ، فالعيب الحادث لا يوجب فى نفسه الارش .

ولا يخفى انه سواء كان العيب الحادث من قبيل مايوجب الارش ، او لم يكن من قبيل مايوجب الارش ، لا يؤثر العيب الحادث فى جواز اخذ الارش بالعيب القديم ، ولا فى اسقاطه للرد الذى اوجبه العيب القديم .

(و نحوه) اى نحو العيب بالشركة و تبعض الصفقة مما يوجب اسقاط الرد بالعيب القديم (نسيان العبد الكتابة) بان اشترى العبد و كان اعور ثم بعد انقضاء الخيار نسى الكتابة ، فان نسيانه الكتابة يوجب اسقاط حق المشترى فى الرد ، نعم له ان يأخذ الارش لاجل كونه اعور (كما صرح به فى القواعد ، وغيره) اى صرح بانه عيب يوجب اسقاط حق المشترى فى الرد (و نسيان الدابة للطحن) بعد ان كانت عوراء مثلا (كما صرح به فى جامع المقاصد) فان عيب الشركة و تبعض الصفقة و نسيانهما الكتابة و الطحن ، اذا حدث بعد انقضاء خيار الحيوان يوجب اسقاط حق الرد بالعيب السابق فى الدابة والعبد ، و انما يبقى للمشترى ان يأخذ الارش بالعيب القديم .

و اذا كان العيب القديم غير موجب للارش كما اذا لم يكن على رقبتها

و يمكن الاستدلال على الحكم فى المسئلة بمرسلة جميل المتقدمة ، فان قيام العين و ان لم يناف بظاهره مجرد نقص الاوصاف كما اعترف به بعضهم فى مسئلة تقديم قول البائع فى قدر الثمن مع قيام العين ،

شعر ـ و كان عدم الشعر مما لا يوجب ارشا ـ لم يكن للمشترى الرد و لا الارش .

(و يمكن الاستدلال على الحكم) اى حكم ان العيب الجديد ـ بعد انقضاء الخيار ـ يوجب اسقاط الرد الناشى من العيب القديم (فى المسئلة بمرسلة جميل المتقدمة) التى قال فيها « ان كان الثوب قائما بعينه » (فان قيام العين و ان لم يناف بظاهره) عرفا (مجرد نقص الاوصاف) فاذا نسى العبد الكتابة ، او نسيت الدابة الطحن فهما قائمان عرفا باعينهما .

اذ المنصرف من مقابل « القائم بعينه » النقص فى العين ، كما اذا عميت الدابة ، او شلت يد العبد ، مثلا (كما اعترف به) اى بانه لا ينافى مع نقص الوصف (بعضهم فى مسئلة تقديم قول البائع فى قدر الثمن مع قيام العين) فانه اذا اختلف البائع و المشترى فى قدر الثمن ، فقال البائع مائة ، وقال المشترى خمسون ، فان كان المتاع قد تلف فى يد المشترى ، فلا اشكال فى تقديم قول المشترى لاصالة عدم الزيادة .

اما اذا كان المتاع قائما بعينه فهل يقدم قول المشترى ايضا لاصالة عدم الزيادة ، ام يقدم قول البائع لاصالة عدم البيع بالاقل ؟ احتمالان فتأمل .

و كيف كان فان كلمة (قيام العين » فى هذه المسئلة شبيهة بما ورد

. . . . . .

الا ان الظاهر منه بقرينة التمثيل لمقابله بمثل قطع الثوب و خياطتـــه و صبغه مايقابل تغير الاوصاف و النقص الحاصل ،و لو لم يوجب ارشا كصبغ الثوب و خياطته

فى مرسلة جميل (الا ان الظاهر منه) ظهورا بالقرينة ـ فلاينافى ما قاله سابقا « بظاهره »ـ(بقرينة التمثيل) فى المرسلة (لمقابله) اى مقابل (القائم بعينه» و المقابل هو « ماليس قائما بعينه» (بمثل قطع الثوب وخياطته و صبغه مايقابل تغير الاوصاف و) مايقابل (النقص الحاصل ،ولو لم يوجب ارشا كصبغ الثوب و خياطته) فالمراد بالقائم بالعين ،مالم يغير له ذات ولا وصف، بقرينة انه مثل لماليس قائما بعينه بما غير ذاته كقطع الثـــوب، اوغير وصفه كمالو خيط الثوب او صبغه .

فتحصل انه بناء على مافسر نابه مرسلة جميل ان المرسلة تشمل تغير الذات كماتشمل تغير الوصف كما اذا نسى العبد الكتابة ،اونسيت الدابة الطحن ،او صار النقص من قبيل تبعض الصفقة او الشركة .

اقول : لكن فى عدم صدق « قائما بعينه »على مثل الشركة وتبعـــض الصفقة نظر واضح .

اذ: الظاهر من المرسلة : انه لا يجبر البائع بتقبل ما عين عليه .

و من المعلوم انه لو رجع جنسه اليه كاملابدون اى تغيير بالنسبـــة الى البائع ،لم يضر تغير الصفة عند المشترى ،فان الشركة او تبعـــض الصفقة الحاصلين عند المشترى نقص الوصف بالنسبة الى المشتـــرى ،لا بالنسبة الى البائع ،بل البائع حصل عنده جنسه ، كما كان بلازيادة ، و

نعم قد يتوهم شموله لما يقابل للزيادة كالثمن و تعلم الصنعة.

لكنه يندفع بان الظاهر من قيام العين بقائه، بمعنى: ان لا ينقص ماليته، لا بمعنى ان لا يزيد ولا ينقص

لا نقصان، فانه لا نقصان فيه عند البائع لا في الذات ولا في الوصف.

(نعم قد يتوهم شموله) اى قيام العين في المرسلة (لما يقابل للزيادة).

فاللازم ان لا تزيد العين عند المشترى، والا فان زادت لم تكن قائمة بعينها، فلا يحق للمشترى الرد بالعيب السابق (كالثمن وتعلم الصنعة) في العبد ـ مثلا ـ فاذا اشترى عبدا اميا، ثم تعلم الكتابة، فانه لا يحق للمشترى ان يرده بسبب عيبه السابق ـ كما زعم المتوهم ـ قال: لان العبد ليس قائما بعينه بعد ان تعلم الصنعة.

(لكنه) اى هذا التوهم (يندفع بان الظاهر من قيام العين) الموجود في المرسلة (بقائه) اى المتاع (بمعنى: ان لا ينقص ماليته، لا بمعنى ان لا يزيد ولا ينقص).

فقيام العين في مقابل النقص، لا في مقابل الزيادة، فان نقص عينا او وصفا، لا يحق له الارجاع بالعيب القديم.

اما ان زاد عينا كما اذا سمن او وصفا كما اذا تعلم علما، لم تكن الزيادة مانعة عن ارجاعه، هذا.

و لكن الظاهر ان الزيادة على قسمين.

الاول: مالا ينافي صدق (قائما بعينه) و مثل هذه الزيادة لا تمنع

كما لا يخفى على المتأمل .

و استدل العلامة فى التذكرة على اصل الحكم قبل المرسلة بـــان العيب الحادث يقتضى اتلاف جزء من المبيع ، فيكون مضمونا على المشترى فيسقط رده للنقص الحاصل

من الرد بالعيب كما اذا سمنت الدابة خمس كيلوات مثلا ، او تعلمـــت الطحن ؛

الثانى : ماينافى صدق « قائما بعينه » و مثل هذه الزيادة تمنع مـــن الرد بالعيب السابق ، كما اذا سمن العبد سمنا خارقا يمنعه عن القيـــام بالخدمة ، او تعلم السحر مثلا ، مما يخشى منه ولا يرغب الناس فى مثلـــه لانه محظور ، فانه حينئذ يقال : بان هذه الزيادة تمنع الرد ، لانه يصدق عليه « انه ليس قائما بعينه » (كما لا يخفى على المتأمل) .

اللهم الا ان يدخل مثل هذه الزيادة فى النقص ، لانه نقص الخدمة او الامانة ـ فى المثالين اللذين ذكرناهما ـ .

(و استدل العلامة فى التذكرة على اصل الحكم) اى حكم ان المتاع يجب ان يكون قائما بعينه ، حتى يصح ارجاعه بالعيب الحادث قبل العقد او قبل القبض ، او فى زمن الخيار (قبل المرسلة) و هى مرسلة جميـــل الدالة على اشتراط « القيام بعينه » فى صحة رده بالعيب (بان العيب الحادث) عند المشترى بعد ايام الخيار (يقتضى اتلاف جزء من المبيـــع ، فيكون) هذا الجزء التالف (مضمونا على المشترى) اى ان خسارته علـــى المشترى لانه حدث فى ملكه (فيسقط رده) اى رد المتاع (للنقص الحاصل

. . . . . .

فى يده .

فانه ليس تحمل البائع له بالعيب السابق اولى من تحمل المشترى له للعيب الحادث هذا .

ولكن المرسلة لاتشمل جميع افراد النقص مثل نسيان الدابة للطحن و شبهه .

و الوجه المذكور فى التذكرة قاصر عن افادة المدعى ،

فى يده) اى فى يد المشترى .

(ف) **ان قلت** : عدم رده يستلزم تحمل المشترى للعيب السابق .

قلت : (انه ليس تحمل البائع له) اى للمتاع (ب) سبب (العيب السابق اولى من تحمل المشترى له) اى للمتاع (للعيب الحادث) .

فان الامر دائر بين ان نحمل البائع المتاع مع عيبه الحادث عند المشترى و بين ان نحمل المشترى المتاع مع عيبه الحادث عند البائع و ليس تحميل البائع اولى من تحميل المشترى (هذا) غاية مايقال فى وجه انه اذا نسى العبد الكتابة ، او نسيت الدابة الطحن ، سقط حق المشترى فى ارجاعهما بالعيب السابق .

(و لكن) فيه نظر ، اذ (المرسلة لاتشمل جميع افراد النقص) فان الظاهر منها نقص العين لا نقص الصفة (مثل نسيان الدابة للطحن ، و شبهه) اذ يصدق عرفا ان يقال : ان الدابة و العبد قائمان بعينهما ، و ان نسيا الكتابة و الطحن .

(و الوجه المذكور فى التذكرة قاصر عن افادة المدعى) فلايشمل مثل

. . . . . .

لان المرجع بعدعدم الاولوية من احد الطرفين الى اصالة ثبوت الخيار وعدم مايدل على سقوطه غاية الامر انه لو كان الحادث عيبا كان عليه الارش للبائع ،اذارده ، كما اذا تقايلا او فسخ احدهما بخياره

نسيان الكتابة و الطحن (لان المرجع بعدعدم الاولوية من احد الطرفين) الذى بينه بقوله « فانه ليس تحمل البائع .. الخ » (الى اصالة ثبوت الخيار) فانه قبل حدوث العيب الجديد ، كان للمشترى الخيار فى رد المبيع للعيب السابق ،فاذا شك فى بقاء الخيار ـ لاجل حدوث عيب جديد ـ كان الاستصحاب يقتضى بقاء الخيار .

(و) ذلك لـ (عدم مايدل على سقوطه) اى سقوط الخيار ،حتى يكون دليلا رافعا للاستصحاب .

ان قلت : كيف يقبل البائع الدابة التى اصبحت عرجاء عند المشترى و الحال ان الدابة الصحيحة الرِجل قيمتها مائة والعرجاء قيمتها عشرون مثلا .

قلت : (غاية الامر انه لو كان الحادث) عند المشترى (عيبا) يوجب نقص القيمة ـ كما مثلتم ـ (كان عليه) اى على المشترى (الارش للبائع ، اذارده) بان يدفع اليه ثمانين فى مفروض المثال ،ويكون حال ذلك (كما اذا تقايلا) بدون اخذ المشترى بالخيار ،فانه لااشكال فى صحة التقايل بعدان تعيب عيبا جديدا عند المشترى .

و من المعلوم : انه بعد التقايل يلزم على المشترى ان يتدارك النقص الذى حدث عنده (او فسخ احدهما بخياره) اى بمقتضى الخيار السذى

بعد تعيب العين .

اما مثل نسيان الصنعة و شبهه فلا يوجب ارشا ، بل يرده ، لان النقص حدث في ملكه

كان له ـ كخيار الحيوان او خيار الشرط او خيار المجلس ـ (بعد تعيب العين) كما اذا صارت عرجاء في الثلاثة ، فانه اذا كان التعيب من المشترى ، كان ضامنا ، فاذا فسخ او فسخ البائع رد المتاع و اخذ البائع من المشترى الارش ، لان العيب مضمون على المشترى .

(اما مثل نسيان الصنعة و شبهه) كنسيان الدابة الطحن (ف) اذا رد الدابة او العبد المشترى (لا يوجب ارشا) عليه ، بان يعطى التفاوت بين قيمتى المتذكر للصنعة ، و الناسى لها الى البائع (بل) للمشترى ان (يرده) بلا ارش ـ فيما اذا نسى الصنعة ـ .

و انما لا يجب عليه الارش (لان النقص حدث في ملكه) اى ملك المشترى ، لان المفروض ان الدابة نسيت الطحن حينما كانت مملوكة للمشترى ، فاذا رد الدابة الى المالك فقد ردها كاملة ، و الثمن كان بازاء الدابة ، لا بازاء الدابة و الصنعة معا .

و انما زادت قيمة الدابة اذا كانت طاحنة لاجل الداعى ، لا ان الثمن في مقابل الصنعة .

و الحاصل ان الصنعة لا تقابل بالثمن ، ففقدانها لا يوجب ارشا للبائع اذا ردها المشترى بسبب العيب القديم .

. . . . . .

و انما يضمن وصف الصحة لكونه كالجزء التالف، فيرجع البائع بعد الفسخ ببدله.

نعم

(و) **ان قلت**: اذا كان نقص الصفة لا يوجب ارشا على المشترى للبائع اذا رد المشترى المتاع بالعيب السابق، فلماذا تقولون بانه اذا تعيب عيبا جديدا كان اللازم على المشترى ان يعطى ارشا للبائع اذا رد المتاع مثلا كانت عرجاء، ثم صارت عند المشترى عمياء، فانكم تقولون يرجعها و يعطى التفاوت بين قيمتى البصيرة و العمياء، مع ان ذهاب وصف الصحة كان فى ملك المشترى، كذهاب وصف الطحن فى المثال السابق.

قلت: (انما يضمن) المشترى (وصف الصحة) فاذا ردها لزم عليه ان يعطى الارش (لكونه) اى وصف الصحة (كالجزء التالف، فيرجع البائع بعد الفسخ ببدله) اى بدل وصف الصحة، فان الانسان اذا اشترى دابة بمائة، كانت المائة فى الحقيقة موزعة على اجزاء الدابة، فمقابل عينها مثلا خمسة دراهم، فاذا ذهبت عين الدابة، و اراد المشترى ردّ الدابة لزم عليه ان يرد خمسة دراهم مع الدابة، لان المشترى انما ردّ بعض المبيع، لاكل المبيع.

(نعم) هذا استثناء من اشكاله على العلامة بقوله: «و الوجه المذكور فى التذكرة الخ» فان العلامة استدل لعدم الخيار بتعارض تحمل المشترى للعيب القديم، وتحمل البائع للعيب الجديد و اشكل عليه المصنف بان تعارض التحملين يوجب التساقط، ويكون المرجع اصالة

. . . . . .

لو علل الرد بالعيب القديم بكون الصبر على المعيب ضررا امكن ان يقال ان تدارك ضرر المشترى بجواز الرد مع تضرر البائع بالصبر على العيب الحادث، مما لا يقتضيه قاعدة : نفى الضرر .

الخيار الثابت قبل العيب الجديد .

و الآن يريد المصنف ان يبين ان العلامة لو كان يستدل للخيار «بلاضرر المشترى» لم يرد عليه اشكالنا .

اذ يتساقط حينئذ : لاضرر البائع الناشئ من العيب الجديد، ولا ضرر المشترى الناشئ من العيب القديم .

فالمرجع اصالة لزوم العقد، فانه (لو علل الرد بالعيب القديم يكون الصبر) اى صبر المشترى (على المعيب) بالعيب القديم (ضررا) على المشترى (امكن ان يقال) بتعارض الضررين، فالمرجع اصالة لزوم العقد و ذلك لـ (ان تدارك ضرر المشترى بجواز الرد) اى حتى لا يتضرر المشترى بسبب العيب القديم (مع تضرر البائع) اذا رد (بالصبر على العيب الحادث، مما لا يقتضيه قاعدة نفى الضرر) .

فان : لاضرر، انما يتمشى اذا لم يستلزم ضررا على انسان آخر، والا لم تجر قاعدة : لاضرر .

اولا : لانه حكم امتنانى، والحكم الامتنانى انما يكون على الكل، لا على انسان دون انسان .

و ثانيا : لانه اذا تعارض مصداقان من قاعدة واحدة، كان المرجع عدم شمول تلك القاعدة لذين المصداقين، اذ لا تشملهما، لانه غير ممكن

لكن العمدة فى دليل الرد هو النص ،والاجماع .

فاستصحاب الخيار عند الشك فى المسقط ،لا باس به .

الا ان الانصاف ان المستفاد من التمثيل فى الرواية بالصبغ والخياطة هو اناطة الحكم بمطلق النقص .

ولا تشمل احدهما لانه ترجيح بلامرجح .

(لكن) التعارض و التساقط و الرجوع الى اصالة اللزوم انما هو فرع كون دليل خيار المشترى منحصرا فى قاعدة : لاضرر ،والحال انه ليس كذلك ،بل (العمدة فى دليل الرد) اى ردّ المشترى (هو النص) المتقدم عن جميل (و الاجماع) المتقدم حكايته عن بعض (فاستصحاب الخيار عند الشك فى المسقط) فانه نشك فى انه هل سقط خيار المشترى عند ما تعيب المبيع بعيب جديد ، ام لم يسقط خياره؟ (لا بأس به) .

منتهى الامر انّ على المشترى الارش للعيب الجديد ،كما تقدم .

(الا ان الانصاف ان) القول بحق المشترى فى الرد فى بعض اقسام العيب ،لان ذلك العيب غير مشمول لمرسل جميل ،ولا لدليل العلامة حيث اشرنا الى القول بحق المشترى عند قولنا ((لكن المرسلة .. الخ ، و الوجه المذكور فى التذكرة .. الخ)) غير تام ،بل اللازم ان نقول بانه لاحق للمشترى فى الرد فيما اذا نسى العبد الكتابة او نسيت الدابة الطحن ،لان (المستفاد من التمثيل فى الرواية) اى رواية جميل (بالصبغ و الخياطة هو اناطة الحكم) اى حكم عدم الرد عند التصرف فى المبيع (بمطلق النقص).

. . . . . .

توضيح ذلك ان المراد بقيام العين هو مايقابل الاعم من تلفها و تغيرها على ما عرفت من دلالة ذكر الامثلة على ذلك.

لكن

فكلما حدث في المبيع المعيب نقص ـ اىّ نقص كان ـ منع ذلك النقص من رده بالعيب القديم، وانما يبقى للمشترى حق الارش.

(توضيح ذلك) الذى ذكرنا ((بان المستفاد من التمثيل مطلق النقص)) ((ان المراد بقيام العين)) الذى شرطته الرواية لجواز الرد ((هو مايقابل الاعم من تلفها و تغيرها)) فاذا تلفت او تغيرت لم تكن العين قائمة، فلايحق للمشترى الرد، والتغير يشمل كل نقص، فيشمل مثل نسيان العبد والدابة.

هذا حاصل ما استدل به و هو مركب من كبرى و صغرى و صورة القياس هكذا ((العين لاترد اذا تغيرت)) ((و التغير يشمل كل نقص)) ((فالعين لاترد اذا حصل اى نوع من النقص)).

و من المعلوم ان نسيان الدابة والعبد نوع من النقص.

ثم انه استدل المصنف لشمول ((عدم قيام العين)) لـ((كل انواع التغير)) بقوله: (على ما عرفت) قبل سطر (من دلالة ذكر الامثلة) بالصبغ و الخياطة (على ذلك) اى على ان كل تغير موجب لاسقاط الرد، فان صبغ الثوب و نسيان العبد للكتابة من وادواحد عرفا، فاذا كان الصبغ مسقطا للرد كان النسيان مسقطا ايضا.

(لكن) ينبغى التنبيه على امر خارج عن المبحث، فان المبحث هو

. . . . . .

المراد من التغير هو الموجب للنقص ،لا الزيادة ،لان مثل السمن لا يمنع الرد قطعا .

و المراد بالنقص هو الاعم من العيب الموجب للارش فان النقص الحاصل بالصبغ و الخياطة انما هو لتعلق حق المشترى بالثوب من جهة الصبغ والخياطة و هذا ليس عيبا اصطلاحيا .

عبارة عن شمول ((عدم قيام العين لكل تغير)) والامر الخارج هو ان (المراد من التغير هو الموجب للنقص) فى العين (لا الزيادة ،لان مثل السمن لا يمنع الرد قطعا) .

لكنك قد عرفت اشكالنا فى هذا الكلام عند قول المصنف ((نعم قد يتوهم شموله لما يقابل للزيادة)) .

(و المراد بالنقص هو الاعم من العيب الموجب للارش) و العيب الذى لا يوجب الارش .

و انما نقول ان المراد بالنقص هو الاعم (فان النقص الحاصل بالصبغ و الخياطة) ليس نقصا اصطلاحيا مع انه مثل بهما فى الرواية ، بل النقص الحاصل بهما (انما هو لتعلق حق المشترى بالثوب من جهة الصبغ و الخياطة) اذ المشترى زاد فى قيمة الثوب بفعله ،فان الثوب قبل الخياطة يسوى عشرة مثلا ،والحال يسوى عشرين ،وكذلك النسبة بين الثوب المصبوغ وغير المصبوغ (و هذا) التعلق لحق المشترى (ليس عيبا اصطلاحيا) فان العيب الاصطلاحى هو النقيصة وهبهنا شركة ، و الشركة: لا يقال لها عيب،واذا تحقق ان المراد بالنقص كل عيب شمل مثل نسيان

. . . . . .

و دعوى اختصاصه بالتغير الخارجى الذى هو مورد الامثلة ،فلايعم مثل نسيان الدابة للطحن،يدفعه ان المقصود مجرد النقص مع انه اذا ثبت الحكم فى النقص الحادث وان لم يكن عيبا اصطلاحيا ثبت فى المغير وغيره

الدابة و العبد، فلايقال ان النسيان ليس نقصا خارجيا .

و الحاصل : انا نفهم من امثلة الرواية ،كل نقص،و عليه فيشمل النقص مثل نسيان الدابة و العبد .

(و) **ان قلت** : النقص يطلق على ثلاثة اقسام .

الاول : النقص بمعنى تلف شئ من المبيع ،مثل ان تكسر رجله .

الثانى : النقص بمعنى التغير الخارجى ،مثل صبغ الثوب .

الثالث: النقص بمعنى كل نقيصة و لو مثل نسيان الدابة .

فاذا علمنا ان النقص اعم من الاوّل نتعدى الى النقص بالمعنى الثانى ،اما المعنى الثالث فهو بعيد فلايشمل النقص مثل نسيان الدابة

قلت : (دعوى اختصاصه) اى اختصاص النقص (بالتغير الخارجى الذى هو مورد الامثلة) فى الرواية اى الصبغ و الخياطة (فلايعم) النقص (مثل نسيان الدابة للطحن) و نسيان العبد للكتابة .

ف (يدفعه ان المقصود) حسب الفهم العرفى من امثلة الرواية (مجرد النقص) و ان لم يكن مغيرا، ولذا لانشك بان العرف يرى نسيانه نقصا اذا اطلع على ان الشركة بسبب الصبغ و الخياطة نقص .

هذا (مع انه اذا ثبت الحكم فى النقص الحادث و ان لم يكن عيبا اصطلاحيا، ثبت فى) النقص (المغير) كالصبغ (وغيره) كنسيان الدابة

. . . . . .

للقطع بعدم الفرق .

فان المحتمل هو ثبوت الفرق فى النقص الحادث بين كونه عيبا اصطلاحيا لا يجوز ردّ العين الا مع ارشه، و كونه مجرد نقص لا يوجب ارشا كنسيان الكتابة و الطحن .

اما الفرق فى افراد النقص غير الموجب للارش بين مغير العين حسّا وغيره فلامجال لاحتماله .

(للقطع بعدم الفرق) بين هذه الاقسام من النقص .

(ف)انما نقطع بعدم الفرق ، ل (ان المحتمل هو ثبوت الفرق فى النقص الحادث بين كونه عيبا اصطلاحيا لا يجوز ردّ) المشترى (العين) الى المالك (الا مع ارشه) مثل كسر رجل الدابة (وكونه مجرد نقص لا يوجب ارشا كنسيان الكتابة والطحن) فى العبد والدابة ، وانما كان هذا الفرق محتملا للتفاوت فى الارش، بان يقال فرق بين العيب الموجب للارش ، و العيب غير الموجب للارش .

و انما لا يوجب نسيان الكتابة والطحن ارشا ، لما سبق من ان الثمن يقابل بالعين ، لا بمثل هذه الصفات ، فهذه الصفات لا ارش لها .

(اما الفرق فى افراد النقص غير الموجب للارش بين مغير العين حسّا) كصبغ الثوب (وغيره) كنسيان الدابة و العبد ، بان يقال فى مثل الصبغ لا يرد ، امافى مثل النسيان يردّ (فلامجال لاحتماله) لان هذين النقصين من واد واحد ، فان اوجب احدهما حكما اوجب الثانى نفس ذلك الحكم .

ثم ان ظاهر المفيد فى المقنعة المخالفة فى اصل المسألة و ان حدوث العيب لا يمنع من الرد، لكنه شاذ على الظاهر.

ثم مقتضى الاصل عدم الفرق فى سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث و زواله، فلا يثبت بعد زواله لعدم الدليل على الثبوت بعد

والحاصل ان كسر رجل الدابة، و صبغ الثوب، ونسيان العبد للكتابة كلها من واد واحد، فاذا حدثت احدى هذه الامور فى المبيع الذى كان معيبا عند البائع ـ مما اوجب خيار المشترى فى الرد ـ اسقط هذا العيب الحادث؛ الرد بالعيب القديم.

(ثم ان ظاهر المفيد) «ره» (فى المقنعة المخالفة فى اصل المسألة و) ذلك لانه قال: (ان حدوث العيب) فى المبيع عند المشترى (لا يمنع من الرد) بالعيب القديم (لكنه شاذ على الظاهر) الذى نجده فى كلمات الفقهاء.

(ثم مقتضى الاصل) اى عدم استصحاب الخيار للمشترى هو (عدم الفرق فى سقوط الخيار) سقوطا بالعيب الجديد (بين بقاء العيب الحادث و زواله).

فاذا اشترى عبدا معيبا، وكان للمشترى حق خيار الفسخ، ثم نسى العبد الكتابة، فسقط خيار المشترى برده، ثم تذكر الكتابة كان مقتضى الاصل ان المشترى لا حق له فى الرد بعد ان سقط خياره (فلا يثبت) الخيار من جديد (بعد زواله لعدم الدليل على الثبوت) للخيار (بعد

. . . . . .

السقوط .

قال فى التذكرة عندنا : ان العيب المتجدد مانع عن الرد بالعيب السابق ، سواء زال ام لا ؟ لكن فى التحرير لو زال العيب الحادث عند المشترى ، ولم يكن بسببه ، كان له الردّ ولا ارش عليه ، انتهى .

و لعل وجهه ان الممنوع هو رده معيوبا لاجل تضرر البائع و ضمان المشترى لما يحدث ، وقد انتفى الامران .

السقوط) و بهذا افتى العلامة فى بعض كتبه .

(قال فى التذكرة عندنا : ان العيب الحادث مانع عن الرد بالعيب السابق ، سواء زال) العيب الجديد (ام لا ؟ لكن) العلامة افتى (فى التحرير) بان العيب الجديد اذا زال كان للمشترى حق الرد .

فقال : (لو زال العيب الحادث عند المشترى ، ولم يكن) العيب (بسببه كان له الرد) بعد زوال العيب و ذلك لمكان العيب القديم (و لا ارش عليه) لانه يرده كاملا غير منقوص ، فلماذا يكون عليه ارش عيب قد زال ؟ (انتهى) كلام العلامة .

(و لعل وجهه) اى وجه ان له حق الرد بعد زوال العيب (ان الممنوع هو رده معيوبا) .

و ذلك (لاجل تضرر البائع) بالمعيب عيبا جديدا (و) لاجل (ضمان المشترى لما يحدث) فاذا ضمن المشترى العيب لم يكن له ارجاع ما ضمنه ، (وقد انتفى الامران) وهما التضرر والضمان ، بعد ان زال العيب .

و انما قال العلامة : « و لم يكن بسببه » لانه اذا كان العيب الجديد

. . . . . .

و لو رضى البائع برده مجبورا بالارش اوغير مجبور جاز الرد ، كما فى الدروس وغيره ،لان عدم الجواز،لحقّ البائع ، و الافمقتضى قاعدة خيار الفسخ عدم سقوطه بحدوث العيب غاية الامر ثبوت قيمة العيب.

و انما منع من الردّ هنا للنص و الاجماع او للضرر.

بسبب المشترى ، كان ذلك تصرفا من المشترى ،وقد تقدم ان تصرف المشترى فى المعيب يسقط الخيار.

(و لو رضى البائع برده) اى المعيب بالعيب الجديد (مجبورا بالارش) اى الارش الذى يعطيه المشترى للبائع بسبب عيبه الجديد (اوغير مجبور) بان قبل البائع ان يفسخ المشترى بدون ان يعطى المشترى ارش العيب الجديد (جاز الرد ، كما فى الدروس وغيره ،لان عدم الجواز) اى عدم جواز ردّ المشترى اذا عاب بالعيب الجديد ، انما هو (لحق البائع) فاذا اسقط البائع حقه سقط.

و الحاصل ان عدم الارجاع حقّ ،لاحكم (والافمقتضى قاعدة خيار الفسخ) اى خيار المشترى فى الفسخ بالعيب القديم (عدم سقوطه) اى الخيار (بحدوث العيب) عند المشترى (غاية الامر ثبوت قيمة العيب) الجديد على المشترى ،اذا اراد ان يرده ،وقد عاب عنده.

(و انما منع من الردّ هنا) بعد ان عاب بعيب جديد عند المشترى (للنص و الاجماع اوللضرر) على البائع بان يسترد المعيب.

و من المعلوم ان النص و الاجماع انما هما فيما اذا ابى البائع من الاسترداد ، والضرر اذا اقدم عليه البائع بنفسه لم يكن مانعا من الرد ،

. . . . . .

و مماذكرنا يعلم ان المراد بالارش الذى يغرمه المشترى عند الرد قيمة العيب ،لاالارش الذى يغرمه البائع للمشترى عند عدم الرد .

لان العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة والحادث مضمون بضمان اليد .

اذلا يشمله دليل : لاضرر .

(و مماذكرنا) بقولنا «غاية الامرثبوت قيمة العيب» (يعلم ان المراد بالارش الذى يغرمه المشترى عند الرد) وغرامة القيمة لاجل العيب الحادث (قيمة العيب) سواء كان اغلى من الثمن ،او مساويا له ،او اقل منه ،لانه ضامن لهذا العيب .

فاللازم ان يدفع قيمته (لاالارش الذى يغرمه البائع للمشترى عند عدم الرد) فان الارش هناتفاوت مابين الصحيح و المعيب ،لكن مع نسبته الى الثمن المسمى ،لاالقيمة الواقعية .

و انماكان فرق بين الارش هناو بين الارش هناك .

(لان العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة) اى ماتبانيا عليه من القيمة ،فاذا كان هناك عيب نقص العيب من الثمن بالنسبة (والحادث مضمون بضمان اليد) و ضمان اليد انمايكون بالنسبة الى القيمة الواقعية

مثلا : اذاكان شئ قيمته الواقعية عشرة و قيمته البنائية عشرون ، و كان العيب القديم ينقص منه العشر ،والعيب الجديد ينقص منه العشر فان البائع يلزم ان يعطى للمشترى دينارا حسب القيمة الواقعية ، اما المشترى فيلزم ان يعطى للبائع دينارين حسب القيمة البنائية ،وبالعكس

. . . . . .

ثم ان صريح المبسوط انه لو رضى البائع باخذه معيوبا لم يجز مطالبته بالارش .

و هذا احد المواضع التى اشرنا فى اول المسألة الى تصريح الشيخ فيها بان الارش مشروط باليأس من الرد .

و ينافيه اطلاق الاخبار بأخذ الارش .

فى العكس ، و هكذا .

(ثم ان صريح المبسوط انه لو رضى البائع باخذه معيوبا لم يجز مطالبته بالارش) اى لم يجز للمشترى ان يلتزم بالبيع و يطالب البائع بارش المعيب .

و الحاصل انه ليس الاختيار بيد المشترى حتى اذا شاء ردّ و اذا شاء قبل البيع و اخذ الارش ، بل لو قال المالك : رد ايها المشترى على البضاعة لزم على المشترى ان يردها ، وان لا يطالب بالابقاء و الارش .

(و هذا) الذى ذكره الشيخ فى المبسوط (احد المواضع التى اشرنا فى اول المسألة الى تصريح الشيخ فيها بان الارش مشروط باليأس من الرد) خلافا للمشهور الذين يقولون بانه يخير المشترى بين الرد و الارش تخييرا مطلقا ـ اى سواء يأس من الردّ ، ام لا ـ .

(وينافيه) اى ينافى كلام المبسوط (اطلاق الاخبار بأخذ الارش) مما يدل على انه للمشترى حق اخذ الارش و ان رضى البائع بالرد للسلعة .

. . . . . .

تنبيه : ظاهر التذكرة والدروس ان من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة على البائع .

و توضيح الكلام فى فروع هذه المسألة ان التعدد المتصور فيه التبعض امافى احد العوضين ،وامافى البائع ،وامافى المشترى .

فالاول كمااذا اشترى شيئا واحدا او شيئين بثمن واحد .

(**تنبيه :** ظاهر التذكرة والدروس ان من العيب) الجديد (المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة على البائع) فاذا كان الردمستلزما لتبعض الصفقة لم يصح الرد ، وانماكان للمشترى اخذ الارش فقط ،ان كان للعيب ارش والافلا ارش ،كمالا ردّ ايضا .

(و توضيح الكلام فى فروع هذه المسألة ان التعدد) اى التوزع الى اثنين او اكثر (المتصور فيه) اى فى ذلك التعدد (التبعض) للصفقة على ثلاثة اقسام .

لان التبعض (امافى احد العوضين) و هو المثمن او الثمن (وامافى البائع) بان يتعدد البائع (وامافى المشترى) بان يتعدد المشترى .

(**فالاول** كما اذا اشترى شيئا واحداً او شيئين) مثل داروبستان (بثمن واحد) مقابل كليهما ، لانه قد يكون هناك بيعان فى صيغة واحدة مثلا : يقول : الدار بالف و البستان بثمانمائة ،ثم يقول : بعتهما بكذا ، حتى يكون فى الحقيقة بيعان ،لا بيع واحد ، وانما الصيغة واحدة و قد يكون بيع واحد ذا اجزاء فى المثمن ،كما اذا قال الدار و البستان معا بكذا .

و من المعلوم ان كونهما بيعين او بيعا واحدا يختلف بالقصد .

نعم فى مثل النكاح لأمرأتين او الطلاق لهما، لا يكون الا معاملتين، فاذا قصد الوحدة بطل .

فاذا قال : انكحتك بنتى و اختى ،و قصد نكاحا واحدا لهما ـ حتى يكون من قبيل بيع واحد لذى اجزاء ـ بطل النكاح رأسا ،لان الشارع لم يجعل نكاحا واحداً لامرأتين ،وهكذا فى الطلاق .

و عليه فاذا كانت احدى المرأتين معيبة بالعيوب الموجبة للفسخ ، لا يحق للزوج ردهما بفسخ نكاحهما، بل له فسخ نكاح المعيبة فقط ،كما اذا طلقهما بصيغة واحدة ، ثم ظهر ان احديهما غير جامعة لشرائط الطلاق ،لم يبطل الطلاق بالنسبة الى الجامعة للشرائط ،كما لا يخفى انه لا يصح ـ احيانا ـ عقدان فى عقد ، بل هناك عقد واحد حتى ان قصد التعدد مبطل له ،كما اذا باع حيوانا و قصد ان يده بكذا ، و راسه بكذا بان قصد تعدد البيع فى صيغة واحدة ،اذ الشارع لم يعتبر مثل هذا البيع ،مع احتمال انه يصح ،لاطلاق ادلة العقود و التجارة و الشارع لم ينه عنه .

نعم لا اشكال فى عدم صحة التعدد فى النكاح لامرأة واحدة او طلاق امرأة واحدة ،بان يقصد عقدا على رأسها و عقدا على يدها، وهكذا .

و بناءا على ما ذكرنا فالاقسام ثلاثة .

الاول : ما يمكن الوحدة و التعدد فى عقد واحد .

الثانى : ما لا يمكن الا الوحدة فيه .

الثالث: ما لا يمكن الا التعدد فيه .

. . . . . .

من بائع واحد فظهر بعضه معیبا ·

وکذا لو باع شیئا بثمن فظهر بعض الثمن معیبا ·

والثانی کما اذا باع اثنان من واحد شیئا واحدا، فظهر معیبا ، و اراد المشتری ان یرد علی احدهما نصیبه دون الآخر ·

و منه یظهر انه لو اشتری حیوانا وغیر حیوان فی صفقة واحدة ،فان ارادعقدین فی عقد واحد، فلا اشکال فی صحة رد الحیوان فی الثلاثة وعدم صحة ردّ غیر الحیوان ،وان اراد عقدا واحدا فهل یصح رد هما اولا یصح اصلا او یصح رد الحیوان دون غیره؟ احتمالات و المسألة تحتاج الی التفصیل لکنا اردنا الالماع الی اصل المسألة لتوضیح معنی المتن « بثمن واحد » ·

فعلیه اذا اشتری شیئا واحدا او شیئین بثمن واحد (من بائع واحد فظهر بعضه معیبا) فانه تبعیض فی المثمن ·

(وکذا لو باع شیئا بثمن) واحد ذی اجزاء کما اذا باعه بدینارین فظهر احد الدینارین معیبا ·

اما اذا کان الثمن ذا جزء واحد فقط ،کما اذا کان الثمن دینارا واحدا فظهر بعضه معیبا، فهذا لا یسمی ان بعضه معیب، بل کله معیب ،کما لا یخفی (فظهر بعض الثمن معیبا) فانه تبعیض فی الثمن ·

(**والثانی**) و هو التبعیض فی البائع (کما اذا باع اثنان من واحد شیئا واحدا، فظهر) ذلک الشئ (معیبا، و اراد المشتری ان یرد علی احدهما نصیبه) من المثمن (دون الآخر) ·

. . . . . .

و الثالث: كما اذا اشترى اثنان من واحد شيئاء فظهر معيبافاختار احدهما الردّ دون الآخر.

و الحق بذلك الوارثان لمشترى واحد للمعيب.

كما اذا اشترى زيد دارا على الاشاعة من اخوين ورثاهاء فظهرت الدار معيبة، و اراد المشترى ان يرد نصفها على احدهما.

(**و الثالث**) وهوالتبعض فى المشترى (كما اذا اشترى اثنان من واحد شيئاء فظهر) المبيع (معيباء فاختار احدهما الردّ دون الآخر) فانه يستلزم التبعض فى المشترى، و ذلك فيما اذا لم يكن بيعان فى ضمن عقد واحد، والافليس ذلك من تبعض المشترى، اذحال البيع حينئذ حال بيعين مستقلين، منتهى الامر انّ الصيغة واحدة.

(و الحق بذلك) اى التبعض فى المشترى (الوارثان لمشترى واحد للمعيب).

كما اذا اشترى زيد من عمرو داراء ثم مات زيد و ورثه ابناه و كانت الدار معيبة فاراد احد الوارثين رد المعيب، و اراد الآخر عدم رده ـ و ذلك لان الخيار يورث ـ فانه من باب التبعض فى المشترى، لكن فيه تأمل لايخفى.

و مثله ما لو باعه المشترى الواحد لشخصين فاراد احدهما الرد دون الآخر.

و من قبيل تبعض البائع ما لو ورث البائع اثنان، فاراد المشترى ان يردعلى احدهما دون الآخر.

. . . . . .

و اما التعدد فی الثمن بان یشتری شیئا واحدا بعضه بثمن ،وبعضه الآخر بثمن آخر ، فلا اشکال فی کون هذا عقدین،ولا اشکال فی جواز التفریق بینهما .

اما الاول فالمعروف انه لا یجوز التبعیض فیه من حیث الردّ ،بل الظاهر المصرّح به فی کلمات بعض الاجماع علیه .

(و اما التعدد فی الثمن بان یشتری شیئا واحدا بعضه بثمن ، و بعضه الآخر بثمن آخر) .

و لو کان البیعان فی ضمن صیغة واحدة (فلا اشکال فی کون هذا عقدین) کما تقدم (ولا اشکال فی جواز التفریق بینهما) بان یرد المشتری احدهما دون الآخر ، و کذلک العکس بان یبیع شیئین بثمن واحد ، لکن باعتبار ان کل شی بنصف الثمن .

(اما الاول) و هو التبعض فی احد العوضین (فالمعروف انه لا یجوز التبعیض فیه من حیث الردّ) بان یردّ بعض المبیع ،دون بعض مثلا (بل الظاهر) عند التتبع (المصرّح به فی کلمات بعض) الفقهاء (الاجماع علیه) .

و استدل علیه بانه نقص ،وانه ضرر ،وانه خلاف بعض الروایات ، و انه لا مقتضی للخیار ،لان الخیار بالنسبة الی الکل ،لا بالنسبة الی کل بعض ،بالاضافه الی الاجماع المذکور .

فهذه ادلة خمسة استدلوا بها علی عدم الخیار بالنسبة الی البعض.

. . . . . .

لان المردود ان كان جزءا مشاعا من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركة .

و ان كان معينا فهو ناقص من حيث حدوث التفريق فيه و كل منهما نقص يوجب الخيار لو حدث فى المبيع

(لان المردود) اما جزء مشاع ، كما لو اشترى دارا ثم اراد رد نصفها المشاع ، او جزء مفروز كما لو اراد رد نصف الدار الواقع فى طرف الشرق مثلا .

فـ (ان كان جزءا مشاعا من المبيع الواحد) الذى جرى عليه بيع واحد (فهو ناقص من حيث حدوث الشركة) اذ الشركة نقص ، فلا يحق للمشترى ان يرد المتاع الناقص الى البائع ، فان ظاهر ادلة الرد بالخيار هو رد الكامل الذى اخذه ، لا رد الناقص .

(و ان كان) المردود جزءا (معينا فهو ناقص من حيث حدوث التفريق فيه) فان العرف كثيرا ما يريد معية الاجزاء ، بحيث يرون تفريقها نقصا ، و هذا المقدار كاف فى تحقق النقص ، وان لم يكن بالنسبة الى هذا البيع الخاص نقصا ، كما اذا باعه كتابين لا يرتبط احدهما بالآخر فانه لا يحق للمشترى ردّ احدهما فقط ، و ان لم يكن ذلك نقصا بالنسبة الى هذا البائع ، كما انه اذا كان البيض المشترى فيه الدم ، كان للمشترى الحق فى رده بخيار العيب ، وان لم يكن ذلك نقصا بالنسبة الى هذا المشترى لانه لا يريده للاكل وانما يريده لاجل دواء ، اوما اشبه (وكل منهما) اى الشركة والتفريق (نقص يوجب الخيار لو حدث فى المبيع

. . . . . .

الصحيح .

فهو اولى بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن .

و هذا الضرر و ان امكن جبره بخيار البائع ،نظير ما اذا كان بعض الصفقة حيوانا فرده المشترى بخيار الثلاثة .

الصحيح) و العيب هنا لا يوجب تفاوتا فى الحكم ،فاللازم ان نقول بعدم جواز الرد ، اذ لا فرق فى ان يكون النقص المانع من الردّ قبل الردّ ، او يحصل النقص بنفس الرد ،فان المانع هو ان يصل الى يد البائع ناقصا و ذلك يحصل حتى اذا كان النقص بنفس الرد .

(فهو) اى هذا النقص (اولى بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن) و العبد الكتابة ،لان النسيان لا يوجب شركة و تفرقة ،فان العبد و الدابة يرجعان الى المالك كاملين و نقص الشركة و التفرقة اهم فى نظر العرف من نقص النسيان ،واذا كان النسيان يوجب سقوط الرد فالشركة و التفرقة اولى بمنعهما من الرد .

(و) **ان قلت** : ان هذا النقص يمكن جبره بخيار البائع بان يكون للمشترى الرد ، ولكن يكون للبائع خيار ابطال البيع لهذا النقص الجديد اعنى الشركة و التفرقة .

قلت : (هذا الضرر و ان امكن جبره بخيار البائع ،نظير ما اذا كان بعض الصفقة حيوانا) كما اذا باعه حيوانا و متاعا صفقة واحدة (فرده) اى الحيوان (المشترى بخيار الثلاثة) فان هذا الرد يوجب نقصا بالتفرقة فى المثمن على البائع ،وذلك يوجب ان يكون للبائع خيار فسخ البيع

. . . . . .

الا انه يوجب الضرر على المشترى ،اذ قد يتعلق غرضه بامساك الجزء الصحيح .

و يدل عليه النص المانع عن الرد بخياطة الثوب و الصبغ فان المانع فيهما ليس الاحصول الشركة فى الثوب بنسبة الصبغ و الخياطة لا مجرد تغير الهيئة ،ولذا لو تغير بما يوجب

بارجاع الكل ـ و هو الحيوان و المتاع ـ الى نفسه (الا انه) اى خيار البائع (يوجب الضرر على المشترى) فيشمل المشترى دليل : لا ضرر (اذ قد يتعلق غرضه) اى غرض المشترى (بامساك الجزء الصحيح) و عليه فيسقط خيار البائع ـ بارجاع الكل الى نفسه ـ بلاضرر المشترى ، فيبقى كون رد البعض ضررا على البائع سليما ،فلاردّ للمشترى على البائع .

(و يدل عليه) اى على ان نقص الشركة و التفريق ضرر يسقط الرد على البائع (النص المانع عن الرد) للمتاع الى البائع ،اذا كان النقص حاصلا (بخياطة الثوب و الصبغ) .

وجه الدلالة (فان المانع) عن الرد (فيهما) اى فى الصبغ والخياطة (ليس الاحصول الشركة) بين البائع و المشترى (فى الثوب بنسبة الصبغ والخياطة) و الشركة نقص و لذا يمنع من الرد .

ان قلت: لعل المانع من الرد فى الصبغ و الخياطة ليس هو الشركة بل تغير هيئة الثوب ،والتغير ليس حاصلا فى المقام ،فلايمكن الاستدلال بالرواية فى مقامنا هذا .

قلت: (لا) اى ليس المانع (مجرد تغير الهيئة ،و لذا لو تغير بما يوجب

. . . . . .

الزيادة كالسمن لم يمنع عن الرد قطعا ·

وقد يستدل بعد رد الاستدلال بتبعض الصفقة بما ذكرناه مع جوابه بظهور الادلة فى تعلق حق الخيار بمجموع المبيع ،لاكل جزء منه لااقل من الشك

الزيادة كالسمن) فى الدابة (لم يمنع عن الرد قطعا) لان المفهوم من الرواية ان وجه عدم الرد فى الصبغ ليس تغير الوصف والهيئة حتى يشمل السمن ·

(وقد يستدل) لعدم جواز التبعيض فى الثمن و المثمن(بعد رد الاستدلال) لذلك (بتبعض الصفقة بما ذكرناه) «بما» متعلق بـ« الرد» (مع جوابه) «الاستدلال» هو تبعض الصفقة «ورده» هو ان تبعض الصفقة على البائع يتدارك بان يكون للبائع الخيار فى ابطال البيع «وجوابه» ان جعل الخيار للبائع ضرر على المشترى ،والمستدل هو صاحب الجواهر (بظهور الادلة) اى ادلة الخيار ،« بظهور» متعلق بـ «يستدل» (فى تعلق حق الخيار بمجموع المبيع ،لاكل جزء منه) فليس للمشترى ان يرد بعض المبيع الذى كان معيبا، لان خيار العيب متعلق بمجموع السلعة ،فاما ان يأخذها كلها او يردها كلها ·

اما ان يأخذ بعض السلعة و يرد بعضها الآخر، فذلك مما لا يدل عليه دليل الخيار(لااقل من الشك) فى انه هل ادلة الخيار تدل على تعلق الخيار بكل جزء جزء؟

فاولا : ندعى ظهور الادلة فى تعلق الخيار بالمجموع ·

لعدم اطلاق موثوق به ، والاصل اللزوم .

و فيه مضافا الى ان اللازم من ذلك عدم جواز رد المعيب منفردا ، و ان رَضِيَ البائع لان المنع حينئذ لعدم المقتضى للخيار في الجزء ، لا لوجود

و ثانيا : اذا رفعنا اليد عن الظهور ، نقول : بانا نشك في تعلق الخيار بكل جزء جزء و الاصل عدم الخيار هكذا (لعدم اطلاق) في ادلة الخيار (موثوق به) « لعدم » دليل قوله « لا اقل من الشك » (و الاصل اللزوم) الا بمقدار ما خرج من الخيار الذي هو متعلق بالمجموع .

(و فيه) اولا : ان الخيار متعلق بكل جزء جزء ـ و لذا اذا رضي البائع برد الجزء صح الرد ـ .

و ثانيا ان موضع الخيار هو الجزء المعيب اما سراية الخيار الى الجزء الصحيح فهو تطفلي ، فرد الجزء المعيب لا مانع منه (مضافا الى ان اللازم من ذلك) الذي ذكره الجواهر من عدم تعلق الخيار بكل جزء (عدم جواز رد المعيب منفردا) فيما اذا كانت السلعة ذات جزئين ، جزء صحيح و جزء معيب ، و اراد المشتري ان يرد المعيب فقط (و ان رضي البائع) بردّ المعيب منفردًا والحال انه لا يقول احد بعدم صحة الرد في صورة رضا البائع .

و انما قلنا لازم كلام الجواهر ذلك (لان المنع) عن ردّ الجزء (حينئذ) اي حين كان المنع من جهة عدم اطلاق دليل الخيار (لعدم المقتضي للخيار في الجزء) اي جزء المبيع ، اذ لو لم يكن اطلاق ، لم يكن مقتض (لا لوجود

. . . . . .

المانع عنه ، و هو لزوم الضرر على البائع حتى ينتفى برضا البائع انه لا يشك احد فى ان دليل هذا الخيار كغيره من ادلة جميع الخيارات صريح فى ثبوت حق الخيار لمجموع المبيع ،لاكل جزء .

و لذا لم يجوّز احد تبعيض ذى الخيار اجزاء ماله فيه الخيار ،ولم يحتمل هنا احد رد الصحيح دون المعيب .

المانع عنه) اى عن الخيار فى الجزء ـ على ما ادعيناه نحن ـ (و) المانع (هو لزوم الضرر على البائع حتى ينتفى) المانع (برضا البائع) لرد جزء المبيع ،و «حتى» غاية لقوله «وجود المانع» (انه) مربوط بقوله «مضافا» و هذا هو الجواب الثانى فـ (لا يشك احد فى ان دليل هذا الخيار كغيره من ادلة جميع الخيارات صريح فى ثبوت حق الخيار لمجموع المبيع ،لاكل جزء) فليس كلام الجواهر ابداعا خاصا بنفسه ،بل ليس الكلام هنا ـ وانه هل حق الخيار متعلق بالمجموع او بكل جزء ـ بل الكلام فى محل آخر ،وهو ان محل الخيار هل هو الشئ المعيوب فقط ام الكل؟

(ولذا) الذى ذكرناه «انه لا يشك احد» (لم يجوّز احد تبعيض ذى الخيار اجزاء ماله) اى اجزاء المبيع الذى له (فيه الخيار ، و) كذلك (لم يحتمل هنا احد رد الصحيح دون المعيب) فيما اذا كان جزء منه صحيحا و جزء منه معيبا، وهذا ان اى عدم التبعيض وعدم رد الصحيح دليلان على ان الفقهاء لا يقولون بتعلق الخيار بكل جزء جزء .

. . . . . .

و انماوقع الاشكال فى ان محل الخيار هو هذا الشئ المعيوب غاية الامر انه يجوز ردّ الجزء الصحيح معه ، لئلاتتبعض الصفقة عليه ،و اما لقيام الاجماع على جواز رده ، واما لصدق المعيوب على المجموع كماتقدم او ان محل الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقد لكونه معيوبا و لو من حيث بعضه .

و بعبارة اخرى

(و انما وقع الاشكال فى ان محل الخيار هو هذا الشئ المعيوب) فقط (غاية الامر انه يجوز ردّ الجزء الصحيح معه) اى مع الجزء المعيوب (لئلاتتبعض الصفقة عليه) اى على المشترى ، فانه ان قيل له بان يرد الجزء المعيوب فقط كان ضررا عليه ، لانه يخير حينئذ بين الابقاء وتحمل العيب، وبين ارجاع الجزء المعيوب و تبعض الصفقة عليه(واما لقيام الاجماع على جواز رده) اى رد الجزء الصحيح ـ وهذا عطف على قوله ((لئلا)) ـ (و اما لصدق المعيوب على المجموع كماتقدم) فيشمله ما دل على رد المعيوب (او ان محل الخيار هو مجموع ماوقع عليه العقد) هذا عطف على قوله ((فى ان محل الخيار)) (لكونه معيوبا و لو من حيث بعضه)

و الفرق بين هذا و بين قوله اولا : ((واما لصدق المعيوب)) ان فى الاول الخيار متعلق بالجزء و منه ينبعث الى الكل .

و فى الثانى الخيار ابتداءا متعلق بالكل ، وعلة الخيار هو الجزء المعيوب .

(و بعبارة اخرى) بيان لماذكره بقوله ((فى ان محل الخيار هو . .

الخيار المسبب عن وجود الشئ المعيوب فى الصفقة نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان فى الصفقة فى اختصاصه بالجزء المعنون بما هو سبب للخيار، ام لا ، بل غاية الامر ظهور النصوص الواردة فى الرد فى رد البيع الظاهر فى تمام ماوقع عليه العقد .

او ان محل الخيار» (الخيار المسبب عن وجود الشئ المعيوب فى الصفقة) هل هو (نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان فى الصفقة) فيما اذا اشترى شاة وَقَلَمًا بمائة، فان له الخيار فى الحيوان فقط فى الثلاثة الايام (فى اختصاصه) اى اختصاص الخيار (بالجزء المعنون بما هو سبب للخيار) «بما» متعلق بـ «المعنون» اى اختصاص الخيار بالحيوان الذى هو جزء معنون بالحيوانية التى هى سبب الخيار (ام لا) هذا هو الشق الثانى لقوله «نظير الخيار» .

و معنى «ام لا» ان الخيار هنا ليس كخيار الصفقة التى فيها الحيوان بل هو كخيار الغبن الذى يتعلق ابتداءا بكل الشئ المغبون .

و حيث ان الشق الاول و هو قوله «نظير الخيار» كان موردا لان يستشكل عليه ،ويقال : اذا كان الخيار هنا نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان فى الصفقة، يلزم عليه ان يكون الخيار فى المعيوب فقط ،لا فى كل الصفقة التى بعضها معيوب و بعضها غير معيوب .

اجاب بقوله : (بل غاية الامر ظهور النصوص الواردة فى الرد بسبب العيب (فى رد البيع) «فى» متعلق بـ «ظهور» (الظاهر) صفة «رد البيع» (فى تمام ماوقع عليه العقد) .

لكن موردها المبيع الواحد العرفى المتصف بالعيب، نظير اخبار خيار الحيوان و هذا المقدار لا يدل على حكم ما لو انضم المعيب الى غيره، بل قد يدل ـ كاخبار خيار الحيوان ـ على اختصاص الخيار

ففرق بين ما اذا كان فى الصفقة حيوان، او كان فى الصفقة معيب.

حيث ان فى الاول يكون المردود الحيوان فقط، وفى الثانى المردود كل المبيع، وذلك لظهور نصوص الرد، فى رد كل المبيع.

(لكن) اذا قلنا بالشق الاول، وان الاخبار ظاهرة فى رد كل المبيع و ليس المقام مثل ما اذا كان فى الصفقة حيوان، فاللازم ان نستثنى من ذلك صورة ما اذا كان المبيع ذا جزئين منفصلين، وكان بعض احد جزئيه معيبا دون الجزء الآخر.

كما اذا باعه ثوبا و كتابا و كانت ورقة من الكتاب معيبة فانه وان استلزم رد كل الكتاب، لا الورقة المعيبة فقط، لكنه لا يستلزم رد الثوب ايضا، اذ الثوب ليس معيبا، ولا جزءا من المعيب.

وعلى هذا فـ (موردها) اى مورد النصوص الحاكمة برد كل المبيع فيما اذا كان جزئه معيبا (المبيع الواحد العرفى المتصف بالعيب) مثل الكتاب الذى فيه ورقة معيبة (نظير اخبار خيار الحيوان) التى هى خاصة بالحيوان فيما اذا كان بعض المبيع حيوانا (وهذا المقدار) اى كون موردها المبيع الواحد (لا يدل على حكم ما لو انضم المعيب الى غيره) كما مثلنا فى الكتاب المعيب، و الثوب غير المعيب اصلا (بل قد يدل) هذا المقدار (ـ كاخبار خيار الحيوان ـ على اختصاص الخيار) فى مثل الكتاب

. . . . . .

بخصوص ماهو متصف بالعيب عرفا باعتبار نفسه او جزئه الحقيقى كبعض الثوب لا جزئه الاعتبارى ، كاحد الشيئين الذى هو محل الكلام .

و منه يظهر عدم جواز التشبث فى المقام بقوله فى مرسلة جميل : اذا كان الشئ قائما بعينه ، لان المراد بالشئ هو المعيب ، ولا شك فى قيامه هنا بعينه

المعيب و الثوب (بخصوص ماهو متصف بالعيب عرفا باعتبار نفسه) اى نفس ذلك المعيب ، كالورقة المعيبة (او جزئه الحقيقى) كالكتاب الذى هو صحيح ، ولكن جزئه الحقيقى الذى هو الورقة معيب (كبعض الثوب) مثال لما اذا كان جزئه الحقيقى معيبا (لا جزئه الاعتبارى ، كاحد الشيئين الذى هو محل الكلام) فلا خيار فى الثوب ، فيما اذا كان ورق الكتاب معيبا لان الثوب جزء اعتبارى لمجموع الثوب و الكتاب الذى وقع عليه العقد .

(و منه) اى مما ذكرنا بقولنا « بل يدل » (يظهر عدم جواز التشبث فى المقام) لاجل اثبات ان للمشترى حق ارجاع مجموع الكتاب و الثوب ـ فى المثال ـ (بقوله فى مرسلة جميل : اذا كان الشئ قائما بعينه) .

و وجه التشبث ان متعلق الخيار هو تمام ماوقع عليه العقد من الثوب و الكتاب و هو قائم بعينه ، فللمشترى حق رد المجموع .

و انما يظهر عدم جواز التشبث (لان المراد بالشئ) فى المرسلة (هو المعيب) الذى هو الكتاب فقط ، لا مجموع الثوب والكتاب (ولا شك فى قيامه هنا بعينه) فله ان يرد الكتاب ، اما الثوب و الكتاب ، فليس شيئا واحدا ، وعليه فالكتاب تصدق عليه المرسلة ، اما الثوب فهو خارج عن

و بالجملة فالعمدة فى المسألة ـ مضافا الى ظهور الاجماع ـ ما تقدم من ان مرجع جواز الردّ منفرداً الى اثبات سلطنة للمشترى على الجزء الصحيح من حيث امساكه ، ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع .

و منع سلطنته على الردّ اوّلا ، اولى .

مصداق المرسلة ، فلاتدل المرسلة على رده .

(و بالجملة فالعمدة فى المسألة) اى مسألة ردّ الثوب والكتاب معا (ـ مضافا الى ظهور الاجماع ـ) فى ان جزء الصفقة اذا كان معيبا فللمشترى ردّ كل الصفقة (ماتقدم من ان مرجع جواز الردّ) للمعيب (منفردا) عن الجزء الصحيح (الى اثبات سلطنة للمشترى على الجزء الصحيح من حيث امساكه) اى ان للمشترى امساك الجزء الصحيح ، ورد المعيب فقط (ثم سلب سلطنته) اى المشترى (عنه) اى عن الجزء الصحيح (ب) سبب (خيار البائع) حيث انه اذا تبعضت الصفقة على البائع كان له ابطال البيع ، لئلا يتضرر بتبعض الصفقة .

(و) من المعلوم ان (منع سلطنته) اى المشترى (على الردّ اوّلا) ـ فليس له ان يمسك الجزء الصحيح اويرده ، بل عليه ان يرده اذا اراد ردّ الجزء المعيب ـ (اولى) من ان يقال للمشترى : ان لا يرد الصحيح ، و للبائع ان يسترده .

وجه الاولوية ان الشارع اراد دفع الضرر عن كل من البائع والمشترى و ذلك يتحقق ، اما بان يشرع الشارع قبول الكل او رد الكل ، واما بان يشرع رد البعض ، ثم يشرع استرداد البائع للبعض الآخر الذى هو الجزء

. . . . . .

ولا اقل من التساوى فيرجع الى اصالة اللزوم.

و الفرق بينه و بين خيار الحيوان الاجماع ،كما ان للشفيع ان يأخذ بالشفعة فى بعض الصفقة

الصحيح.

و من المعلوم ان تشريعا واحدا اولى و اقرب الى الحكمة من تشريعين اذا كانت نتيجة التشريعين نفس نتيجة التشريع الواحد ، فتأمل (ولا اقل من التساوى) بين قسمى التشريع ،بان لا نعلم هل ان الشارع شرع هكذا؟ او هكذا؟ (ف) مع التساوى (يرجع الى اصالة اللزوم) اى لزوم العقد بالنسبة الى ارجاع البعض ،فان مقتضى العقد انه لا يحق للمشترى ان يرجع الكل ولا ان يرجع البعض ، خرج من هذا المقتضى بالادلة الدالة على ان للمشترى ان يرجع الكل ـ اذا كان بعض المبيع معيبا ـ وبقى ارجاع البعض منفردا على اصالة عدمه.

(و) ان قلت: فلماذا تقولون للمشترى ارجاع البعض اذا كان المبيع صفقة تشتمل على الحيوان و غيره ، حيث تقولون بان المشترى يرجع الحيوان فقط ولا يحق له ان يرجع الكل.

قلت: (الفرق بينه) اى بين ما اذا كان بعض المبيع معيبا حيث نقول بعدم جواز ارجاع المعيب منفردا (و بين خيار الحيوان) حيث نقول: بصحة ارجاع الحيوان فقط (الاجماع) والا لكان مقتضى الاصل اللزوم ايضا ،الا اذا اراد رد الكل ،وذلك (كما ان للشفيع ان يأخذ بالشفعة فى بعض الصفقة) فاذا كان زيد و عمر شريكين فى دار فباع عمرو

و بالجملة فالاصل كاف فى المسئلة .

ثم ان مقتضى ما ذكروه من الحاق تبعض الصفقة بالعيب الحادث

حصته من الدار مع بستان له ـ مثلا ـ صفقة واحدة لخالد، فيحق لزيد شريكه ان يأخذ بالشفعة بالنسبة الى حصة عمرو من الدار، مع ان الاخذ بالشفعة هنا انما يكون فى بعض الصفقة .

و ذلك لدلالة الدليل على صحة الاخذ بالشفعة مطلقا، سواء كان الشئ المبيع تمام السلعة او بعضها، ولا يرتبط هذا الحق بالبستان ـ لانه لا شفعة فيه حيث لا شركة فيه ـ و خيار الحيوان من هذا القبيل فان مادل على ان للمشترى ارجاع الحيوان شامل لما اذا بيع الحيوان منفردا او منضما، فاذا بيع منضما كان للمشترى الحق فى ارجاع الحيوان فقط لدليل خيار الحيوان، دون ماكان منضما مع الحيوان لعدم شمول الدليل لتلك الضميمة .

(و بالجملة فالاصل) الذى ذكرناه بقولنا « يرجع الى اصالة اللزوم » (كاف فى المسئلة) فلا يحق للمشترى ارجاع المعيب فقط، اذا كانت الصفقة تشتمل على الصحيح و المعيب، وانما يحق له ارجاع الكل او امساك الكل .

(ثم ان مقتضى ماذكروه من الحاق تبعض الصفقة) على البائع، فيما اذا اراد المشترى ردّ البعض المعيب منفردا، و امساك البعض الصحيح (بالعيب الحادث) الذى يمنع الرد بالعيب القديم، لان تبعض الصفقة على البائع عيب ـ كما تقدم ـ فاللازم اما ان يرد المشترى الكل او ان

. . . . . .

انه لو رضى البائع بتبعض الصفقة جاز الرد كما فى التذكرة معللا بـــان الحق لا يعدوهما ·

وهذا مما يدل على ان محلّ الخيار هو الجزء المعيب، الا انه منع من رده نقصه بالانفراد عن باقى المبيع ، اذ لو كان محله المجموع لم يجز رد المعيب وحده الا بالتفاسخ ، ومعه يجوز رد الصحيح منفردا ايضا ·

يمسك الكل (انه لو رضى البائع بتبعض الصفقة) بان قبل ارجاع المعيب فقط (جاز الرد) بالنسبة الى المعيب فقط (كما فى التذكرة معللا) جواز الرد حينئذ (بان الحق لا يعدوهما) فاذا رضى من له الحق فقد اسقـط حقه ، وليس ذلك من قبيل الحكم الذى لا يكون امره الا بيد الشارع فقط ·

(و هذا) الكلام الذى ذكره صاحب التذكرة (مما يدل على ان محلّ الخيار هو الجزء المعيب) فقط (الا انه منع من رده) اى رد محل الخيار منفردا (نقصه) على البائع (ب) سبب (الانفراد عن باقى المبيع) ·

و انما يدل قول التذكرة على ذلك (اذ لو كان محله) اى محل الخيار (المجموع لم يجز رد المعيب وحده) و ان رضى البائع (الا بالتفاسخ) اذ لا خيار فى البعض حتى يرد ذلك البعض بالخيار ·

فاذا اريد رد البعض فقط لزم ان يتفاسخ البائع و المشترى فى ذلك البعض (و معه) اى مع كون رد البعض بالتفاسخ لا بالخيار، (يجـــوز رد) الجزء (الصحيح منفردا ايضا) اذ كما يتحقق التفاسخ فى المعيب كذلك يتحقق فى الصحيح ·

. . . . . .

و اما الثالث: و هو تعدّد المشترى بان اشتريا شيئا واحدا، فظهر فيه عيب، فان الاقوى فيه عدم جواز انفراد احدهما على المشهور، كما عن جماعة.

و استدل عليه فى التذكرة وغيرها بان التشقيص عيب مانع من الرد خلافا للمحكى عن الشيخ فى باب الشركة، والاسكافى والقاضى و الحلى و صاحب البشرى فجوزوا الافتراق.

(و اما الثالث: و هو تعدّد المشترى بان اشتريا) زيد وعمرو مثلا (شيئا واحدا، فظهر فيه عيب) و كان البائع واحدا فاراد احدهما رد المعيب من حصة نفسه، و اراد الآخر امساكه (فان الاقوى فيه عدم جواز) اى عدم نفوذ (انفراد احدهما) بالفسخ (على المشهور كما عن جماعة) دعوى الشهرة عليه.

(و استدل عليه) اى على عدم جواز فسخ احدهما (فى التذكرة، و غيرها بان التشقيص) اى ارجاع شقص اى جزء على البائع و ابقاء جزء عند المشترى (عيب مانع من الرد) و قد تقدم ان العيب لا يفرق فيه بين ما حصل قبل الرد او ما حصل بنفس الرد (خلافا للمحكى عن الشيخ فى باب الشركة، والاسكافى و القاضى و الحلى و صاحب البشرى فجوزوا الافتراق) بين المشتريين بان يرد احدهما ولا يرد الآخر ـ و هذا قول ثان فى المسألة ـ.

فان الاقوال على ما ذكرها المصنف اربعة، العدم مطلقا، والجواز مطلقا، والتفصيل بين علم البائع بالتعدد فالجواز، وعدم علمه فعدم

. . . . . .

و فى التذكرة ليس عندى فيه بُعدٌ اذ البائع اخرج العبد اليهما مشقصا، فالشركة حصلت بايجابه و قواه فى الايضاح لماتقدم من التذكرة.

و ظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصورة علم البائع بتعدد المشترى، واستجوده فى التحرير، وقواه فى جامع المقاصد، وصاحب

الجواز.

و التفصيل الذى يظهر من المبسوط، وهو الجواز مع تحقق القبول من المشتريين، والوجهان مع اتحاد القبول.

(و فى التذكرة) قال: (ليس عندى فيه) اى فى جواز الافتراق (بُعدٌ) بضم الباء (اذ البائع اخرج العبد) المبيع (اليهما مشقصا) اى جزءا لهذا، و جزءا لذاك (فالشركة حصلت بايجابه) فكانه بيعان فلهما خياران، وليس ببيع واحد حتى يكون لهما خيار واحد (و قواه فى الايضاح لماتقدم من التذكرة) من الدليل.

(و ظاهر هذا الوجه) اى وجه الظهور، ان الظاهر نسبة الفعل الى الشخص الذى فعله عن علم و عمد.

فاذا قلنا ضرب زيد، انصرف الى كون ضربه صدر عن علم و عمد.

فقول التذكرة «اخرج العبد» ظاهر فى ان البائع كان عالما بان المشترى متعدد.

فظاهر كلامه (اختصاص جواز التفريق بصورة علم البائع بتعدد المشترى و استجوده) اى تعدد الخيار فيما اذا كان البائع عالما بتعدد المشترى (فى التحرير، و قواه فى جامع المقاصد، وصاحب

المسالك.

وقال فى المبسوط: اذا اشترى الشريكان عبدا بمال الشركة، ثم اصابا به عيبا، كان لهما ان يرداه، وكان لهما ان يمسكاه، فان اراد احدهما الرد، والآخر الامساك، كان لهما ذلك.

ثم قال: ولو اشترى احد الشريكين للشركة، ثم اصابا به عيبا، كان لهما ان يردا، وان يمسكا فان اراد احدهما الرد والآخر الامساك.

المسالك) وهذا هو القول الثالث الذى اشرنا اليه.

(وقال فى المبسوط: اذا اشترى الشريكان عبدا بمال الشركة) وكونهما اشترياه من مال الشركة من باب المثال: والا فالمراد مطلقا كون المشترى شخصين ـ ولكن مع وحدة البيع كما لا يخفى ـ (ثم اصابا به عيبا، كان لهما ان يرداه، وكان لهما ان يمسكاه) هذا بلا اشكال كما انه لا اشكال فى انه ليس لاحدهما رد جزء مما ملكه، اذ الخيار ـ لو قيل به ـ انما هو بالنسبة الى تمام حصته، لا بالنسبة الى كل جزء جزء.

وكيف كان (فان اراد احدهما الرد والآخر الامساك، كان لهما ذلك)

وهذا الكلام من المبسوط هو شق مما ذهب اليه من التفصيل الذى تقدمت الاشارة اليه، وهو انه اذا كان القبول من المشتريين كان لكل واحد منهما خيار مستقل.

واشار الى الشق الثانى من تفضيله بقوله: (ثم قال: ولو اشترى احد الشريكين للشركة، ثم اصابا به عيبا، كان لهما ان يردا، وان يمسكا فان اراد احدهما الرد والآخر الامساك) ولا يحق لاحدهما ان يرد الكل

. . . . . .

نُظِرَ، فان اطلق العقد، ولم يخبر البائع انه قد اشترى للشركة لم يكن له الرد، لان الظاهر انه اشتراه لنفسه، فاذا ادعى انه اشتراه له ولشريكه فقد ادعى خلاف الظاهر فلم يقبل قوله، وكان القول قول البائع مع يمينه الى ان قال: وان اخبر البائع بذلك قيل فيه وجهان، احدهما ـ وهو الصحيح ـ ان له الردّ، لان الملك بالعقد وقع لاثنين، فقد علم البائع انه يبيعه من اثنين، وكان لاحدهما ان ينفرد بالرّد دون الآخر.

او ان يمسك الكل، الا اذا كان وكيلا عن الشريك الآخر، كما فى مال المضاربة (نظر، فان اطلق العقد، و) ذلك بان (لم يخبر البائع انه قد اشترى للشركة لم يكن له الرد) وحده، بل اللازم اما ردهما او امساكهما (لان الظاهر) عند اشترائه (انه اشتراه لنفسه) فلم يتحقق علم البائع بالشركة الذى هو الميزان فى جواز رد احدهما (فاذا ادعى انه اشتراه له) اى لنفسه (و لشريكه، فقد ادعى خلاف الظاهر) اى ما ظهر للبائع عند اشترائه من ان يشتريه لنفسه فقط (فلم يقبل قوله، وكان القول) فى عدم اطلاعه على الشركة (قول البائع مع يمينه) لانه منكر لعلمه بالشركة، والمشترى مدّع لعلم البائع بالشركة (الى ان قال) الشيخ (وان اخبر) المشترى (البائع بذلك) الاشتراك عند اشترائه (قيل فيه) اى فى ان لاحدهما حق الرد دون رد الآخر (وجهان، احدهما ـ وهو الصحيح ـ) عند الشيخ (ان له الرد، لان الملك بالعقد وقع لاثنين، فقد علم البائع انه يبيعه من اثنين) فحكمه حكم بيعين (و كان لاحدهما) حينئذ (ان ينفرد بالرد دون) رد (الآخر).

. . . . . .

و قيل فيه وجه آخر و هو انه ليس له الرد، لان القبول فى العقد كان واحدا، انتهى .

و ظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما اذا كان القبول فى العقد واحدا من اثنين .

اما اذا تحقق القبول من الشريكين ، فلاكلام فى جواز الافتراق .

ثم الظاهر منه مع اتحاد القبول ،التفصيل

(وقيل فيه وجه آخر و هو انه ليس له الرد) وحده (لان القبول فى العقد كان واحدا ، انتهى) فهو بيع واحد ، والبيع الواحد ليس له الا خيار واحد .

(وظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع) فى ان للشريكين خيارين او خيارا واحدا (بما اذا كان القبول فى العقد واحدا من اثنين) بان كان احدهما وكيلا عن الآخر فقبل عنهما، او كان لهما وكيل فقبل الوكيل عنهما .

و انما كان هذا ظاهر العبارة لانه خصص القولين بما اذا كان القبول من واحد .

(اما اذا تحقق القبول من الشريكين) كما اذا قال البائع : بعتكما هذه الدار بالف ،فقال كل واحد منهما : قبلت (فلاكلام فى جواز الافتراق) فى الخيار ، بان يختار احدهما الرد و الآخر الابقاء ،لانه قال فى اول كلامه « فان اراد احدهما الرد والآخر الامساك كان لهما ذلك » .

(ثم الظاهر منه) اى من كلام المبسوط انه (مع اتحاد القبول التفصيل

. . . . . .

بين علم البائع و جهله .

لكن التأمل فى تمام كلامه قد يعطى التفصيل بين كون القبول فى الواقع لاثنين ،اولواحد ، فانه قدس سره علل عدم جواز الرد فى صورة عدم اخبار المشترى بالاشتراك ،بان الظاهر انه اشتراه لنفسه ، لا بعدم علم البائع بالتعدد .

بين علم البائع) بتعدد المشترى ،فيجوز ان يرد احدهما ويمسك الآخر (و جهله) فليس لهما الاخيار واحد ، لانه قال : ولم يخبر البائع انه اشترى للشركة ، الى غيره ممايظهر منه التفصيل بين علمه وجهله .

(لكن التأمل فى تمام كلامه قد يعطى التفصيل بين كون القبول فى الواقع) و نفس الامر (لاثنين ،او لواحد) .

فاذا كان لاثنين كان لكل منهما خيار مستقل .

و ان كان لواحد فليس هناك الاخيار واحد ـ من باب السالبة بانتفاء الموضوع اذ ليس هناك الامشترى واحد فلايمكن تعدد الخيار ـ (فانه قدس سره علل عدم جواز الرد فى صورة عدم اخبار المشترى بالاشتراك ،بان الظاهر انه) اى المشترى (اشتراه لنفسه) .

و من المعلوم ان ظاهر هذا الكلام ان وجه عدم التعدد عدم تعدد المشترى ـ فى الظاهر ـ (لا بعدم علم البائع بالتعدد) .

و لو كان المعيار فى عدم تعدد الخيار عدم علم البائع بالتعدد لكان اللازم التعليل بعدم علم البائع بالتعدد .

. . . . . .

و كذا حكمه قدس سره بتقدم قول البائع بيمينه المستلزم لقبول البينة من المشترى على ان الشراء بالاشتراك دليل على انه يجوز التفريق بمجرد ثبوت التعدد فى الواقع بالبينة ، وان لم يعلم به البائع ، الا ان يحمل اليمين على يمين البائع على نفى العلم و يراد من البينة البينة على اعلام المشترى للبائع بالتعدد .

(و كذا) يظهر ذلك من (حكمه قدس سره بتقدم قول البائع بيمينه) فيما اذا قال المشترى انه اشتراه لنفسه و لشريكه ،وقال البائع بل انه اشتراه لنفسه وحده (المستلزم لقبول البينة من المشترى) لانه اذا كان البائع هو المنكر ،كان المشترى هو المدعى ،وقوله « المستلزم » صفة « حكمه » (على ان الشراء بالاشتراك) «على» متعلق بـ « قبول البينة » فـ (دليل) خبر «حكمه» (على انه يجوز التفريق) فى الخيار بان يختار احدهما الرد و الآخر الامساك (بمجرد ثبوت التعدد) فى المشترى (فى الواقع بالبينة) متعلق بـ « ثبوت » (و ان لم يعلم به) اى بالتعدد (البائع) حال البيع مما يظهر منه ان ليس هناك تفصيل بين علم البائع و جهله (الا ان يحمل اليمين) فى كلام المبسوط (على يمين البائع على نفى العلم) لا يمينه على نفى الشركة (و يراد من البينة) التى يأتى بها المشترى لاثبات كلامه (البينة على اعلام المشترى للبائع بالتعدد) اى تعدد المشترى ،لا البينة على تعدد المشترى .

وعلى هذا : فالمناط فى تفريق الخيار علم البائع و جهله ،لا تعدد المشترى و وحدته .

. . . . . .

و کیف کان فمبنی المسألة ـ علی مایظهر من کلام الشیخ ـ علی تعدد العقد بتعدد المشتری و وحدته ·

و الاقوی فی المسألة عدم جواز الافتراق مطلقا، لان الثابت من الدلیل هنا خیار واحد متقوم باثنین فلیس لکل منهما الاستقلال ·

ولا دلیل علی تعدد الخیار هنا الا اطلاق الفتاوی والنصوص من ان من اشتری

(و کیف کان فمبنی المسألة) ای مسألة: انه هل هناك خیاران او خیار واحد؟ فیما اذا کان البائع واحدا فی عقد واحد وکان المشتری متعددا (ـ علی مایظهر) ذلك المبنی (من کلام الشیخ ـ علی تعدد العقد بتعدد المشتری و وحدته) ای وحدة العقد، فاذا کان المشتری متعددا، یلزم ان یکون العقد متعددا، و ان کان فی صورة عقد واحد، ولازم تعدد العقد تعدد الخیار، واذا کان المشتری واحدا کان هناك خیار واحد ·

(و الاقوی فی المسألة) ای مسألة تعدد المشتری، و وحدة العقد (عدم جواز الافتراق) فی الخیار (مطلقا) سواء علم البائع بالتعدد، اولا (لان الثابت من الدلیل) المثبت للخیار (هنا) فی باب العیب، بل فی کل ابواب الخیارات کالغبن، و الرؤیة، ونحوهما (خیار واحد متقوم باثنین) ای ان الواحد لهما معا ·

و اذا کان الخیار متقوما بهما (فلیس لکل منهما الاستقلال) بالفسخ بل لابد من فسخهما معا اذا ارادا الاخذ بالخیار ·

(ولا دلیل علی تعدد الخیار هنا) ای فی صورة تعدد المشتری (الا اطلاق الفتاوی و النصوص من ان من اشتری

معيبا فهو بالخيار الشامل لمن اشترى جزءا من المعيب.

لكن الظاهر بعد التأمل انصرافه الى غير المقام.

و لو سلمنا الظهور، لكن لا ريب فى ان رد هذا المبيع منفردا عن المبيع الآخر نقص حدث فيه بل ليس قائما بعينه ولو بفعل الممسك لحصته،

معيبا فهو بالخيار) فان «من» شامل لما اذا كان المشترى واحدا، او متعددا (الشامل) هذا الاطلاق (لمن اشترى جزءا من المعيب) منضما الى شخص آخر فى عقد واحد.

(لكن الظاهر) من اطلاقهم (بعد التأمل انصرافه الى غير المقام) اى غير مقام تعدد المشترى فى عقد واحد.

فانه منصرف الى ماكان المشترى متعددا فى عقدين او فى عقد واحد قائم مقام عقدين ـ كما تقدم مثاله فى بعض الحواشى السابقة ـ.

(و لو سلمنا الظهور) اى ظهور اطلاق النص و الفتوى فى المقام ايضا (لكن لا ريب فى ان رد هذا المبيع) الذى هو جزء ـ فى عقد واحد ـ (منفردا عن المبيع الآخر نقص حدث فيه).

وقد تقدم ان النقص الحادث عند المشترى عيب مانع عن الرد بالعيب القديم، فهو مخصص لاطلاق النص و الفتوى المجوز للرد (بل) المتاع (ليس قائما بعينه) اذا كان الرد لجزء منه، وقد شرط النص المتقدم ـ فى جواز الرد ـ ان يكون المتاع قائما بعينه (ولو) ان عدم القيام بعينه انما هو (بفعل الممسك لحصته) فان ما دل على اشتراط القيام بعينه مطلق، يشمل كل اقسام عدم القيام، سواء كان عدم القيام بفعل

. . . . . .

و هو مانع من الرد .

و من ذلك يعلم قوة المنع و ان قلنا بتعدد العقد .

و ماذكروه تبعا للتذكرة من ان التشقيص حصل بايجاب البائع فيه انه اخرجه غير مبعض ، وانما تبعض بالاخراج

ذى الخيار ،او بفعل اجنبى ،او بفعل الطبيعة (وهو) اى عدم القيام بعينه (مانع من الرد) كما ورد فى النص .

(و من ذلك) الذى ذكرنا ان القيام بعينه شرط فى وجود الخيار (يعلم قوة المنع) عن الرد بالنسبة الى احدهما (وان قلنا بتعدد العقد) و انهما لو اشترياه فى عقد واحد ، كان هناك عقدان ،وذلك لصدق انه ليس قائما بعينه .

و حينئذ فاذا اشترى زيد نصف الدار ،ثم اشترى عمرو النصف الآخر ، فيحق لاحدهما الفسخ ،لصدق ان نصف الدار قائم بعينه .

اما اذا اشترياه فى عقد واحد ــ وان كان ذلك فى قوة تعدد العقد ــ لم يحق لاحدهما الرد ، لانه يصدق ان الدار المشتراة ليست قائمة بعينها ، فتأمل .

(و) **ان قلت** : ان التبعض ليس بفعل المشترى ،بل هو بفعل البائع الذى باعه من اثنين ،كما ذكره التذكرة .

قلت : (ماذكروه تبعا للتذكرة من ان التشقيص حصل بايجاب البائع) فللمشترى حق الخيار (فيه ،انه) اى البائع (اخرجه غير مبعض ،و انما تبعض بالاخراج) فان المعتبر فى جواز الرد حصوله فى يد البائع .

و المقصود حصوله فى يد البائع ، كما كان قبل الخروج ، و خلاف ذلك ضرر عليه .

و

و الحاصل : ان التبعض لم يحصل فى يد البائع ، بل حصل عند اخراج البائع المتاع من ملكه الى ملك المشترى فحصول التشقيص بايجاب البائع ليس حاله حال العيب الحاصل عند البائع .

وعليه فارجاع شقصه الى البائع ضرر عليه ، بخلاف ما اذا كان التشقيص حاصلا عند البائع ، كما اذا باع نصف السلعة لزيد ، و نصفها الآخر لعمرو فى عقدين مستقلّين (و المقصود) الذى يمكن معه ارجاع الشقص (حصوله) اى حصول المتاع (فى يد البائع ، كما كان قبل الخروج) اى مثل حالته التى كان عليها قبل خروج المتاع من يده اى انه كلما رجع المتاع الى البائع ـ حتى يكون المتاع قبل البيع و بعد الفسخ على حد سواء ـ جاز فى هذه الصورة الرد و الفسخ .

و كلما كان حال المتاع قبل البيع غير حاله بعد الفسخ ، لا يصح الرد و الفسخ ، ومانحن فيه من القسم الثانى اذ المتاع قبل البيع « كل » و بعد الرد « بعض » (و خلاف ذلك) بان لم يحصل فى يد البائع مثل حالته قبل البيع (ضرر عليه) فيدل : لا ضرر ، على انه لم يشرع الشارع الرد الذى يوجب ضررا على البائع .

(و) ان قلت : ان البائع حين بيعه لاثنين كان عالما بانه يخرجه عن ملكه مبعضا ، ومعنى ذلك ان البائع بنفسه اقدم على ضرر نفسه .

. . . . . .

علم البائع بذلك ليس فيه اقدام على الضرر الاعلى تقدير كون حكم المسألة جواز التبعيض و هو محل الكلام .

و الحاصل ان الفرق بين هذه المسألة ، والمسألة الاولى غير وجيه

و اما الثانى : وهو تعدد البائع ، فالظاهر عدم الخلاف فى جواز التفريق ، اذ لا ضرر على البائع بالتفريق

قلت : (علم البائع بذلك) الاخراج عن ملكه مبعضا (ليس فيه اقدام على الضرر) اذ لا تلازم بين الامرين وهما : الاخراج المبعض ، و : الاقدام على الضرر (الاعلى تقدير كون حكم المسألة) اى مسألة البيع لاثنين فى عقد واحد (جواز التبعيض) بان علم البائع ان بيعه لاثنين يستلزم جواز رد احدهما الموجب لضرر البائع ، ومع ذلك اقدم على البيع لهما (و) الحال انه (هو) اى كون حكم المسألة جواز التبعيض (محل الكلام) الآن

(و الحاصل ان الفرق بين هذه المسألة) اى مسألة تعدد البيع فى عقد واحد (و المسألة الاولى) و هى وحدة العقد ، بان لا نجوز الرد فى المسألة الاولى ، ونجوز الرد فى المسألة الثانية التى اشرنا اليها بقولنا : و من ذلك يعلم قوة المنع (غير وجيه) .

(و اما الثانى : و هو تعدد البائع) و وحدة المشترى (فالظاهر عدم الخلاف فى جواز التفريق) فاذا باع بايعان دارهما من زيد ، فوجد فيهما عيبا ، جاز له ان يرد دار احدهما دون دار الآخر (اذ لا ضرر على البائع بالتفريق) لعدم تبعض الصفقة عليه .

لكن ربما يقال : ان التفريق قد يكون ضررا على البائع ، كما اذا كان

و لو اشترى اثنان من اثنين عبدا واحدا، فقد اشترى كل من كل ربعا فان اراد احدهما رد ربع الى احد البايعين دخل فى المسألة الثالثة و لذا لا يجوز، لان المعيار تبعض الصفقة على البائع الواحد .

مصراعى باب لبايعين، فباعاهما بعشرة، بينما كان ثمن الباب الواحدة من دون مصراعه باثنين، فانه لو رد المشترى على احدهما تضرر بثلاثة .

و عليه ففى هذه الصورة لا يجوز الرد على احدهما، بل اللازم قبولهما او ردهما .

(و لو اشترى اثنان من اثنين عبدا واحدا، فقد اشترى كل) من المشتريين (من كل) من البايعين (ربعا) من العبد، اذ كل واحد من البايعين باع نصف ما يملك و هو ربع العبد من احد المشتريين (فان اراد احدهما) اى احد المشتريين (رد ربع) العبد (الى احد البايعين دخل فى المسألة الثالثة) وهى: ما اذا كان البائع واحداً والمشترى متعددا، و اراد احد المشتريين رد حصته الى البائع، فان البائع هنا باع نصف عبده لاثنين، و اراد احد المشتريين رد حصته وهى الربع الى البائع .

(ولذا) الذى دخل فى المسألة الثالثة (لا يجوز، لان المعيار) فى عدم الجواز (تبعض الصفقة على البائع الواحد) و ذلك حاصل هنا .

ثم انه لا اشكال فى انه لاحق للمشترى فى ردّ بعض المبيع اذا كان كله معيبا، لانه من تبعيض الصفقة على البائع الا اذا قبل البائع .

مسئلة

يسقط الارش دون الردّ فى موضعين ·

احدهما : اذا اشترى ربويا بجنسه ،فظهر عيب فى احدهما فلا ارش حذرا من الربا ·

و يحتمل جواز اخذ الارش و نفى عنه البأس فى التذكرة ــ بعد ان حكاه وجها ثالثا لبعض الشافعية ــ

(**مسألة** : يسقط الارش دون الردّ فى موضعين) فليس للمشترى ان يأخذ الارش و له ان يرد المبيع المعيب ·

(احدهما : اذا اشترى ربويا بجنسه ،فظهر عيب فى احدهما) كَأَنْ اشترى منّا من الحنطة بمنّ من الحنطة ·

ولا يخفى ان تسمية احدهما بائعا، والآخر مشتريا، انما هو بالقصد و يظهر فى اللفظ من كلمة « الباء » حيث انه يدخل على الثمن (فلا ارش) هنا (حذرا من الربا) لانه يكون طرف المعيب اكثر ·

و من المعلوم ان النتيجة صارت رطلين من المعيب فى مقابل رطل من الصحيح مثلا ·

(و يحتمل جواز اخذ الارش و نفى عنه البأس فى التذكرة ــ بعد ان حكاه وجها ثالثا لبعض الشافعية ــ) ·

فالوجه الاول فسخ البيع مطلقا ·

موجبها له بان المماثلة فى مال الربا انما يشترط فى ابتداء العقد وقد حصلت، و الارش حق ثبت بعد ذلك لا يقدح فى العقد السابق، انتهى

ثم ذكر ان الاقرب انه يجوز اخذ الارش من جنس العوضين لان الجنس لو امتنع اخذه لامتنع اخذ غير الجنس لانه يكون بيع مال الربا بجنسه مع

و الوجه الثانى فسخ البيع مع رضا البائع.

و الوجه الثالث اخذ المشترى الارش كسائر الموارد التى لا تكون ربوية (موجبها) العلامة (له) اى لاخذ الارش (بان المماثلة فى مال الربا) اى الجنس الربوى (انما يشترط فى ابتداء العقد وقد حصلت) المماثلة فى ابتداء العقد، لان المفروض انه اعطى رطلا من التمر الصحيح فى مقابل رطل من التمر المعيب (و الارش حق ثبت بعد ذلك) و الادلة التى تقول بالمماثلة انما تنصرف الى حالة العقد، فلا تشمل بعد ذلك.

و (لا يقدح) هذا الحق الجديد (فى العقد السابق) لانه لا دليل على قدحه، بعد انصراف الادلة عن مثله (انتهى) كلام العلامة.

(ثم) يأتى الكلام فى انه اذا جاز اخذ الارش، فهل يلزم ان يكون الارش من غير جنس العوضين كان يكون الارش نقودا فى الوقت الذى يقع العقد على التمر مثلا؟ ام يجوز ان يكون الارش من جنس العوضين (ذكر) العلامة (ان الاقرب انه يجوز اخذ الارش من جنس العوضين).

و ذلك (لان الجنس لو امتنع اخذه، لامتنع اخذ غير الجنس) ايضا (لانه) اى غير الجنس اذا اخذ ارشا (يكون) العقد عبارة عن (بيع مال الربا ب) مقابل (جنسه مع

. . . . . .

شئ آخر، انتهى .

وعن جامع الشرائع حكاية هذا الوجه عن بعض اصحابنا المتقدم على العلامة .

و حاصل وجهه ان صفة الصحة لم تقابل بشئ من الثمن حتى يكون المقابل للمعيب الفاقد للصحة انقص منه

شئ آخر) ولا فرق فی حرمة الربا بين ان يعطى رطلا ونصف رطل من التمر فی مقابل رطلين ، او ان يعطى الرطل والنصف فی مقابل رطل ونصف و دينار .

فاذا كان الارش موجبا للربا، لا فرق فی المنع بين الجنس وغير الجنس ، و اذا لم يكن موجبا للربا لم يكن فرق فی الجواز بين الجنس و غير الجنس (انتهى) كلام العلامة ((ره)) .

(وعن جامع الشرائع حكاية هذا الوجه) الذی ذكره العلامة بقوله ((بان المماثلة فی مال الربا)) (عن بعض اصحابنا المتقدم على العلامة)

(و حاصل وجهه) بتوجيه من المصنف : ان الارش غرامة قدرها الشارع ،فهو اجنبی عن العوضين ،ولذا لا يوجب اخذه الربا، لانه ليس جزءا منهما .

ف (ان صفة الصحة) المفقودة فی المعيب (لم تقابل بشئ من الثمن) فان من يشترى العبد بمائة ،ليس مراده ان العبد بتسعين ،وان وصف كونه ((ليس بمريض)) بعشرة (حتى يكون المقابل للمعيب الفاقد للصحة) ((الفاقد)) صفة توضيحية لـ ((المعيب)) (انقص منه) اى من ثمن الصحيح

قدرا، بل لم تقابل بشئ اصلا ،ولومن غير الثمن ، والا لثبت فى ذمة البائع وان لم يختر المشترى الارش بل الصحة وصف التزمه البائع فى المبيع من دون مقابلته بشئ من المال كسائر الصفات المشترطة فى المبيع، الا ان الشارع جوز للمشترى مع تبين فقده اخذ مايخصه بنسبة المعاوضة من الثمن

(قدرا) بان يكون ثمن الصحيح مائة وثمن المعيب تسعين (بل لم تقابل) صفة الصحة (بشئ اصلا ،ولومن غير الثمن) بان يجب على البائع دفع شئ من كيسه للمشترى الذى اشترى منه المعيب (والا) فان كان وصف الصحة قوبل بشئ من الثمن ،او من غير الثمن (لثبت) ذلك الشئ (فى ذمة البائع، وان لم يختر المشترى الارش) فان المفروض ان البائع اعطى المتاع للمشترى بدون وصف الصحة ،فعليه ان يعطى للمشترى الشئ المقابل لوصف الصحة ـ وان لم يطلبه المشترى ـ (بل الصحة وصف التزمه البائع فى المبيع من دون مقابلته بشئ من المال) فكانّ البائع قال : اعطيك هذا المتاع بهذا الثمن ،وانى ملتزم ان يكون صحيحا (كسائر الصفات المشترطة فى المبيع) التى لاتقابل بالمال .

كما اذا قال : ابيعك هذا الشئ بشرط ان اسلّمه اليك فى الزمان الفلانى ،او المكان الكذائى ،او ماشبه ذلك ،فانه اذا لم يف بشرطه لم يكن عليه شئ من المال (الا ان الشارع جوز للمشترى مع تبين فقده) اى فقد وصف الصحة (اخذ) المشترى (مايخصه) فان الصحيح مثلا يباع فى السوق بمائة ،والمعيب بتسعين ،فمن ذلك يظهر ان مايخص وصف الصحة هو عشرة ،ولكن الاخذ يكون (بنسبة المعاوضة من الثمن) فاذا كانت

. . . . . .

اوغيره ، و هذه غرامة شرعية حكم بها الشارع عند اختيار المشترى لتغريم البائع .

هذا ولكن يمكن ان يدعى ان المستفاد من ادلة تحريم الربا ، و حرمة المعاوضة الا مثلا بمثل ـ بعد ملاحظة ان الصحيح والمعيب جنس واحد ـ

قيمة العبد الصحيح مائة ، والمعيب تسعين ، كان للمشترى ان يأخذ عشر القيمة ، فاذا اشتراه خمسين كان له خمسه ، واذا اشتراه مائتين كان له عشرون ـ وليس له ان يأخذ العشرة مطلقا ، الا اذا اشتراه بمائة ـ .

قوله : (اوغيره) عطف على « من الثمن » اى سواء كان ما يأخذه من نفس الثمن ، اوغير الثمن ، بان كان من نقد لم يكن جزءا من الثمن عند اعطائه للبائع (وهذه غرامة شرعية حكم بها الشارع عند اختيار المشترى لتغريم البائع) وليس مثل الضمان بالاتلاف الذى هو فى ذمة البائع ، سواء اراد الغريم ام لا ، فان الضمان ثابت الا ان يسقطه الغريم ، والارش ليس بثابت الا اذا اراد المشترى .

(هذا) هو توجيه كلام العلامة الذى قال بجواز اخذ الارش (ولكن يمكن ان يدعى ان المستفاد من ادلة تحريم الربا ، و) من ادلة (حرمة المعاوضة الا مثلا بمثل) بدون زيادة (ـ بعد ملاحظة انّ الصحيح و المعيب جنس واحد ـ) فلا يجوز بيع احدهما بالآخر مع الزيادة ، و لو كانت تلك الزيادة فى طرف المعيب بمقدار يتدارك به عيبه ، بحيث يتساوى الصحيح و المعيب ثمنا فى نظر العرف .

ان وصف الصحة فى احد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقده استحقاق عوض .

و من المعلوم ان الارش عوض وصف الصحة عرفا و شرعا .

فالعقد على المتجانسين لا يجوز ان يصير سببا لاستحقاق احدهما على الآخر زائدا على ما يساوى الجنس الآخر .

و انما قلنا ((بعد ملاحظة)) لان اطلاقات ادلة الربا الدالة على عدم المفاضلة تشمل الصحيح و المعيب ، كما تشمل الصحيحين .

قوله : (ان) متعلق بـ ((ان المستفاد)) (وصف الصحة فى احد الجنسين كالمعدوم) وانما كان كالمعدوم بمعنى انه (لا يترتب على فقده استحقاق عوض) يعنى ان الشارع لم يهتم بوجود وصف الصحة ، فسواء كان فى المبيع وصف الصحة ام لم يكن فيه وصف الصحة ، فالمعيار مقدار المبيع و يلزم ان لا يكون مقدار المثمن اكثر من مقدار الثمن اذا كان من جنس واحد .

(و من المعلوم ان الارش عوض وصف الصحة عرفا و شرعا) فيشكل القياس هكذا ((الارش عوض)) ((و وصف الصحة لا عوض له)) ((فلا يمكن ان يؤخذ الارش : ـ الذى هو عوض ـ لمقابل وصف الصحة : ـ الذى لا عوض له ـ)) .

(فالعقد على المتجانسين لا يجوز ان يصير سببا لاستحقاق احدهما) و هو المشترى (على الآخر) و هو البائع (زائدا على ما يساوى الجنس الآخر) وان كان ذلك الزائد الارش فيما اذا كان احد الجنسين معيبا .

. . . . . .

و بالجملة ،فبناء معاوضة المتجانسين على عدم وقوع مال فى مقابل الصحة المفقودة فى احدهما .

و المسألة فى غاية الاشكال ،ولا بد من مراجعة ادلة الرباء و فهم حقيقة الارش ،و سيجئ بعض الكلام فيه ان شاء الله تعالى .

الثانى : ما لو لم يوجب العيب نقصا فى القيمة ،فانه لا يتصور هنا ارش حتى يحكم بثبوته .

(و بالجملة ، ف) نقول فى رد العلامة ـ الذى افتى بصحة اخذ الارش ـ ان (بناء معاوضة المتجانسين على عدم وقوع مال فى مقابل) وصف (الصحة المفقودة فى احدهما) لان البيّعين يعلمان انه لا يجوز التفاضل ،فيعاملان بان هذا فى مقابل ذاك فقط و فقط ،وان كان احدهما معيبا والآخر صحيحا، فتأمل .

(و المسألة فى غاية الاشكال ،ولا بد من مراجعة ادلة الربا) و هل انها تقول بعدم جواز اخذ الزيادة ابتداءا؟ او عمومها شامل لمثل الارش ايضا ـ ممايؤخذ بعد العقد ـ (و فهم حقيقة الارش) و هل انه غرامة شرعية ؟ او جزء من الثمن فى مقابل وصف الصحة (و سيجئ بعض الكلام فيه) اى فى الارش (ان شاء الله تعالى) هذا تمام الكلام حول الموضع الاول الذى للمشترى يكون فيه الرد ولا يكون له الارش .

الموضع (**الثانى** : مالولم يوجب العيب نقصا فى القيمة) بان سمى معيبا عرفا، فانطبق عليه دليل الخيار (فانه لا يتصور هنا ارش) اى تفاوت بين قيمة الصحيح و قيمة المعيب (حتى يحكم بثبوته) على البائع ،فان

. . . . . .

و قد مثلوا لذلك بالخصاء فى العبيد .

و قد يناقش فى ذلك بان الخصاء موجب فى نفسه لنقص القيمة لفوات بعض المنافع عنه كالفحولة ، و انما يرغب فى الخصى قليل من الناس لبعض الاغراض الفاسدة اعنى عدم تستر النساء منه ، فيكون واسطة فى الخدمات بين المرء و زوجته .

الحكم تابع للموضوع (وقد مثلوا لذلك بالخصاء فى العبيد) حيث ان العبد الخصى لا تنقص قيمته لرغبة الناس فيه ، ومع ذلك فلا اشكال فى انه معيب و ناقص .

(وقد يناقش فى ذلك) اى فى المثال بالعبد الخصى (بان الخصاء) ايضا يوجب الارش ، لان الاعتبار فيه بالعرف المتدين ، وهم يشترون الخصى باقل قيمة من العبد السالم .

اما اشتراء بعض ذوى الاغراض الفاسدة للخصى بقيمة زائدة فذلك لا يكون ميزانا للقيمة ، حتى لا يوجب الخصاء الارش فالخصاء ايضا (موجب فى نفسه لنقص القيمة لفوات بعض المنافع عنه كالفحولة) فانه لا يقدر على الاخصاب و النسل (وانما يرغب فى الخصى قليل من الناس) كالملوك و من اشبههم (لبعض الاغراض الفاسدة اعنى عدم تستر النساء منه) وهذا غرض فاسد ، اذ يحرم عدم التستر من الرجل الاجنبى الا اذا دخل فى غير اولى الاربة ، ومن الاغراض الفاسدة ايضا عدم حصول نسل له اذا خان و اقترب من امرئة فى الحرم (فيكون واسطة فى الخدمات بين المرء و زوجته) و سائر حرمه .

. . . . . .

و هذا المقدار لا يوجب زيادة فى اصل المالية فهو كعنب معيوب يرغب فيه لجودة خمره .

لكن الانصاف ان الراغب فيه لهذا الغرض حيث يكون كثيرا ـ لا نادرا ـ بحيث لا يقدح فى قيمته المتعارفة لولا هذا الغرض صح ان يجعل الثمن المبذول من الراغبين مقداراً لمالية الخصى ، فكان هذا الغرض صار غرضا مقصودا متعارفا .

(و هذا المقدار) من رغبة ذوى الاغراض الفاسدة (لا يوجب زيادة فى اصل المالية) زيادة واقعية حتى لا يكون هناك ارش (فهو كعنب معيوب يرغب فيه) اهل الباطل (لجودة خمره) فاذا اشتراه انسان جاهلا بعيبه كان له الارش ، لان قيمة العنب الفاسد اقل من قيمة العنب الصحيح .

(لكن الانصاف) ان المناقشة ليست تامة ، لـ (ان الراغب فيه لهذا الغرض) الفاسد (حيث يكون كثيرا ـ لا نادرا ـ بحيث لا يقدح) هذا الغرض (فى قيمته المتعارفة) فان الغرض الفاسد لا يقدح نادرا فى قيمة الفاسد ، اذ مع الندرة تكون قيمته المتعارفة اقل من قيمة الصحيح ، اما مع الكثرة فقيمة الفاسد مثل قيمة الصحيح (لولا هذا الغرض) الفاسد (صح ان يجعل الثمن المبذول من الراغبين مقداراً لمالية الخصى) و كذلك نقول فى العنب المعيوب ، فانه اذا كان الراغب فيه كثيرا حتى صارت قيمته السوقية مساوية لقيمة الصحيح لم يقدح ذلك فى قيمته السوقية ، فلا ارش (فكان هذا الغرض) الفاسد (صار غرضا مقصودا متعارفا)

. . . . . .

و صحة الغرض و فساده شرعا لا دخل لها فى المالية العرفيـــة ، كمالا يخفى .

و بالجملة فالعبرة فى مقدار المالية برغبة الناس فى بذل ذلـــك المقدار من المال بازائه ، سواء كان من جهة اغراض انفسهم ، ام مـــن

بحيث اوجب زيادة المالية السوقية حتى تساوى المعيب مع الصحيح فى القيمة .

(و) ان قلت : كيف رتب الشارع حكمه ـ بعدم الارش ـ على مـــا حرمه من الغرض الفاسد .

قلت : (صحة الغرض و فساده شرعا لا دخل لها فى المالية العرفية كمالا يخفى) فان الشارع رتب حكمه على القيمة السوقية و القيمة السوقيـة حاصلة الآن ، و ان كان الغرض الباعث لها فاسدا كما ان الشارع رتب حكمه ـ الخيارى ـ على ارادة الفسخ فى المجلس ـ فى خيار المجلس مثلا ـ فللمشترى الفسخ و ان كان قصده من هذا الفسخ غرضا حرامـــا ، مثل اضرار البائع بكسر سلعته ، حيث ان السلعة المردودة تكسر فـــى نظر العرف ـ احيانا ـ حالها حال المرئة المخطوبة التى ترد بعـــد ا لخطبة .

(و بالجملة) نقول فى جواب المناقش (فالعبرة فى مقدار الماليـة برغبة الناس فى بذل ذلك المقدار من المال بازائه) اى بازاء المتاع ـ كالعبد الخصى و العنب المعيوب فى المثال ـ (سواء كان) البذل (من جهة اغراض انفسهم) كاشتراء العبد الصحيح للخدمة (ام من

. . . . . .

جهة بيعه على من له غرض فيه ، مع كثرة ذلك المشترى وعدم ندرتـــه بحيث يلحق بالاتفاقيات .

جهة بيعه على من له غرض فيه) وان كان ذلك الغرض فاسدا، ولكـــن انما تكون مالية المعيب كثيرة (مع كثرة ذلك المشترى) الذى له غرض فاسد (وعدم ندرته) ندرة (بحيث يلحق) شراء هذا المشترى الذى له غـرض فاسد (بالاتفاقيات) حتى تكون القيمة السوقية للمعيب انقص من الصحيح



مسئلة

يسقط الرد و الارش معا، بامور.

احدها : العلم بالعيب قبل العقد، بلاخلاف و لا اشكال لان الخيار انما ثبت مع الجهل.

و قد يستدل بمفهوم صحيحة زرارة المتقدمة.

(**مسألة**: يسقط الرد و الارش معا) فى المبيع المعيب (بامور).

(احدها : العلم بالعيب قبل العقد، بلاخلاف ولا اشكال) بان اقدم المشترى على اشترائه مع علمه بعيبه ،ولكن بشرط ان يكون علمه بالعيب بمقدار العيب كما وكيفا.

مثلا : علم بان للعبد عين واحدة عوراء ، فاذا ظهر ان عينيه عوراوتان او ظهر ان عينه عمياء كان له حق الرد والارش (لان الخيار انما ثبت مع الجهل) لانصراف الادلة و تصريح الفقهاء بذلك ففى مورد العلم كان المتبع هو اصالة اللزوم.

(وقد يستدل) لذلك على مافى الجواهر (بمفهوم صحيحة زرارة المتقدمة) عن ابى جعفر عليه السلام :ايما رجل اشترى شيئا و به عيب او عوار، و لم يتبرأ اليه و لم يتبين له ، فاحدث فيه بعد ماقبضه شيئا، ثم علم بذلك العوار او ذاك العيب،فانه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ماينقص من ذاك الداء و العيب من ثمن ذلك.

وجه الاستدلال بالصحيحة ـ ضمن المفهوم منها ـ انه ان تبين

. . . . . .

و فيه نظر و حيث لا يكون العيب المعلوم سببا لخيار، فلو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريدا به الخيار الخاص الذى له احكام خاصة فسد الشرط و افسد، لكونه مخالفا للشرع، و

العيب للمشترى لم يكن له حق فى الرد، كما ان المفهوم منه انه ان تبرأ البائع من عيبه لم يكن للمشترى حق الرد.

(و فيه نظر) فلا تدل هذه الرواية على ان علم المشترى بالعيب يسقط حقه فى الرد و الارش.

و وجه النظر ان كلمة «و لم يتبين له» انما ذكر فى الحديث لاجل تفريع «ثم علم بذلك العوار» عليه، لان العلم المتأخر فرع الجهل المتقدم.

و عليه فكلمة «و لم يتبين» ليست قيدا حتى يكون له مفهوم، فتأمل (و حيث لا يكون العيب المعلوم سببا لـ) وجود (خيار) العيب (فلو) غبنه فى القيمة بان علم المشترى بالعيب و لكن ظن ان قيمة المعيب كذا فظهر بخلاف ذلك، كان للمشترى خيار الغبن و ان لم يكن له خيار العيب، و لو (اشترط العالم) بالعيب (ثبوت خيار العيب مريدا به الخيار الخاص الذى له احكام خاصة) من الرد و الارش و غيرهما (فسد الشرط) لان الشارع لم يجعل هذا الخيار فى هذا الحال، فهو كما اذا اشترط ان يكون له خيار الغبن فى حال انه ليس بمغبون والحاصل انه تشريع (و افسد) بناءا على ان الشرط الفاسد مفسد (لكونه مخالفا للشرع) لكن المشهور بين المتأخرين ان الشرط الفاسد ليس بمفسد (و

لو اراد به مجرد الخيار، كان من خيار الشرط، ولحقه احكامه لا احكام خيار العيب .

الثاني: تبرّى البائع عن العيوب اجماعا في الجملة على الظاهر المصرح به في محكي الخلاف و الغنية، ونسبه في التذكرة الى علمائنا اجمع .

والاصل في الحكم قبل الاجماع ـ مضافا الى ما في التذكرة من ان الخيار انما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة

لو اراد) المشترى (به) اى بخيار العيب الذى يشترطه (مجرد الخيار) لا خيار العيب المقرر فى الشريعة (كان من خيار الشرط، ولحقه احكامه) اى احكام خيار الشرط (لا) من خيار العيب، فلا يلحقه (احكام خيار العيب) كما هو واضح .

(**الثانى**) مما يسقط الرد و الارش معا (تبرّى البائع عن العيوب اجماعا فى الجملة) اى لن الاجماع ليس فى كل صغريات المسألة، وانما هو موجود فى بعض الصغريات (على الظاهر) اى انا نستظهر الاجماع من كلماتهم (المصرح به) اى بالاجماع (فى محكى الخلاف و الغنية، و نسبه فى التذكرة الى علمائنا اجمع) .

(و الاصل) اى الدليل (فى الحكم) بعدم الخيار فى صورة التبرى (قبل الاجماع ـ مضافا الى ما فى التذكرة من ان الخيار انما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة) اى ان اطلاق العقد و عدم تقييده بكون احد العوضين معيبا، يقتضى ان يكونا صحيحين، لانصراف العوضين الى

. . . . . .

فاذا صرح البائع بالبرائة فقد ارتفع ـ صحيحة زرارة المتقدمة .

و مكاتبة جعفر بن عيسى الآتية .

ومقتضى اطلاقهما كمعقد الاجماع المحكى عدم الفرق بين التبرّى تفصيلا و

الصحيحين فيكون العقد واقعا على الجنس بشرط الصحة (فاذا صرح البائع بالبرائة) من العيب (فقد ارتفع ـ الاصل فلا شرط ، ولا وجه للخيار .

فمضافا الى ما فى التذكرة (صحيحة زرارة المتقدمة) حيث قال عليه السلام : (و لم يتبرأ اليه) فان المفهوم منه انه ان تبرأ لم يكن للمشترى الخيار ، و هذا قيد لانه ذكر فى مقام القيدية ، بخلاف قوله عليه السلام : « و لم يتبين له » حيث انه ذكر لاجل تفريع (ثم علم بذلك » عليه ـ كما تقدم ـ .

(و مكاتبة جعفر بن عيسى الآتية) قال : كتبت الى ابى الحسن عليه السلام ، جعلت فداك : المتاع يباع فيمن يزيد ، فينادى عليه المنادى ، فاذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه ، فاذا اشتراه المشترى و رضيه ، و لم يبق الا نقد الثمن ، فربما زهد فيه ، فاذا زهد فيه ادعى عيوبا ، وانه لم يعلم بها ، فيقول له المنادى : قد برئت منها ، فيقول المشترى : لم اسمع البرائة منها ، ايصدّق ؟ فلا يجب عليه ، ام لا يصدّق ؟ فكتب عليه السلام : ان عليه الثمن . فأنّ منطوقها ان البرائة توجب عدم الخيار .

(و مقتضى اطلاقهما) مفهوم زرارة و منطوق جعفر (كمعقد الاجماع المحكى ، عدم الفرق بين التبرّى تفصيلا) كان يقول : انى ابرئ من العيب الذى فى عينه ، او من عواره (و

اجمالا ، ولا بين العيوب الظاهرة و الباطنة ، لاشتراك الكل فى عدم المقتضى للخيار مع البرائة خلافا للمحكى فى السرائر عن بعض اصحابنا من عدم كفاية التبرّى اجمالا .

وعن المختلف نسبه الى الاسكافى ، و قد ينسب الى صريح آخر كلام القاضى المحكى فى المختلف ، مع ان المحكى عن كامل القاضى موافقة المشهور .

و فى الدروس نسب المشهور الى اشهر القولين .

اجمالا) كان يقول : انى ابرئ من كل عيب فيه (ولا بين العيوب الظاهرة) كالعمى و العرج (والباطنة) كمرض فى القلب ، او المعدة (لاشتراك الكل) اى كل هذه العيوب (فى عدم المقتضى للخيار مع البرائة) لاطلاق ادلة اسقاط البرائة للخيار (خلافا للمحكى فى السرائر عن بعض اصحابنا من عدم كفاية التبرّى اجمالا) و انما اللازم التبرّى التفصيلى فلو تبرأ اجمالا ، لم يتبرأ و بقى الخيار ، لاصالة بقائه .

(وعن المختلف نسبه) اى القول بعدم كفاية التبرى الاجمالى (الى الاسكافى ، وقد ينسب) ايضا (الى صريح آخر كلام القاضى المحكى فى المختلف) حيث نقل المختلف عن القاضى كلاما يوهم ذلك (مع ان المحكى عن كامل القاضى موافقة المشهور) فى كفاية التبرّى الاجمالى لاسقاط الخيار .

(و فى الدروس نسب) كلام (المشهور) من كفاية التبرى الاجمالى (الى اشهر القولين) ممايظهر منه ان عدم الكفاية ايضا فيه شهرة ، وذهب

. . . . . .

ثم ان ظاهر الادلة هو التبرّی من العیوب الموجودة حال العقد .

و امّا التبرّی من العیوب المتجددة الموجبة للخیار .

فیدل علی صحته و سقوط الخیار به عموم : المؤمنون عند شروطهم .

قال فی التذکرة بعد الاستدلال بعموم : المؤمنون .

لایقال : ان التبرّی مما لم یوجد یستدعی البرائة مما

الیه جماعة .

و کیف کان فاللازم القول باطلاق اسقاط التبرّی لاطلاق النص و الفتوی .

(ثم ان ظاهر الادلة هو التبرّی من العیوب الموجودة حال العقد) فاذا تبرء منها لم یکن للمشتری خیار .

(و اما التبرّی من العیوب المتجددة الموجبة للخیار) کالعیوب التی تحدث قبل القبض و التی تحدث فی زمن الخیار ، فانها علی البائع ، لان التلف قبل القبض من مال مالکه ، والتلف فی زمن الخیار ممن لاخیار له .

(فیدل علی صحته) ای صحة هذا التبرّی (و سقوط الخیار به عموم : المؤمنون عند شروطهم) فانه یشترط البائع علی المشتری ان لایکون له خیار ، و الشرط یقتضی الوضع ، فلاخیار له ، لاان له خیارا ، ولکن لایحق له ان یجعل به .

(قال فی التذکرة بعد الاستدلال) للمطلب (بعموم : المؤمنون) .

(لایقال : ان التبری مما لم یوجد) اذا صح (یستدعی البرائة مما

لم يجب.

لا نا نقول ان التبرّى انما هو من الخيار الثابت بمقتضى العقد، لا من العيب انتهى.

اقول: المفروض ان الخيار لا يحدث الا بسبب حدوث العيب، والعقد ليس سببا لهذا الخيار فاسناد البرائة الى الخيار

لم يجب).

فكما انه لا يمكن ابراء انسان عما لم يجب عليه بعد كذلك لا يمكن التبرّى من خيار لم يوجد بعد، فهل يصح ان يقول زيد لعمرو: ابرئتك من الطلب الذى سوف اطلب منك بعد اعطائك دينارا؟

(لا نا نقول) ليس التبرّى من العيب تبريا مما لم يوجد، وذلك لـ (ان التبرّى انما هو من الخيار الثابت بمقتضى العقد) و التبرّى انما هو فى حال العقد (لا من العيب) حتى يقال: ان العيب لم يوجد بعد فكيف يتبرء منه؟ (انتهى) كلام التذكرة.

و الاحسن فى الجواب ان يقال: ان هذا امر اعتبارى، فاذا اعتبره العرف كفى، و برائة ما لم يجب اذا لم يكن هناك دليل على منعه، وكان العرف يساعد عليه، جاز.

(اقول) كلام العلامة فيه اشكال، لان (المفروض ان الخيار لا يحدث الا بسبب حدوث العيب) و العيب متأخر عن العقد، فالخيار متأخر عن العقد (و العقد ليس سببا لهذا الخيار) كما حقق فى محلّه (فاسناد البرائة الى الخيار) الذى فعله العلامة حيث قال (التبرّى انما هو من

لا ينفع .

وقد اعترف قدس سرّه فى بعض كلماته بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية بعد العقد وقبل الرؤية .

نعم ذكر فى التذكرة جواز اشتراط نفى خيار الرؤية فى العقد لكنه مخالف لسائر كلماته ،وكلمات غيره كالشهيد، و المحقق الثانى .

و بالجملة فلافرق بين البرائة من خيار العيوب والبرائة من خيار الرؤية

الخيار» (لا ينفع) فى دفع ايراد «لا يقال» .

(و قد اعترف) العلامة (قدس سرّه فى بعض كلماته بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية بعد العقد وقبل الرؤية) لان الخيار انما يحدث بالرؤية لا بالعقد فاسقاطه قبل الرؤية اسقاط لما لم يوجد .

و من المعلوم انه لافرق فى الخيار بين خيار الرؤية و خيار العيب ـ من هذه الجهة ـ .

(نعم ذكر فى التذكرة جواز اشتراط نفى خيار الرؤية فى العقد) مما يدل على ان العقد سبب للخيار، او ان العلامة يجوز اسقاط مالم يوجد (لكنه مخالف لسائر كلماته ،وكلمات غيره كالشهيد، و المحقق الثانى) اللذين قالوا بانه لا يمكن اشتراط اسقاط الخيار فى العقد .

(و بالجملة فلافرق بين البرائة من خيار العيوب و البرائة من خيار الرؤية) .

فكما لا يمكن التبرّى من خيار الرؤية ـ كما ذكره العلامة فى بعض كلماته ـ كذلك لا يمكن التبرّى من خيار العيب، فان فى التبرى من

بل الغرر فى الاول اعظم ؛

الا انه لما قام النصّ و الاجماع على صحة التبرى من العيوب الموجودة فلا مناص عن التزام صحته

هذين الخيارين يستلزم توالى فاسدة ·

منها : لزوم صحة اسقاط مالم يوجد ·

و منها لزوم الغرر ، اذ يلزم من عدم الخيار الغرر ، وقد نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن الغرر (بل الغرر فى الاول) و هو اسقاط خيار العيب (اعظم) و ذلك لاعظمية كون المبيع معيبا من كونه فاقدا لبعض الصفات ·

ولا يخفى مافيه من التأمّل ، اذ بين فقد بعض الصفات و فقد وصف الصحة عموم من وجه ·

مثلا : فقد العين اعظم من فقد اللون المشترط فى الحيوان ، وفقد السمن الذى يوجب ضعف القيمة اعظم من فقد صحة الاذن بان كان الحيوان مشقوق الاذن ·

(الا انه لما قام النصّ و الاجماع على صحة التبرّى من العيوب الموجودة فلا مناص عن التزام صحته) اى صحة التبرّى فى باب العيب ·

فالاستثناء من دليل الغرر موجود فى باب العيب ، وليس بموجود فى باب خيار الرؤية ·

و لذا نلتزم بصحة التبرّى فى باب العيب ، ولا نلتزم بصحة اسقاط خيار الرؤية فى باب خيار الرؤية ·

مع امكان الفرق بين العيوب و الصفات المشترطة فى العين الغائبة

اللهم ان يقال : انه مع التبرّى ليس لغرر عرفا فهو من باب التخصص لا من باب التخصيص ، و يجرى مثله فى خيار الرؤية ايضا ، فلا فرق بين الخيارين (مع امكان الفرق بين العيوب و الصفات المشترطة فى العين الغائبة) و هى الصفات التى يوجب فقدها الخيار .

يعنى ان وجه الاختلاف بين خيار الرؤية و خيار العيب ، حيث قلنا بجواز اسقاط خيار العيب فى العقد ، وقلنا بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية فى العقد ـ مع ان اسقاط خيار الرؤية فى العقد ـ مع ان اسقاط كل منهما موجب للغرر ـ هو :

اولا : ان النص و الاجماع دلا على جواز اسقاط خيار العيب ، بخلاف خيار الرؤية ، فلا دليل على جواز اسقاطه .

و ثانيا : ان بين الخيارين فرقا ، و هو ان فى باب خيار العيب ، دافعان للغرر وهما اصالة السلامة ، وخيار العيب .

و فى باب خيار الرؤية دافع واحد للغرر و هو خيار الرؤية فقط .

فاذا شرطنا سقوط الخيار فى باب العيب لم يكن غرر لوجود اصالة السلامة .

اما اذا شرطنا سقوط الخيار فى باب الرؤية كان الغرر لعدم وجود ما يدفع الغرر .

و الحاصل ان اشتراط سقوط الخيار فى باب العيب لا يوجب الغرر و اشتراط سقوط خيار الرؤية فى باب الرؤية يوجب الغرر .

باندفاع الغرر فى الاول بالاعتماد على اصالة السلامة، فلايقدح عدم التزام البائع بعدمها، بخلاف الثانى، فان الغرر لايندفع فيه الا بالتزام البائع بوجودها، فاذا لم يلتزم بها، لزم الغرر

ولا يخفى ان قوله اولا: «لما قام النص و الاجماع» جواب عن اشكال التساوى بين خيار الرؤية و خيار العيب، مع تسليم ان فى كلّ من التبرّى من العيب و من خيار الرؤية غررا.

و قوله ثانيا: «مع امكان الفرق» جواب عن اشكال التساوى بانه لاغرر فى اسقاط خيار العيب، والغرر فى اسقاط خيار الرؤية.

فالجواب الاول: من باب التخصيص فى ادلة الغرر.

و الجواب الثانى: من باب التخصّص.

و حاصل الفرق (باندفاع الغرر فى الاول) حين اسقاط خيار العيب (بالاعتماد على اصالة السلامة) اذ الاصل فى كل بيع ان يكون سالما (فلا يقدح عدم التزام البائع بعدمها) اى بعدم السلامة و اسقاطه الخيار (بخلاف الثانى) حين اسقاط خيار الرؤية (فان الغرر لايندفع فيه الا بالتزام البائع بوجودها) اى بوجود الصفات المشترطة فى العين الغائبة (فاذا لم يلتزم بها) اى بالصفات، بان اشترط اسقاط خيار الرؤية (لزم الغرر) وقد نهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم عن الغرر،

فتحصل ان البرائة عن العيوب السابقة صحيحة اولا: لانه وان كان غررا الا ان النص و الاجماع قاما على انه لا بأس بهذا الغرر.

و ثانيا: لانه ليس بغرر لوجود اصالة السلامة.

. . . . . .

و اما البرائة عن العيوب المتجدّدة ، فلايلزم من اشتراطها غرر فى البيع حتى يحتاج الى دفع الغرر باصالة عدمها لانها غير موجودة بالفعل فى المبيع حتى يوجب جهالة .

ثم ان البرائة فى هذا المقام يحتمل اضافتها الى امور .

(و اما البرائة عن العيوب المتجدّدة) فلانحتاج الى الجواب الثانى فيها، فلانقول : البرائة ليست بغرر لوجود اصالة السلامة ،بل نقول : البرائة ليست بغرر لوجود السلامة الفعلية ، اذ المفروض ان البيع صحيح الآن ، فلا غرر اصلا (فلايلزم من اشتراطها) اى اشتراط البرائة عن العيوب المتجدّدة قبل القبض او فى زمن الخيار ـ ممايكون ضمانه على البائع ـ (غرر فى البيع حتى يحتاج الى دفع الغرر باصالة عدمها) اى اصالة عدم العيب .

و انما لانحتاج (لانها) اى تلك العيوب المتجدّدة (غير موجودة بالفعل فى المبيع حتى يوجب) اشتراط عدم الخيار (جهالة) وغررا .

و اصالة السلامة انما يتمسك بها فيما اذا جهل حال المبيع فى انه هل هو صحيح او معيب ؟ اما اذا علمنا بصحة المبيع ، فلا مورد لاصالة السلامة .

(ثم ان البرائة) عن العيب (فى هذا المقام) اى مقام اشتراط البرائة عن العيب عند العقد (يحتمل) ان يصح (اضافتها الى امور) ثلاثة :

الاول: عهدة العيوب، و معناه تعهد سلامته من العيوب فيكون مرجعه الى عدم التزام سلامته فلايترتب على ظهور العيب ردّ ولا ارش، فكانه باعه على كل تقدير.

الثاني: ضمان العيب، و هذا انسب بمعنى البرائة.

(**الاول:** عهدة العيوب) اى ان البائع لا يتعهد سلامته من العيوب و معنى: و ليس على عهدتى، ان لا اضمن عيبه (و معناه) نفى (تعهد سلامته من العيوب فيكون مرجعه الى عدم التزام سلامته) قوله: («ومعناه») الضمير راجع الى («عهدة») و حيث ان تائه مصدرية، فلابأس بان يرجع اليه ضمير المذكر، ونحن فى الشرح اضفنا كلمة («نفى») لاجل بيان الحاصل من («برائة العهدة») كما لا يخفى، وضمير («مرجعه») راجع الى التبرّى و من المعلوم ان («لا اتعهد») يرجع الى («لا التزم») اذ الالتزام فرع التعهد فان الانسان اذا تعهد شيئا كان لازمه ان يلتزم بلوازم تعهده.

و على هذا (فلا يترتب على ظهور العيب ردّ ولا ارش، فكانه باعه على كل تقدير) تقدير الصحة، وتقدير عدم الصحة.

(**الثاني**) من محتملات الاضافة لضمان البرائة (ضمان العيب) اى اتبرء من ضمان العيب ـ و هذا المعنى فرع للمعنى الاول ـ لان الضمان فرع التعهد (و هذا انسب بمعنى البرائة) لانه المتبادر عرفا من البرائة، اذ العرف ينظر الى النتائج كالضمان لا الى المقدمات كالتعهد، فان العرف يريد ان يكون له المال الذى بازاء العيب.

. . . . . .

و مقتضاه عدم ضمانه بمال فتصير الصحة كسائر الاوصاف المشترطة فى عقد البيع لا يوجب الا تخييرا بين الردّ والامضاء مجانا .

و مرجع ذلك الى اسقاط ارش العيوب فى عقد البيع ،لا خيارها .

الثالث: حكم العيب ومعناه البرائة من الخيار الثابت بمقتضى العقد بسبب العيب .

(و مقتضاه) اى مقتضى هذا المعنى الثانى (وعدم ضمانه) اى ضمان العيب (ب) اعطاء (مال) يساوى العيب (فتصير الصحة كسائر الاوصاف المشترطة فى عقد البيع) التى اذا فقدت تخير المشترى بين الرد والامضاء مجانا .

و الحاصل : ان المعنى الثانى هو اسقاط الارش فقط بدون اسقاط الرد فللمشترى الرد، بينما المعنى الاول يوجب ان لا يكون للمشترى لا الرد ولا الارش ـ و هذا بالاضافة الى ان الضمان فرع التعهد كما عرفت ـ .

و الحاصل ان المعنى الثانى (لا يوجب الا تخييرا بين الردّ) للسلعة **المعيبة** (و الامضاء مجانا) بدون ارش .

(و مرجع ذلك) اى المعنى الثانى (الى اسقاط ارش العيوب فى عقد البيع ،لا) اسقاط (خيارها) اى خيار العيوب، لان الخيار باق .

(**الثالث:** حكم العيب و معناه البرائة من الخيار الثابت بمقتضى العقد بسبب العيب) .

ثم ان الفرق بين الاول و الثالث، ان فى الاول باعه على تقدير، فاذا قلنا : بانه يوجب الغرر بطل .

و الاظهر فى العرف هو المعنى الاول .

و الانسب بمعنى البرائة هو الثانى .

و قد تقدم عن التذكرة المعنى الثالث ، و هو بعيد عن اللفظ ، الاان يرجع الى المعنى الاول ، و الامر سهل .

ثم ان تبرى البائع عن العيوب مطلقا ، اوعن عيب خاص انما يسقط تأثيره من حيث الخيار ، اما سائر احكامه فلا .

و اما فى الثالث فهو انما يسقط الخيار فقط ، فلا يلزم الغرر .

فكان الاول ينفى الموضوع ، و الثالث ينفى الحكم .

(والاظهر فى العرف هو المعنى الاول) لان العرف يريد الخلاص من المعاملة فليس عليه شئ ، لا ردا و لا ارشا .

(و الانسب بمعنى البرائة هو الثانى) لان البرائة بمعنى عدم الضمان .

(وقد تقدم عن التذكرة المعنى الثالث) حيث قال : لا نا نقول : ان التبرى انما هو من الخيار (و هو بعيد عن اللفظ) اذ لا خيار فى اللفظ .

(الاان يرجع) كلام العلامة (الى المعنى الاول) فيكون مراده ان لا رد ولا ارش مما هو مقتضى الخيار (والامر سهل) بعد وضوح المقصد .

(ثم ان تبرئ البائع عن العيوب مطلقا) اىّ عيب كان (او عن عيب خاص) كان يقول : انى ابرء من عوار عينه او وجع بطنه (انما يسقط تأثيره) اى تأثير العيب (من حيث الخيار) فلا خيار للمشترى بسبب هذا العيب (اما سائر احكامه) اى احكام العيب (فلا) تسقط بسبب التبرّى .

. . . . . .

فلو تلف بهذا العيب فى ايام خيار المشترى لم يزل ضمان البائع ، لعموم النص .

لكن فى الدروس انه لوتبرى من عيب فتلف به فى زمن خيار المشترى فالاقرب عدم ضمان البائع .

و كذا لو علم المشترى به قبل العقد اورضى به بعده و تلف فى زمان خيار المشترى

(فلو تلف) المتاع (بهذا العيب) المتبرّئ منه (فى ايام خيار المشترى) و هو الخيار الذى سقط بسبب التبرى (لم يزل ضمان البائع) فان خيار المشترى الناشئ عن العيب له تأثيران :

الاول : ان للمشترى الرد و الارش .

و الثانى : انه اذا تلف المتاع فى زمن الخيار كان التلف من البائع فاذا تبرء البائع من العيب سقط التأثير الاول ، اما التأثير الثانى فهو باق على حاله (لعموم النص) الدال على ان التلف فى زمن الخيار ممن لاخيار له .

(لكن) ذكر الشهيد (فى الدروس انه لو تبرى) البائع (من عيب فتلف به فى زمن خيار المشترى فالاقرب عدم ضمان البائع) لانه مع التبرّى لاخيار ، فلايشمله الدليل الدال على ان التلف فى زمن الخيار ممن لاخيار له ــ اذ لا « زمن خيار» فلا موضوع ــ .

(وكذا لو علم المشترى به) اى بالعيب (قبل العقد اورضى به) اى بالعيب (بعده) اى بعد العقد (وتلف فى زمان خيار المشترى) لانه

و يحتمل الضمان ، لبقاء علاقة الخيار المقتضى لضمان العين معه واقوى اشكالا مالو تلف به وبعيب آخر تجدد في الخيار انتهى كلامه رفع مقامه

لا خيار حسب الفرض لان علم المشترى ورضاه مسقط للخيار ـ فلا موضوع ـ .

(و يحتمل الضمان) على البائع اذا تلف في زمن الخيار الذى سقط (لبقاء علاقة الخيار) لانه زمن خيار قد سقط (المقتضى) ذلك الخيار (لضمان العين معه) اى مع الخيار .

و معنى بقاء علاقة الخيار ، ان العيب كان سببا للخيار ، ولكون التلف في ذلك الزمان من كيس البائع ، فسقوط الخيار لا يلازم سقوط الحكم الآخر .

(و اقوى اشكالا) في انه هل يكون التلف من كيس البائع ام لا ؟ فيما اذا تبرء من العيب و نحوه (مالو تلف) المبيع في زمن الخيار الساقط (به) اى بالعيب القديم (وبعيب آخر تجدد في) زمن (الخيار) .

مثلا : كان العبد محموما وتبرء البائع من حمّاه ، ثم تجدد له كسر الرجل في زمن الحمّى ، ثم مات بالامرين ، فهل ان تلفه من كيس البائع ام لا ؟ احتمالان :

الاول : ان يكون من كيس البائع لبقاء علاقة الخيار .

الثاني : ان لا يكون من كيسه لان الموت يستند الى جزئين : جزء على البائع ، هو كونه تلفا في زمن الخيار و جزء على المشترى و هو ان العيب الجديد الذى يكون على المشترى دخيل في التلف (انتهى كلامه رفع مقامه) .

. . . . . .

ثم ان هنا امورا يظهر من بعض الاصحاب سقوط الرد و الارش بها منها : زوال العيب قبل العلم به ، كما صرح به فى غير موضع من التذكرة ،ومال اليه فى جامع المقاصد ، و اختاره فى المسالك ، بل و كذا لو زال بعد العلم به قبل الرد ، وهو ظاهر التذكرة ، حيث قال ـ فى اواخر فصل العيوب ـ : لوكان المبيع معيبا عند البائع ثم اقبضه و قد زال عيبه فلارد ، لعدم موجبه .

و

و لو شككنا فى ان التلف على البائع ام لا ، كان الاصل عدم كونه على البائع ،لاصالة عدم الضمان ، فتأمّل .

(ثم ان هنا امورا) اخر (يظهر من بعض الاصحاب سقوط الردّ و الارش بها) فلايحق للمشترى رد ، ولاارش ،و ان كان المبيع معيبا .

(منها : زوال العيب قبل العلم) اى علم المشترى (به) كما اذا كان العبد محموما حال البيع ،ثم زال حمّاه قبل ان يعلم بذلك المشترى (كما صرح به) اى بانه مسقط للرد و الارش (فى غير موضع من التذكرة ، و مال اليه فى جامع المقاصد ، و اختاره فى المسالك ، بل و كذا) يسقط الرد و الارش (لو زال) العيب (بعد العلم به قبل الرد وهو) اى السقوط فى هذه الصورة (ظاهر التذكرة ، حيث قال ـ فى اواخر فصل العيوب ـ : لو كان المبيع معيبا عند البائع ثم اقبضه) للمشترى (وقد زال عيبه) عند البائع (فلارد ، لعدم موجبه) اى موجب الرد ، اذ لاعيب .

(و) ان قلت : قد سبق انه كان معيبا .

سبق العيب لا يوجب خيارا، كما لو سبق على العقد ثم زال قبله، بل مهما زال العيب قبل العلم او بعده قبل الرد، سقط حق الرد، انتهى.

و هو صريح فى سقوط الرد وظاهر فى سقوط الارش كما لا يخفى على المتأمّل خصوصا مع تفريعه فى موضع آخر قبل ذلك عدم الرد والارش معا على زوال العيب، حيث قال: لو اشترى عبدا وحدث فى يد المشترى نكتة بياض فى عينه، و وجد نكتة قديمة ثم زالت احديهما، فقال البائع الزائلة هى القديمة، فلا رد ولا ارش، وقال المشترى، بل الحادثة، ولى الرد.

قلت: (سبق العيب لا يوجب خيارا، كما لو سبق على العقد ثم زال قبله) اى قبل العقد (بل مهما زال العيب قبل العلم او بعده) و لكن كان الزوال (قبل الرد، سقط حق الرد، انتهى) كلام العلامة.

(وهو صريح فى سقوط الرد) لانه قال: «فلا رد» (وظاهر فى سقوط الارش) لانه قال: «كما لو سبق على العقد ثم زال قبله» اذ من الواضح ان العيب الزائل قبل العقد لا يوجب ردّا ولا ارشا، فكذا المشبّه (كما لا يخفى على المتأمّل، خصوصا مع تفريعه فى موضع آخر قبل ذلك) الكلام (عدم الرد و الارش معا) «عدم» مفعول لـ «تفريعه» (على زوال العيب، حيث قال) العلامة ره (لو اشترى عبدا وحدث فى يد المشترى نكتة بياض فى عينه، و وجد نكتة قديمة) كانت حادثة قبل البيع (ثم زالت احديهما، فقال البائع) النكتة (الزائلة هى القديمة، فلا رد ولا ارش) اذ الرد، و الارش متفرعان على وجود العيب القديم وقد زال العيب (و قال المشترى بل) الزائلة هى (الحادثة) فى يدى (ولى الرد) والارش.

قال الشافعى : يتحالفان الى آخر ماحكاه عن الشافعى .

و كيف كان ففى سقوط الرد بزوال العيب وجه ، لان ظاهر ادلة الرد خصوصا بملاحظة ان الصبر على العيب ضرر هو ردّ المعيوب و هو المتلبس بالعيب ، لا ماكان معيوبا فى زمان .

فلايتوهم هنا استصحاب الخيار .

(قال الشافعى : يتحالفان الى آخر ماحكاه عن الشافعى) .

فان ظاهر هذا الكلام التلازم بين الرد والارش ثبوتا وسقوطا فى امثال المقام .

(و كيف كان) مراد العلامة ره (ففى سقوط الرد بزوال العيب) بعد البيع (وجه) يقاوم استصحاب الخيار ـ ردّا و ارشا ـ (لان ظاهر ادلة الرد خصوصا بملاحظة ان الصبر على العيب ضرر هو ردّ المعيوب) عيبا فى الحال (و هو المتلبس بالعيب) الآن (لا ماكان معيوبا فى زمان) سابق ، فان ظاهر المشتق التلبس بالمبدء فى الحال .

(فلايتوهم هنا) بعد ان صار المعيوب صحيحا (استصحاب الخيار) بعد زوال العيب اذ لا موضوع له .

اللّهم الا ان يقال : ان الادلة دلت على ان المعيوب حكمه كذا فزوال الحكم بزوال العيب خلاف ظاهر الادلة .

و الانصراف الى العيب الحالى بدوى ، فهو من قبيل ما اذا غبنه ثم ارتفعت قيمته ، فان له حق الردّ ، لان الارتفاع فى ملك المشترى لا يرفع الغبن الذى كان مناط الرد وكيف كان فالمصنف على انه لا رد .

. . . . . .

و اما الارش فلما ثبت استحقاق المطالبة به لفوات وصف الصحة عند العقد، فقد استقرّ بالعقد خصوصا بعد العلم بالعيب .

و الصحة انما حدثت فى ملك المشترى ، فبرائة ذمة البائع عن عهدة العيب المضمون عليه يحتاج الى دليل .

فالقول بثبوت الارش و سقوط الردّ قوىّ

(واما الارش) فهل يستحق ،ام لا بعد زوال العيب؟ فالظاهر استحقاقه (ف) انه (لما ثبت استحقاق المطالبة به) اى بالارش (لفوات وصف الصحة عند العقد، فقد استقرّ) الارش (بالعقد خصوصا) ان الاستقرار الكامل صار (بعد العلم بالعيب) لما يقال من ان العلم بالعيب هو الموجب للخيار .

(و) **ان قلت**: ان المتاع صحيح الآن ،وقد زال وجه الارش؟

قلت: (الصحة انما حدثت فى ملك المشترى) فالصحة ملك المشترى كما اذا سمنت الدابة فى ملك المشترى ، فان السمن ليس من البائع (فبرائة ذمة البائع عن عهدة العيب المضمون عليه يحتاج الى دليل) فقد ثبت الارش ،ولم يثبت ما يسقطه .

(فالقول بثبوت الارش و سقوط الردّ قوىّ) .

و فيه ان كان المثبت للرد والارش العيب حال العقد، فاللازم القول بكليهما .

و ان كان المثبت لهما بقاء العيب حال الرد والارش فاللازم القول بسقوطهما .

. . . . . .

لو لم يكن تفصيلامخالفا للاجماع،ولم اجد من تعرض لهذا الفرع قبل العلامة او بعده .

نعم هذا داخل فى فروع القاعدة التى اخترعها الشافعى ،وهو : ان الزائل العائد كالذى لم يزل ، او كالذى لم يعد .

لكن عرفت مرارا ان المرجع فى ذلك هى الادلة .

فالقول بثبوت احد هما وسقوط الآخر لا يخلو عن اشكال (لو لم يكن تفصيلامخالفا للاجماع) والاكان باطلا رأسا (ولم اجد من تعرض لهذا الفرع قبل العلامة او بعده) فلااجماع فى المسئلة ، اذ المشهور لم يتعرضوا للمسئلة ،فكيف يمكن دعوى الاجماع على عدم التفصيل؟

(نعم هذا) الفرع (داخل فى فروع القاعدة التى اخترعها الشافعى ،وهو : ان الزائل العائد) كما اذا كان مريضا، ثم برء ، ثم مرض ثانيافهو (كالذى لم يزل) حتى يكون حاله حال المعيب (اوكالذى لم يعد) حتى يكون حاله حال الصحيح ،والزائل العائد يراد به هنا : وصف الصحة . ولا يخفى الاشكال فى جعل المسئلة من فروع القاعدة ،كما اشار الى الاشكال فيه غير واحد من المعلقين .

اللهم الا ان يريد المصنف ان مناط تلك المسئلة موجود فى المقام .

(لكن عرفت مرارا ان المرجع فى ذلك) اى فى حكم الزائل العائد (هى الادلة) .

فان كان الدليل دلّ على ترتب الحكم لوجود هذه الصفة و لو بعد ان انعدمت ،كان الزائل العائد كالذى لم يزل .

ولا منشأ لهذه القاعدة .

و منها : التصرف بعد العلم بالعيب، فانه مسقط للامرين عند ابن حمزة فى الوسيلة .

و لعله لكونه علامة للرضا بالمبيع بوصف العيب .

و النص المثبت للارش بعد التصرف ظاهر فى ماقبل العلم .

و ان دلّ الدليل على ترتب الحكم لبقاء هذه الصفة فانعدامها يوجب ذهاب الحكم ، وان رجعت بعد ذلك كان الزائل العائد كالذى لم يعد (ولا منشأ لهذه القاعدة) بحيث يكون الحكم هو انه «كالذى لم يعد» او «كالذى لم يزل» فى جميع المواضع على حد سواء .

(و منها) اى من المواضع التى ذكر بعض الاصحاب انه يسقط الرد و الارش فيها (التصرف بعد العلم بالعيب، فانه مسقط للامرين) وهما الرد و الارش (عند ابن حمزة فى الوسيلة) .

(و لعله) اى لعل الوجه فى اسقاطه الامرين (لكونه) اى التصرف (علامة للرضا بالمبيع بوصف العيب) لانه رضى بالمبيع فى الجملة حتى يتمكن من الرد ، اذ الرضا بالبيع فى الجملة لا يلازم الرضا به بوصف العيب .

(و) **ان قلت** : هب ان التصرف يسقط الرد فلماذا نقول باسقاطه الارش ايضا ؟

قلت : (النص المثبت للارش بعد التصرف) كصحيحة زرارة و مرسلة جميل ، واخبار وطى الجارية (ظاهر فى) كون التصرف (ماقبل العلم) فالتصرف بعد العلم يسقط الارش ايضا .

و رد بانه دليل الرضا بالمبيع ،لا بالعيب ·

و الاولى ان يقال : ان الرضا بالعيب لا يوجب اسقاط الارش و انما

و انما كانت تلك النصوص ظاهرة فيما قبل العلم ،لان الانسان اذا علم بالعيب لا يتصرف فى المبيع ،الا اذا اخذ ارشه ،فانه اذا تصرف ثم اراد اخذ الارش احتمل ان البائع لم يقبل ،وانما اراد البائع الرد ·

(و رد) ابن حمزة (بانه) اى التصرف (دليل الرضا بالمبيع) وانه لا يريد رده (لا بالعيب) حتى يسقط الارش ايضا ·

و الحاصل : ان التصرف انما يسقط الرد فقط ،لا الرد والارش معا ·

(و الاولى ان يقال) فى رد ابن حمزة (ان الرضا بالعيب لا يوجب اسقاط الارش) و ان اوجب اسقاط الرد ·

و الحاصل : ان ابن حمزة يقول : ان التصرف دليل الرضا بالمعيب فذلك الرضا يسقط الرد والارش ·

والراد يقول : ان التصرف دليل الرضا بالمبيع لا بالمعيب ،فلا يوجب الا اسقاط الرد ، واما الارش فهو باق على حاله ·

و الشيخ يقول : نسلّم كلام ابن حمزة بان التصرف دليل الرضا بالمعيب ، لكنه مع ذلك لا يسقط الارش ،اذ المسقط للارش الابراء ،لا الرضا ·

فاذا كان لك دين على انسان لا يكفى فى اسقاطه عن ذمته ان ترضى بان لا يعطيك ،بل اللازم ان تبرئه حتى يسقط الدين عن ذمته ،فالرضا لا يوجب اسقاط الارش (و انما

المسقط له ابراء البائع عن عهدة العيب .

و حيث لم يدل التصرف عليه فالاصل بقاء حق الارش الثابت قبل التصرف .

مع ان اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع ، فليراجع .

و منها : التصرف فى المعيب الذى لم ينقص قيمته بالعيب ، كالبغل الخصّى بل العبد الخصّى على ما عرفت فان الارش منتف لعدم تفاوت القيمة والرد

المسقط له) اى للارش هو (ابراء البائع عن عهدة العيب) ولم يحصل الابراء .

(و حيث لم يدل التصرف عليه) اى على الابراء (فالاصل بقاء حق الارش الثابت قبل التصرف) .

و المراد بالاصل : الدليل الدال على ثبوت الارش ، لا الاصل العملى كما لا يخفى .

(مع) انه يرد على ابن حمزة فيما قاله بقوله : والنص المثبت للارش الخ (ان اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع) لاطلاق النص (فليراجع) حتى يشاهد الاطلاق فيه ، فلا انصراف له الى ما قبل التصرف .

(و منها) اى مما قيل انه يسقط الرد والارش معا (التصرف فى المعيب الذى لم ينقص قيمته بالعيب ، كالبغل الخصى) فانه لا تنقص قيمته ، بل ربما تزداد (بل العبد الخصّى على ما عرفت) من الرغبة فيه ، رغبة توجب عدم نقص قيمته (فان الارش منتف لعدم تفاوت القيمة) بين الصحيح و المعيب ، (و الرد) ينتفى

لاجل التصرف.

وقد يستشكل فيه من حيث لزوم الضرر على المشترى بصبره على المعيب وفيه ان العيب فى مثله لا يعد ضررا ماليا بالفرض، فلا بأس بان يكون الخيار فيه كالثابت بالتدليس فى سقوطه بالتصرف، مع عدم ارش فيه وحلّه ان الضرر اما ان يكون من حيث القصد الى ما هو أزيد مالية من الموجود واما ان يكون من حيث القصد الى خصوصية مفقودة فى العين، مع قطع

(لاجل التصرف) فانه قد عرفت ان التصرف يوجب اسقاط الرد.

(وقد يستشكل فيه) اى فى كونه مسقطا للردّ (من حيث لزوم الضرر على المشترى) اذا قلنا انه لا يحق له الرد (ب) سبب (صبره على المعيب) «بصبره» متعلق بـ «الضرر».

(وفيه ان العيب فى مثله) الذى لا تنقص قيمته (لا يعد ضررا ماليا بالفرض) اى حسب ما فرض انه لا نقص فى قيمته (فلا بأس بان يكون الخيار فيه ك) الخيار (الثابت بالتدليس فى سقوطه بالتصرف).

وكما ان هذا لا اشكال فيه، كذلك ما نحن فيه، والقصد التنظير، لا القياس كما لا يخفى (مع عدم ارش فيه) اى فى باب التدليس.

(وحلّه) اى وجه ان العيب هنا لا يوجب ضررا (ان الضرر اما ان يكون من حيث القصد) اى قصد المشترى (الى ما هو ازيد مالية من الموجود) فاذا لم يتحقق قصده تضرر، حيث اعطى مالا مقابل أقل من قصده.

(واما ان يكون من حيث القصد الى خصوصية مفقودة فى العين) كخصوصية سلامته من الخصى، مثلا (مع قطع

النظر عن قيمته .

و الاول مفروض الانتفاء .

و الثانى قد رضى به و اقدم عليه المشترى بتصرفه فيه بناءا على ان التصرف دليل الرضا بالعين الخارجية ، كما لو رضى بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه .

الا ان يقال ان المقدار الثابت من سقوط الرد بالتصرف هو مورد ثبوت

النظر عن قيمته) فلا ضرر من حيث قلة المالية .

(والاول) اى ازيدية المالية (مفروض الانتفاء) اذ المفروض ان مالية الخصى ، كمالية الصحيح مقدارا .

(والثانى) اى الخصوصية المفقودة (قد رضى به و اقدم عليه المشترى) اقداما (بـ) سبب (تصرفه فيه) و التصرف ملازم للرضا (بناءا على ان التصرف دليل الرضا بالعين الخارجية) ولذا قال عليه السلام : لانه رضى به (كما لو رضى بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها) اى عدم الكتابة (فيه) اى فى ذلك العبد .

(الا ان يقال) ان الردّ فى مسئلتنا هذه لا يسقط بالتصرف ، فله ان يرد و ان تصرف ، وذلك لان الرد انما يسقط بالتصرف اذا كان للمشترى ان يأخذ الارش ، اما اذا لم يكن للمشترى اخذ الارش لفرض ان العيب لا ارش له ، فتصرفه لا يسقط الرد ، لـ (ان المقدار الثابت من سقوط) حق المشترى فى (الرد) اذا كان المتاع معيبا (بـ) سبب (التصرف) فيه (هو مورد ثبوت

. . . . . .

الارش .

و الافمقتضى القاعدة عدم سقوط الرد بالتصرف كمافى غير العيب و التدليس من اسباب الخيار خصوصا بعد تنزيل الصحة فيمانحن فيه منزلة الاوصاف المشترطة التى لا يوجب فواتها ارشا فان خيار التخلف فيها

الارش) حتى يكون للمشترى مجال اخذ الارش ،اذا لم يكن له حق الرد (والا) يكن للمشترى حق الارش ،كمسألة الخصى (فمقتضى القاعدة عدم سقوط الرد بالتصرف) فى المبيع (كمافى غير العيب و التدليس من اسباب الخيار) فانه لا دليل على سقوط الرد بالخيار اذا تصرف المشترى فى المبيع ،ثم ظهر الغبن ،او كان مخالفا للصفات ـ مثلا ـ كمافى موردى خيار الغبن و خيار الرؤية .

اما فى العيب و التدليس حيث ان المشترى مخير بين الرد والارش فان تصرفه يسقط رده و يبقى له الارش ، فاذا لم يكن له ارش لم يكن تصرفه مسقطا لرده (خصوصا بعد تنزيل الصحة فيمانحن فيه) اى فى باب خيار العيب (منزلة الاوصاف المشترطة التى لا يوجب فواتها ارشا) .

فقدعرفت فيما سبق ان وصف الصحة لا يقابل بالمال ، فالصحة شرط و اذا فقد الشرط كان للمشترى الفسخ ،كما انه اذا تخلف الوصف كان له الفسخ .

و الحاصل : ان هذا الخيار من قبيل خيار تخلف الشرط ، و التصرف لا يسقط خيار التخلف (فان خيار التخلف فيها) اى فى الاوصاف

لا يسقط بالتصرف، كما صرح به .

نعم لو اقتصر في التصرف المسقط على ما يدل على الرضا، كان مقتضى عموم ما تقدمه سقوط الرد بالتصرف مطلقا .

و منها : حدوث العيب في المعيب المذكور .

(لا يسقط بالتصرف، كما صرح به) الفقهاء في باب خيار تخلف الوصف .

و الحاصل ان التصرف في المعيب الذي لا ارش له ـ كالخصي ـ لا يسقط الرد .

(نعم لو اقتصر في التصرف المسقط على ما يدل على الرضا) بان قلنا : ان التصرف انما يسقط الرد اذا كان تصرفا عن رضا المشتري بالمعيب ـ ولم نقل ان كل تصرف مسقط ـ (كان مقتضى عموم ما تقدمه) من ان الرضا بالمبيع مسقط للخيار، هو (سقوط الرد بالتصرف مطلقا) سواء كان هناك بَدِيْلٌ للرد ـ و هو الارش ـ ام لم يكن له بَدِيْلٌ .

فتحصل ان المعيب الذي لا ارش له، اذا تصرف المشتري فيه تصرفا دالا على الرضا، سقط رده، والا بان لم يكن تصرف بدون الرضا بالمبيع، لم يسقط رده .

(ومنها) اى ومما ذكر من انه يسقط الرد والارش معا ـ في باب خيار العيب ـ (حدوث العيب في المعيب المذكور) اى المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب، لما سبق من ان حدوث العيب عند المشتري يوجب سقوط الرد .

و حيث انه لا ارش له حسب الفرض، فحدوث العيب يوجب ان لا يكون

. . . . . .

و الاستشكال هنا بلزوم الضرر فى محله ، فيحتمل ثبوت الرد مع قيمة النقص الحادث لو كان موجبا له ، لان الصحة فى هذا المبيع كسائر الاوصاف المشترطة فى المبيع التى لا يوجب فواتها ارشا .

و

له رد ولا ارش .

(و) **ان قلت :** كيف يسقط رد المشترى ، والحال انه ضرر عليه؟

قلت : (الاستشكال هنا بلزوم الضرر) على المشترى ، اذا قلنا بسقوط حق رده (فى محله) اذ لم يرض المشترى بالمبيع ، ولم يقدم على ضرر نفسه بالتصرف و نحوه ، فكيف يلزمه الشارع بهذا الضرر .

وعليه (فيحتمل ثبوت الرد) للمشترى بالعيب السابق (مع) الزام المشترى باعطائه للبائع (قيمة النقص الحادث) فى المبيع بسبب العيب الجديد (لو كان) العيب الجديد (موجبا له) اى لنقص ، له قيمة .

و انما نقول بان له الرد و ان حدث فى المبيع عيب (لان الصحة فى هذا المبيع كسائر الاوصاف المشترطة فى المبيع) كان تكون الشاة سوداء او بيضاء ، وان تكون الدار اول الشارع او آخره (التى لا يوجب فواتها ارشا) لاستواء قيمة ذات الوصف وغيرها فى نظر العرف ، فانه اذا فات الوصف استحق المشترى الرد ، وليس له الارش ، وفى ما نحن فيه ايضا كذلك ، لان النقص لا يوجب الارش - حسب الفرض - فلا بد وان يكون للمشترى الرد و ان حدث فى المبيع عيب .

(و) **ان قلت :** العيب الجديد يوجب عدم قيام العين وقد شرط الشارع

النص الدال على اشتراط الرد بقيام العين ـ و هى المرسلة المتقدمة ـ مختص بمورد امكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالارش .

و الاجماع فيما نحن فيه غير متحقق ، مع ما عرفت من مخالفة المفيد فى اصل المسألة .

هذا كله مضافا الى اصالة جواز الرد الثابت قبل حدوث العيب .

الرد بقيام العين؟

قلت : (النص الدال على اشتراط الرد بقيام العين ـ و هى المرسلة المتقدمة ـ) عن جميل (مختص بمورد امكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالارش) (بالارش) متعلق بـ « تدارك » فلا يشمل النص ما نحن فيه ، و يُبقى دليل : لا ضرر ، للمشترى حق الرد .

(والاجماع) على اشتراط الرد بقيام العين (فيما نحن فيه) مما لا ارش له (غير متحقق) اذ القدر المتيقن من الاجماع هو صورة امكان اخذ الارش وعليه فلا اجماع ، ويصح رد المعيب وان حدث فيه عيب جديد (مع ما عرفت من مخالفة المفيد فى اصل المسألة) حيث ان المفيد قال : بعدم منع حدوث عيب جديد عن الرد بالعيب القديم ، كما تقدم فى المسقط الرابع من مسقطات خيار العيب ، فاذا لم يمنع العيب الجديد من الرد بالعيب القديم ـ حتى فيما كان للمبيع ارش ـ كان عدم المنع فيما لا ارش فيه اولى .

(هذا كله) لبيان ان ادلة منع الرد بسبب العيب الجديد لا يشمل المقام (مضافا الى اصالة جواز الرد الثابت قبل حدوث العيب) فانه لا شك

. . . . . .

و هى المرجع بعد معارضة الضرر المذكور بتضرر البائع بالفسخ ،و نقل المعيب الى ملكه بعد خروجه عن ملكه ، سليما عن هذا العيب ·

و كيف كان فلو ثبت الاجماع او استفيض بنقله على سقوطه الرد بحدوث العيب و التغير على وجه يشمل المقام ،والا فسقوط الرد هنا محل نظر ،بل منع ·

فى جواز الرد قبل حدوث العيب،فاذا شككنا فى جواز الرد بعد حدوث العيب،كان استصحاب الجواز محكما (وهى) اى اصالة جواز الرد (المرجع بعد) تعارض دليل لاضرر ، للبائع ،ودليل : لاضرر ، للمشترى ،اذ لو رد المشترى تضرر البائع بالعيب الجديد ، و لو لم يرد المشترى تضرر بالعيب القديم ، فيتعارض : لاضرر ، هذا ، بلاضرر ذاك و يتساقطان ، فيكون المرجع اصالة جواز الرد ·

فبعد (معارضة الضرر المذكور) اى ضرر المشترى اذا قلنا بانه لا رد (بتضرر البائع بالفسخ ،ونقل المعيب) بالعيب الجديد (الى ملكه) اى ملك البائع (بعد خروجه عن ملكه ، سليما عن هذا العيب) الجديد ·

(و كيف كان) الامر ، سواء قلنا بوجود الاستصحاب ، ام لم نقل بوجوده لتغير الموضوع (فلو ثبت الاجماع او استفيض بنقله) و ان لم يثبت عندنا (على سقوطه الرد بحدوث العيب) الجديد (و) حدوث (التغير) فى المبيع مما اوجب ان لا يكون المبيع قائما بعينه (على وجه يشمل المقام) الذى لا ارش له فهو الحجة (والا) يثبت الاجماع (فسقوط الرد هنا) فيما لا ارش له (محل نظر ،بل منع) لشمول ادلة الرد لمثله ·

و منها : ثبوت احد مانعى الرد فى المعيب الذى لا يجوز اخذ الارش فيه لاجل الربا .

اما المانع الاول فالظاهر ان حكمه كما تقدم فى المعيب الذى لا تنقص ماليته فان المشترى لما اقدم على معاوضة احد الربويين بالآخر ، اقدم على عدم مطالبة مال زائد على ما يأخذه

و الحاصل ان للمشترى حق الرد ، اما لعموم ادلة رد المبيع المعيب و اما لوجود الاصل العملى و هو استصحاب جواز الرد .

(و منها) اى من الموارد التى يسقط فيها الرد والارش معا (ثبوت احد مانعى الرد فى المعيب الذى لا يجوز اخذ الارش فيه) .

و انما لا يجوز اخذ الارش (لاجل الربا) فيما اذا كان العوضين ربويين كالذهب بالذهب و الحنطة بالحنطة .

و المراد بمانعى الرد : التصرف و حدوث العيب بعد القبض ، وذلك لان مانع الرد يمنع من الرد ، وكون الجنس ربويا يمنع الارش ، فلا ارش و لا رد .

(اما المانع الاول) و هو التصرف (فالظاهر ان حكمه كما تقدم فى المعيب الذى لا تنقص ماليته) بالعيب كالعبد الخصى ، فكما ان التصرف فى العبد الخصى يمنع الرد والارش ، فلا ارش ، لانه لا تنقص القيمة بالخصاء و لا رد لانه تصرف فيه ، كذلك مانحن فيه ، فانه لا رد لانه تصرف فيه ، ولا ارش لان الارش مستلزم للربا (فان المشترى لما اقدم على معاوضة احد الربويين بالآخر اقدم على عدم مطالبة مال زائد على ما يأخذه) « على »

. . . . . .

بدلا على ماله و ان كان المأخوذ معيبا فيبقى وصف الصحة كسائر الاوصاف التى لا يوجب اشتراطها الاجواز الرد بلا ارش .

فاذا تصرف فيه خصوصا بعد العلم تصرفا دالا على الرضا بفاقد الوصف المشترط لزم العقد ، كما فى خيار التدليس بعد التصرف .

نعم التصرف قبل العلم لا يسقط خيار الشرط كما تقدم .

و اما المانع الثانى : فظاهر جماعة كونه مانعا فيما نحن فيه من الرد ايضا

متعلق بـ « زائد » (بدلا على ماله و ان كان المأخوذ معيبا) فهو بنفسه اسقط حق الارش (فيبقى وصف الصحة كسائر الاوصاف التى لا يوجب اشتراطها الاجواز الرد بلا ارش) كما فى العبد الخصّى .

(فاذا تصرف) المشترى (فيه) اى فى المبيع الربوى (خصوصا بعد العلم) بالعيب (تصرفا دالا على الرضا) منه (بفاقد الوصف المشترط) (المشترط) صفة « الوصف » .

و المراد بالوصف المشترط ، وصف الصحة (لزم العقد) فلا رد ولا ارش (كما فى خيار التدليس بعد التصرف) حيث لا ارش فيه ولا رد .

(نعم التصرف قبل العلم) بالعيب (لا يسقط خيار الشرط) اى شرط الصحة (كما تقدم) لان هذا التصرف ليس رضا بالمعيب فتشمل المقام ادلة ردّ المعيب .

(و اما المانع الثانى) و هو حدوث العيب عند المشترى فى الجنس الربوى (فظاهر جماعة كونه) اى العيب الجديد (مانعا فيما نحن فيه من الرد ايضا) كما يمنع العيب الجديد من الرد بالعيب القديم

. . . . . .

و هو مبنى على عموم منع العيب الحادث من الردّ حتى فى صورة عدم جواز اخذ الارش .

و قدعرفت النظر فيه .

و ذكر فى التذكرة وجهاآخرلا متناع الردوهوانه لو ردّ فاماان يكون مع ارش العيب الحادث .

و اما ان يرد بدونه ، فان ردّه بدونه كان ضررا على البائع وأن ردّ مع الارش لزم الربا قال: لان المردود حينئذ

(و هو مبنى على عموم) دليل (منع العيب الحادث من الرد حتى فى صورة عدم جواز اخذ الارش) .

(و) لكن (قدعرفت النظر فيه) اى فى الامر السابق حيث قال : « و الاستشكال هنا بلزوم الضرر» .

(و ذكر) العلامة (فى التذكرة وجهاآخر لا متناع الرد) فيما اذا كان الجنس ربويا، ثم حدث فيه عيب جديد (و هو انه لو ردّ فاماان يكون مع ارش العيب الحادث) لان العيب الحادث ضرر توجه من المشترى الى البائع .

(و اما ان يرد بدونه) اى بدون الارش (فان ردّه بدونه كان ضررا على البائع) فيشمله دليل : لاضرر ، ولا يشرع الشارع حكما يوجب ضررا على البائع (و ان رد مع الارش لزم الربا) والرباحرام و حيث ان الرد مستلزم للمحذور على كلا التقديرين ،فالشارع لا يحكم بمثل هذا الرد .

و(قال) العلامة ـ فى بيان لزوم الربا ـ : (لان المردود حينئذ)

. . . . . .

يزيدعلى وزن عوضه .

و الظاهر ان مراده من ذلك ان رد المعيب لماكان بفسخ المعاوضة ومقتضى المعاوضة بين الصحيح و المعيب من جنس واحد ان لا يضمن وصف الصحة بشئ ،اذ لوجاز ضمانه لجاز اخذ المشترى الارش فيمانحن فيه ، فيكون وصف الصحة فى كل من العوضين نظير سائر

اى حين كان مع الارش (يزيدعلى وزن عوضه) الذى هو الثمن ، يعنى انه يلزم ان تكون حقة حنطة و دينار ـ المثمن و الارش ـ مقابل حقة حنطة ـ الثمن ـ .

(و الظاهر ان مراده) اى العلامة (من ذلك) اى من قوله « ان المردود .. » (ان رد المعيب لماكان بفسخ المعاوضة) فالارش المردود ، اما ان يكون باعتبار مقابلة وصف الصحة فى اصل المعاملة بالعوض فيلزم زيادة المثمن على الثمن فى اصل المعاوضة و اما ان يكون باعتبار مقابلة وصف الصحة فى الفسخ بالعوض ،فيلزم زيادة الثمن على المثمن فى الفسخ،و كلا الامرين ربا محرم(و) ذلك لان (مقتضى المعاوضة بين الصحيح و المعيب من جنس واحد ان لا يضمن وصف الصحة بشئ) حتى اذا فقد وصف الصحة ، لم يوجب الارش (اذ لوجاز ضمانه) اى ضمان وصف الصحة ،و « اذا » علة « لا يضمن » (لجاز اخذ المشترى الارش فيمانحن فيه) اى فيما اذا كان المثمن معيبا فى الجنس الربوى و الحال انه لا يجوز للمشترى اخذ الارش ـ حسب الفرض ـ فلا يضمن وصف الصحة بشئ (فيكون وصف الصحة فى كل من العوضين نظير سائر

الاوصاف غير المضمونة بالمال فاذا حصل الفسخ وجب ترادالعوضين من غير زيادة ولا نقيصة.

و لذا يبطل التقايل مع اشتراط الزيادة او النقيصة فى احد العوضين ، فاذا استرد المشترى الثمن لم يكن عليه الا رد ماقابله لاغير فان ردالى البائع قيمة العيب الحادث عنه كماهو الحكم فى غيرالربويين اذاحصل العيب عنده لم يكن ذلك الا باعتباركون ذلك العيب مضموناعليه

الاوصاف غير المضمونة بالمال) الذى لا يوجب فقده نقص القيمة (فاذا حصل الفسخ) لاجل العيب السابق (وجب ترادالعوضين) فقط (من غير زيادة) فى احدهما و هو الذى تعيب عند المشترى (ولا نقيصة) فى الآخر و هو الثمن فلاينقص الثمن عن المثمن ، بل يرجع المثمن والثمن فقط.

(و لذا) الذى ذكرنا من ان اللازم ترادالعوضين فقط بلازيادة و لانقيصة (يبطل التقايل مع اشتراط الزيادة او النقيصة فى احدالعوضين) فلايصح ان يقول البائع للمشترى النادم: ارجع اليك الثمن بشرط ان تجعل شيئا على المثمن عند رده الىّ (فاذا استرد المشترى الثمن لم يكن عليه) اى على المشترى (الا ردماقابله) من المثمن (لاغير فان ردّ) المشترى (الى البائع قيمة العيب الحادث عنده كماهو الحكم) بردقيمة العيب الحادث عند المشترى (فى غير الربويين اذاحصل العيب عنده) اى عند المشترى ـ فيما اذا اراد رد المثمن ـ (لم يكن ذلك) الرد لقيمة العيب الحادث (الا باعتبار كون ذلك العيب مضمونا عليه) اى على المشترى

بجزء من الثمن ، فيلزم وقوع الثمن بازاء مجموع المثمن و وصف صحته فينقص الثمن عن نفس المعيب فيلزم الربا فمراد العلامة ره بلزوم الربا اما لزوم فى اصل المعاوضة اذ لولا ملاحظة جزء من الثمن فى مقابلة صفة الصحة لم يكن وجه لغرامة بدل الصفة ، وقيمتها عند استرداد الثمن .

و اما لزوم الربا فى الفسخ حيث قوبل فيه الثمن

(بجزء من الثمن ، فيلزم) من رد قيمة العيب (وقوع الثمن) فى حال البيع (بازاء مجموع المثمن و وصف صحته) و الا فلو لم يكن جزء من الثمن بازاء الصحة فلماذا يجب على المشترى رد قيمة العيب .

و عليه (فينقص الثمن عن نفس المعيب) اذ المفروض ان حقة من الحنطة ـ الثمن ـ واقع فى قبال نصف حقة من الحنطة ـ المثمن ـ .

و لذا يلزم ان يضم المشترى الى الثمن دينارا ـ مثلا ـ ليساوى حق البائع (فيلزم الربا) .

و على هذا (فمراد العلامة ره بلزوم الربا ، اما لزوم فى اصل المعاوضة) و ذلك لان « الحقة » مع « وصف الصحة » قوبلت « بحقة الثمن » فالثمن صار ازيد من المثمن (اذ لولا ملاحظة جزء من الثمن فى مقابلة صفة الصحة لم يكن وجه لغرامة بدل الصفة ، وقيمتها) اى قيمة الصفة ـ عطف بيان لـ (بدل » ـ (عند استرداد الثمن) فان صفة الصحة اذا كانت ذات قيمة عند الفسخ ، كانت من باب انها ذات قيمة عند البيع .

(و اما لزوم الربا فى الفسخ) و ذلك لان المثمن والدينار قوبلا بالثمن فالمثمن صار ازيد من الثمن (حيث قوبل فيه) اى فى الفسخ (الثمن

بمقداره من المثمن و زيادة و الاول اولى .

و مما ذكرنا ظهر ما فى تصحيح هذا بان قيمة العيب الحادث غرامة لما فات فى يده مضموناً عليه ، نظير المقبوض بالسوم اذا احدث فيه العيب فلا ينضم الى المثمن حتى يصير ازيد من الثمن .

بمقداره من المثمن و زيادة) ((و زيادة)) عطف على ((المثمن)) (و الاول) اى لزوم الربا فى اصل المعاوضة (اولى) بمراد العلامة .

اذ لزوم الربا فى الفسخ لا مانع منه ، فان الدليل دلّ على حرمة الربا فى المعاوضة و فى القرض ، اما الربا فى الفسخ فلم يدل الدليل على حرمته .

(و مما ذكرنا) من انه يلزم الربا امّا فى اصل المعاوضة او فى الفسخ ـ اذا ردّ المشترى المثمن مع قيمة العيب ـ (ظهر ما) اى ظهر الاشكال (فى تصحيح هذا) اى فى تصحيح ردّ قيمة العيب ـ تصحيحا بحيث لا يلزم ربا لا فى اصل المعاوضة ولا فى الفسخ ـ (بان قيمة العيب الحادث) ((بان)) بيان ((التصحيح)) (غرامة) شرعيّة (لما فات فى يده) اى يد المشترى من الصحة فى حال كون ما فات (مضمونا عليه ، نظير المقبوض بالسوم) فان الانسان اذا قبض المتاع بقصد ان يشتريه ، ثم تلف فى يده قبل الاشتراء ، كان ضامنا للبائع (اذا احدث فيه العيب) فان هذا الضمان غرامة شرعية ، وليس من باب انه جزء من الثمن او المثمن .

و على هذا (فلا ينضم) ما يعطيه المشترى الى البائع عند الفسخ من الغرامة (الى المثمن حتى يصير ازيد من الثمن) ويلزم الربا فى الفسخ .

. . . . . .

اذ فيه وضوح الفرق فان المقبوض بالسوم انما يتلف فى ملك مالكه فيضمنه القابض .

و العيب الحادث فى المبيع لا يتصور ضمان المشترى له الا بعد تقدير رجوع العين فى ملك البائع ، وتلف وصف الصحة منه فى يد المشترى فاذا فرض ان صفة الصحة لا يقابل بجزء من المال فى عقد المعاوضة الربوية فيكون تلفها فى يد المشترى كنسيان العبد الكتابة لا يستحق

(اذ) وجه قوله : « ظهر » (فيه وضوح الفرق) بين المقبوض بالسوم و بين مانحن فيه ، والفارق هو ان « المقبوض بالسوم » مضمون على الآخذ فاذا تلف وجب عليه ان يعطى الغرامة .

اما مانحن فيه فالمثمن وصل بيد المشترى مقابل الثمن ـ و وصف الصحة لا قيمة له ـ فاذا استرجع المشترى ثمنه ليس عليه الا ان يرد نفس المثمن فقط ، فانه لم يتلف فى يد المشترى الا وصف الصحة ، وقد عرفت انه لا قيمة له ، فلماذا يجب على المشترى ان يرد ارش الصحة (فان المقبوض بالسوم انما يتلف فى ملك مالكه فيضمنه القابض) لقاعدة على اليد .

(و) اما (العيب الحادث فى المبيع) الربوى ـ فيما نحن فيه ـ ف (لا يتصور ضمان المشترى له) اى لهذا العيب (الا بعد تقدير) الفسخ و (رجوع العين فى ملك البائع ، وتلف) عطف على « رجوع » (وصف الصحة منه) اى من المثمن (فى يد المشترى ، فاذا فرض ان صفة الصحة لا يقابل بجزء من المال فى عقد المعاوضة الربوية فيكون) فقوله « يكون » جواب « اذا » (تلفها فى يد المشترى كنسيان العبد الكتابة) ف (لا يستحق

البائع عند الفسخ قيمتها .

و الحاصل ان البائع لا يستحق من المشترى الا ماوقع مقابلا بالثمن و هو نفس المثمن من دون اعتبار صحته جزء ، فكانه باع عبدا كاتبا فقبضه المشترى ثم فسخ او تفاسخا بعد نسيان العبد الكتابة .

نعم هذا يصح فى غير الربويين لان وصف الصحة فيه يقابل بجزء من الثمن

البائع عند الفسخ قيمتها) اى قيمة صفة الصحة المفقودة .

(و الحاصل) فالفارق بين مانحن فيه و بين المقبوض بالسوم (ان البائع) فيمانحن فيه (لا يستحق من المشترى الا ماوقع مقابلا بالثمن ، وهو) اى المقابل للثمن (نفس المثمن من دون اعتبار صحته) اى صحة المثمن (جزء) من المثمن حتى يكون الثمن فى مقابل ذات المثمن و صحته (فكانه) اى فكان مقامنا هذا من قبيل ما لو (باع) البائع (عبدا كاتبا فقبضه المشترى ثم فسخ) احدهما (او تفاسخا بعد نسيان العبد الكتابة) فانه لا يرجع البائع الى المشترى بارش النسيان وفيمانحن فيه اذا عاب المثمن ـ فى الربوى ـ لا يرجع البائع الى المشترى بثمن العيب ، بعد انفساخ البيع .

(نعم هذا) اى رجوع البائع الى المشترى بقيمة الصحة ـ التى فقدت عند المشترى ـ (يصح فى غير الربويين) .

و ذلك (لان وصف الصحة فيه) اى فى غير الربويين (يقابل بجزء من الثمن) فاذا فقدت الصحة كان للبائع ان يأخذ ارشها من المشترى عند

. . . . . .

فيرد المشترى قيمة العيب الحادث عنده ليأخذ الثمن المقابل لنفس المبيع مع الصحة.

ثم ان صريح جماعة من الاصحاب عدم الحكم على المشترى بالصبر على المعيب مجانا فيما نحن فيه ،فذكروا فى تدارك ضرر المشترى وجهين اقتصر فى المبسوط على حكايتهما .

احدهما : جواز رد المشترى للمعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث لما تقدم اليه الاشارة ،من : ان ارش العيب الحادث فى يد المشترى

الفسخ (فيرد المشترى) الى البائع (قيمة العيب الحادث عنده ليأخذ الثمن المقابل لنفس المبيع مع الصحة) اى الثمن المقابل لشيئين المبيع و الصحة ،فاذا كانت الشاة السليمة عشرة و المعيبة ثمانية ،فالصحة تقابل باثنين ،فاذا فسخ البيع اخذ عشرته التى ثمانية منها تقابل بنفس المبيع و اثنتان منها تقابل بالصحة .

(ثم) بعد ان ذكر الفقهاء ان الجنس الربوى المعيب لا يمكن رده اذا تعيب عند المشترى عيبا جديدا ،ف (ان صريح جماعة من الاصحاب عدم الحكم على المشترى بالصبر على المعيب مجانا فيما نحن فيه ،فذكروا فى تدارك ضرر المشترى) بالعيب القديم(وجهين ،اقتصر فى المبسوط على حكايتهما) من دون ان يبين نظره بالنسبة اليهما .

(احدهما : جواز رد المشترى للمعيب مع) اعطائه (غرامة قيمة العيب الحادث) عنده ،وانما يصح اعطاء الغرامة ،لانه لا يلزم منها الربا (لما تقدم اليه الاشارة ،من : ان ارش العيب الحادث فى يد المشترى) ليس فى

نظير ارش العيب الحادث في المقبوض بالسوّم في كونها غرامة تالف مضمون على المشترى لا دخل له في العوضين حتى يلزم الربا .

الثاني : ان يفسخ البيع ، لتعذر امضائه و الزام المشترى ببدله من غير الجنس معيبا بالعيب القديم ، وسليما عن الجديد

مقابل وصف الصحة ، حتى يلزم الربا ، بل هو (نظير ارش العيب الحادث في المقبوض بالسوّم في كونها غرامة تالف مضمون على المشترى) و (لا دخل له) اى للارش (في العوضين حتى يلزم الربا) .

و من المعلوم ان الامر يختلف بالاعتبار ، فاعتبار الارش في مقابل الصحة غير اعتبار الارش غرامة شرعية .

(الثاني : ان يفسخ) اصل (البيع ، لتعذر امضائه) بلا ارش ولا مع الارش .

اما بلا ارش ، فلكونه ضررا على المشترى .

و اما مع الارش فلكونه ربا .

و حيث ان الشارع رفع الضرر ، ومنع الربا ، فلابد و ان يكون مجيزا الفسخ بدليل الاقتضاء ، و ذلك يخصص عموم : أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (و الزام المشترى ببدله) اى ببدل المثمن ، لا نفس المثمن في حال كون ذلك البدل (من غير الجنس) اى ان يعطى القيمة لا المثل ، في حال كون الجنس (معيبا بالعيب القديم ، و سليما عن) العيب (الجديد) اى يقوم الجنس هكذا ثم يعطى المشترى قيمة مثل هذا الجنس الى البائع ولا يعطى نفس المعيب ولا مثله .

و يجعل بمثابة التالف لامتناع رده بلا ارش و مع الارش ·

و اختار فى الدروس تبعا للتحرير: الوجه الاول مشيرا الى تضعيف الثانى بقوله : لان تقدير الموجود معدوما خلاف الاصل·

اما انه لا يعطى نفس المعيب، لانه ان رده مع الارش لزم الربا، و ان رده بلا ارش لزم الضرر، ولا يرد مثله لانه ان رد المثل الصحيح لزمت الزيادة ، و ان رد المثل المعيب بالعيبين ، لزم الاشكال المتقدم — الربا او الضرر — و ان رد المثل المعيب بالعيب القديم فقط فذلك متعسر غالبا، و العسر مرفوع شرعا ·

اقول : لكن الظاهر ان لفظة « غير » زائدة ، فالعبارة الصحيحة « من الجنس » لان المثل يقوم مقام العين ، اذا كان المثل ممكنا ، ولا تصل النوبة الى القيمة ·

و العسر خاص ببعض الموارد فلا يكون دليلا على التنزل الى القيمة مطلقا (و يجعل) المبيع المعيب (بمثابة التالف) فيرجع الى مثله ·

و انما كان بمنزلة التالف (لامتناع ردّه بلا ارش) لانه ضرر على البائع (و) لا (مع الارش) لانه رباء و الممنوع شرعا كالممتنع عقلا ·

(و اختار فى الدروس تبعا لـ) العلامة فى (التحرير: الوجه الاول) و هو رد نفس المعيب مع الغرامة (مشيرا الى تضعيف الوجه (الثانى بقوله : لان تقدير) المبيع (الموجود معدوما) حتى يكون اللازم اعطاء بدله (خلاف الاصل) اى اصالة لزوم ارجاع نفس المبيع عند الفسخ ·

. . . . . .

و تبعه المحقق الثانى معللا بان الربا ممنوعة فى المعاوضات، لا فى الضمانات، و انه كارش عيب العين المقبوضة بالسوم اذا احدث فى يد المستام و ان كانت ربوية.

فكما لا يعد هنا رباء فكذا لا يعد فى صورة النزاع.

اقول قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه، وبين ارش عيب المقبوض بالسوم فانه يحدث فى

(و تبعه المحقق الثانى معللا بان الربا ممنوعة فى المعاوضات) اى البيوع و القروض (لا فى الضمانات) و اذا فسخ البيع و ارجع المعيب كان اللازم اعطاء نقصه من باب الضمان، لا من باب المعاوضة، فلا مانع فى مثل هذا الارش (و انه) اى الارش الذى يعطيه المشترى للمالك فى مقابل عيبه الجديد (كارش عيب العين المقبوضة بالسوم اذا احدث) العيب (فى يد المستام) اى الآخذ بالسوم (و ان كانت) العين المقبوضة بالسوم (ربوية).

(فكما لا يعد) ارش العيب (هنا) فى المقبوض بالسوم (ربا) بل غرامة شرعية (فكذا لا يعد فى صورة النزاع) و هو ما اذا تعيب عند المشترى عيبا جديدا، و اراد المشترى ردّه ـ ان كان الجنس ربويا ـ فان الارش الذى يعطيه المشترى فى مقابل العيب الجديد لا يعد ربا.

(اقول قد عرفت الفرق) حيث قلنا قبل اسطر «اذ فيه وضوح الفرق.» (بين ما نحن فيه، وبين ارش عيب المقبوض بالسوم) فلا يصح تنظير احدهما بالآخر (فانه) اى العيب الموجب للارش فى المقبوض بالسوم (يحدث فى

. . . . . .

ملك مالكه بيد قابضه ، و العيب فيما نحن فيه يحدث فى ملك المشترى و لا يقدر فى ملك البائع الا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن الى المشترى و المفروض عدم المقابلة بين شئ منه ، و بين صحة المبيع .

و منها : تأخير الاخذ بمقتضى الخيار فان ظاهر الغنية اسقاطه للرد والارش كليهما ، حيث جعل المسقطات خمسة ، التبرى ، و الرضا بالعيب ،

ملك مالكه) و لكن (بيد قابضه) فاعطائه الارش لا يعد رباء بل هو من باب ضمان : من اتلف ، لقاعدة : على اليد ما اخذت ، ولسائر ادلة الضمان (و العيب) الجديد (فيما نحن فيه يحدث فى ملك المشترى ولا يقدر) كون هذا العيب (فى ملك البائع الا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن الى المشترى) فالارش يعطى فى مقابل وصف الصحة .

(و) الحال ان (المفروض عدم المقابلة بين شئ منه) اى من الثمن (و بين) وصف (صحة المبيع) لانه ان كان شئ من الثمن مقابل وصف الصحة ـ فى اول البيع ـ لزم زيادة المثمن على الثمن ، وان كان فى مقابل وصف الصحة ـ حال الفسخ ـ لزم زيادة الثمن على المثمن ، و كلاهما باطل ، فتأمل :

(و منها) اى من الامور المسقطة للرد والارش معا ، كما ذكره بعض الاصحاب (تأخير الاخذ بمقتضى الخيار) بعد العلم به (فان ظاهر الغنية اسقاطه للرد والارش كليهما ، حيث جعل) الغنية (المسقطات) لخيار العيب (خمسة ، التبرى) من البائع عن كل عيب (والرضا بالعيب)

. . . . . .

و تأخير الرد مع العلم ،لانه على الفور بلاخلاف ،ولم يذكر فى هذه الثلاثة ثبوت الارش .

ثم ذكر حدوث العيب، و قال : ليس له هيهنا الا الارش .

ثم ذكر التصرف و حكم فيه بالارش فان فى الحاق الثالث بالاولين فى ترك ذكر الارش فيه،ثم ذكره فى الاخيرين و قوله ليس له هيهنا ظهورا فى عدم ثبوت الارش بالتأخير .

من المشترى ،سواء رضى قبل البيع او بعده(و تأخير الرد مع العلم) بالعيب و بان له الرد (لانه) اى الرد (على الفور بلا خلاف ، و لم يذكر) الغنية (فى هذه الثلاثة ثبوت الارش).

(ثم ذكر حدوث العيب) عند المشترى، و انه مسقط للرد بالعيب القديم ـ و هذا رابع المسقطات ـ (وقال : ليس له) اى للمشترى (هيهنا) فى صورة حدوث عيب جديد (الا الارش) .

(ثم ذكر التصرف) اى تصرف المشترى فى المبيع المعيب(و حكم فيه بالارش) لانه يسقط الرد بالتصرف.

اما وجه دلالة كلام الغنية على ان التأخير يسقط الرد و الارش معا فلما ذكره المصنف ((ره)) بقوله : (فان فى الحاق الثالث) اى تأخير الرد (بالاولين) اى التبرى و الرضا (فى ترك ذكر الارش فيه) اى فى الثالث و قوله ((فى ترك)) متعلق بـ ((الحاق)) (ثم ذكره) اى الارش (فى الاخيرين) اى حدوث العيب و التصرف (و قوله) اى الغنية : (ليس له هيهنا) الا الارش (ظهورا فى عدم ثبوت الارش بالتأخير) اذ لو كان

. . . . . .

وهذا احد القولين منسوب الى الشافعى .

و لعله لان التأخير دليل الرضا .

و يرد بعد تسليم الدلالة ان الرضا بمجرده لا يوجب سقوط الارش كما عرفت فى التصرف .

نعم سقوط الرد وحده له وجه ، كما هو صريح المبسوط و

الارش فى التأخير كان التأخير ملحقا بالاخيرين لا بالاولين .

و قوله « ظهورا » خبر « فان فى الحاق الخ » (وهذا) اى اسقاط التأخير للرد والارش معا (احد القولين) فى المسألة ، وهو (منسوب الى الشافعى) .

(و لعله) اى وجه اسقاط التأخير للرد والارش معا (لان التأخير دليل الرضا) بالمعيب ، و اذا رضى فلا رد ولا ارش .

(و يرد) هذا الدليل (بعد تسليم الدلالة) .

اى اولا : لا نسلم ان التأخير دليل الرضا بالمبيع ، اذ يمكن ان يكون التأخير لاجل المشورة ، او التفكر ، او الغفلة بعد العلم او ما اشبه ذلك .

و ثانيا نقول : سلمنا ان التأخير دليل الرضا ، لكن نقول : (ان الرضا بمجرده لا يوجب سقوط الارش ، كما عرفت فى التصرف) حيث قلنا : ان التصرف لا يدل على سقوط الارش ، وان رضى بالبيع ، اذ السقوط يحتاج الى الابراء و الاسقاط و الرضا ليس باسقاط .

(نعم سقوط الرد وحده) بالتأخير (له وجه ، كما هو صريح المبسوط ، و

. . . . . .

الوسيلة على ماتقدم من عبارتهما في التصرف المسقط و يحتمله ايضا عبارة الغنية المتقدمة بناءا على ماتقدم في سائر الخيارات من لزوم الاقتصار في الخروج عن اصالة اللزوم على المتيقن السالمة عما يدل على التراخي عدا مافي الكفاية من اطلاق الاخبار، و

الوسيلة على ماتقدم من عبارتهما في التصرف المسقط) للرد (ويحتمله ايضا عبارة الغنية المتقدمة) بان يريد الغنية ان التأخير مسقط للرد فقط لا للرد والارش معا.

و ذلك لاحتمال ان الغنية انما هي في مقام تعداد اصل المسقطات لا في مقام بيان ما يسقط بالمسقطات.

ثم انه: انما قلنا «له وجه» (بناءا على ماتقدم في سائر الخيارات من لزوم الاقتصار في الخروج عن اصالة اللزوم) اي لزوم العقد (على) القدر (المتيقن) خروجه «على» متعلق بـ «الاقتصار» و المتيقن هو فورية الخيار.

و الحاصل: ان الاصل لزوم العقد، خرج من هذا الاصل ـ فيما اذا كان الشئ معيبا ـ ان اخذ بالخيار فورا، فان لم يأخذ بالخيار فورا كان البيع داخلا في كلي اصالة اللزوم، فلاحق له في الرد (السالمة) اي تلك الاصالة (عما يدل على التراخي) اي لا مخصص للاصالة، يدل ذلك المخصص على التراخي (عدا مافي الكفاية) للسبزواري (من اطلاق الاخبار) اي اخبار خيار العيب فانها مطلقة تدل على ان المشتري له الخيار سواء اخذ بالخيار فورا او تراخيا، وباطلاق الاخبار نخصص اصالة اللزوم (و

. . . . . .

خصوص بعضها .

و فيه : ان الاطلاق فى مقام بيان اصل الخيار .

و اما الخبر الخاص فلم اقف عليه .

و حينئذ فالقول بالفور وفاقا لمن تقدم للاصل لا يخلو عن قوة مع ما تقدم من نفى الخلاف فى الغنية فى كونه على الفور ، ولا يعارضه ما فى المسالك و الحدائق من انه لا نعرف فيه خلافا ، لانا عرفناه .

خصوص بعضها) كمرسلة جميل الدالة على ان المشترى يحق له الرد بمجرد كون الشئ قائما بعينه ، فتشمل صورتى الرد فورا و متراخيا .

(وفيه : ان الاطلاق فى مقام بيان اصل الخيار) فليس للاخبار اطلاق له من جهة الفور و التراخى لعدم تمامية مقدمات الحكمة ، لكن الانصاف ان العرف يفهم من الاخبار الاطلاق .

(و اما الخبر الخاص) الدال على جواز التراخى (فلم اقف عليه) و مرسلة جميل لا دلالة لها الا بالاطلاق .

(و حينئذ) فحيث لا دليل على التراخى (فالقول بالفور وفاقا لمن تقدم) كالمبسوط و الوسيلة (للاصل) اى لاصل اللزوم (لا يخلو عن قوة) لكن فيه ما تقدم (مع ما تقدم من نفى الخلاف فى الغنية فى كونه على الفور ولا يعارضه) اى نفى خلاف الغنية (ما فى المسالك والحدائق من انه لا نعرف فيه خلافا) اى فى جواز التأخير (لانا عرفناه) عن الغنية ، و ظاهر المبسوط ، و الوسيلة .

. . . . . .

و لذا جعله فى التذكرة اقرب.

و كذا مافى الكفاية من عدم الخلاف، لوجود الخلاف.

نعم فى الرياض: انه ظاهر اصحابنا المتأخرين كافة.

و التحقيق رجوع المسألة الى اعتبار الاستصحاب فى مثل هـــذا المقام وعدمه.

و لذا

(ولذا) الذى يوجب الخلاف فى مسئلة جواز التراخى (جعله) اى التأخير (فى التذكرة اقرب) مما يدل على ان هناك قولين، فلو صح كلام المسالك و الحدائق، لم يكن وجه لقول التذكرة «انه اقرب» بل اللازم ان يفتى بجواز التأخير جزما.

(و كذا) لا يعارضه (مافى الكفاية) و هذا عطف على «مافى المسالك و الحدائق» (من عدم الخلاف) فى جواز التأخير.

وانما لا يعارضه (لوجود الخلاف) عن الغنية والمبسوط و الوسيلة.

(نعم فى الرياض: انه) اى جواز التأخير (ظاهر اصحابنا المتأخرين كافة) فلا خلاف فى مسألة جواز التأخير بين المتأخرين.

(و التحقيق) فى انه هل يجوز تأخير الخيار، ام لا؟ (رجوع المسألة الى اعتبار الاستصحاب فى مثل هذا المقام) بان يقال: ان المشتـــرى كان له الخيار فى الآن الاول، فاذا شككنا فى انه بقى خياره، ام لا، كان الاصل بقاء خياره (وعدمه) بتبدل الموضوع اذ الفور غير التراخى.

(و لذا) الذى ذكرنا من ان التحقيق رجوع المسألة الى اعتبـــار

. . . . . .

لم يتمسك فى التذكرة للتراخى الا به و الا فلا يحصل من فتوى الاصحاب الا الشهرة بين المتأخرين المستندة الى الاستصحاب ولا اعتبار بمثلها و ان قلنا بحجية الشهرة او حكاية نفى الخلاف من باب مطلق الظن لعدم الظن كما لا يخفى

الاستصحاب وعدمه (لم يتمسك فى التذكرة للتراخى الا به) اى بالاستصحاب (والا) يكن الاستصحاب مدركا فى جواز التراخى لم يبق مدرك آخر، (ف) انه لا يبقى الا الشهرة بين المتأخرين، والظن الناشى من: لا خلاف، المذكور فى المسالك والحدائق ـ من باب حجية مطلق الظن ـ وكلاهما لا يصلحان مستندا لجواز التراخى ـ.

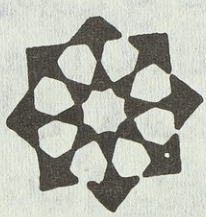
اذ (لا يحصل من فتوى الاصحاب الا الشهرة بين المتأخرين) الذى ذكره الرياض ـ اذ قد عرفت اختلاف القدماء ـ (المستندة) تلك الشهرة (الى الاستصحاب) بقرينة ذكر التذكرة للاستصحاب (ولا اعتبار بمثلها) اى بالشهرة المستندة الى الدليل، فحينئذ يكون ذلك الدليل هو المستند لا الشهرة، بل ذكروا ان الاجماع المحتمل الاستناد ليس بحجة (و ان قلنا بحجية الشهرة) فى نفسها (ان)» وصلية (او حكاية نفى الخلاف) عطف على «الشهرة» اى بحجية نفى الخلاف (من باب مطلق الظن) «من» متعلق «بحجية» .

و انما قلنا (لا اعتبار بمثلها) «لعدم الظن» فيما اذا كان المستند للشهرة و نفى الخلاف معلوما ـ كما فى ما نحن فيه ـ حيث ان مستندهم فى جواز التراخى «الاستصحاب» (كما لا يخفى) .

. . . . . .

و الله العالم.

و لكن الانصاف انه لم يوجد فى الفور قول صريح الا فى الغنية، و فى قباله دعوى عدم الخلاف، والاتفاق ـ كما فى الجواهر ـ والشهرة، و فتاوى الاصحاب، بالاضافة الى الاطلاق و الاستصحاب، فالقول بالتراخى متعين(و الله العالم) بحقائق الاحكام.



مسئلة

قال فی المبسوط: من باع شیئا فیه عیب لم یبینه فعل محظورا، و کان المشتری بالخیار، انتهی.

و مثله ما عن الخلاف، وفی موضع آخر من المبسوط وجب علیه ان یبینه ولا یکتمه، او یتبرأ الیه من العیوب، والاول احوط.

و نحوه عن فقه الراوندی.

و مثلهما مافی التحریر، و زاد الاستدلال علیه

(**مسألة**: قال فی المبسوط: من باع شیئا فیه عیب) و(لم یبینه) مع علمه بالعیب (فعل محظورا) ای حراما (وکان المشتری بالخیار) ان شاء امسك، و ان شاء ردّ (انتهی).

(و مثله ما عن الخلاف، وفی موضع آخر من المبسوط وجب علیه ان یبینه ولا یکتمه).

و الظاهر ان الکتمان شئ، وعدم البیان شئ آخر، فانه ربما لا یکتمه ولکن لا یبینه ایضا (او یتبرأ الیه) ای الی المشتری، و «او» عطف علی «ان» (من العیوب، و الاول احوط) لاحتمال ان یکون التبری موجبا للغرر المنهی عنه بقوله علیه السلام: نهی النبی صلی الله علیه و آله عن الغرر.

(و نحوه عن فقه الراوندی).

(و مثلهما مافی التحریر، و زاد الاستدلال علیه) ای علی اصل

بقوله : لئلايكون غاشا .

و ظاهر ذلك كله عدم الفرق بين العيب الجلى و الخفى و صريح التذكرة و السرائر كظاهر الشرائع الاستحباب مطلقا ،وظاهر جماعة التفصيل بين العيب الخفى و الجلى ، فيجب فى الاول مطلقا كما هوظاهر جماعة اومع عدم التبرى كمافى الدروس .

فالمحصل من ظاهر كلماتهم خمسة اقوال

الفتوى بالتحريم (بقوله : لئلايكون غاشا) و الغش حرام بالنص والاجماع

(و ظاهر ذلك كله عدم الفرق بين العيب الجلى و الخفى) فالجلّى كالثقبة الواضحة فى القماش ،والخفى كالوهن الذى لايعرف الا بالاستعمال فى القماش (و صريح التذكرة و السرائر كظاهر الشرائع الاستحباب) لبيان العيب (مطلقا) خفيا كان العيب او جليا (وظاهر جماعة التفصيل) الى قولين .

الاول : التفصيل (بين العيب الخفى و الجلى ، فيجب فى الاول) اى الخفى البيان (مطلقا) سواء تبرء ام لا (كما هوظاهر جماعة) ولا يجب فى الجلى (او) القول الثانى : انه يجب البيان فى الخفى (مع عدم التبرى كمافى الدروس) امامع جلاء العيب او التبرى فلايجب البيان .

(فالمحصل من ظاهر كلماتهم خمسة اقوال) :

الاول : وجوب الاعلام مطلقا .

الثانى: وجوب الاعلام مع عدم التبرى .

الثالث: استحباب الاعلام مطلقا .

. . . . . .

و الظاهر ابتناء الكل على دعوى صدق الغش وعدمه .

و الذى يظهر من ملاحظة العرف و اللغة فى معنى الغش ان كتمان العيب الخفى ، و هو الذى لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع غش ، فان الغش كما يظهر من اللغة خلاف النصح .

الرابع : وجوب الاعلام فى الخفى مطلقا ـ و لو تبرأ ـ ولا يجب فى الجلى .

والخامس : وجوب الاعلام فى الخفى اذا لم يتبرأ ، ولا يجب فى الجلى .

(و الظاهر ابتناء الكل على دعوى صدق الغش وعدمه) فمن يدعى انه غش مطلقا ، يقول بوجوب الاعلام مطلقا .

و من يدعى انه ليس بغش مطلقا يقول بعدم وجوبه مطلقا ـ بل استحبابه ـ .

و من يرى انه غش فى بعض الصور دون بعض ، يقول بوجوب الاعلام فى صورة انه غش ، دون صورة ما اذا لم يكن غشا .

(و الذى يظهر من ملاحظة العرف و اللغة فى معنى الغش) الذى علق عليه النهى فى النص و الفتوى (ان كتمان العيب الخفى ، و هو الذى لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع) « قبل » متعلق بـ « المتعارف » فان المتعارف قبل البيع اختبار الشئ قليلا .

فقوله : (غش) خبر « ان كتمان » (فان الغش كما يظهر من اللغة خلاف النصح) والذى يُخْفِى عَيْبَ مَتاعِهِ بنحوٍ لا يظهر للمشترى لا شك فى

. . . . . .

اما العيب الظاهر فالظاهر ان ترك اظهاره ليس غشا .

نعم لو اظهر سلامته عنه على وجه يعتمدعليه كما اذا فتح قرآنا بين يدى العبد الاعمى ـ مظهرا انه بصير يقرأ ـ فاعتمد المشترى على ذلك و اهمل اختباره كان غشا .

قال : فى التذكرة فى رد استدلال الشافعى ـ على وجوب اظهار العيب

انه لم ينصح ، فهو غاش .

(اما العيب الظاهر فالظاهر) من مراجعة العرف فى تطبيق كلى الغش على مصاديقه (ان ترك اظهاره ليس غشا) ولذا نرى العرف يوجهون اللوم للمشترى فى مثله ،لا للبائع .

(نعم لو اظهر) البائع (سلامته) اى المبيع (عنه) اى عن العيب الظاهر (على وجه يعتمدعليه) اى على ذلك الاظهار ، مما يوجب عدم الاختبار (كما اذا فتح قرآنا بين يدى العبد الاعمى ـ مظهرا انه بصير يقرأ ـ فاعتمد المشترى على ذلك) الظاهر الخادع (واهمل اختباره كان غشا) فالغش قد يكون لخفاء العيب ،وقد يكون لصرف المشترى عن معرفة العيب الظاهر .

و لعله ترشد الى القسمين صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام : انه سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض ،وبعضه اجود من بعض قال عليه السلام اذا رؤيا جميعا فلا بأس مالم يغط الجيد الردئ .

(قال : فى التذكرة فى رد استدلال الشافعى ـ على وجوب اظهار العيب

مطلقا ـ بالغش ان الغش ممنوع ، بل یثبت فی کتمان العیب بعد سؤال المشتری و تبیّنه و التقصیر فی ذلك من المشتری انتهی .

و یمکن ان یحمل بقرینة ذکر التقصیر علی العیب الظاهر کما انه یمکن حمل عبارة التحریر المتقدمة المشتملة علی لفظ الکتمان ،وعلی الاستدلال بالغش علی العیب الخفی ،بل هذا الجمع ممکن فی

مطلقا ـ) جلیا کان او خفیا (بالغش) متعلق « بالاستدلال » (ان الغش ممنوع) هذا استدلال العلامة (بل) الغش انما (یثبت فی کتمان) البائع (العیب بعد سؤال المشتری و تبیّنه) ای فحصه (والتقصیر فی ذلك من المشتری) .

قوله « و التقصیر » مبتدء ای ان التقصیر فی عدم الالتفات الی العیب الظاهر انما هو من المشتری ،فلا یکون غشا من البائع ،ولذا فاطلاق الشافعی « ان عدم الاظهار مطلقا غش » غیر تام (انتهی) .

(و یمکن ان یحمل) کلام العلامة : (بقرینة ذکر التقصیر علی العیب الظاهر) اذ لو کان العیب خفیا لم یکن تقصیر من المشتری (کما انه یمکن حمل عبارة) العلامة فی (التحریر المتقدمة المشتملة علی لفظ الکتمان ،و علی الاستدلال بالغش علی العیب الخفی) اذ فی العیب الظاهر لا یسمی کتمانا ، کما ان فی العیب الظاهر لا یسمی غشا .

و علی هذا فلا منافات بین کلامی العلامة فی التذکرة و التحریر (بل هذا الجمع) الذی ذکرناه بین کلامی العلامة ، من حمل نفی الغش علی العیب الظاهر ،وحمل وجود الغش علی العیب الخفی (ممکن فی

كلمات الاصحاب مطلقا و من اقوى الشواهد على ذلك انه حكى عن موضع من السرائر: ان كتمان العيوب مع العلم بها حرام محظور بغير خلاف مع ماتقدم من نسبة الاستحباب اليه، فلاحظ

ثم التبرى من العيوب هل يسقط وجوب الاعلام فى مورده ـ كما عن المشهور ـ ام لا؟ فيه اشكال نشأ من دعوى صدق الغش، و من ان لزوم الغش من جهة ظهور اطلاق العقد فى التزام البائع بالصحة فاذا

كلمات الاصحاب مطلقا) فحمل كلام مثبت الغش على العيب الخفى وكلامنا فى الغش على العيب الخفى (و من اقوى الشواهد على ذلك) الجمع (انه حكى عن موضع من السرائر: ان كتمان) البائع (العيوب مع العلم بها حرام محظور) شرعا (بغير خلاف، مع ماتقدم من نسبة الاستحباب اليه) فلابد ان يحمل كلامه الاول على العيب الخفى وكلامه الثانى على العيب الجلّى، والا لزم التناقض فى كلامه، وذلك فى غاية البعد (فلاحظ) كلامه تعرف صدق ماذكرناه.

(ثم) ان (التبرى من العيوب هل يسقط وجوب الاعلام فى مورده) اى مورد وجوب الاعلام (ـ كما عن المشهور ـ) كما اذا كان فى المبيع عيب خفى، ولكن قال البائع ابيعك و انى متبرئ عن كل عيب فيه ولا يعلم المشترى بالعيوب التى فيه (ام لا) يسقط بل لابد من ذكر العيوب (فيه اشكال نشأ) الاشكال (من دعوى صدق الغش) و ان تبرأ فلابد من الاعلام و لا يكفى التبرّى (و من ان لزوم الغش) انما هو (من جهة ظهور اطلاق العقد فى التزام البائع بالصحة) («فى» متعلق بـ «ظهور») (فاذا

تبرى من العيوب ارتفع الظهور .

او من جهة ادخال البائع للمشترى فيما يكرهه عامدا ، والتبرى لا يرفع اعتماد المشترى على اصالة الصحة .

فالتغرير انما هو لترك ما يصرفه عن الاعتماد على الاصل .

و الاحوط الاعلام مطلقا كما تقدم من المبسوط .

تبرى) البائع (من العيوب ارتفع الظهور) فلا غش .

(او من جهة) و هذا وجه لعدم صدق الغش فهو دليل ثان للقائل بعدم صدق الغش ، و هو عطف على ((من جهة)) الاول (ادخال البائع للمشترى فيما يكرهه) المشترى ادخالا (عامدا ، والتبرى لا يرفع اعتماد المشترى على اصالة الصحة) فالبائع لم يدخله فيما كرهه ـ بعدان تبرّء ـ بل المشترى هو الذى ادخل نفسه فيما يكره ، لاجل قبوله الاشتراء مع التبرى .

(فالتغرير) من البائع للمشترى الموجب للغش (انما هو لترك) البائع (ما يصرفه) اى يصرف المشترى (عن الاعتماد على الاصل) اى اصالة السلامة ، فاذا لم يترك البائع الصارف ، بل ذكر الصارف ((و هو التبرى)) اذ معنى التبرى ، انه ((لا تعتمد ايها المشترى على الاصل)) لم يكن تغرير فلا غش .

(والاحوط الاعلام مطلقا) فى الجلىّ و الخفىّ ، تبرء ، ام لا (كما تقدم من المبسوط) .

ولا يخفى ان فى بعض نسخ المتن هكذا ((و التبرى لا يرفع اعتماد

. . . . . .

ثم ان المذكور فى جامع المقاصد والمسالك وعن غيرهما : انه ينبغى بطلان البيع فى مثل شوب اللبن بالماء لان ماكان من غير الجنس لا يصح العقد فيه و الآخر مجهول الا ان يقال ان جهالة الجزء غير مانعة ان كانت الجملة معلومة ،كما لو ضم ماله و مال غيره و باعهما ثم ظهر البعض مستحقا فان البيع لا يبطل فى ملكه و ان كان مجهولا قدره وقت العقد انتهى .

المشترى) ـ بزيادة لفظة ((لا)) ـ .

لكن بعض النسخ المصححة شطبت على ((لا)) و هذا عندى اقرب ،و لذا شرحت العبارة بدون ((لا)) .

(ثم ان المذكور فى جامع المقاصد والمسالك و) المنقول (عن غيرهما انه ينبغى بطلان البيع فى مثل شوب اللبن بالماء لان ماكان من غير الجنس) كالماء فى المثال (لا يصح العقد فيه) اذ العقد على اللبن ،لا على الماء (والآخر) الذى يصح العقد فيه و هو اللبن (مجهول) القدر ،وبيع المجهول باطل (الا ان يقال ان جهالة الجزء) وهو اللبن (غير مانعة) عن صحة البيع (ان كانت الجملة معلومة) فيكون حال المقام (كما لو ضم ماله و مال غيره و باعهما) صفقة واحدة (ثم ظهر البعض مستحقا) للغير و لم يجز ذلك الغير (فان البيع لا يبطل فى ملكه) اى ملك البائع (و ان كان مجهولا قدره وقت العقد) وذلك لان معلومية الجملة كافية .

اذ ادلة النهى عن بيع المجهول منصرفة عن امثال هذه المقامات (انتهى) كلام جامع المقاصد و المسالك .

. . . . . .

اقول الكلام فى مزج اللبن بمقدار من الماء يستهلك فى اللبن ولا يخرجه عن حقيقته كالملح الزائد فى الخبز ،فلاوجه للاشكال المذكور.

نعم لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشئ من دون ان يستهلك فيه بحيث يخرج عن حقيقته الى حقيقة ذلك الشئ توجه ماذكروه فى بعض الموارد .

(اقول) .. ان بيع اللبن الممزوج على قسمين :

الاول : ان يكون اللبن مستهلكا للماء .

و الثانى : ان لا يكون كذلك .

فان كان (الكلام فى مزج اللبن بمقدار من الماء يستهلك فى اللبن ولا يخرجه عن حقيقته) العرفية (كالملح الزائد فى الخبز) المستهلك فيه (فلاوجه للاشكال المذكور) اذكل المبيع لبن عرفا ـ على الفرض ـ .

(نعم لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشئ) و هو اللبن (من دون ان يستهلك) الماء (فيه بحيث يخرج عن حقيقته الى حقيقة ذلك الشئ) عرفا .

قوله «بحيث» بيان الاستهلاك ، اى لم يكن استهلاك حتى يخرج الماء من الحقيقة المائية الى الحقيقة اللبنية (توجه ماذكروه) من بطلان البيع (فى بعض الموارد) التى كان مقدار اللبن فيه مجهولا، اما اذا كان معلوما لم يبطل البيع ،كما لا يخفى .

مسائـــل :

فى اختلاف المتبايعيـــن

و هو تارة فـــى موجب الخيار ، و اخرى فى مسقطه ، و ثالثـة فـى الفسخ .

اما الاول : ففيه مسائل :

الاولى : لو اختلفا فى تعيب المبيع وعدمه مع تعذر ملاحظته لتلف او نحوه ، فالقول قول المنكر بيمينه .

(مسائل فى اختلاف المتبايعين ،وهو) اى الاختلاف (تارة فـــى موجب الخيار ، واخرى فى مسقطه) بعد اتفاقهما على اصل الخيار (وثالثة فى الفسخ) و انه هل فسخ البيع ام لا ؟

(**اما الاول**) وهو الاختلاف فى موجب الخيار (ففيه مسائـــــل : **الاولى :** لو اختلفا فى تعيب المبيع وعدمه) بان قال المشترى انه كان معيبا عند البائع و انكر البائع العيب (مع تعذر ملاحظته) للتحقق من كونه معيبا ، اذ لو لم تتعذر ملاحظته لم تكن دعوى (لتلف او نحوه) كاباق العبد و شرود الدابة (فالقول قول المنكر) و هو البائع غالبا (بيمينـــه) لاصل البينة على المدعى ، فاذا لم تكن له بينة كان اللازم حلف المنكر و يكون القول قوله حينئذ ،فان لم يحلف المنكر ردّ اليمين الى المدعى على قول ، فاذا حلف كان الحق له ، و قيل ان مجرد النكول كاف فى اعطاء الحق للمدعى ،ثم ان لم يات المدعى بالبينة ولا حلف المنكر ولا استعـــد المدعى للحلف فيما لو توجه الحلف اليه بقى البيع على لزومه .

. . . . . .

الثانية: لو اختلفا فى كون الشئ عيبا و تعذر تبين الحال لفقد اهل الخبرة ،كان الحكم كسابقه .

نعم لو علم كونه نقصا كان للمشترى الخيار فى الردّ دون الارش لاصالة البرائة .

(**الثانية**: لو اختلفا فى كون الشئ) ككثرة اكل العبد، او نومه ،او عدم اكل الدابة المقدار المتعارف مثلا (عيبا) ام لا، فقال المشترى انه عيب فله خيار العيب ،وقال البائع انه ليس بعيب (وتعذر تبين الحال لفقد اهل الخبرة) او اختلافهم (كان الحكم كسابقه) فيلزم ان يأتى من يدعى انه عيب بالبينة ،فان لم تكن بيّنة يحلف المنكر ،الى آخر ماذكرناه هناك .

(نعم لو علم) من الخارج او باتفاقهما (كونه نقصا) و ان لم يكن عيبا كالخصاء فى العبد ـ على ماتقدم ـ (كان للمشترى الخيار فى الردّ دون الارش) لانه نقص يمكن معه الرد .

اما كونه عيبا يوجب تفاوت القيمة فلم يثبت (لاصالة البرائة) اى برائة ذمة البائع عن الارش ،وهذا علة قوله «دون الارش» .

و لو اختلفا فى كمية العيب فى ان عينه الواحدة عمياء ام عينيه ، او فى كيفية العيب فى ان عينه هل ترى نصف المتعارف او ربعه ،او فى مكان العيب بان يده اليمنى شلاء ام اليسرى .

ففى الاول كان الاصل مع مدعى الاقل .

و فى الثانى ان عدّ الكيفان ـ عرفا ـ مراتب كان الاصل مع مدعى

الثالثة: لو اختلفا فى حدوث العيب فى ضمان البائع او تأخره عن ذلك، بان حدث بعد القبض و انقضاء الخيار، كان القول قول منكر تقدمه للاصل حتى لو علم تاريخ الحدوث و جهل تاريخ العقد، لان اصالة عدم العقد حين حدوث العيب لا يثبت وقوع العقد على المعيب.

وعن المختلف: انه حكى عن ابن الجنيد انه ان ادعى البائع ان العيب

المرتبة النازلة، وان عدا متباينين كان كالثالث من اصالة عدم مايدعيه المشترى.

(**الثالثة**: لو اختلفا فى حدوث العيب فى ضمان البائع) فى انه هل كان قبل العقد، او قبل القبض، او فى زمن الخيار؟ (او تأخره عن ذلك) اى عن وقت ضمان البائع (بان حدث) العيب (بعد القبض وانقضاء الخيار) فهو من مال المشترى (كان القول قول منكر تقدمه للاصل) اى لاصالة عدم تقدم العيب (حتى لو علم تاريخ الحدوث) كيوم الجمعة (و جهل تاريخ العقد) هل انه كان فى يوم الخميس او يوم السبت.

فانه ربما يتوهم انه فى هذه الصورة يكون القول قول من يثبت تقدم العيب على العقد، لاستصحاب عدم العقد الى مابعد حدوث العيب.

و لكن فيه نظر (لان اصالة عدم العقد حين حدوث العيب لا يثبت وقوع العقد على المعيب) اذ الاصل مثبت و هو ليس بحجة كما قرر فى الاصول، والواسطة ليست خفية بل جلية.

(وعن المختلف: انه حكى عن ابن الجنيد انه ان ادعى البائع ان العيب

. . . . . .

حدث عند المشترى ، حلف المشترى ان كان منكرا ، انتهى .

و لعله لاصالة عدم تسليم البائع العين الى المشترى على الوجه المقصود ، وعدم استحقاقه الثمن كلّا ، وعدم لزوم العقد نظير ما اذا ادعى البائع تغير العين عند المشترى و انكر المشترى .

حدث عند المشترى) فليس للمشترى الخيار (حلف المشترى ان كان منكرا انتهى) لحدوث العيب عنده ، و هذا عكس ما ذكرناه ، لانه جعل البائع مدعيا و المشترى منكرا ، مع ان تعريف المدعى و المنكر ينطبق على المشترى و البائع ، فان المنكر من اذا ترك ترك ، وهذا حال المشترى لانه يريد الاخذ بالخيار ، فاذا ترك المشترى و البائع ترك وليس كذلك البائع .

(و لعله) اى لعل الوجه لكلام ابن الجنيد انه تصور الدعوى على وجه آخر غير الوجه الذى ذكرناه .

فان الوجه الذى ذكرناه نحن هو ان المشترى يدعى تقدم العيب و البائع ينكره ، لكنه تصور بان البائع يدعى انه سلّم العين كاملة الى المشترى ، والمشترى ينكر ذلك (لاصالة عدم تسليم البائع العين الى المشترى على الوجه المقصود) الذى هو بلا عيب (و) اصالة (عدم استحقاقه الثمن كلّا) فالمشترى سلّم بعض الثمن ـ باستثناء قدر الارش ـ الى البائع ، فلما طالبه البائع بالبقية انكره المشترى ، فاذا ترك البائع ترك (و) اصالة (عدم لزوم العقد) فيما اذا اراد المشترى الفسخ (نظير ما اذا ادعى البائع تغير العين عند المشترى و انكر المشترى)

. . . . . .

و قد تقدم فى محله هذا اذا لم تشهد القرينة القطعية ممالا يمكن عادة حصوله بعد وقت ضمان المشترى او تقدمه عليه ، و الا عمل عليها من غير يمين .

قال فى التذكرة : و لو اقام احدهما بينة عمل بها ، ثم قال ولو اقاما

ذلك التغير لكن لا يخفى الاشكال فى هذا التقرير ، والا لامكن جعل كل مدع منكرا او بالعكس (وقد تقدم فى محله) فساد التمسك بهذه الاصول الثلاثة ، وان الاصل الجارى فى المسألة هو اصالة لزوم العقد واصالة عدم تقدم العيب (هذا) كله فيما اذا ادعى المشترى تقدم العيب فالاصل عدمه (اذا لم تشهد القرينة القطعية ممالا يمكن عادة حصوله) اى العيب (بعد وقت ضمان المشترى او تقدمه عليه) اى على وقت ضمان المشترى (والا) فاذا شهدت القرينة القطعية على تقدمه على الضمان او تأخره عنه (عمل عليها من غير يمين) لان الشهود و اليمين انما تقبل فيما اذا لم يعلم صدق احدهما فاذا علم الصدق بالقرينة كان الحق مع من شهدت له القرينة .

مثلا : اشترى عبدا و بعد يوم ظهر فيه السلّ ، فانه على البائع اذ السلّ لا يحدث فى يوم واحد بحيث تظهر آثاره ، او حدث فيه كسر ظهر بحيث لا يتمكن من المشى و قد كان وقت البيع و القبض يمشى ، فانه دليل على تأخر الكسر عن البيع و القبض .

(قال فى التذكرة) فرع جديد ا (و لو اقام احدهما بينة عمل بها) مما يظهر منه كفاية بينة المنكر عن اليمين (ثم قال) العلامة (ولو اقاما) كلاهما

. . . . . .

بينة عمل ببينة المشترى لان القول قول البائع ،لانه ينكر ،فالبينة على المشترى .

و هذا منه مبنى على سقوط اليمين عن المنكر باقامة البينة .

و فيه كلام فى محله

(بينة عمل ببينة المشترى) فانه هو المدعى ،والشرع ينظر اولا فى بينة المدعى (لان القول) بدون البينة (قول البائع ،لانه ينكر) العيب (فالبينة على المشترى) كما انه اذا وصل الامر الى الحلف و حلف كلاهما عمل بحلف البائع لانه المطلوب بالحلف اذا لم تكن بينة .

(و هذا) الذى ذكره العلامة من قبول بينة البائع ـ اذا لم يكن للمشترى بينة ـ (منه) اى من العلامة ره (مبنى على سقوط اليمين عن المنكر باقامة البينة) و كانه لاجل ان يمين المنكر من باب البدل ،لانه اصل ،فاذا جاء المبدل منه ـ وهو البينة ـ سقط البدل .

(و فيه كلام فى محله) من كتاب القضاء .

وحاصله ان وظيفة المنكر ليست الا اليمين ،لما ورد من ان البينة على المدعى و اليمين على من انكر .

فالتفصيل يظهر منه ان اليمين هو الاصل فى المنكس ـ لانه بدل عن البينة ـ كما ان البينة هى الاصل فى المدعى .

و يؤيد ذلك بعض الروايات كخبر منصور عن الصادق عليه السلام ، قلت له : رجل فى يده شاة ،فجاء رجل و ادعاها، و اقام البينة العدول انها ولدت له عنده لم يبع و لم يهب قال ابو عبد الله عليه السلام :حقها

. . . . . .

و ان كان لا يخلو عن قوة .

و اذا حلف البائع فلابد من حلفه على عدم تقدم العيب ،اونفى استحقاق الرد او الارش

للمدعى ،ولا اقبل من الذى هى فى يده بينة لان الله عز وجل اَمَرَ اَنْ تطلب البينة من المدعى ،فان كانت له بينة ،والا فيمين الذى هو فى يده هكذا امر الله عز وجل .

فهذا الكلام (و ان كان لا يخلو عن قوة) لجملة من الروايات المطلقة و الخاصة الدالة على ان من اقام البينة قبلت منه و ان كان المنكر ـ كما ذكرها المستند والجواهر وغيرهما ـ ولذا ذهب العلامة و الشهيد و غيرهما الى قبول البينة من المنكر .

نعم اذا تعارضت البينتان قدم ما للمدعى على تفصيل تجده فى كتاب القضاء فراجع .

(واذا) اراد البائع ان يحلف فهو اما ان يعلم بحالة المبيع و انه لم يكن معيبا عند البيع و القبض فحينئذ يحلف على عدم العيب حال البيع و القبض .

و اما ان لا يعلم بحالة المبيع ،وانما اعتمد على اصالة السلامة ، فحينئذ يحلف على عدم العلم بالعيب ،والحلف على عدم العيب اعتمادا على اصالة السلامة ففيه نظر .

فاذا (حلف البائع فلابد من حلفه على عدم تقدم العيب) على البيع و القبض (او) على (نفى استحقاق) المشترى (الرد او الارش) و هذا

. . . . . .

ان كان قد اختبر المبيع ،واطلع على خفايا امره كما يشهد بالاعسار و العدالة وغيرهما ممّا يكتفى فيه بالاختبار الظاهر .

و لو لم يختبر ،ففى جواز الاستناد فى ذلك الى اصالة عدمه اذا شك فى ذلك وجه احتمله فى جامع المقاصد .

و حكى عن جماعة كما

معلول لعدم تقدم العيب ،فالحلف اما على العلة ،واما على المعلول (ان كان قد اختبر) البائع (المبيع ،واطلع على خفايا امره) وعلم انه لم يكن فيه عيب حال البيع و القبض ،فيشهد بسلامته حتى عن العيوب الخفية ،اما العيوب الظاهرة فتعرف بادنى التفات (كما يشهد بالاعسار و العدالة وغيرهما) كالجبن و الشجاعة من الصفات النفسية الخفية ،التى تعرف غالبا بآثارها (ممّا يكتفى فيه بالاختبار الظاهر) و لو انسد باب الظاهر فى امثال هذه الامور لم يكن طريق اليها اطلاقا الا بعلم الغيب

(و لو لم يختبر ،ففى جواز الاستناد فى ذلك) اى فى الحلف على عدم تقدم العيب (الى اصالة عدمه) اى عدم العيب (اذا شك فى ذلك) اى فى انه هل كان معيبا قبل القبض ،ام لا ؟ (وجه احتمله فى جامع المقاصد) مقابل الوجه الآخر الذى هو الحلف على عدم العلم بالعيب .

اذ كيف يمكن الحلف على عدم العيب و هو شاك فى انه هل كان معيبا ،ام لا ؟ .

(و) لكن القول بالحلف على نفى العيب (حكى عن جماعة) قالوا : و لا بأس بذلك لان الاصل الذى هو مستنده فى الحلف دليل شرعى (كما

يحلف على طهارة البيع استنادا الى الاصل .

و يمكن الفرق بين الطهارة و بين مانحن فيه بان المراد بالطهارة فى استعمال المتشرعة مايعم غير معلوم النجاسة ،لا الطاهر الواقعى ،كما ان المراد بالملكية والزوجية ما استند الى سبب شرعى ظاهرى .

يحلف على طهارة البيع استنادا الى الاصل) و يحلف على انه ملكه استنادا الى يد البائع الذى اشتراه منه ، او الى سوق المسلمين ،اوما اشبه ،مع انه لا يعلم علما قاطعا بان الشئ طاهر واقعا وان المال له واقعا .

(و) لكن الانصاف ان الحلف على عدم العيب استنادا الى اصل السلامة مشكل ،و تنظير المسألة بباب الطهارة و الملكية غير تام .

و ذلك لانه(يمكن الفرق بين الطهارة و بين مانحن فيه بان) الطهارة و الملكية و الزوجية و ما اشبه لها مرتبتان ،مرتبة الواقع،ومرتبة الظاهر ،والذى يمكن الحلف عليه بالقطع استنادا الى الاصل هوالظاهر و لذا لا يقدر ان يحلف انه طاهر واقعا، او ملك او زوجة واقعا، بخلاف مانحن فيه فان العيب ليس على قسمين ،عيب ظاهر و عيب واقع حتى يقال انه يحلف على المرتبة الظاهرية من العيب .

ف (المراد بالطهارة فى استعمال المتشرعة) التى يحلف عليها استنادا الى الاصل(مايعم غير معلوم النجاسة ،لا الطاهر الواقعى) فهو يحلف على خصوص الظاهرى ،اوعلى الاعم (كما ان المراد بالملكية و الزوجية ما استند الى سبب شرعى ظاهرى) فالحلف على الاعم ،اوعلى

. . . . . .

كما تدل عليه رواية جعفر الواردة فى جواز الحلف على ملكية ما اخذ من يد المسلمين .

و فى التذكرة ـ بعد ما حكى عن بعض الشافعية جواز الاعتماد على اصالة السلامة فى هذه الصورة ـ قال : وعندى فيه نظر اقربه الاكتفاء بالحلف على نفى العلم و استحسنه فى المسالك ،قال

خصوص الظاهرى (كما تدل عليه) اى على ان المراد بالملكية ما استند الى سبب ظاهرى (رواية جعفر الواردة فى جواز الحلف على ملكية ما اخذ من يد المسلمين) بعد وضوح عدم الفرق بين الامارة والاصل من هذه الجهة اذ فى كليهما لا علم بالواقع ،منتهى الامر ان الشك اخذ فى الامارة ظرفا، وفى الاصل جزءا من الموضوع ،فاذا جاز الحلف على طبق الامارة جاز الحلف على طبق الاصل .

(و فى التذكرة ـ بعد ما حكى عن بعض الشافعية جواز الاعتماد على اصالة السلامة فى هذه الصورة ـ) اى صورة عدم العلم بالعيب ، و معنى جواز الاعتماد ان يحلف البائع على عدم العيب (قال) العلامة : (وعندى فيه نظر) اذ كيف يحلف على العدم والحال انه لا يعلم .

و ذلك مثل ان يحلف الانسان على انه ليس فى المدرسة احد و الحال انه لا يعلم هل فيها احد ام لا ؟ وانما يحلف استصحابا ـ مثلا ـ .

ثم قال العلامة : (اقربه الاكتفاء بالحلف على نفى العلم) فاذا حلف البائع بانه لا يعلم فى المتاع عيبا سابقا ، كفى فى عدم تمكن المشترى من رد المتاع الى البائع او اخذ الارش منه (و استحسنه فى المسالك قال)

لاعتضاده باصالة عدم التقدم فيحتاج المشترى الى اثباته وقد سبقه الى ذلك فى الميسية و تبعه فى الرياض .

اقول : ان كان مراده الاكتفاء بالحلف على نفى العلم فى اسقاط اصل الدعوى بحيث لا يسمع البينة بعد ذلك ، ففيه اشكال .

نعم لو اريد سقوط الدعوى الى ان

صاحب المسالك : (لاعتضاده) اى حلف البائع (باصالة عدم التقدم) اى عدم تقدم البيع (فيحتاج المشترى الى اثباته) اى اثبات التقدم (وقد سبقه) اى سبق المسالك (الى ذلك فى الميسية و تبعه فى الرياض) .

و الحاصل انه اذا ادعى المشترى تعيب المبيع قبل القبض و انكر البائع ، وكان البائع شاكا لانه لم يختبره قبلا ، ولم تكن للمشترى بينة حلف البائع على انه لا يعلم تعيبه ، وتسقط بهذا الحلف دعوى المشترى .

(اقول : ان كان مراده) اى العلامة (الاكتفاء بالحلف على نفى العلم فى اسقاط اصل الدعوى بحيث لا يسمع البينة بعد ذلك) كما هو شأن اليمين ، فانه اذا طلب الحاكم من المدعى البينة فلم يأت بها فطلب من المنكر الحلف ، فحلف على العدم ، سقطت دعوى المدعى حتى انه لو جاء بعد ذلك بالبينة لم تسمع ، لان الايمان تذهب بالحقوق شرعا (ففيه اشكال) لان ما دلّ على اسقاط اليمين للدعوى بالنص و الاجماع منصرف الى اليمين القطعى ، لا اليمين على عدم العلم ، فمقتضى القاعدة بقاء الدعوى حتى اذا جائت البينة سمعت كما صرح بذلك غير واحد من الفقهاء

(نعم لو اريد سقوط الدعوى) بحلف البائع على عدم علمه (الى ان

. . . . . .

تقوم البينة ،فله وجه و ان استقرب فى مفتاح الكرامة ان لا يكتفى بذلك منه فيرد الحاكم اليمين على المشترى فيحلف ،وهذا اوفق بالقواعد .

ثم الظاهر من عبارة التذكرة اختصاص يمين نفى العلم ـ على القول به ـ بما اذا لم يختبر البائع المبيع بل عن الرياض لزوم الحلف مع

تقوم البينة ،فله وجه) .

اذ لا بينة للمدعى ،والمنكر لم يعترف، فمن اين تثبت الدعوى ؟ مع ان اصالة اللزوم و اصالة عدم ضمان البائع للارش محكمة (وان استقرب فى مفتاح الكرامة ان لا يكتفى بذلك) اى بالحلف على عدم العلم (منه) اى من البائع (فيرد الحاكم اليمين على المشترى فيحلف) على ان المتاع كان معيبا قبل القبض (و هذا اوفق بالقواعد) لان ادلة اليمين ان شملت اليمين على نفى العلم لم يكن وجه لبقاء الدعوى ،وان لم تشمل اليمين على نفى العلم لم يكن وجه لسقوط الدعوى ـ و لو سقوطا موقتا ـ .

و حيث ان ادلة اليمين لا تشمل اليمين على نفى العلم ،فاللازم ان ترجع الى القواعد الاولية ،وهى تقتضى ان اليمين تردّ على المدعى اذا لم يحلف المنكر ،فاذا حلف المدعى حكم له .

(ثم) انه لو قلنا بكفاية يمين نفى العلم فى الجملة ،هل نقول بالكفاية حتى فى صورة الاختبار؟ (الظاهر من عبارة التذكرة اختصاص يمين نفى العلم ـ على القول به ـ) اى بان البائع يحلف على نفى العلم بالعيب (بما اذا لم يختبر البائع المبيع) فلا يعلم هل انه كان معيبا ام لا؟ (بل عن الرياض لزوم الحلف مع

الاختبار على البتّ قولا واحدا .

لكن الظاهر ان المفروض فى التذكرة صورة الحاجة الى يمين نفى العلم اذ مع الاختبار يتمكن من الحلف على البتّ فلاحاجة الى عنوان مسئلة اليمين على نفى العلم ، لان اليمين على نفى العلم لا يكفى من البائع مع الاختبار، فافهم .

الاختبار) للمبيع (على البتّ) و القطع ،لاعلى نفى العلم (قولا واحدا) فاذا اختبر حلف على عدم العيب ،اما اذا لم يختبر حلف على عدم العلم

(لكن الظاهر ان) رأى صاحب التذكرة هو : صحة يمين نفى العلم حتى فى صورة الاختبار ،لان (المفروض فى) عبارة (التذكرة صورة الحاجة الى يمين نفى العلم) و هى صورة ما اذا لم يعلم البائع هل كان معيبا ام لا (اذ مع الاختبار يتمكن من الحلف على البتّ) والقطع (فلاحاجة) فى صورة الاختبار (الى عنوان مسئلة اليمين على نفى العلم) .

فالعلامة انما عنون المسألة بصورة عدم الاختبار ،وقال انه يكفى فيها اليمين على نفى العلم ،لان فى صورة الاختبار لاحاجة الى نفى العلم بل يحلف على عدم العيب (لا) ان مراد العلامة (ان اليمين على نفى العلم لا يكفى من البائع مع الاختبار) فلم يُفْتِ العلامة ببطلان يمين نفى العلم فى صورة الاختبار ـ نعم افتى بذلك الرياض ـ (فافهم) فانه كيف يكفى نفى العلم مع الاختبار ،والحال ان الاكتفاء بيمين نفى العلم خلاف الاصل ،فلا يصار اليه الا فى حالة الاضطرار ـ وهو صورة عدم علم البائع ـ اما فى صورة علمه بالعدم لاجل اختباره الممتاع ، فلا وجه لقبول نفى

. . . . . .

فرع: لو باع الوكيل فوجد به المشترى عيبا يوجب الرد، رده على الموكل لانه المالك، والوكيل نائب عنه بطلت وكالته بفعل ما امر به فلا عهدة عليه .

و لو اختلف الموكل و المشترى فى قدم العيب و حدوثه فيحلف الموكل على عدم التقدم كما مرّ ،ولا يقبل اقرار الوكيل بقدمه لانه اجنبى .

العلم .

(فرع: لو باع الوكيل فوجد به المشترى عيبا يوجب الرد، رده على الموكل) فيما اذا كان الوكيل وكيلا فى اجراء العقد فقط ـ مثلا ـ (لانه المالك) فهو المردود عليه (و الوكيل نائب عنه بطلت وكالته بفعل ما امر به فلا عهدة عليه) .

نعم لو كان وكيلا عاما صح الارجاع اليه و الى الموكّل ،لانه بمنزلة الاصيل .

اما نتيجة الرد، فانها الى الموكل فى كل صورة ،كما انّه اذا طلب الارش ، ففى الوكيل فى الصيغة فقط يرجع الى الموكل ،وفى الوكيل العام يرجع الى ايهما شاء و ان كانت نتيجة الامر ان الارش يخرج من كيس الموكل .

(و لو اختلف الموكل و المشترى فى قدم العيب) حيث يقول به المشترى (و حدوثه) حيث يقول به الموكل (فيحلف الموكل على عدم التقدم كما مرّ) قبل الفرع (ولا يقبل اقرار الوكيل بقدمه) اى قدم البيع لان اقرار العقلاء على انفسهم جائز ،لا على غيرهم (لانه اجنبى) .

. . . . . .

و اذا كان المشترى جاهلا بالوكالة و لم يتمكن الوكيل عن اقامة البينة فادعى على الوكيل بقدم العيب، فان اعترف الوكيل بالتقدم لم يملك الوكيل رده على الموكل لان اقرار الوكيل بالسبق دعوى بالنسبة الى الموكل لا يقبل الّا بالبينة

نعم يكون هو من باب الشاهد، اذ لا فرق فى الشاهد بين ان يكون وكيلا ام لا .

لكن الظاهر ان عدم نفوذ اقرار الوكيل انما هو فى الوكيل لمجرد الصيغة .

اما الوكيل العام القائم مقام الموكل فى كل الشؤن حسب الوكالة فالظاهر قبول اقراره، فانه فى هذا ايضا نائب عن الموكل، كما لو قال الموكل لانسان: اعترف عن قبلى .

(و اذا كان المشترى جاهلا بالوكالة) اى بوكالة البائع عن غيره (ولم يتمكن الوكيل عن اقامة البينة) على انه وكيل (فادعى) المشترى (على الوكيل بقدم العيب، فان اعترف الوكيل بالتقدم) اى تقدم العيب على القبض (لم يملك الوكيل رده على الموكل) لما عرفت من انه اقرار فى حق الغير، كما لو اعترف الوكيل بان ما بيده لزيد، فاذا اعطاه لزيد خسر للمالك مثل او قيمة ما اعترف به، كما ان الوكيل لو اعطى ارش العيب الى المشترى ـ حسب اعترافه بقدم العيب ـ لا يحق له ان يرجع الى الموكل (لان اقرار الوكيل بالسبق) للعيب (دعوى بالنسبة الى الموكل لا يقبل الا بالبينة) .

فله احلاف الموكل على عدم السبق لانه لو اعترف ، نفع الوكيل بدفع الظلامة عنه، فله عليه مع انكاره اليمين .

و لو رد اليمين على الوكيل فحلف على السبق ، الزم الموكل .

فان اقام الوكيل البينة على الموكل بسبق العيب كان الحكم للوكيل و ان لم يقم البينة و اعترف الموكل بالسبق فيها و نعمت .

و ان لم يعترف الموكل بل انكر (فله) اى للوكيل (احلاف الموكل على عدم السبق) .

ان قلت: اىّ حق للوكيل فى احلاف الموكل و الحال انه ليس طرفا للدعوى و انما يقبل الحاكم احلاف الخصم اذا طلب خصمه لا اذا طلب احلافه انسان اجنبى .

قلت: بل الوكيل طرف للدعوى (لانه لو اعترف) الموكل بسبق العيب (نفع) الموكل (الوكيل بدفع الظلامة عنه) فانه لو لم يعترف وقع تحمل قبول المتاع على الوكيل ، وهذا ضرر عليه جاء من طرف عدم اعتراف الموكل بسبق العيب (فله) اى للوكيل (عليه) اى على الموكل (مع انكاره) سبق العيب (اليمين) فان حلف الموكل خسر الوكيل ، والا ردّ الوكيل المتاع اليه .

(و لو) لم يحلف الموكل بل (رد اليمين على الوكيل) المدعى (فحلف على السبق) اى سبق العيب على القبض (الزم الموكل) ان يسترجع متاعه و يرجع الثمن .

و لو انكر الوكيل التقدم حلف ليدفع عن نفسه الحق اللازم عليه لو اعترف و لم يتمكن من الردعلى الموكل ،لانه لو اقرّ ردّ عليه .

و هل للمشترى تحليف الموكل لانه مقر بالتوكيل؟ الظاهر لا ،لان دعواه على الوكيل يستلزم انكار وكالته ، وعلى الموكل ،يستلزم الاعتراف به .

(و لو انكر الوكيل التقدم) عند ادعاء المشترى تقدم العيب (حلف)

ان قلت: لاوجه لحلفه لانه ليس صاحب مثمن ، ولا صاحب ثمن فكيف يكلف بالحلف .

قلت: انما يحلف (ليدفع عن نفسه الحق اللازم عليه لو اعترف و لم يتمكن من الردعلى الموكل ،لانه) اى المشترى (لو اقرّ) بالعيب ولم يتمكن من رده على الموكل (ردّ) المتاع (عليه) اى على المشترى ، لانه ضرر عليه ، و حيث انه طرف للنزاع ،كان له ان يحلف .

(و هل للمشترى) الاعراض عن الوكيل ،و(تحليف الموكل) فيما اذا كان الموكل منكرًا لسبق العيب ،وانما له تحليف الموكل ـ مع ان الموكل لم يبعه المتاع ـ (لانه مقر بالتوكيل) فهو مقر بانه طرف النزاع (الظاهر لا ،لان دعواه) اى المشترى (على الوكيل) بانه اصيل و ليس بوكيل (يستلزم انكار وكالته) فالمشترى يقول ان البائع هو المالك ،لانه وكيل وعليه فالموكل ـ واقعا ـ اجنبى عن النزاع بتطرف المشترى فكيف يحلف المشترى من يراه اجنبيا (و) توجيهه؟ الحلف (على الموكل ،يستلزم الاعتراف به) اى الاعتراف بان البائع وكيل ،و هذا تناقض .

و حيث اعترف سابقا بان البائع اصيل لا يتمكن من الاضراب عنه و

. . . . . .

و احتمل فى جامع المقاصد ثبوت ذلك مؤاخذة له باقراره .

ثم اذا لم يحلف الوكيل و نكل فحلف المشترى اليمين المردودة و ردّ العين على الوكيل ،فهل للوكيل ردّها على الموكل ام لا ؟ وجهان ،بناهما فى القواعدعلى كون اليمين المردودة كالبينة ،فينفذ فى حق الموكل ،او كاقرار المنكر ،فلاينفذ .

وتنظرفيه فى جامع المقاصد بان كونها كالبينة لا يوجب نفوذها للوكيل على

توجيه الحلف الى الموكل ـ واقعا ـ .

(و احتمل فى جامع المقاصد ثبوت ذلك) اى تحليف الموكل (لـــه) اى للوكيل (مؤاخذة له) اى للموكل (باقراره)بانه المالك الواقعى .

(ثم اذا لم يحلف الوكيل و نكل) فيما اذا ادعى المشترى تقـــدم العيب (فحلف المشترى اليمين المردودة) او قلنا : ان مجرد النكـــول يوجب الحكم للمدعى (و ردّ) المشترى (العين على الوكيل ،فهل للوكيل ردّها على الموكل؟ام لا ؟ وجهان ،بناهما فى القواعد على كون اليميـــن المردودة) التى حلف بها المدعى المشترى (كالبينة ،فينفذ فى حـــق الموكل) فان البينة نافذة فى حق الكل ،وعلى هذا فللوكيل ردّ العيـن الى الموكل (او كاقرار المنكر ،فلاينفذ) ولا يتمكن الوكيل ردّها الى الموكل لان الاقرار انما ينفذ فى حق المقر ، لا غيره .

(و تنظر فيه) اى فى الوجه الاول؛ و مبناه (فى جامع المقاصد بـان كونها) اى اليمين المردودة (كالبينة لا يوجب نفوذها) اى اليمـــيـــن (للوكيل) و بنفعه (على

الموكل ،لان الوكيل معترف بعدم سبق العيب،فلاتنفعه البينة القائمة على السبق الكاذبة باعترافه .

قال : اللهم الا ان يكون انكاره لسبق العيب استنادًا الى الاصل ، بحيث لا ينافى ثبوته ، و لا دعوى ثبوته،كان يقول: لاحق لك على فى هذه الدعوى ،اذ ليس فى المبيع عيب ثبت لك به الردعلىّ ،فانه لا تمنع حينئذ

الموكل ،لان الوكيل معترف بعدم سبق العيب) لفرض انه اعترف اولا بان لم يكن فيه عيب،ولكن لما لم تكن بينة للمشترى ولم يحلف الوكيل ردت اليمين الى المشترى (فلاتنفعه البينة القائمة على السبق) للعيب (الكاذبة) لان البينة التى يأتى بها المشترى على سبق العيب،وماقام مقام البينة كاليمين المردودة كاذبة (باعترافه) اى الوكيل فكيف يلزم الموكل بما يعترف الوكيل بانه كذب .

(قال) فى جامع المقاصد (اللهم الا ان يكون انكاره) اى الوكيل (لسبق العيب استنادًا الى الاصل) اى اصالة صحة العين وعدم تعيبها (بحيث لا ينافى) انكاره (ثبوته) اى ثبوت العيب واقعا (ولا دعوى ثبوته) اى دعوى المشترى ثبوت العيب ، اذ علم المشترى بالعيب لا ينافى جهل الوكيل بعدم العيب.

و قوله ((ولا دعوى)) عطف على ((ثبوته)) فيكون انكار الوكيل حاله (كان يقول) الوكيل (لاحق لك على فى هذه الدعوى ،اذ ليس فى المبيع عيب ثبت لك به) اى بسبب ذلك العيب (الردعلىّ،فانه) اذا كان الانكار من الوكيل بهذه الصورة ـ لا بصورة العلم بعد العيب ـ (لا تمنع حينئذ

. . . . . .

تخريج المسئلة على القولين المذكورين ،انتهى ·

و فى مفتاح الكرامة ان اعتراضه مبنى على كون اليمين المردودة كبينة الراد

تخريج المسئلة) اى المسألة التى ذكرها العلامة (على القولين المذكورين) اى ان اليمين المردودة كالبينة ام لا ·

والحاصل ان العلامة قال : ان اليمين من المشترى ان كانت كالبينة ردّ الوكيل المتاع الى الموكل ·

و جامع المقاصد قال : ان كان الوكيل يدعى عدم علمه بالعيب ، كانت اليمين كالبينة فى ان البينة نافذة على الكل حتى على الموكل ·

اما اذا كان الوكيل يعلم بانه لم يكن فيه عيب فقد فوّت المعاملة على المالك بسوء اختياره عدم الحلف ،فلايتحمل المالك عاقبة فعل الوكيل ،بل العين ترجع الى الوكيل نفسه ،وعلى الوكيل ان يعطى ثمنها للمالك (انتهى) كلام جامع المقاصد ·

(و فى مفتاح الكرامة ان اعتراضه) اى جامع المقاصد على العلامة (مبنى على كون اليمين المردودة كبينة الراد) الذى هو الوكيل ·

و من المعلوم ان الوكيل قد يدعى علمه بعدم العيب ،وقد يدعى عدم علمه بالعيب·

وعلى هذا فاشكال جامع المقاصد على العلامة وارد ، اذ الراد قد يكون مع علمه بالعدم ،وقد يكون من باب انه لا يعلم ،فاذا كان من باب انه يعلم بالعدم فكيف يلزم الموكل بمايقول الوكيل انه كذب·

. . . . . .

و المعروف بينهم انه كبينة المدعى

اقول: كونه كبينته لا ينافى عدم نفوذ ها للوكيل المكذب لها على الموكل

و الحاصل : ان كانت يمين المشترى نازلة منزلة بينة الراد اتى فيه تفصيل جامع المقاصد (و) الحال ان (المعروف بينهم انه) اى اليمين المردودة (كبينة المدعى) و بينة المدعى نافذة فى حق الكل ، فلا يصح تفصيل جامع المقاصد ، ويكون الحق مع العلامة بان اليمين ان كانت كالبينة نفذت فى حق الموكل ـ مطلقا ـ اى سواء قال الوكيل انه يعلم بعدم العيب او قال انه لا يعلم بالعيب .

(اقول) اراد الشيخ بهذا الكلام تأييد جامع المقاصد ، والاشكال على مفتاح الكرامة ، فان (كونه) اى يمين المشترى (كبينته) اى بينة المدعى (لا ينافى عدم نفوذ ها للوكيل المكذب لها) اى للبينة (على الموكل) .

فكانه اذا اتى المشترى بالبينة و كذبها الوكيل ، فلا حق للوكيل فى الرجوع الى الموكل فكذلك اذا حلف المشترى اليمين المردودة ، فانها كالبينة فى عدم نفوذ ها على الموكل الا فى صورة ان يقول الوكيل : لا اعلم بالعيب .

و حاصل الكلمات ان (١) المشترى ادعى العيب (٢) و الوكيل انكر (٣) و لم يأت المشترى بالبينة (٤) و لم يحلف الوكيل (٥) ورد الحلف الى المشترى فنفذ فى حق الموكل (٦) قال العلامة : لا تنفذ يمينه فى حق الموكل ، الا فى صورة ان تكون اليمين كالبينة (٧) قال جامع المقاصد : اذا كانت كالبينة لا تنفذ الا اذا قال الوكيل لا علم لى (٨) قال مفتاح الكرامة :

. . . . . .

و تمام الكلام فى محله .

الرابعة : لو ردّ سلعة بالعيب فانكر البائع انها سلعته قدم قول البائع كذا فى التذكرة ، والدروس ، وجامع المقاصد ، لاصالة عدم حق له عليه ، و اصالة عدم كونها سلعته .

و هذا بخلاف ما لو ردّها بخيار ، فانكر كونها له ، فاحتمل هنا فى

لا يصح اشكال جامع المقاصد على العلامة (٩) قال الشيخ : لا يصح اشكال مفتاح الكرامة على جامع المقاصد (١٠) اذ انا لشيخ يرى تمامية كلام جامع المقاصد ، و ورود الاشكال على العلامة ، فلا تغفل (و تمام الكلام فى محله) .

(**الرابعة :** لو ردّ) المشترى (سلعة بالعيب) اى بجهة خيار العيب (فانكر البائع انها سلعته) قال بل سلعتى غير هذه (قدم قول البائع) لاصالة عدم جريان العقد على هذه السلعة الخاصة (كذا فى التذكرة ، و الدروس ، وجامع المقاصد) .

و ذلك (لاصالة عدم حق له) اى للمشترى (عليه) اى على البائع (و اصالة عدم كونها سلعته) اى سلعة البائع ، فان الاصل عدم اضافة الشئ الى الانسان ، الا اذا ثبتت الاضافة .

(وهذا) الحكم فى الرد بالعيب (بخلاف ما لو ردّها) اى رد المشترى السلعة (بخيار) آخر غير العيب ، كخيار الغبن و خيار الشرط . و نحوهما (فانكر) البائع (كونها) اى السلعة (له) مع قبوله اصل وجود الخيار (فاحتمل هنا فى

. . . . . .

التذكرة و القواعد تقديم قول المشترى ،و نسبه فى التحرير الى القيل لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بعد ان احتمل مساواتها للمسألة الاولى

اقول: النزاع فى كون السلعة سلعة البائع يجتمع مع الخلاف فى الخيار ،ومع الاتفاق عليه، كما لا يخفى .

التذكرة و القواعد تقديم قول المشترى) فى ان السلعة التى فيها الخيار هى هذه السلعة (و نسبه فى التحرير الى القيل) .

و ذلك (لاتفاقهما على استحقاق الفسخ) فالبائع الذى يقول : انها ليست سلعته يحتاج الى الدليل (بعد ان احتمل مساواتها للمسألة الاولى) من تقديم قول البائع لاصالة عدم جريان العقد على هذه السلعة المتنازع فيها ، وذلك لانه لافرق بين خيار العيب و بين سائر الخيارات من هذه الجهة .

(اقول: النزاع فى كون السلعة سلعة البائع) ام لا (يجتمع مع الخلاف فى الخيار ،ومع الاتفاق عليه) .

فقد يتفقان على ان للمشترى خيار العيب ،لكن البائع يقول : ان هذه السلعة ليست سلعتى المعيوبة التى بعتك اياها، و يدعى المشترى ان هذه السلعة سلعتك .

وقد يختلفان فى اصل الخيار ،فيقول المشترى : ان هذه سلعتك، و هى معيبة فلى الخيار ،فيقول البائع :هذه ليست سلعتى وسلعتى لم تكن معيبة ،فليس لك الخيار(كما لا يخفى) .

. . . . . .

لكن ظاهر المسألة الاولى : كون الاختلاف فى ثبوت خيار العيب ناشئا عن كون السلعة هذه السلعة المعيوبة اوغيرها .

و الحكم تقديم قول البائع مع يمينه .

و اما اذا اتفقا على الخيار ،واختلفا فى السلعة فلذى الخيار حينئذ الفسخ ،من دون توقف على كون هذه السلعة هى المبيعة اوغيرها فاذا فسخ و اراد ردّ

(لكن ظاهر المسألة الاولى) التى ذكرناها بقولنا ((لو ردّ سلعة بالعيب الخ)) (كون الاختلاف فى ثبوت خيار العيب) الذى يدعيه المشترى و ينكره البائع (ناشئا عن كون السلعة) التى وقع عليها العقد (هذه السلعة المعيوبة اوغيرها) .

فالمراد بالمسألة صورة الاختلاف فى اصل الخيار ،لا صورة الاتفاق فى الخيار و انما الاختلاف فى السلعة فقط .

(و الحكم) فى مسالة الاختلاف فى الخيار للاختلاف فى ان هذه السلعة المعيبة سلعته ،ام لا (تقديم قول البائع مع يمينه) لان المشترى يدعى العيب ولا بينة له ،فالبائع المنكر للعيب اذا حلف حكم له .

(و اما اذا اتفقا على الخيار ،واختلفا فى السلعة) هل هذه سلعة البائع ـ كما يقول المشترى ـ او هذه ليست سلعة البائع ؟ ـ كما يقول البائع ـ (فـ) لا شك ان (لذى الخيار) وهو المشترى(حينئذ) اى حين اتفاقهما على ان له الخيار(الفسخ ،من دون توقف) للفسخ (على كون هذه السلعة هى المبيعة اوغيرها، فاذا فسخ) المشترى(و اراد ردّ

السلعة فانكرها البائع، فلاوجه لتقديم قول المشترى مع اصالة عدم كون السلعة هى التى وقع العقد عليها .

نعم استدل عليه فى الايضاح ـ بعد ماقواه ـ بان الاتفاق منهما على عدم لزوم البيع و استحقاق الفسخ والاختلاف فى موضعين .

احدهما : خيانة المشترى فيدعيها البائع بتغير السلعة والمشترى ينكرها، و الاصل

السلعة فانكرها البائع) ان تكون هى سلعته (فلاوجه لتقديم قول المشترى) الذى يقول : هذه هى سلعة البائع (مع اصالة) اى استصحاب (عدم كون) هذه (السلعة هى التى وقع العقد عليها) فاللازم ان يرد المشترى الى البائع المثل او القيمة .

و من المعلوم ان اصالة عدم كون سلعة اخرى وقع عليها العقد، لا تعارض اصالة عدم وقوع العقد على هذه السلعة لانها مثبتة من قبيل نفى احد الضدين لاثبات الضد الآخر .

(نعم استدل عليه) اى على تقديم قول المشترى (فى الايضاح ـ بعد ماقواه ـ) اى قوى تقديم قول المشترى فى ان هذه هى سلعة البائع (بان الاتفاق منهما) اى من البائع و المشترى (على عدم لزوم البيع و استحقاق الفسخ) « و استحقاق » عطف بيان لـ « عدم لزوم » (والاختلاف) بينهما (فى موضعين) .

(احدهما : خيانة المشترى فيدعيها البائع) على المشترى (بتغير السلعة و المشترى ينكرها) و يقول : ان هذه هى سلعة البائع (والاصل

. . . . . .

عدمها .

الثانى : سقوط حق الخيار الثابت للمشترى ،فالبائع يدعيه والمشترى ينكره و الاصل بقائه و تبعه فى الدروس حيث قال : لو انكر البائع كون المبيع مبيعه حلف ، و لو صدقه على كون المبيع معيوبا، وانكر تعيين المشترى حلف المشترى ،انتهى .

اقول :

عدمها) اى عدم الخيانة .

(الثانى : سقوط حق الخيار الثابت للمشترى ، فالبائع يدعيه) اى يدعى السقوط لانه يقول قد تلفت السلعة فلاحق لك فى الخيار ،لانه اذا تلف المعيب فى باب خيار العيب يسقط الخيار ـ كما تقدم ـ (والمشترى ينكره) لانه يقول : لم تتلف السلعة ،بل هى هذه (والاصل بقائه) لاستصحاب بقاء الخيار (و تبعه فى الدروس حيث قال : لو انكر البائع كون المبيع مبيعه حلف) البائع ،لان الاصل عدم جريان العقد على هذا المبيع (و لو صدقه) اى صدق البائع المشترى (على كون المبيع معيوبا و انكر تعيين المشترى) للسلعة ،بل قال : هذه ليست سلعتى (حلف المشترى) انها سلعته ،واجبر البائع على القبول (انتهى) كلام الايضاح

(اقول) لا يتم كلام الايضاح فى ان الاصل عدم الخيانة ـ فى المقام ـ و بذلك يجعل المشترى منكرا .

و ذلك لان الاصل عدم كون هذه السلعة للبائع ـ كما يقول البائع انها ليست سلعته ـ وهذا الاصل الذى فى جانب البائع مقدم على اصل

. . . . . .

اما دعوى الخيانة فلو احتاجت الى الاثبات ، و لو كان معها اصالة عدم كون المال الخاص هو المبيع لوجب القول بتقديم قول المشترى فى المسئلة الاولى .

عدم الخيانة ، الذى هو فى جانب المشترى .

ولا يدع اصل البائع مجالا لاصل المشترى ، فلا جريان لاصالة عدم الخيانة فى المقام .

(اما دعوى الخيانة) التى يقول بها البائع ـ تبعا لقوله بان السلعة ليست سلعته ـ (فلو احتاجت الى الاثبات) و الى الشهود من جانب البائع (و لو كان معها) اى مع هذه الدعوى (اصالة عدم كون المال الخاصّ) الذى جاء به المشترى (هو المبيع) قصده ان اصل عدم كون السلعة للبائع ، لا يدع مجالا للشهود اى لا يحتاج البائع الى الشهود بعد ان كان الاصل معه (لوجب القول بتقديم قول المشترى فى المسئلة الاولى) و هى انه لو رد السلعة بالعيب ، فانكر البائع انها سلعته ، حيث تقدم انه يقدم قول البائع ، وانما وجب تقديم قول المشترى ، لان البائع فى المسألة الاولى ايضا يدعى الخيانة ، و المشترى ينكرها ، والاصل عدم الخيانة .

ثم ان قول المصنف « لوجب » هذا الزام على الايضاح ، لان الايضاح قَبِل فى المسألة الاولى تقديم قول البائع ، واشكال المصنف عليه ان المسألتين من واد واحد ، فاما ان يقدم « اصل عدم الخيانة » لنفع البائع فيها .

. . . . . .

و ان كانت هناك اصول متعددة على ما ذكرها فى الايضاح و هى اصالة عدم الخيار، وعدم حدوث العيب، و صحة القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه .

فكيف يقول صاحب الايضاح بتقديم « اصل عدم كون السلعة للبائع » فى المسألة الاولى ، و بتقديم « اصل عدم الخيانة » فى المسألة الثانية .

(و ان كانت هناك) فى المسألة الاولى (اصول متعددة) الى جنب البائع ، لكن هذه الاصول لا تقاوم « اصل عدم الخيانة » فالاصل الذى يقاوم اصل عدم الخيانة ، هو اصل عدم كون السلعة للبائع ، فليس لصاحب الايضاح ان يقول : انما نقول باصل عدم الخيانة ، فى المسألة الثانية ، ولا نقول بها فى المسألة الاولى ، لاجل سقوط « اصل عدم الخيانة) فى المسألة الاولى ، باصول اخر ، و اصل عدم الخيانة ليست ساقطة فى المسألة الثانية .

و كيف كان فالاصول المتعددة فى المسألة الاولى (على ما ذكرها فى الايضاح) كلها الى جنب البائع (و هى اصالة عدم الخيار) للمشترى (و) اصالة (عدم حدوث العيب) فى المبيع حتى يكون للمشترى الخيار (و) اصالة (صحة القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه) اى ضمان القبض .

و ذلك لان السلعة لو كانت معيبة لم يخرج البائع من الضمان بتسليم هذا المعيب .

فمقتضى صحة القبض ـ اى حمل فعل المسلم على الصحيح ـ ان

. . . . . .

لان اصالة عدم الخيانة مستندها ظهور حال المسلم و هو وارد على جميع الاصول العملية نظير اصالة الصحة .

و اما ما ذكره من اصالة صحة القبض فلم نتحقق معناها وان فسرناها من قبله

القبض المخرج عن الضمان قد تحقق .

و انما قلنا : ان الاصول المتعددة الموجودة فى جانب البائع لا تسقط « اصل عدم الخيانة » الذى هو فى جانب المشترى (لان اصالة عدم الخيانة) امارة ، و الامارة مقدمة على الاصل فتلك الاصول كلها ساقطة بهذا الاصل .

اذ اصالة عدم الخيانة (مستندها ظهور حال المسلم) فى انه لا يخون (وهو وارد على جميع الاصول العملية نظير اصالة الصحة) الواردة على جميع الاصول العملية ، فاذا اشترينا لحما من القصاب كان الاصل عدم كون اللحم له ، وعدم كونه مذكى ، وعدم كونه حلال اللحم ـ مثلا ـ و مع ذلك فاصالة صحة عمل القصاب واردة على جميع هذه الاصول .

فتحصل فى ردّ الايضاح : ان اصل عدم الخيانة لا تجرى فى المسألة الثانية ، كما لا تجرى فى المسألة الاولى ـ ثم ان المصنف ذكر اشكالا ثانويا على الايضاح ، و هو قوله باصالة صحة القبض ـ بقوله :

(و اما ما ذكره من اصالة صحة القبض فلم نتحقق معناها) اى ليس لهذا الاصل دليل شرعى (و ان فسرناها من قبله) اى من جانب صاحب

. . . . . .

بما ذكرناه .

لكن اصالة الصحة لا تنفع لاثبات لزوم القبض .

واما دعوى سقوط حق الخيار فهى انما تجدى اذا كان الخيار المتفق عليه لاجل العيب ـ كما فرضه فى الدروس ـ

الايضاح (بما ذكرناه) بمعنى خروج البائع من ضمانه ، اذ مستنده اصل صحة عمل البائع .

(لكن اصالة الصحة لا تنفع لاثبات لزوم القبض) على المشترى اذ صحة القبض لا تلازم اللزوم ، بل تلائم عدم اللزوم ـ اى الخيار ـ فان القبض فى موارد الخيارات صحيح و مع ذلك فللمشترى الخيار .

فقوله « لكن . . » اشكال على الايضاح ، وبيان لقول المصنف « فلم نتحقق معناها » .

(و اما دعوى سقوط حق الخيار) الذى جعله الايضاح مورد اثانيا من مورد ى الاختلاف بين البائع و المشترى ، فالبائع يدعيه و المشترى ينكره (فهى) اى هذه الدعوى (انما تجدى) لاثبات بقاء الخيار اذ سقوط خيار العيب يتوقف على التلف الذى يدعيه البائع ، و المشترى ينكره (اذا كان الخيار المتفق عليه) بين البائع و المشترى (لاجل العيب ـ كما فرضه فى الدروس ـ) اى مفروض كلام الدروس فى صورة كون الاختلاف فى السلعة ، انما هو فى خيار العيب ، وفى هذا الخيار يصح كلام الايضاح بان يقول ان البائع يدعى خلاف الاصل ـ لانه يدعى تلف المبيع فالخيار ساقط ـ و المشترى يدعى وفق الاصل لانه يدعى ان المبيع هو هذا

. . . . . .

و الا فاكثر الخيارات مما اجمع على بقائه مع التلف على ان اصالة عدم سقوط الخيار لا تثبت الا ثبوته لا وجوب قبول هذه السلعة الا من جهة التلازم الواقع بينهما .

الذى يريد رده الى البائع فالخيار باق (والا) يكن الخيار لاجل العيب فلا يسقط الخيار ، لاجل تلف المتاع (ف) ان (اكثر الخيارات مما اجمع) الفقهاء (على بقائه مع التلف) للمبيع .

فقول البائع هذه ليست سلعتى ـ بمعنى انه تلف سلعتى ـ لا يوجب سقوط الخيار ، حتى يكون قوله مخالفا للاصل ، وحتى يقال ان البائع يدعى سقوط حق الخيار و المشترى ينكره و الاصل بقائه (على) انه نفرض الكلام فى خيار العيب الذى يوجب تلف المتاع سقوط خيار العيب لكنا نقول : (ان اصالة عدم سقوط الخيار) الذى هو فى جانب المشترى (لا تثبت الا ثبوته) اى ثبوت الخيار (لا وجوب قبول هذه السلعة) التى يقول البائع انها ليست سلعته (الا من جهة التلازم) العقلى (الواقع بينهما) اى بين ثبوت الخيار و وجوب قبول السلعة .

فان لازم ثبوت الخيار ان هذه سلعة البائع ، و لازم سقوط الخيار ان هذه ليست سلعة البائع .

و من المعلوم : فجريان الاصل فى احد المتلازمين لا يثبت اللازم الآخر ، لانه من الاصل المثبت .

و الحاصل ان قول الدروس « و لو صدقه على كون المبيع معيوبا و انكر تعيين المشترى حلف المشترى » يرد عليه اشكالان :

. . . . . .

و لعل نظر الدروس الى ذلك لكن للنظر فى اثبات احد المتلازمين بالاصل الجارى فى الآخر مجال ، كما نبّهنا عليه مرارا .

و اما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط ففيه ايضا مسائل .

الاولى : لو اختلفا فى علم المشترى بالعيب .

الاول : ان كون البائع مدعيا و المشترى منكرا انما يصح اذا كان الكلام فى خيار العيب ، لان البائع يدعى انه تلف المتاع ، فلا خيار و المشترى يقول : ان المتاع لم يتلف فالخيار باق ، والاصل عدم التلف ، لكن فى سائر الخيارات ليس كذلك ، فان البائع اذا قال : قد تلف المتاع ، فلا يمكنه ان يقول : فالخيار ساقط ، لان سائر الخيارات لا تسقط بالتلف .

الثانى : حتى فى خيار العيب لا يثبت حلف المشترى ـ المنكر للتلف ـ ان هذا المتاع هو متاع البائع لان عدم سقوط الخيار يلازم كون هذا متاع البائع فهو لازم عقلى له والاصول الشرعية لا تثبت اللوازم العقلية .

(و لعل نظر الدروس) فى قوله « و لو صدقه على كون المبيع معيوبا الخ » (الى ذلك) الى وجوب قبول هذه السلعة من جهة التلازم (لكن) اذا كان نظر الدروس ذلك فنقول (للنظر فى اثبات احد المتلازمين بالاصل الجارى فى) المتلازم (الآخر مجال) لانه اصل مثبت (كما نبّهنا عليه مرارا) و الاصل المثبت ليس بحجة .

(و اما الثانى و هو الاختلاف) بين البائع و المشترى (فى المسقط) للخيار ، وهل ان الخيار سقط ام لا (ففيه ايضا مسائل) .

(الاولى : لو اختلفا فى علم المشترى بالعيب) فقال البائع انك كنت

. . . . . .

وعدمه قدم منكر العلم فيثبت الخيار .

الثانية لو اختلفا فى زواله قبل علم المشترى او بعده ـ على القول بان زواله بعد العلم لا يسقط الارش ، بل ولا الرد ، ـ ففى تقديم مدعى البقاء فيثبت الخيار لاصالة بقائه وعدم زواله المسقط للخيار ،

تعلم بالعيب ، واقدمت على شرائه فلاخيار لك (وعدمه) فقال المشترى لم اكن عالما بالعيب عند الشراء ولذا لى الخيار (قدم منكر العلم) لان الاصل عدم العلم ، فالبائع يحتاج الى البينة فان لم تكن له بينة حلف المشترى وكان له الخيار (فيثبت الخيار) .

وكذا اذا اختلفا فى انه هل كان يعلم كمّ العيب او كيفه ، فادعى البائع علمه ، وقال المشترى كنت اعلم انه اقل كمّا او كيفا ـ وكان من باب الاقل والاكثر لا من باب المتباينين ـ حلف المشترى وكان له الخيار .

(الثانية لو اختلفا فى زواله) اى زوال العيب (قبل علم المشترى) بالعيب حتى لا يكون للمشترى خيار (او بعده) حتى يكون للمشترى الخيار (ـ على القول بان زواله بعد العلم لا يسقط الارش ، بل ولا الردّ ـ) اما اذا كان زواله بعد العلم مسقطا للرد والارش ـ كما هو قول فى المسألة ـ فلا اثر لهذا النزاع ، لانه بعد الزوال لا خيار ، سواء كان الزوال قبل العلم او بعد العلم (ففى تقديم مدعى البقاء) للعيب الى ما بعد العلم (فيثبت الخيار) .

وانما نقول بتقديم مدعى البقاء (لاصالة بقائه) اى بقاء العيب (و) اصالة (عدم زواله) اى العيب ، ذلك الزوال (المسقط للخيار) فالقول

. . . . . .

او تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار لان سببه او شرطه العلم به حال وجوده و هو غير ثابت، فالاصل لزوم العقد وعدم الخيار، وجهان اقواهما الاول

و العبارة المتقدمة من التذكرة فى سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم او بعده قبل الرد تؤمى الى الثانى، فراجع ·

قول المشترى بيمينه (او تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار) و هو البائع ـ غالبا ـ (لان سببه او شرطه) اى سبب الخيار (العلم به) اى بالعيب (حال وجوده، و هو) اى العلم به حال وجوده (غير ثابت فالاصل لزوم العقد) لانه كلما شك فى الخيار فالمرجع اصالة اللزوم المستفاد من النص و الاجماع حيث انه يجب الوفاء بكل عقد الا اذا ثبت الخيار فيه (و) نتيجة ذلك (عدم الخيار، وجهان) (اقواهما الاول) لان استصحاب بقاء العيب الى ما بعد العلم هو الموجب شرعا للخيار، كاستصحاب الطهارة الى دخول الوقت الموجب لصحة الصلاة، وليس الاصل مثبتا ·

و اذا جرى هذا الاستصحاب لم يبق مجال لاصالة لزوم العقد، و ليس ذلك من باب دفع النص بالاصل، بل من باب توسيع دائرة المخصص بسبب الاصل، كما حقق فى محلّه ·

(و العبارة المتقدمة من التذكرة فى سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم او بعده قبل الرد تؤمى الى الثانى) و هو تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار (فراجع) ·

حيث قال «لو كان المبيع معيبا عند البائع ثم اقبضه و قد زال عيبه فلا رد لعدم موجبه» لانها تؤمى الى ان الموجب للخيار هو العيب الموجود

و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد، و زوال احد العيبين فى كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار او الحادث حتى يثبت الخيار.

فمقتضى القاعدة بقاء القديم الموجب للخيار.

ولا يعارضه اصالة بقاء الجديد، لان بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار، الا من حيث استلزامه لزوال القديم.

حين الرد.

(و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد، و زوال احد العيبين) من العيب القديم او الجديد (فى كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار) لما تقدم من ان زوال العيب القديم يوجب سقوط الخيار (او الحادث حتى يثبت) بقاء (الخيار) السابق.

(فمقتضى القاعدة) اى الاستصحاب (بقاء) العيب (القديم الموجب للخيار) لاصالة بقاء العيب القديم الموجب للخيار.

(ولا يعارضه اصالة بقاء) العيب (الجديد، لان) العيب القديم له اثر.

اما استصحاب العيب الجديد، فلا اثر له.

اما اثر الاستصحاب الاول فهو بقاء الخيار.

و استصحاب العيب الجديد لا اثر له الا سقوط الخيار و ذلك مثبت فلا يجرى، لان (بقاء) العيب (الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار الا من حيث استلزامه لزوال القديم).

بمعنى انه لو كان الموجود هو العيب الجديد، فلا بد و ان يكون العيب

. . . . . .

و قد ثبت فى الاصول ان اصالة عدم احد الضدين لا يثبت وجود الضد الآخر، ليترتب عليه حكمه لكن المحكى فى التذكرة عن الشافعى فى مثله التحالف.

قال: لو اشترى عبدا وحدث فى يده نكتة بياض بعينه، و وجد نكتة قديمة ثم زالت احداهما، فقال البائع الزائلة القديمة، فلا رد ولا ارش وقال المشترى بل الحادثة ولى الرد، قال الشافعى يحلفان على مايقولان، فاذا حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الرد،

القديم قد زال، واذا زال العيب القديم سقط الخيار.

(وقد ثبت فى الاصول ان اصالة عدم احد الضدين لا يثبت وجود الضد الآخر).

مثلا: اصالة عدم الليل لا يثبت وجود النهار (ليترتب عليه) اى على الضد الآخر (حكمه) هذا.

و (لكن المحكى فى التذكرة عن الشافعى فى مثله) اى مثل مسألة زوال احد العيبين، والشك فى ان الزائل هل هو القديم او الجديد (التحالف) لان الاصل مع من له الخيار و هو المشترى.

(قال: لو اشترى عبدا و حدث فى يده) اى فى يد المشترى (نكتة بياض بعينه، و وجد نكتة قديمة) ايضا (ثم زالت احداهما، فقال البائع الزائلة) هى (القديمة، فلا رد ولا ارش، وقال المشترى بل) الزائلة هى (الحادثة ولى الرد) والارش (قال الشافعى يحلفان على مايقولان) لان كل واحد منهما مدع و منكر (فاذا حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الرد)

و استفاد المشترى بيمينه اخذ الارش ، انتهى .

الثالثة : لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه ، فادعى البائع حدوثه عند المشترى ، والمشترى سبقه ، ففى الدروس انه كالعيب المنفرد يعنى انه يحلف البائع كما لو لم يكن سوى هذا العيب و اختلفا فى السبق و التأخر .

و لعله لاصالة عدم التقدم .

عن نفسه لان المعيب بعيب عند المشترى لا يرد (واستفاد المشترى بيمينه اخذ الارش) لان الذى اشتراه كان معيبا ، و قيمة المعيب اقل (انتهى) كلام العلامة ، وقد تبين مما سبق وجه النظر فى كلام الشافعى فراجع .

(**الثالثة :** لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه) اى كان هناك عيب اتفقا على انه كان عند البائع موجودا مما اوجب للمشترى خيار الفسخ ، كما لو كانت الدابة عوراء ، و كان هناك عرج فى رجلها (فادعى البائع حدوثه) اى العرج ـ فى المثال ـ (عند المشترى ، و) ادعى (المشترى سبقه) عند البائع (ففى الدروس انه كالعيب المنفرد) كما لو كان فى المبيع عيب واحد فادعى البائع انه حدث عند المشترى و قال المشترى بل كان قبل القبض (يعنى انه يحلف البائع) لاصالة عدم سبق العيب عند البائع .

فحاله (كما لو لم يكن سوى هذا العيب و اختلفا فى السبق و التأخر) .

(و لعله) اى لعل وجه ما ذكره الدروس (لاصالة عدم التقدم) لان العيب امر حادث فاذا شك فى تقدمه او تأخره ، فالاصل عدم التقدم ، و

. . . . . .

و يمكن ان يقال : ان عدم التقدم هناك راجع الى عدم سبب الخيار و اما هنافلايرجع الى ثبوت المسقط ، بل المسقط هو حدوث العيب عند المشترى ،و قد مرغير مرة ان اصالة التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث فى الزمان المتأخر و انما يثبت بها عدم التقدم الذى لا يثبت به التأخر .

لا يراد بهذا الاصل اثبات التأخر حتى يكون الاصل مثبتا ، بل نفى آثار التقدم التى منها الخيار .

(و يمكن ان يقال) بالفرق بين العيب المنفرد و بين المقام .

ف (ان) اصل (عدم التقدم هناك) فى العيب المنفرد (راجع الى عدم سبب الخيار) فانه لو شك فى وجود سبب الخيار ، و عدم وجود سببه ، كان الاصل عدم وجود سببه .

(و اما هنا) فيما لو اختلفا فى عيب ثان مع اتفاقهما فى وجود العيب الاول (فلايرجع) اصل عدم التقدم (الى ثبوت المسقط) حتى يقال اذا شك فى ثبوت المسقط فالاصل عدمه ـ كما كنا نقول هناك اذا شك فى ثبوت المثبت للخيار فالاصل عدم المثبت ـ (بل المسقط هو حدوث العيب عند المشترى ،و) اصل عدم التقدم لا يثبت التأخر الذى هو مسقط للخيار .

لانه (قد مر غير مرة ان اصالة التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث فى الزمان المتأخر) اذ بنفى احد الضدين لا يثبت الضد الآخر ، فان الاصل المثبت ليس بحجة (و انما يثبت بها) اى باصالة التأخر (عدم التقدم الذى لا يثبت به التأخر) .

. . . . . .

ثم قال فى الدروس : لو ادعى البائع زيادة العيب عند المشترى و انكر احتمل حلف المشترى ، لان الخيار متيقن و الزيادة موهومة .

و يحتمل حلف البائع اجراءً للزيادة مجرى العيب الجديد .

اقول : قد عرفت الحكم فى العيب الجديد وان حلف البائع فيه محل نظر

و الحاصل ان اسقاط العيب الجديد للخيار انما يكون اذا ثبت حدوث العيب فى ملك المشترى ، واصل عدم تقدم العيب او اصل تأخر العيب لا يثبت حدوث العيب عند المشترى .

وعلى هذا فالاصل حلف المشترى ، لان البائع يدعى سقوط الخيار و الاصل بقائه فالبائع مدع و المشترى منكر .

(ثم قال فى الدروس : لو ادعى البائع زيادة العيب عند المشترى) زيادة توجب سقوط خيار المشترى ، لان شرط الرد ان يكون المبيع قائما بعينه ، و مع زيادة العيب لا يكون المبيع قائما بعينه (وانكر) المشترى الزيادة (احتمل حلف المشترى لان الخيار متيقن و الزيادة موهومة) فاذا شك فى الخيار كان الاصل بقائه .

(و يحتمل حلف البائع اجراءً للزيادة مجرى العيب الجديد) لان المشترى يدعى كون الزيادة عند البائع والبائع ينكره ، والاصل عدم سبق الزيادة .

(اقول : قد عرفت) فى الفرع السابق (الحكم فى العيب الجديد) فيما لو اختلفا فى انه هل كان عند البائع او حدث عند المشترى (و ان حلف البائع فيه محل نظر) فاللازم هنا ايضا حلف المشترى الذى هو

. . . . . .

ثم انه لابد من فرض المسألة فيما لو اختلفا فى مقدار من العيب موجود زائد على المقدار المتفق عليه انه كان متقدما او متأخرا .

و اما اذا اختلفا فى اصل الزيادة فلا اشكال فى تقديم قول المشترى

اولى احتمالى الدروس .

(ثم انه لابد من فرض المسألة) التى ذكرها الدروس بقوله « لو ادعى البائع زيادة العيب » (فيما لو اختلفا فى مقدار من العيب موجود زائد على المقدار المتفق عليه) اى اختلفا فى (انه) هل هذا الزائد الموجود الآن (كان متقدما او متأخرا) مع اتفاقهما على اصل الزيادة .

(و اما اذا اختلفا فى اصل الزيادة) فقال البائع : انه زاد العيب عندك فسقط خيارك ،وقال المشترى : انه لا زيادة اصلا بل العيب هو هو كما كان عندك (فلا اشكال فى تقديم قول المشترى) بحلفه ،لان البائع مدّع و المشترى منكر .

مثلا : انه لو اشترى قماشا فيه خرق فلنزاعهما صورتان .

الاولى ان يتفق البائع و المشترى فى ان اصل الخرق كان مقدار انملة ،ثم زاد بان صار مقدار انملتين ،فالبائع يقول : ان مقدار الانملة الثانية حدث عند المشترى و المشترى يقول : انه حدث عند البائع .

الثانية : ان يقول البائع : انه كان عندى مقدار انملة و حدث عندك مقدار انملة ثانية ،ويقول المشترى : بل الخرق من اصله كان مقدار انملتين ،فان المشترى فى هذه الصورة ينكر اصل الزيادة .

الرابعة: لو اختلف فى البرائة قدم منكرها، فيثبت الخيار، لاصالة عدمها الحاكمة على اصالة لزوم العقد ·

و ربما يترائى من مكاتبة جعفربن عيسى خلاف ذلك ·

قال كتبت الى ابى الحسن عليه السلام جعلت فداك ،المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى ، فاذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه ، فاذا اشتراه المشترى و رضيه و لم يبق الا نقد الثمن ،فربما زهد فيه ،

(**الرابعة:** لو اختلف) بصيغة المجهول ،اى اختلف البائع والمشترى (فى البرائة) فقال البائع : انى تبرئت اليك من كل عيب حين العقد فلا خيار لك ،وقال المشترى : لم تتبرّء،فلى خيار العيب (قدم منكرها) لاصالة عدم البرائة ، والمنكر غالبا هو المشترى (فيثبت الخيار) ·

و انما يقدم المنكر (لاصالة عدمها) اى عدم البرائة (الحاكمة على اصالة لزوم العقد) نعم لا بد من الحلف و انما يلاحظ الاصل لتشخيص المدعى من المنكر ·

(و ربما يترائى) عند بادئ النظر (من مكاتبة جعفر بن عيسى خلاف ذلك) و ان القول قول مدعى البرائة ·

(قال كتبت الى ابى الحسن عليه السلام جعلت فداك ،المتاع يباع فيمن يزيد) اى عند الدلّالين (فينادى عليه المنادى) من يزيد ؟ (فاذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه) و قال : انى ابيع هذا الشئ ولا التزم بعيبه (فاذا اشتراه المشترى و رضيه) اى رضى به (ولم يبق الا نقد الثمن) اى بعد تمام العقد و اخذه المتاع (فربما زهد) المشترى (فيه)

. . . . . .

فاذا زهد فيه ادعى عيوبا، و انه لم يعلم بها فيقول له المنادى قد برئت منها، فيقول المشترى لم اسمع البرائة منها ايصدق فلايجب عليه؟ ام لا يصدق ،فكتب عليه السلام ان عليه الثمن ، الخبر.

وعن المحقق الاردبيلى انه لا يلتفت الى هذا الخبر ،لضعفه مع الكتابة ،و مخالفة القاعدة ،انتهى.

و ما ابعد ما بينه و بين ما فى الكفاية من جعل الرواية

اى لم يرغب فى المتاع (فاذا زهد فيه ادعى) المشترى (عيوبا) فى المتاع (و انه) اى المشترى (لم يعلم بها) فله خيار العيب (فيقول له المنادى) لاحق لك فى الخيار ،اذ (قد برئت) انا (منها) عند النداء (فيقول المشترى لم اسمع البرائة منها) فلى حق الخيار (ايصدق) المشترى بانه لم يسمع (فلايجب) العقد (عليه؟) اى لم يلزم العقد ،لمكان الخيار (ام لا يصدق) بل العقد عليه لازم (فكتب عليه السلام ان عليه الثمن ،الخبر) مما يدلّ على انه لو اختلفا، فقال البائع : برئت وقال المشترى : لم تبرء يكون الاصل مع البائع وقد فرضنا ان الاصل مع المشترى.

(وعن المحقق الاردبيلى) صحة دلالة الخبر ،وانما ناقش فى سنده فقال : (انه لا يلتفت الى هذا الخبر ،لضعفه مع الكتابة) فان المكاتبات ـ نوعا ما ـ ضعيفة ،لاحتمال التقية فيها بما لا يحتمل فى غير المكاتبة (و مخالفة القاعدة) التى تقول : ان الاصل مع منكر البرائة (انتهى) كلام الاردبيلى.

(و ما ابعد ما بينه و بين ما فى الكفاية) للسبزوارى (من جعل الرواية

مؤيدة لقاعدة : البينة على المدعى و اليمين على من انكر و فى كل منهما نظر .

و فى الحدائق : ان المفهوم من مساق الخبر المذكور ان انكار المشترى انماوقع مدالسة لعدم رغبته فى المبيع ،والافهو عالم بتبرى البائع ،والامام عليه السلام انما الزمه بالثمن من هذه الجهة .

و فيه : ان مراد السائل ليس

مؤيدة لقاعدة : البينة على المدعى و اليمين على من انكر) لان المشترى مدع بانه لم يسمع و البائع منكر ،فاللازم ان يحلف البائع و يأخذ الثمن كماقال الامام عليه السلام (وفى كل منهما نظر) .

اماوجه النظر فى كلام الاردبيلى فلان الرواية معمول بها ، فلايمكن طرحها للضعف .

و اما وجه النظر فى كلام الكفاية ، فلان البائع مدع و المشترى منكر فهى على خلاف القاعدة ،لان البائع يدعى انه تبرأ و المشترى يدعى انكاره .

(و فى الحدائق : ان المفهوم من مساق الخبر المذكور ان انكار المشترى انماوقع مدالسة) اى كذبا ، والافهو قد سمع التبرى .

و انما انكر(لعدم رغبته فى المبيع ،والافهو) اى المشترى(عالم بتبرى البائع ،والامام عليه السلام انما الزمه) اى المشترى (بالثمن من هذه الجهة) لانه علم بالبرائة ،فلاحق له فى الخيار .

(و فيه) اى فى كلام الحدائق(ان مراد السائل ليس) السؤال عن

. . . . . .

حكم العالم بالتبرى المنكر له فيما بينه وبين الله بل الظاهر من سياق السؤال استعلام من يقدم قوله فى ظاهر الشرع من البائع و المشترى مع ان حكم العالم بالتبرّى المنكر له مكابرة معلوم لكل احد خصوصا للسائل كما يشهد به قوله : ايصدق ام لا يصدق؟ الدال على وضوح حكم صورتى صدقه و كذبه .

و الاولى توجيه الرواية بان الحكم بتقديم قول المنادى لجريان

(حكم العالم بالتبرى) اى المشترى الذى يعلم تبرى البائع (المنكر له) لفظا ، و ان كان عالما (فيما بينه و بين الله) اذ هذا لا يحتاج الى السؤال (بل الظاهر من سياق السؤال استعلام مَنْ يقدم قوله فى ظاهر الشرع مِنَ البائع و المشترى) ((مِنْ)) بيان ((مَنْ)) (مع ان حكم العالم بالتبرّى المنكر له) انكارا (مكابرة معلوم لكل احد) فلا يحتاج الى السؤال (خصوصا للسائل ،كما يشهد به) اى بان حكم المكابر معلوم له (قوله : ايصدق ام لا يصدق؟) حيث انه يعلم بان حكم الصادق له الخيار، و ان حكم الكاذب ليس له الخيار ،وانما يسأل هل المقام يلحق بالصادق ام الكاذب (الدال على وضوح حكم صورتى صدقه و كذبه) ((الدال)) بيان لقوله ((كما يشهد)) .

(و الاولى توجيه الرواية) بان الشارع قدم الظاهر على الاصل فى المقام ،مثل تقديمه ظاهر الدخول على الزوجة على اصالة عدم الدخول فيما اذا اختلى بها و اسدل الستر ثم ادعت الزوجة عدم الدخول ،وذلك (بان الحكم بتقديم قول المنادى) المخالف للاصل انما هو (لجريان

العادة بنداء الدلال عند البيع بالبرائة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء ، فدعوى المشترى ، مخالفة للظاهر ، نظير دعوى الغبن و الغفلة عن القيمة ممن لا يخفى عليه قيمة المبيع .

بقى فى الرواية اشكال آخر

العادة بنداء الدلال عند البيع بالبرائة من العيوب) نداءا (على وجه يسمعه كل من حضر للشراء) .

وعليه (فدعوى المشترى) انه لم يسمع النداء (مخالفة للظاهر ، نظير دعوى) المشترى (الغبن والغفلة عن القيمة) العادلة ، حيث اشتراه باكثر من قيمته ، اذا كان المشترى (ممن لا يخفى عليه قيمة المبيع) .

فاذاً اصل عدم معرفة القيمة هنا ساقطة بظهور ان اهل الخبرة يعلمون القيمة .

كما ان اصالة عدم الغفلة ساقطة بكون المشترى من اهل الخبرة .

وعلى هذا يكون المشترى مدعيا لمخالفة قوله الظاهر ، و البائع منكرا و ليس المناط فى المدعى ان يكون قوله مخالفا للاصل ، بل احيانا يكون المدعى هو الذى يخالف قوله الظاهر ، فتأمّل .

(بقى فى الرواية اشكال آخر) و هو ان المسقط لخيار العيب البرائة فى ضمن العقد .

و الرواية دلت على سقوط الخيار فيما اذا كانت البرائة قبل العقد ، لان الدلال انما يتبرء عند النداء .

و الجواب ان العقد وقع بناءا على ذلك التبرى و ذلك كاف فى

من حيث ان البرائة من العيوب عند نداء المنادى لا يجدى فى سقوط خيار العيب، بل يعتبر وقوعه فى متن العقد .

و يمكن التفصّى عنه اما بالتزام كفاية تقدم الشرط على العقد بعد وقوع العقد عليه ـ كما يأتى فى باب الشروط ـ .

و اما بدعوى ان نداء الدلال بمنزلة الايجاب لانه لا ينادى الا بعد ان يرغب فيه احد الحضّار بقيمته .

اسقاط الخيار من قبيل سائر الشروط الضمنية كشرط السلامة ونحوها .

وقد اشار المصنف الى الاشكال بقوله : (من حيث ان البرائة من العيوب) على وجه يسمعه كل من حضر للشراء (عند نداء المنادى) «عند» متعلق بـ «البرائة» (لا يجدى) اى التبرى عند النداء (فى سقوط خيار العيب، بل يعتبر وقوعه) اى التبرى (فى متن العقد) حتى يوجب اسقاط الخيار .

(و يمكن التفصى) و التخلص (عنه) اى عن هذا الاشكال (اما بالتزام كفاية تقدم الشرط على العقد بعد وقوع العقد عليه) اى بناءا على هذا الشرط (ـ كما يأتى فى باب الشروط ـ) لان ذلك شرط عند العرف ، فيشمله دليل : المؤمنون عند شروطهم .

(و اما بدعوى ان نداء الدلال بمنزلة الايجاب) فيكون الشرط فى ضمن العقد (لانه لا ينادى الا بعد ان يرغب فيه احد الحضّار بقيمته) اى رغبته بالقيمة المعينة من قبل الدلال .

. . . . . .

فينادى الدلال ،ويقول : بعتك هذا الموجود بكل عيب،ويكرر ذلك مرارا من دون ان يتم الايجاب حتى يتمكن من ابطاله عند زيادة من زاد.

و الحاصل : جعل ندائه ايجابا للبيع و لو ابيت الاعن ان المتعارف فى الدلال كون ندائه قبل ايجاب البيع،امكن دعوى كون المتعارف فى ذلك الزمان غير ذلك، مع ان الرواية

(ف) حينئذ (ينادى الدلال ،ويقول : بعتك هذا الموجود بكل عيب و يكررذلك) الايجاب (مرارا) .

و ان قلت: اذا كان ندائه ايجابا، فكيف يمكن من ابطاله عند زيادة من يزيد .

قلت: ينادى الدلال بالايجاب (من دون ان يتم الإيجاب) لانه لا يذكر كل المتعلقات التى من جملتها الثمن ،فهو من قبيل الوكيل الذى لم يصله الامر النهائى من الموكل فى قدر الثمن ،حيث يشرع فى الايجاب و ينتظر امر الموكل بذكر الثمن(حتى يتمكن من ابطاله عند زيادة من زاد) فى الثمن .

(و الحاصل : جعل ندائه ايجابا للبيع) لكنه فى غاية البعد كما لا يخفى (ولوابيت الاعن) القول ب (ان المتعارف فى الدلال كون ندائه قبل ايجاب البيع ،امكن) لاجل تصحيح الرواية (دعوى كون المتعارف فى ذلك الزمان) اى زمان صدور الرواية (غيرذلك) بل كون النداء هوايجاب البيع ،فان هذه الرواية تحتاج الى التوجيه ،ومن توجيهاتها ماذكرناه و ان كان التوجيه الاول و هو كفاية تقدم الشرط اقرب (مع ان الرواية

لا تصريح فيها بكون البرائة فى النداء قبل الايجاب، كما لا يخفى.

ثم الحلف هنا على نفى العلم بالبرائة لانه الموجب لسقوط الخيار لانتفاء البرائة واقعا.

الخامسة: لو ادعى البائع رضاء المشترى به بعد العلم، او اسقاط

لا تصريح فيها بكون البرائة فى النداء قبل الايجاب، كما لا يخفى) فمن المحتمل ان تكون البرائة فى الايجاب.

(ثم) ان قلنا: ان البائع مدّع و المشترى منكر، حلف المشترى، لانه منكر.

و ان قلنا: ان المشترى مدع و البائع منكر ـ حسبما وجهنا به الرواية ـ ثم لم يأت المشترى بالبيّنة، ولا حلف البائع رد الحلف الى المشترى ـ المدعى ـ.

و على كلا التقديرين فـ (الحلف) من المشترى (هنا على نفى العلم بالبرائة) اى انه لا يعلم بان البائع تبرّء ـ ولا يحتاج الى الحلف بان البائع لم يتبرء ـ.

و انما يكفى نفى العلم (لانه الموجب لسقوط الخيار) فالعلم بالبرائة يسقط الخيار، كما ان عدم العلم ظرف لوجود الخيار (لانتفاء البرائة واقعا) اى لا نحتاج الى هذا، و ان كان مفيدا اذا علم المشترى بانه لم يتبرء و حلف على انه لم يتبرء.

(**الخامسة**: لو ادعى البائع رضاء المشترى به) اى بالمعيب (بعد العلم) بالعيب (او اسقاط

. . . . . .

الخيار، او تصرفه فيه، او حدوث عيب عنده حلف المشترى لاصالة عدم هذه الامور.

و لو وجد فى المعيب عيب اختلفا فى حدوثه و قدمه ففى تقديم مدعى الحدوث لاصالة عدم تقدمه ـ كما تقدم سابقا فى دعوى تقدم العيب و تأخره ـ او مدعى عدمه

الخيار، او تصرفه فيه، او حدوث عيب عنده) مما يوجب اسقاط الخيار (حلف المشترى) اذا لم تكن للبائع بينة (لاصالة عدم هذه الامور) و قد تقدم ان الاصل ـ غالبا ـ مع المنكر.

(و لو وجد فى المعيب عيب اختلفا فى حدوثه و قدمه) فقال البائع: انه حادث، وقال المشترى: انه قديم، فلى الخيار (ففى تقديم) قول (مدعى الحدوث) الذى هو البائع (لاصالة عدم تقدمه ـ كما تقدم سابقا فى دعوى تقدم العيب و تأخره ـ).

فان فَرْضَ المسألة فى السابق انه كان فى المتاع عيب واحد واختلفا فى حدوثه و قدمه.

و فَرْضَ المسألة هنا فى المسقط للخيار بعد انهما اتفقا على انه كان معيبا عند البائع، مما اوجب الخيار، لكن البائع يقول: ان هذا العيب الثانى عيب جديد فسقط خيارك، والمشترى يقول: بل كان فى السابق، فخيارى باق.

فعلى جريان اصالة عدم تقدم هذا العيب المتنازع فيه يكون العيب حادثا، و يكون مسقطا للخيار بالعيب القديم (او مدعى عدمه) اى عدم

. . . . . .

لاصالة بقاء الخيار الثابت بالعقدعلى المعيب،والشك فى سقوطه بحدوث العيب الآخر فى ضمان المشترى فالاصل عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب،حتى يضمنه المشترى.

و اما الثالث ففيه مسائل.

الاولى : لو اختلفا فى الفسخ فان كان الخيار باقيا ،فله انشائه.

الحدوث (لاصالة بقاء الخيار الثابت بالعقدعلى المعيب) لان البائع يدعى سقوط الخيار،والاصل بقائه، فيقدم قول المشترى(والشك فى سقوطه) اى الخيار(ب) سبب (حدوث العيب الآخر) و هو العيب الثانى (فى ضمان المشترى) .

وعليه (فالاصل عدم وقوع العقدعلى السليم من هذا العيب،حتى يضمنه) اى يضمن هذا العيب (المشترى) و يسقط بذلك خياره ، «حتى» متعلق ب «عدم وقوع» اى لم يقع فلا يضمن.

و هذا القول هو مقتضى القاعدة ،لان اصل عدم تقدم العيب الثانى لا يثبت تأخره ،لانه يكون حينئذ مثبتا، فاللازم ان يحلف المنكر الذى هو المشترى ان لم يكن للبائع بينة على تأخر العيب المختلف فيه.

(و اما الثالث) وهوالاختلاف فى الفسخ (ففيه مسائل) .

(الاولى : لو اختلفا فى الفسخ) بان قال المشترى : فسخت وقال البائع : لم تفسخ (فان كان الخيار باقيا، فله) اى للمشترى(انشائه) اما اذا انعكس بان قال البائع: فسخت،وقال المشترى : لم افسخ ،فالاصل عدم الفسخ ،واحتاج البائع الى البينة.

و فى الدروس: انه يمكن جعل اقراره انشاءا .

و لعله لما اشتهر من ان: من ملك شيئا ملك الاقرار به ، كما لو ادعى الزوج الطلاق .

و يدل عليه بعض الاخبار الواردة فيمن اخبر بعتق مملوكه ، ثم جاء العبد يدعى النفقة على ايتام الرجل ،وانه رق لهم

(وفى الدروس) قال : (انه يمكن) شرعا (جعل اقراره انشاءا) للفسخ ،وان لم يكن فسخ سابقا ـ فى الواقع ـ اى انه فى مقام الاثبات يكون الاقرار بمنزلة الانشاء .

(و لعله) اى مستند الدروس(لما اشتهر) بين الفقهاء (من ان: من ملك شيئا ملك الاقرار به) فحيث ان المشترى يملك الفسخ ، يملك الاقرار به ،فاذا اقرّبه كان بمنزلة الانشاء (كما لو ادعى الزوج الطلاق) فانه يقبل منه لانه يملك الطلاق .

(و يدل عليه) اى على ان : من ملك شيئا ملك الاقرار به(بعض الاخبار الواردة فيمن اخبر بعتق مملوكه) قال فى حاشية الطباطبائى اليزدى ره ان لفظ: العتق غلط من النسخة ،او سهو من القلم ، و الصحيح : البيع (ثم جاء العبد يدعى النفقة على ايتام الرجل ،وانه رق لهم) فعن محمد بن عبدالله الكاهلى ،قال : قلت لابى عبدالله عليه السلام : كان لعمّى غلام فابق ،فاتى الانبار فخرج اليه عمى ثم رجع فقلت ماصنعت ياعم فى غلامك ،قال بعته فمكث ماشاء الله ثم ان عمى مات فجاء الغلام ،فقال : انا غلام عمك ،وقد ترك عمى اولادا صغارا و انا

. . . . . .

و سيجئ الكلام فى فروع هذه القاعدة .

و ان كان بعد انقضاء زمان الخيار كما لو تلف العين افتقر مدعيه الى البينة ،ومع عدمها حلف الآخر على نفى علمه بالفسخ ان ادعى عليه علمه بفسخه .

وصيّهم ،فقلت: ان عمى ذكر انه باعك ، فقال : ان عمك كان لك مضار ،و كره ان يقول لك ،فتشمت به ،وانا و الله غلام بنيه ،فقال عليه السلام صدّق عمك ،وكذّب الغلام فاخرجه ولا تقبله .

فان هذا الخبر دليل على انّ من ملك شيئا ملك الاقرار به ،فان العم كان مالكا للغلام ،فكان مالكا للاقرار بانه باعه ،والعبد لا يملك نفسه و لذا لا اعتبار باقراره (و سيجئ الكلام فى فروع هذه القاعدة) ان شاء الله تعالى .

(و ان كان) قول المشترى بانه فسخ (بعد انقضاء زمان الخيار كما لو تلف العين) اذ بالتلف يسقط الخيار فى باب خيار العيب (افتقر مدعيه الى البينة ، ومع عدمها) بان لم تكن للمدعى البينة (حلف الآخر) و هو المنكر(على نفى علمه بالفسخ ان ادعى) المدعى(عليه) اى على المنكر (علمه بفسخه) .

مثلا : قال المشترى: فسخت و لم تكن له بينة و انكر البائع ،حلف البائع بانه لا يعلم ان المشترى فسخ ،هذا اذا كان المنكر البائع لا يعلم بالفسخ وعدمه .

اما اذا علم بعدم الفسخ ــ من طريق ما ــ حلف على علمه بعدم

. . . . . .

ثم اذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشترى المدعى للفسخ الارش ؟ لئلا يخرج من الحقين ام لا لاقراره بالفسخ .

و زاد فى الدروس انه يحتمل ان يأخذ اقل الامرين من الارش و ما زاد على القيمة من الثمن

الفسخ ، هذا كله اذا كان المدعى المشترى .

اما اذا كان مدعى الفسخ البائع و انكر المشترى ، فالغالب انه يحلف على عدم فسخه .

نعم مع طول الزمان و نسيانه انه فسخ ام لا يحلف المشترى على نفى علم نفسه بالفسخ .

(ثم اذا لم يثبت الفسخ) بادعاء المشترى انه فسخ ، وذلك لانه لم تكن له بينة و حلف البائع على نفى علمه بالفسخ او على علمه بعدم الفسخ (فهل يثبت للمشترى المدعى للفسخ الارش؟) اذا كان المعيب ماله ارش (لئلا يخرج) المشترى (من الحقين) فان الشارع حيث لم يقبل منه الفسخ فقد ابقى حقه فى الارش ، لانه اذا لم يكن فسخ كان الارش (ام لا) حق له فى الارش (لاقراره بالفسخ) فهو باقراره اسقط حقه فى الارش ، و الشارع اسقط حقه فى الفسخ بسبب حلف البائع .

(و زاد فى الدروس) احتمالا ثالثا ، وهو ان ليس له الفسخ ، ولا الارش ، بل (انه يحتمل ان يأخذ) المشترى (اقل الامرين من الارش ، وما زاد على القيمة من الثمن) .

مثلا : اشترى الشاة بعشرة و التفاوت بين الصحيح والمعيب الخمس

. . . . . .

ان اتفق لانه بزعمه يستحق استرداد الثمن و رد القيمة فيقع التقاص فى قدر القيمة ،ويبقى قدر الارش مستحقا على التقديرين، انتهى .

و هو اثنان و قيمة الشاة السوقية تسعة او سبعة .

فانه فى الاول يستحق دينارا واحدا ، وفى الثانى يستحق دينارين .

و ذلك لان المشترى يدعى انه فسخ ،فاللازم ان يرجع اليه الثمن « العشرة » .

لكن حيث ان الشارع لم يقبل فسخه كان عنده الشاة التى تسوى تسعة ،فله دينار واحد ، و هذا الدينار اقل من دينارين الذى هو الارش ولكن فى الثانى يدعى انه يطلب ثلاثة ،والارش الذى هو دينار ان اقل من الثلاثة ،فله دينار ان ،لانه سقط حقه فى الفسخ لحلف البائع و بقى حقه فى الارش ،والارش دينار ان حسب الفرض (ان اتفق) زيادة القيمة من الثمن .

و انما يأخذ اقل الامرين (لانه) اى المشترى (بزعمه) انه فسخ (يستحق استرداد الثمن) بان يأخذ الثمن من البائع (ورد القيمة) على البائع ، اذ المفروض ان المتاع قد تلف عند المشترى ،فاذا كان هناك فسخ لزم عليه ان يرد قيمة المتاع الى البائع (فيقع التقاص) القهرى بين البائع و المشترى (فى قدر القيمة ،ويبقى) للمشترى (قدر الارش) الذى هو دينار او دينار ان (مستحقا على التقديرين) وهما تقديرزيادة التفاوت على الارش ،و زيادة الارش على التفاوت ،ووجه كلام الشهيد يظهر من هذا الجدول (انتهى) كلام الشهيد « ره » .

. . . . . .

الثانية : لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن اول الوقت بناءا على فورية الخيار ، ففى تقديم مدعى التأخير لاصالة بقاء العقد ، وعدم حدوث الفسخ فى اول الزمان ، او مدعى عدمه لاصالة صحة الفسخ ، وجهان .

ولا يخفى مافيه من الاشكال اذ بعد ابطال الشارع حكم الفسخ باليمين فقد ذهب اليمين بالحق ، فتأمل .

الثمن القيمة	الارش خمس الثمن	التفاوت بين الثمن والقيمة	اقدر المستحق
١٠ ٩	٢	١	١
١٠ ٧	٢	٣	٢

(الثانية : لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن اول الوقت) للذى له حق الفسخ ، وهو وقت علم المشترى بالعيب (بناءا على فورية الخيار) .

اما بناءا على عدم فورية الخيار ، فليس له وقت محدد ، الا بمقدار ان لا يتضرر البائع من تأخير الفسخ .

وكيف كان فاذا ادعى البائع تأخير الفسخ ، فلا فسخ ، وقال المشترى بل قدم الفسخ فى وقته الفورى (ففى تقديم مدعى التأخير) الذى هو البائع (لاصالة بقاء العقد ، و) اصالة (عدم حدوث الفسخ فى اول الزمان) اى الزمان الاول الذى للمشترى فيه حق الفسخ ـ لانه فور ـ (او مدعى عدمه) اى عدم التأخير و هو المشترى (لاصالة صحة الفسخ وجهان)

و الظاهر الثانى لان المشترى يملك الفسخ ، ومن ملك شيئا كان قوله هو المسموع ، الا ان يأتى الطرف الآخر بالبينة و فى الكلام تفصيل خارج عن هذا الشرح .

. . . . . .

و لو كان منشأ النزاع الاختلاف فى زمان وقوع العقد مع الاتفاق على زمان الفسخ ، ففى الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ وجه يضعف، بان اصالة تأخر العقد الراجعة حقيقة الى اصالة عدم تقدمه على الزمان المشكوك وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ فى اول الزمان .

(و لو كان منشأ النزاع الاختلاف فى زمان وقوع العقد) فى انه هل وقع فى الساعة الاولى او الثانية ؟ (مع الاتفاق على زمان الفسخ) و انه وقع فى الساعة الثالثة ، فالمشترى يدعى ان العقد وقع فى الساعة الثانية ، ولذا كان الفسخ فوريا والبائع يدعى ان العقد وقع فى الساعة الاولى ، ولذا لم يكن الفسخ فوريا فالفسخ باطل (ففى الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ ، وجه) لاصالة تأخر العقد ، و لحمل فعل المسلم ـ الذى هو الفسخ ـ على الصحيح .

و لكن هذا الوجه (يضعف ، بان اصالة تأخر العقد الراجعة حقيقة الى اصالة عدم تقدمه) اذ الاصل عدم التقدم ـ فهو الذى له حالة سابقة ـ .

اما التأخر فلا حالة سابقة له حتى يستصحب ، فالاصل عدم تقدم العقد (على الزمان المشكوك وقوعه فيه) اى وقوع العقد فى ذلك الزمان ـ كالساعة الاولى فى المثال ـ فليس العقد واقعا فى الساعة الاولى (لا يثبت وقوع الفسخ فى اول الزمان) فالاستصحاب لا ينفع ، لانه مثبت و اصالة الصحة لا توجب ترجيح احد طرفى النزاع .

. . . . . .

و هذه المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع فى عدة المطلقة و ادعت هى تأخره عنها .

الثالثة : لو ادعى المشترى الجهل بالخيار ، او بفوريته ـ بناءا على فوريته ـ سمع قوله ان احتمل فى حقه الجهل ، للاصل .

و قد يفصل بين الجهل بالخيار فلايعذر

(و هذه المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع فى عدة المطلقة و ادعت هى تأخره) اى تأخر الرجوع (عنها) اى عن العدة ، فان اصالة عدم تقدم الرجوع ، لاتثبت كون الرجوع كان فى حالة انقضاء العدة ، لان الاصل مثبت ، فتأمل .

(**الثالثة**) من مسائل الاختلاف فى الفسخ (لو ادعى المشترى الجهل بالخيار) ولذا لم يأخذ به (او بفوريته) ولذا لم يأخذ به فورا ، وانه علم الآن به او بفوريته فأخذ بالخيار وفسخ (ـ بناءا على فوريته ـ) امّا على القول بعدم الفورية ، فلافائدة من ادعائه الجهل بالفورية (سمع قوله ان احتمل فى حقه الجهل) بان لم يكن من اهل الخبرة باحكام الخيارات (للاصل) لان الاصل فى الانسان الجهالة .

اما اذا كان من اهل العلم والخبرة ، فلايسمع قوله ـ اى ليس معه الاصل المحكم ـ لماتقدم من ان الظاهر مقدم على الاصل فى امثال هذه المقامات .

(وقد يفصل بين الجهل بالخيار فلايعذر) بل يسقط خياره بعدم اخذه بالخيار .

. . . . . .

الااذا نشأ فى بلدلا يعرفون الاحكام، و الجهل بالفورية فيعذر مطلقا ، لانه مما يخفى على العامة .

القول فى ماهية العيب و ذكر بعض افراده .

اعلم ان حكم الرد والارش معلق فى الروايات على مفهوم العيب و العوار .

اما العوار ففى الصحاح انه العيب .

و اما العيب، فالظاهر من اللغة والعرف انه النقص عن مرتبة الصحة

و انما لا يعذر لان دعواه الجهل مخالفة للظاهر ، فيقدم الظاهر على الاصل (الااذا نشأفى بلدلا يعرفون الاحكام) فيعذر (و) بين (الجهل بالفورية فيعذر مطلقا، لانه مما يخفى على العامة) فدعواه الجهل بها موافقة للظاهر و للاصل معا .

(**القول** فى ماهية العيب و ذكر بعض افراده) التى صار الكلام بين الفقهاء حولها، نذكرها من باب تطبيق الكبرى على الصغرى .

(اعلم ان حكم الرد و الارش معلق فى الروايات على مفهوم العيب و العوار) اى على هذين اللفظين فاللازم اتباع مفهومها عند ارادة الحكم بالردّ و الارش .

(اما العوار ففى الصحاح انه العيب) فلانتكلم حوله بل نقتصر فى الكلام حول العيب .

(و اما العيب، فالظاهر من اللغة و العرف) عند تفسيره او موارد استعماله (انه النقص عن مرتبة الصحة

المتوسطة بينه و بين الكمال ·

فالصحة مايقتضيه اصل الماهية المشتركة بين افراد الشئ ـ لوخلى و طبعه ـ و العيب و الكمال يلحقان له لامر خارج عنه ·

ثم مقتضى حقيقة الشئ قد يعرف

المتوسطة بينه) اى بين النقص (و بين الكمال) فالمتوسط هو الصحيح ،و الانزل منه هو المعيب،والارفع منه هو الكامل ·

(فالصحة) عبارة عن (مايقتضيه اصل الماهية المشتركة بين افراد الشئ ـ لو خلى و طبعه ـ) ((لو)) متعلق بـ ((يقتضى)) (و العيب و الكمال يلحقان له) اى لمايقتضيه اصل المهية (لامر خارج عنه) ·

ثم النقص و الكمال قد يكونان نفسيين ،و قد يكونان جسديين ، و قد يكونان خارجيين ·

فالنقص النفسى كان يكون العبد حسوداء والدابة شموسا ·

و الكمال النفسى كان يكون العبد كاتبا، والدابة فهيمة ·

و النقص الجسدى كان يكون العبد اعور، و الدابة عرجاء ·

و الكمال الجسدى كان يكون العبد قوى البنية شديد العضلات اكثر من المتعارف ،وكذلك الدابة ·

و النقص الخارجى كان يكون العبد جانيا و الدّابة موطوئة اوجلّالة ·

و الكمال الخارجى كان يكون العبد ذاعشيرة كثيرة او ذا اقرباء اصحاب مناصب مثلا ·

(ثم مقتضى حقيقة الشئ) التى بها يقاس النقص والكمال (قد يعرف

. . . . . .

من الخارج كمقتضى حقيقة الحيوان الاناسى وغيره ،فانه يعلم ان العمى عيب،ومعرفة الكتابة فى العبد والطبخ فى الامة كمال فيهما ، وقد يستكشف ذلك بملاحظة اغلب الافراد ، فان وجود صفة فى اغلب افراد الشئ يكشف عن كونه مقتضى الماهية المشتركة بين افراده ،و كون التخلف فى النادر لعارض .

من الخارج كمقتضى حقيقة الحيوان الاناسى وغيره) اى غير الاناسى كسائر افراد الحيوان (فانه يعلم ان العمى عيب،ومعرفة الكتابة فى العبد و الطبخ فى الامة) و كون الحيوان معلما (كمال فيهما، وقد يستكشف ذلك) اى يستكشف ان الشئ الفلانى مقتضى الحقيقة ،حتى يفهم به ما هو ناقص و ما هو كامل (بملاحظة اغلب الافراد) فان حالة اغلب الافراد هى ميزان التوسط (فان وجود صفة فى اغلب افراد الشئ يكشف عن كونه) اى كون وجود تلك الصفة (مقتضى الماهية المشتركة) تلك المهية (بين افراده) اى افراد ذلك الشئ (و) يكشف عن (كون التخلف) عن تلك الصفة (فى النادر) انما هو (لعارض) .

و المراد بالمهية فى المقام ليس المهية الاصطلاحية ،بل الوجود الخارجى الخلقى ـ كما لا يخفى ـ .

ثم ان قوله : وقد يستكشف ، انما ذكره لاجل تصحيح كلام المشهور فى تعريف ان المراد بالخلقة الاصلية ما عليه اغلب افراد ذلك النوع ـ كما سيأتى عند قوله «اذا عرفت هذا» ـ .

. . . . . .

و هذا و ان لم يكن مطردا فى الواقع اذ كثيرا مايكون اغلب الافراد متصفة بصفة لا مرعارضى ، او لامور مختلفة ، الاان بناء العرف و العادة على استكشاف حال الحقيقة عن حال اغلب الافراد .

ومن هنا استمرت العادة على حصول الظن بثبوت صفة الفرد من ملاحظة

(و هذا) اى كشف وجود الصفة فى اغلب الافراد عن كون تلك الصفة مقتضى الطبيعة (و ان لم يكن مطردا فى الواقع) فلايكون الكاشف مطابقا للمكشوف (اذ كثيرا مايكون اغلب الافراد متصفة بصفة لا مرعارضى) على الاغلب ، ككون اغلب الافراد الساكنين فى خط الاستواء سودا لامر عارضى على الجميع و هو شدة اشراق الشمس على تلك المنطقة (اولامور مختلفة) بان تكون هناك علل متعددة تعطى مفعولا واحدا ، ككون اغلب الافراد فى منطقة كذا عوراء و العلة تارة عدم النظافة المؤدية الى رمد العين ، ثم عورها ، وتارة الاصابة بالجدرى لعدم الصحة ، وتارة الوراثة (الا ان بناء العرف و العادة) الفرق بين الامرين هو ان العرف عما تبانوا عليه بانفسهم ، و العادة عبارة عن اتخاذ امر الاسلاف مستندا ، و ان لم يكن تبان حالى (على استكشاف حال الحقيقة عن حال اغلب الافراد) بل كثيرا ما يستكشفون حال المهية عن حال جملة من الافراد بضميمة مقدمة حدسية هى ان الافراد المتعددة تكشف عن الجامع الموجود فى الكل .

(و من هنا) اى من هذا البناء الذى ذكرناه (استمرت العادة على حصول الظن بثبوت صفة الفرد من ملاحظة

. . . . . .

اغلب الافراد فان وجود الشئ فى اغلب الافراد وان لم يمكن الاستدلال به على وجوده فى فردغيرها، لاستحالة الاستدلال ـ و لو ظنا ـ بالجزئى على الجزئى، الا انه يستدل من حال الاغلب على حال القدر المشترك.

ثم يستدل من ذلك على حال الفرد المشكوك.

اذا عرفت هذا

اغلب الافراد) فاذا رأينا اغلب الحيوانات تحرّك فكها الاسفل عند المضغ ظننا ان كل حيوان كذلك (فان وجود الشئ فى اغلب الافراد وان لم يمكن الاستدلال به) اى بهذا الوجود (على وجوده) اى وجود ذلك الشئ (فى فردغيرها) اى غير تلك الافراد التى رأيناها.

و ذلك (لاستحالة الاستدلال ـ ولوظنا ـ بالجزئى على الجزئى) لان الاستدلال اما من العلة الى المعلول واما من المعلول الى العلة و الجزئى لا يكون علة لجزئى آخر.

فالاستدلال القطعى هو ما اذا علمنا بالعلة، والاستدلال الظنى هو ما اذا ظننا بالعلة، اما اذا علمنا بانه لاعلية فلا استدلال، لاعلما و لاظنا (الا انه يستدل من حال الاغلب على حال القدر المشترك) من باب الاستدلال من المعلول الى العلة، لانه لولا القدر المشترك لم يكن حال الاغلب بهذه الصفة.

(ثم يستدل من ذلك) القدر المشترك (على حال الفرد المشكوك) استدلالا من العلة الى المعلول.

(اذا عرفت هذا) الذى ذكرناه بقولنا قبل اسطر «وقد يستكشف ذلك»

تبين لك الوجه فى تعريف العيب فى كلمات كثير منهم بالخروج عن المجرى الطبيعى ،وهومايقتضيه الخلقة الاصلية ،وان المراد بالخلقة الاصلية ما عليه اغلب افراد ذلك النوع ، و ان ماخرج عن ذلك بالنقص فهو عيب،و ماخرج عنه بالمزية فهو كمال .

فالضيعة اذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه اغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها فزيادة الخراج على ذلك المقدار عيب و نقصه عنه كمال

تبين لك الوجه فى تعريف العيب فى كلمات كثير منهم بالخروج عن المجرى الطبيعى) اى الطبيعة التى اودعها الله سبحانه فى الاشياء و اجرى على تلك الطبيعة الافراد (وهو) اى المجرى الطبيعى (مايقتضيه الخلقة الاصلية) اى اصل الخلقة فى النوع (و ان المراد بالخلقة الاصلية ما عليه اغلب افراد ذلك النوع) فليس مرادهم من الاغلب،الاغلب التابع لجهات عارضة بل الاغلب التابع لاصل الخلقة (و ان ما خرج عن ذلك) المجرى الطبيعى (بالنقص) فى قبال ماخرج عنه بالكمال (فهو عيب) و ان (ماخرج عنه بالمزية) و الزيادة (فهو كمال) .

و حيث ان الكلام كان موهما لطبيعة الخلقة ،اراد المصنف ان يبين المراد من الطبيعة و انها اعم من الخلقة و من الامور الخارجية .

(ف) قال : (الضيعة اذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه اغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها) العرفية (فزيادة الخراج على ذلك المقدار عيب) يوجب حق الفسخ و الارش (ونقصه عنه كمال)

. . . . . .

و كذا كونها مورد العساكر .

ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الاصلية و حال اغلب الافراد التى يستدل بها على حال الحقيقة عرفا رجح الثانى ، و حكم للشئ بحقيقة ثانوية اعتبارية يعتبر الصحة و العيب و الكمال بالنسبة اليها .

و من هنا لا يعد ثبوت الخراج على الضيعة عيبا مع ان حقيقتها

اذا غفل عنه الموجر ، او البائع كان له حق الفسخ (و كذا كونها مورد العساكر) فقد يكون كمالا لانها بذلك محفوظة عن يد العابثين ، وقد يكون نقصا لمزاحمتهم لصاحب الضيعة ، هذا تمام الكلام فى بيان معيار العيب .

(ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الاصلية وحال اغلب الافراد التى يستدل بها على حال الحقيقة عرفا) بحيث لو لم تعرف الحقيقة لاستدل بحال الاغلب على الحقيقة (رجح الثانى) الذى هو حال اغلب الافراد .

فاذا كان المبيع خارجا عن حال الاغلب ، كان معيبا .

اما اذا كان خارجا عن حال الحقيقة لم يكن معيبا .

و ذلك لان المعيار فى العيب العرف ، ومايكون مطابقا للاغلب ليس معيبا عرفا (و حكم للشئ بحقيقة ثانوية اعتبارية) بحيث (يعتبر الصحة و العيب و الكمال بالنسبة اليها) فان كان على حسب الاغلب كان صحيحا و ان كان انقص من الاغلب كان معيبا ، وان كان ازيد من الاغلب كان كاملا

(و من هنا) و هو الاعتبار بحال الاغلب (لا يعد ثبوت الخراج على الضيعة عيبا) لان الاغلب ان يكون الخراج على الضيعة (مع ان حقيقتها

. . . . . .

لا تقتضى ذلك ، و انما هو شئ عرض اغلب الافراد ، فصار مقتضى الحقيقة الثانوية ، فالعيب لا يحصل الا بزيادة الخراج على مقتضى الاغلب .

و لعل هذا هو الوجه فى قول كثير منهم ، بل عدم الخلاف بينهم فى ان الثيبوبة ليست عيبا فى الاماء .

لا تقتضى ذلك) الخراج ـ كما هو واضح ـ (وانما هو) الخراج (شئ عرض اغلب الافراد) اى افراد الضياع التى ليست مستثناة من هذا الحكم (فصار) الخراج (مقتضى الحقيقة الثانوية) فهذا هو الميزان .

وعليه (فالعيب لا يحصل الا بزيادة الخراج على مقتضى الاغلب) كما ان الكمال هو بنقص الخراج عن مقتضى الاغلب .

فاذا كان خراج امثال هذه الضيعة مائة ، و كان خراج هذه الضيعة مأتين كانت معيبة .

و اذا كان خراجها خمسين كانت كاملة .

(و لعل هذا) الذى ذكرناه من اعتبار الاغلب فيها اذا كانت هناك غلبة تخالف الطبيعة الاولية (هو الوجه فى قول كثير منهم ، بل عدم الخلاف بينهم فى ان الثيبوبة ليست عيبا فى الاماء) اذ الغالب فى الاماء ان تنال ولا تكون بكراء ، فهذه حقيقة ثانوية تقاس بها الامة المعيوبة و الكاملة .

فاذا كانت بالاضافة الى الثيبوبة مفضاة كانت معيبة و اذا كانت بكرا كانت كاملة ، واذا كانت ثيبة فقط كانت صحيحة .

. . . . . .

وقد ينعكس الامر فيكون العيب فى مقتضى الحقيقة الاصلية ،والصحة بالخروج الى مقتضى الحقيقة الثانوية كالغلفة فانهاعيب فى الكبيرلكونها مخالفة لما عليه الاغلب ·

الاان يقال ان الغلفة بنفسهاليست عيبا انماالعيب كون الاغلف

(وقد ينعكس الامر) اى امر الحقيقة الاولية (فيكون العيب فى مقتضى الحقيقة الاصلية و) انمايكون هذا انعكاسًالان اللازم ان تكون الحقيقة الاصلية معيارا للصحة ·

فاذا كانت (الصحة بالخروج الى مقتضى الحقيقة الثانوية) كان ذلك انعكاسا للاول ،وذلك (كالغلفة فانها) مع كونهامقتضى الحقيقة الاصلية لكنها (عيب فى الكبير ،لكونهامخالفة لما عليه الاغلب) فاذا اشترى عبدا وكان اغلف كان له خيار العيب ·

نعم ربما يفصل بين ما اذا اشترى عبدا مسلما فالغلفة عيب فيه ، بخلاف ما اذا اشترى عبدا غير مسلم ·

كما ان للمكان والزمان ايضا مدخلية فى صدق العيب وعدمه ·

فلو اشترى عبدا فى افريقيا لم يكن السوادعيبافيه ،بخلاف ما اذا اشترى عبدا مجلوبا من البلاد الباردة ·

وكذلك اذا اشترى شاة فى العراق فعدم وجود الالية لها عيب ، بخلاف ما اذا اشترى شاة فى اليمن لان الغالب عدم الالية لشياهها

(الاان يقال) لانسلم ان الغلفة ـ التى هى مقتضى الطبيعة الاصلية ـ عيب فـ (ان الغلفة بنفسها ليست عيبا انما العيب كون الاغلف

. . . . . .

موردا للخطر، بختانه ،ولذا اختص هذا العيب بالكبير دون الصغير

و يمكن ان يقال : ان العبرة بالحقيقة الاصلية والنقص عنها عيب،و ان كان على طبق الاغلب،الا ان حكم العيب لا يثبت مع اطلاق العقد حينئذ لانه انما يثبت من جهة اقتضاء الاطلاق للالتزام بالسلامة ،فيكون كما لو

موردا للخطر،ب) سبب (ختانه ،ولذا) الذى يكون الخطر عيبا الا الغلفة (اختص هذا العيب بالكبير) الذى هو مورد الخطر(دون) العبد (الصغير) .

اللّهم الا ان يقال : ان عدم كونه عيبا فى الصغير لغلبة عدم الاختتان ،فليس العيب الخطر،بل الغلفة فى الكبير لانها مخالفة لاغلب الافراد .

(و يمكن ان يقال) ان ماتقدم من ان مقتضى الخلقة الاصلية الثانوية يكون الاعتبار بها، فالثيبوبة فى الاماء ليست عيبا،غير تام، فالثيبوبة عيب و لكن حكم العيب لا يثبت لها .

و ذلك ل (ان العبرة بالحقيقة الاصلية و النقص عنها عيب،وان كان ذلك النقص(على طبق الاغلب)غلبة ثانوية (الا ان حكم العيب) من الرد و الارش(لا يثبت مع اطلاق العقد حينئذ) اى حين كان الاغلب على خلاف الطبيعة الاصلية .

و انما لا يثبت حكم العيب مع وجود موضوعه(لانه انما يثبت) حكم العيب (من جهة اقتضاء الاطلاق للالتزام) اى التزام البائع (بالسلامة فيكون) الاطلاق ـ بدون البرائة من العيب ـ (كما لو

. . . . . .

التزمه صريحافى العقد، فاذا فرض الاغلب على خلاف مقتضى الحقيقة الاصلية لم تقض الاطلاق ذلك، بل اقتضى عكسه اعنى التزام البرائة من ذلك النقص .

فاطلاق العقد على الجارية ـ بحكم الغلبة ـ منزل على التزام البرائة من عيب الثيبوبة .

وكذا الغلفة فى الكبير فهى ايضا عيب فى الكبير، لكون العبد معها موردًا للخطر عند الختان الا ان الغالب فى المجلوب من بلاد الشرك لما كان

التزمه) اى السلامة (صريحا فى العقد) بان خلافها يقتضى الخيار (فاذا فرض الاغلب على خلاف مقتضى الحقيقة الاصلية) كالثيبوبة فى الاماء (لم يقتض الاطلاق ذلك) اى التزام البائع بالسلامة (بل اقتضى) الاطلاق (عكسه) اى عكس التزام السلامة (اعنى التزام البرائة من ذلك النقص) ولذا ليس للمشترى خيار العيب .

(فاطلاق العقد على الجارية ـ بحكم الغلبة ـ) فى ثيبوبة الاماء (منزل) ذلك الاطلاق (على التزام) البائع (البرائة من عيب الثيبوبة) هذا فى صورة نقص المبيع عن الحقيقة الاصلية .

(وكذا) فى صورة بقاء المبيع على الحقيقة الاصلية مثل (الغلفة فى الكبير فهى ايضا عيب فى) العبد (الكبير، لكون العبد معها موردا للخطر عند الختان) اذا كان مسلما او اسلم، والا لم يجب ختان غير المسلم فان الكفار وان كانوا مكلفين بالفروع الا انه لا يجبرون على تطبيقها، كما قرر فى محله (الا ان الغالب فى المجلوب من بلاد الشرك لما كان

هى الغلفة لم يقتض الاطلاق التزام سلامته من هذا العيب، بل اقتضى التزام البائع البرائة من هذا العيب، فقولهم ان الثيبوبة ليست عيبا فى الاماء، وقول العلامة فى القواعد : ان الغلفة ليست عيبا فى الكبير المجلوب لا يبعد ارادتهم نفى حكم العيب من الردّ و الارش لا نفى حقيقته

و يدل عليه نفى الخلاف فى التحرير عن كون الثيبوبة ليست عيبا مع انه فى التحرير والتذكرة اختار الارش مع اشتراط البكارة مع انه لا ارش فى تخلف الشرط بلا

هى الغلفة لم يقتض الاطلاق) فى العقد (التزام سلامته من هذا العيب) الذى هو الغلفة (بل اقتضى) اطلاق العقد (التزام البائع البرائة من هذا العيب) فموضوع العيب و ان كان موجودا، لكن حكمه ليس بموجود

وعلى هذا (فقولهم ان الثيبوبة ليست عيبا فى الاماء، وقول العلامة فى القواعد : ان الغلفة ليست عيبا فى الكبير المجلوب) من بلاد الكفر (لا يبعد ارادتهم نفى حكم العيب من الردّ و الارش) «من» بيان (حكم) (لا نفى حقيقته) اى حقيقة العيب، فكلامهم مجاز من باب نفى الموصوف لنفى الصفة، نحو : لا رجال، فيما يراد بذلك نفى صفات الرجولة.

(و يدل عليه) اى على ان مرادهم نفى حكم العيب ـ لا نفى العيب حقيقة ـ (نفى الخلاف فى التحرير عن كون الثيبوبة ليست عيبا) اى قال فى التحرير «لا خلاف فى ان الثيبوبة ليست عيبا» (مع انه فى التحرير و التذكرة اختار الارش مع اشتراط) المشترى على البائع (البكارة) فى الامة المشتراة، ثم ظهرت انها ثيبة (مع انه لا ارش فى تخلف الشرط بلا

. . . . . .

خلاف ظاهر .

و تظهر الثمرة فيما لو اشترط المشترى البكارة و الختان ،فانه يثبت على الوجه الثانى حكم العيب من الرد والارش لثبوت العيب غاية الامر عدم ثبوت الخيار مع الاطلاق لتنزله منزلة تبرى البائع من هذا العيب فاذا زال مقتضى الاطلاق .

خلاف ظاهر) بين الفقهاء .

فجعل العلامة الارش للثيبوبة يدل على ان العلامة يرى الثيبوبة عيبا ،وذلك دليل على ان قوله فى التحرير « الثيبوبة ليست عيبا » يريد بذلك انه ليس لها حكم العيب ،لانه يريد انها ليست عيبا حقيقة .

(و تظهر الثمرة) بين كون الثيبوبة ليست بعيب اصلا ، و بين كونها عيبا، ولكن ليس لها حكم العيب (فيما لو اشترط المشترى البكارة و الختان) ثم تخلف شرطه ،فكانت الامة ثيبة ،والعبد اغلف (فانه يثبت على الوجه الثانى) اى انهما عيب و لكن لا حكم لهما مع الاطلاق (حكم العيب من الرد و الارش) فى صورة تخلف الشرط (لثبوت العيب) « لثبوت » متعلق بـ « يثبت » .

ان قلت: اذا كان هذان عيبا فلماذا لا يثبت حكم العيب فى صورة اطلاق العقد .

قلت: (غاية الامر عدم ثبوت الخيار) للمشترى (مع الاطلاق) اى اطلاق العقد (لتنزله) اى تنزل الاطلاق (منزلة تبرّى البائع من هذا العيب) الذى هو الغلفة والثيبوبة (فاذا زال مقتضى الاطلاق ،

بالاشتراط ثبت حكم العيب .

و اما على الوجه الاول فان الاشتراط لا يفيد الاخيار تخلف الشرط دون الارش .

لكن الوجه السابق اقوى .

وعليه فالعيب انما يوجب الخيار اذا لم يكن غالبا فى افراد الطبيعة بحسب نوعها او صنفها

ب) سبب (الاشتراط) اى اشتراط المشترى الختان و البكارة (ثبت حكم العيب) الذى هو الردّ و الارش .

(و اما على الوجه الاول) من ان الثيبوبة و الغلفة ليستا بعيب اصلا (فان الاشتراط لا يفيد) اذا ظهر خلاف الشرط (الاخيار تخلف الشرط) الذى يعطى للمشترى حق الرد فقط (دون الارش) اذ ليس هناك عيب حتى يوجب الارش .

و الحاصل انه تظهر الثمرة فى انه لو شرط المشترى الختان والبكارة و تخلف الشرط ، كان له الرد و الارش ـ بناءا على ان الثيبوبة والغلفة عيب ـ و كان له الرد فقط ـ بناءا على انهما ليستا بعيب ـ .

(لكن الوجه السابق) و هو انهما عيب (اقوى) لما عرفت .

(وعليه) اى بناءا على الوجه الاول (فالعيب انما يوجب الخيار ، اذا لم يكن غالبا فى افراد الطبيعة بحسب نوعها او صنفها) فاذا غلب العيب بحسب النوع كالغلفة لان نوع الذكر اغلف او غلب بحسب الصنف كالثيبوبة لان صنف الاماء الكبيرات ثيب ، فلاخيار لان اطلاق العقد حينئذ

. . . . . .

و الغلبة الصنفية مقدمة على النوعية عند التعارض ، فالثيبوبة فى الصغيرة غير المجلوبة عيب ، لانها ليست غالبة فى صنفها و ان غلبت فى نوعها .

ثم ان مقتضى ما ذكرنا دور ان العيب مدار نقص الشئ من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالا فان الانسان الخصّى ناقص فى نفسه و

منزل عليه (و الغلبة الصنفية مقدمة على) الغلبة (النوعية عند التعارض) كان يكون النوع بكرا ، و لكن الصنف ثيبا (فالثيبوبة فى الصغيرة غير المجلوبة عيب ، لانها ليست غالبة فى صنفها) اذ الصغيرة تقتضى عدم تناولها بالوطى ، وكونها غير مجلوبة يقتضى بعدها عن تناول الايدى الملازم لوطئها ـ حتى و هى صغيرة ـ (و ان غلبت فى نوعها) اى نوع الاماء .

(ثم ان مقتضى ماذكرنا) من ان العيب عبارة عن الخروج عن مقتضى الطبيعة الاولية او الطبيعة الثانوية الغالبة (دور ان العيب مدار نقص الشئ من حيث عنوانه) الشخصى (مع قطع النظر عن كونه مالا) فان بين الامرين عموما من وجه .

اذ ربما يكون نقص شخص بدون نقص المال .

و ربما يكون نقص فى المال بدون نقص الشخص .

و ربما يجتمعان ، مثلا : الخصّى نقص فى شخصه بدون نقص فى مال و الثيبوبة فى الاماء نقص فى المال لانها ارخص من البكر و لكن بدون نقص فى الشخص لما عرفت من ان البكر طبيعة غالبة فى الاماء ، والعوار نقص فى الشخص و المال (فان الانسان الخصّى ناقص فى نفسه ، و

. . . . . .

ان فرض زيادته من حيث كونه مالا و كذا البغل الخصّى حيوان ناقص و ان كان زائدا من حيث المالية على غيره .

و لذا ذكر جماعة ثبوت الرد دون الارش ،فى مثل ذلك .

و يحتمل قويا ان يقال ان المناط فى العيب هو النقص المالى فالنقص الخلقى غير الموجب للنقص كالخصاء و نحوه ليس عيبا الآان الغالب فى افراد الحيوان لما كان عدمه كان اطلاق العقد

ان فرض زيادته من حيث كونه مالا) فلانقص فى ماليته(وكذا البغل الخصّى حيوان ناقص و ان كان زائدا من حيث المالية على غيره) .

(و لذا) الذى ليس فيهما نقص فى المالية (ذكر جماعة ثبوت الرد دون الارش ،فى مثل ذلك) مماله نقص خلقى ،ولكن لا نقص فى ماليته فانه حيث كان معيبا كان للمشترى الخيار ،ولكن حيث لا نقص فى ماليته لم يكن له ارش .

(و يحتمل قويا ان يقال ان المناط فى العيب هو النقص المالى) .

وعليه(فالنقص الخلقى) بكسر الخاء (غير الموجب للنقص) المالى (كالخصاء و نحوه ليس عيبا) .

و منشأ هذا الاحتمال ان الظاهر من الادلة كون الرد والارش معا من مقتضيات العيب ، فاذا لم يكن ارش تبين انه لاعيب فلارد ايضا ـ من جهة خيار العيب ـ و ان كان له الرد من جهة اخرى .

و الجهة الاخرى هى ما ذكره بقوله : (الآان الغالب فى افراد الحيوان لما كان عدمه) اى عدم الخصاء ـ مثلا ـ (كان اطلاق العقد

. . . . . .

منزلا على اقدام المشترى على الشراء مع عدم هذا النقص اعتمادا على الاصل و الغلبة ، فكانت السلامة عنه بمنزلة شرط اشترط فى العقد لا يوجب تخلفه الاخيار تخلف الشرط .

و تظهر الثمرة فى طرو موانع الرد بالعيب بناءا على عدم منعها عن الرد بخيار تخلف الشرط ، فتأمل .

منزلا على اقدام المشترى على الشراء مع عدم هذا النقص) لانصراف الاطلاق اليه (اعتمادا) من المشترى (على الاصل و الغلبة) اى غلبة عدم هذا العيب (فكانت السلامة عنه) اى عن هذا النقص (بمنزلة شرط اشترط فى العقد) و (لا يوجب تخلفه) اى تخلف هذا الشرط (الاخيار تخلف الشرط) فله حق الرد و ليس له حق الارش .

(و تظهر الثمرة) فى كون الخيار خيار العيب ، او خيار تخلف الشرط (فى طرو موانع الرد بالعيب) (بالعيب) متعلق بـ « الرد » اذا طرء مانع من موارد الرد بسبب العيب (بناءا على عدم منعها) اى عدم منع تلك الموانع (عن الرد بـ) سبب (خيار تخلف الشرط) فان المانع اذا وجد ـ كالتصرف مثلا ـ ان كان الخيار خيار العيب لم يتمكن المشترى من رده بالخيار لان التصرف مانع عن الرد ـ فى باب خيار العيب ـ و ان كان الخيار خيار الشرط تمكن المشترى من الرد ـ لان التصرف لا يمنع من الرد ، فى باب خيار الشرط ـ (فتأمل) لعدم تمامية هذه الثمرة ، اذ موانع الرد انما تمنع الرد فيما اذا كان هناك ارش ، ورد .

اما اذا كان هناك رد فقط ـ كالعيب الذى لا يوجب نقص المالية ـ

. . . . . .

و فى صورة حصول هذا النقص قبل القبض او فى مدة الخيار فانه مضمون على الاول بناءا على اطلاق كلماتهم ان العيب مضمون على البائع .

بخلاف الثانى فانه لا دليل على ان فقد الصفة المشترطة قبل القبض او فى مدة الخيار مضمون على البائع بمعنى كونه سببا للخيار .

فان موانع الرد لا تأتى هناك ، بل للمشترى الرد وان تصرف فى المبيع .

فلا فرق بين كون الخيار خيار العيب او خيار تخلف الشرط فى ان للمشترى الرد ، هذه هى الثمرة الاولى بين كون الخيار خيار العيب او خيار الشرط .

و الثمرة الثانية ما ذكره بقوله : (وفى) عطف على « فى طرو » (صورة حصول هذا النقص قبل القبض او فى مدة الخيار) كما اذا اخصى الحيوان او العبد فى وقت ضمان البائع (فانه مضمون على الاول) اى كون الخيار خيار العيب (بناءا على اطلاق كلماتهم ان العيب مضمون على البائع) بحيث يشمل العيب المنقص للمالية ، والعيب غير المنقّص للمالية يعنى ان قولهم « ان التلف قبل القبض او التلف فى مدة الخيار مضمون على البائع » يشمل العيب ، سواء اوجب نقص المالية كالعوار ، او لم يوجب كالخصاء .

(بخلاف الثانى) اى كون الخيار خيار الشرط (فانه لا دليل على ان فقد الصفة المشترطة) فقدا (قبل القبض او فى مدة الخيار مضمون على البائع بمعنى كونه) اى كون فقد الصفة (سببا للخيار) .

و انما فسر الضمان بهذا ، اذ لا معنى للضمان بمعنى الارش فى

. . . . . .

و للنظر فى كلا شقى الثمرة مجال .

و ربما يستدل لكون الخيار هنا خيار العيب بما فى مرسلة السيارى

المقام ، الذى هو نقص خلقى ، ولكنه لا يوجب نقصا فى المال ، كالخصاء .

(و للنظر فى كلا شقى الثمرة) الثانية ، وهما ما اشار اليهما بقوله « فانه مضمون على الاول » و « بخلاف الثانى » (مجال) .

اما النظر فى الشق الاول ، فهو ان ما دلّ على ان التلف قبل القبض و فى زمن الخيار من مال البائع ، لاطلاق له ، بحيث يشمل التلف غير المنقص للمالية ، بل دليل هذا الخيار هو قوله عليه السلام « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » و قوله عليه السلام « ان التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له » .

و حيث ان التلف اعم من تلف الذات و تلف الوصف ، فنقول بان النقص ايضا حكمه حكم التلف ، والقدر المتيقن من تلف الوصف ما يشمل النقص المالى ، فلا يشمل الدليل مقامنا و هو ما اذا لم يكن النقص الخلقى موجبا للنقص المالى .

و اما النظر فى الشق الثانى فلان ما يدل على ضمانه ـ قبل القبض و فى مدة الخيار ـ على تقدير كونه عيبا هو بعينه دليل على ضمانه ، على تقدير عدم كونه عيبا ، لصدق التلف ، سواء كان عيبا ، ام لا ، فلا فرق بين العيب و الشرط فى ضمان البائع .

(و ربما يستدل لكون الخيار هنا) و هو فيما لا نقص فى ماليته وانما النقص فى خلقته (خيار العيب) لا خيار الشرط (بما فى مرسلة السيارى

الحاكية لقصة ابن ابى ليلى حيث قدم اليه رجل خصماله ،فقال : ان هذا باعنى هذه الجارية ، فلم اجدعلى ركبهاحين كشفهاشعرا ، و زعمت انه لم يكن لهاقط .

فقال له ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون بهذا بالحيل حتى يذهبوه ، فما الذى كرهت فقال له ايها القاضى ان كان عيبا، فاقض لى به ،قال فاصبرحتى اخرج اليك ،فانى اجداذى فى بطنى ثم دخل بيته وخرج من

الحاكية لقصة ابن ابى ليلى) و كان من قضاة العامة (حيث قدم اليه رجل خصماله ،فقال) المدعى (ان هذا) الرجل (باعنى هذه الجارية ،فلم اجدعلى ركبها) اى عورتها ـ سميّت بذلك لانها تُركب ـ (حين كشفهاشعرا و زعمت) الجارية (انه لم يكن لهاقط) وهذا عيب لان عدم الشعر يوجب سقوط الموضع عن النظارة والرونق ، بخلاف ماله شعر ويزال بالنورة ونحوها (فقال له ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون بهذا) الذهاب للشعر (بالحيل حتى يذهبوه) و الحيلة بمعنى العلاج ،قال عليه السلام ولا تمكربى فى حيلتك (فما الذى كرهت) ايها المشترى من عدم شعر على الركبة ،والحال انه امر حسن (فقال له) المشترى (ايها القاضى ان كان) عدم الشعر (عيبا، فاقض لى به) فانى اريد الحكم الشرعى لا الارشاد العرفى (قال) ابن ابى ليلى (فاصبر حتى اخرج اليك ،فانى اجداذى فى بطنى) و جعل هذا وسيلة لتهربه عن الجواب ،حيث لم يكن يتمكن من ان يجيب بجواب اعتباطى ، فانه كان مسؤلاعند الناس (ثم دخل بيته ،وخرج من

. . . . . .

باب آخر ،فاتی محمد بن مسلم الثقفی ، فقال له : ای شئ تروون عن ابی جعفر فی المرئة لا تکون علی رکبها شعر ،ایکون هذا عیبا ؟ فقال له محمد ابن مسلم اما هذا نصا فلا اعرفه ،ولکن حدثنی ابوجعفر عن ابیه عن آبائه عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم قال : کلما کان فی اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عیب ، فقال له ابن ابی لیلی : حسبك هذا فرجع الی القوم ،فقضی لهم بالعیب ، فان ظاهر اطلاق الروایة المؤید بفهم ابن مسلم من حیث نفی نصوصیة الروایة فی تلك القضیة المشعر بظهورها فیها

باب آخر ،فاتی محمد بن مسلم الثقفی ،فقال له : ای شئ تروون عن ابی جعفر) علیه السلام (فی المرئة لا تکون علی رکبها شعر ،ایکون هذا عیبا؟) حتی یوجب الخیار (فقال له محمد بن مسلم اما هذا نصا فلا اعرفه ، و لکن) هناك دلیل عام یشمل مثل ذلك ،فقد (حدثنی ابو جعفر عن ابیه عن آبائه عن النبی صلی الله علیه و آله وسلم قال : کلما کان فی اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عیب) فعدم وجود الشعر عیب لانه خلاف اصل الخلقة (فقال له ابن ابی لیلی : حسبك هذا) ای یکفیك فلا احتاج الی المزید (فرجع الی القوم ،فقضی لهم بالعیب) .

وجه الاستدلال بهذا الحدیث (فان ظاهر اطلاق الروایة المؤیّد بفهم ابن مسلم من حیث نفی نصوصیة الروایة فی تلك القضیة) فان ابن مسلم قال : اما هذا نصا فلا اعرفه (المشعر) لنفی النصوصیة (بظهورها) ای الروایة (فیها) ای فی تلك القضیة ــ فان فهم ابن مسلم یؤید الاطلاق ــ و فهمه ناش من قوله : لا نص ،اذ قوله : لا نص ،یفید ان الروایة ظاهرة

. . . . . .

و فهم ابن ابى ليلى من حيث قوله و عمله، كون مجرد الخروج عن المجرى الطبيعى عيبا و ان كان مرغوبا فلاينقص لاجل ذلك من عوضه كما يظهر من قول ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون الخ و تقرير المشترى له فى ردّه.

لكن الانصاف عدم دلالة الرواية على ذلك.

اما اولا:

فى القضية (و فهم ابن ابى ليلى من حيث قوله) حسبك هذا، اذ لو لا استظهاره لم يكتف (و عمله) حيث حكم للمشترى (كون) خبر «ان ظاهر» (مجرد الخروج عن المجرى الطبيعى عيبا و ان كان) ذلك الخروج (مرغوبا) عند الناس (فلاينقص لاجل ذلك) الخروج (من عوضه) اى الثمن، وقوله «فلاينقص» تفريع على «مرغوبا» (كما يظهر من قول ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون الخ) فان ظاهره ان ذلك مرغوب فيه (و تقرير المشترى له فى رده) حيث ان ظاهر كلام المشترى: انه مرغوب فى نفسه، لكن هو يريد حكمه الشرعى.

(لكن الانصاف عدم دلالة الرواية على ذلك) اى على ان الخيار خيار العيب فيما اذا لم يوجب النقص الخلقى نقصا فى المالية.

(**اما اولا**) فلان ماذكر من تأئيد فهم ابن مسلم، وفهم و عمل ابن ابى ليلى، غير تام، فان المصنف قرب الرواية اولا بان اطلاق الرواية يدل على ان الخروج من المجرى الطبيعى عيب، وثانيا: لفهم ابن مسلم و ابن ابى ليلى بان الرواية ظاهرة فى ان الخروج عن المجرى الطبيعى عيب

. . . . . .

فلان ظاهر الحكاية ان رد المشترى لم يكن لمجرد عدم الشعر، بل لكونها فى اصل الخلقة كذلك الكاشف عن مرض فى العضو او فى اصل المزاج، كما يدل عليه عدم اكتفائه فى عذر الرد، بقوله: لم اجد على ركبها شعرا، حتى ضم اليه دعواه انه لم يكن لها قط.

وقول ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون فى ذلك حتى يذهبوه، لا يدل على مخالفة المشترى فى كشف ذلك عن المرض.

(ف) نقول اما التأييد فلا نسلمه (لان ظاهر الحكاية ان رد المشترى لم يكن لمجرد عدم الشعر) فليس العيب لمجرد الخروج عن المجرى الطبيعى، بل لاجل كشف عدم الشعر عن المرض، فلا تدل الرواية على ان كل خروج عن الطبيعة عيب حتى يكون الخيار خيار العيب (بل لكونها فى اصل الخلقه كذلك) اى كون المرئة بلا شعر خلقة (الكاشف عن مرض فى العضو) وهو الركب (او فى اصل المزاج) بصورة عامة، وقد ظهر انحراف المزاج فى هذا العضو (كما يدل عليه) اى على ان عدم الشعر كاشف عن المرض (عدم اكتفائه) اى المشترى (فى عذر) ه فى (الرد، بقوله: لم اجد على ركبها شعرا، حتى ضم اليه دعواه انه لم يكن لها قط) شعر ليفهم ان عدم الشعر من المرض.

(وقول ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون فى ذلك حتى يذهبوه لا يدل) «لا يدل» خبر «قول» وهذا جواب عما ذكره سابقا بقوله «كما يظهر من قول ابن ابى ليلى» (على مخالفة المشترى فى كشف ذلك) اى عدم الشعر (عن المرض) حتى اذا كان ابن ابى ليلى مخالفا

. . . . . .

و انما هى مغالطة عليه تفصيا عن خصومته لعجزه عن حكمها، والاحتيال لاذهاب شعر الركب، لا يدل على ان عدمه فى اصل الخلقة شئ مرغوب فيه، كما ان احتيالهم لاذهاب شعر الرأس لا يدل على كون عدمه من اصله لقرع او شبهه امرا مرغوبا فيه.

و بالجملة، فالثابت من الرواية هو كون عدم الشعر على الركب مما يقطع او يحتمل كونه لاجل مرض عيبا.

و قد عدّ من العيوب الموجبة

للمشترى، دل كلامه على ان الخيار ليس بخيار عيب (وانما هى) قول ابن ابى ليلى ـ و تأنيث الضمير باعتبار الخبر ـ وهو (مغالطة عليه) اى على المشترى (تفصيا) و تخلصا (عن خصومته) اى مخاصمة المشترى مع البائع (لعجزه) اى ابن ابى ليلى (عن حكمها) اى حكم الخصومة.

(و) ماذكره ابن ابى ليلى من (الاحتيال لاذهاب شعر الركب) انما هو تتميم لمغالطته، فان الاحتيال (لا يدل على ان عدمه) اى عدم الشعر (فى اصل الخلقة شئ مرغوب فيه، كما ان احتيالهم لاذهاب شعر الرأس لا يدل على كون عدمه) اى عدم شعر الرأس (من اصله) خلقة (لقرع او شبهه امرا مرغوبا فيه).

(و بالجملة، ف) نقول فى رد التأييد ان (الثابت من الرواية هو كون عدم الشعر على الركب) اذا كان عدمه (مما يقطع او يحتمل كونه لاجل مرض) لا فيما اذا علمنا انه ليس لاجل المرض (عيبا) خبر (كون).

(و) كيف لا يكون ذلك عيبا و الحال انه (قد عدّ من العيوب الموجبة

. . . . . .

للارش ماهو ادون من ذلك.

واما ثانيا : فلان قوله عليه السلام : فهو عيب، انما يراد به بيان موضوع العيب توطئة لثبوت احكام العيب له .

للا رش ماهو ادون من ذلك) فتبين ان ليس ظاهر الرواية ان مجرد الخروج من المجرى الطبيعى عيب ـ اذ الرواية تقول ان الخروج المسبب عن المرض عيب ـ .

ولذا يحتمل ان الخيار فى العيب الذى لا يوجب نقص الماهية هو خيار الشرط، لا خيار العيب .

(**واما ثانيا** : فلان) الظاهر من الرواية ان للمشترى الرد، اما انه من باب خيار العيب او خيار تخلف الشرط، فلا دلالة فى الرواية على ذلك، فما تقدم من ان ظاهر الرواية ان الرد لاجل خيار العيب غير تام .

فان (قوله عليه السلام : فهو عيب، انما يراد به بيان موضوع العيب توطئة) و مقدمة (لثبوت احكام العيب له) و حكم العيب هو الرد، اما باقى احكام العيب فلا ظهور فى الرواية بالنسبة اليها .

و الحاصل ان هذا العيب الذى لا يوجب نقص القيمة، ليس للمشترى الا رده، اما كل احكام العيب فهى تترتب على العيب المنقص للقيمة .

و الحاصل ليس المراد بقوله عليه السلام «عيب» الا «ان له الرد» و الرد يلائم العيب، كما لا يلائم الشرط، فلا دلالة فى الرواية على خيار العيب .

. . . . . .

و الغالب الشائع المتبادر فى الاذهان هو رد المعيوب .

و لذا اشتهر كل معيوب مردود ، واما باقى احكام العيب و خياره مثل عدم جواز رده بطرو موانع الرد بخيار العيب و كونه مضمونا على البائع قبل القبض و فى مدة الخيار ، فلا يظهر من الرواية ترتبها على العيب ، فتأمل .

واما ثالثا : فلان الرواية لا تدل على الزائد

ولا يخفى ان بعض المعلقين ذكروا فى تفسير كلام الشيخ معنى آخر لكن الراجح هو ما ذكرناه بقرينة قول الشيخ ـ توطئة ـ .

فذكر العيب توطئة لبيان « حكم الرد » .

(و) ذلك لان (الغالب الشائع المتبادر فى الاذهان هو رد المعيوب) .

(و لذا) الذى ان الرد هو الشائع فقط (اشتهر) فى الالسنة (كل معيوب مردود ، واما باقى احكام العيب) التى يريد اثباتها القائل بان الخيار خيار عيب (و خياره) عطف على « احكام » (مثل عدم جواز رده) اى المعيوب (ب) سبب (طرو موانع الرد بخيار العيب) « بخيار » متعلق ب « رده » (و كونه مضمونا على البائع قبل القبض و فى مدة الخيار ، فلا يظهر من الرواية ترتبها على العيب) الذى لا ينقص القيمة (فتأمل) فان كون لفظ العيب فى الرواية من باب التوطئة خلاف الظاهر ، بل الظاهر انه ذكر لثبوت احكام العيب عليه مطلقا من الرد و غيره .

(**واما ثالثا :** ف) لاطلاق فى الرواية (لان الرواية لا تدل على الزائد

. . . . . .

عما يدل عليه العرف لان المراد بالزيادة و النقيصة على اصل الخلقة ليس مطلق ذلك قطعا فان زيادة شعر رأس الجارية اوحدة بصر العبد ، او تعلمهما للصنعة و الطبخ ، وكذا نقص العبد بالختان ،وحلق الرأس ليس عيبا قطعا فتعين ان يكون المراد بها الزيادة و النقيصة الموجبتين لنقص فى الشئ

عما يدل عليه العرف) من كون المراد بالزائد و الناقص ،ماكان موجبا لنقص المالية (لان المراد بالزيادة و النقيصة على اصل الخلقة ليس مطلق ذلك قطعا) حتى يشمل غير المنقص للمالية (فان زيادة شعر رأس الجارية) فى الطول ،لا الزيادة فى موضع الاثبات (او حدة بصر العبد او تعلمهما للصنعة و الطبخ) .

المثالان الاولان للزيادة الجسمية والمثالان الاخيران للزيادة النفسية (و كذا نقص العبد بالختان ،وحلق الرأس) و نقص الجارية بالخفض او بثقب الاذن (ليس عيبا قطعا) .

و الحاصل ان الزيادة و النقصان لهما اطلاقات ثلاثة .

الاول : ماكان موجبا لنقص القيمة .

الثانى: ماكان زيادة و نقصا ولكن لا فى القيمة .

الثالث: مالا يعد زيادة و نقصا اصلا .

وحيث ان الثالث ليس بمراد ، دار الامر بين الاطلاق وبين ارادة خصوص الاول ، والعرف يفهم من العبارة خصوص الاول (فتعين ان يكون المراد بها) اى بالرواية (الزيادة والنقيصة الموجبتين لنقص فى الشئ) نقصا

من حيث الآثار و الخواص المترتبة عليه .

و لازم ذلك نقصه من حيث المالية لان المال المبذول فى مقابل الاموال بقدر مايترتب عليها من الآثار و المنافع .

و اما رابعا : فلانا لوسلمنا مخالفة الرواية للعرف فى معنى العيب فلاتنهض لرفع اليد بها عن العرف المحكم فى مثل ذلك لولا النص المعتبر ،لا مثل هذه الرواية الضعيفة بالارسال ، فافهم .

(من حيث الآثار و الخواص المترتبة عليه) .

(و لازم ذلك) النقص من حيث الخواص و الآثار(نقصه من حيث المالية) للتلازم بين الامرين(لان المال المبذول فى مقابل الاموال) انما هو (بقدر مايترتب عليها) اى على تلك المثمنات (من الآثار و المنافع) فكلما كان اثر الشئ اكثر يكون ثمنه اكثر .

(و اما رابعا : فلانا لو سلمنا مخالفة الرواية للعرف) وان المراد بالرواية الاطلاق بحيث تشمل حتى النقص الذى لا يوجب نقصا فى الثمن (فى معنى العيب) بان يريد العرف من العيب: العيب المنقص ، و الرواية تشمل حتى العيب غير المنقص(فلاتنهض) الرواية (لرفع اليد بها عن العرف المحكم فى مثل ذلك) لان الادلة الدالة على خيار العيب انما تقول بالخيار فيما يسميه العرف عيبا ،لان المرجع فى الموضوعات العرف ، فاذا جائت رواية بتعميم العيب لم يكن ان يؤخذ بها (لولا النص المعتبر ، لا مثل هذه الرواية الضعيفة بالارسال) خصوصا والسيارى ضعيف كما ذكره علماء الرجال (فافهم) فان الرواية مجبورة كما ذكره بعض

. . . . . .

وقد ظهر مما ذكرنا ان الاولى فى تعريف العيب مافى التحرير و القواعد : من انه نقص فى العين او زيادة فيها يقتضى النقيصة المالية فى عادات التجار .

و لعله المراد بما فى الرواية كماعرفت و مراد كل من عبّر بمثلها .

و لذا قال فى التحرير بعد ذلك : و بالجملة كلما زاد او نقص عن اصل الخلقة ، و القيد الاخير

العلماء .

(وقد ظهر مما ذكرنا) فى تضعيف اطلاق العيب على مالا يوجب نقص المالية (ان الاولى فى تعريف العيب مافى التحرير و القواعد : من انه) اى العيب (نقص فى العين او زيادة فيها يقتضى النقيصة المالية فى عادات التجار) و ان كان يرد على ذلك انه لم يذكر النقص فى نفس العبد كالجنون مثلا ، او فى جهة خارجة كزيادة خراج الارض ، او كون العبد جانيا ، فتأمل .

(و لعله المراد بما فى الرواية) اى رواية السيارى المتقدمة (كما عرفت) وجه تطبيق الرواية على هذا المعنى بانه لااطلاق لها (و) لعله ايضا (مراد كل من عبّر بمثلها) اى بمثل هذه العبارة .

(و لذا قال فى التحرير بعد ذلك) التعريف للعيب (وبالجملة كلما زاد او نقص عن اصل الخلقة) فانه جعل هذه العبارة مرادفة للعبارة السابقة التى ذكر فيها نقص المالية مما يدل على ان من اطلق و لم يذكر نقص المالية ، مراده ايضا نقص المالية (والقيد الاخير) المذكور فى

. . . . . .

لادراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الاغراض ،كماقد يقال ذلك في العبد الخصّي .

ولا ينافيه ماذكره في التحرير : من ان عدم الشعر على العانة عيب في العبد و الامة لانه مبني على ماذكرنا في الجواب الاول عن الرواية من ان ذلك كاشف او موهم لمرض في العضو او المزاج .

القواعد والتحرير ـ من قوله : في عادات التجار ـ (لادراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الاغراض كماقد يقال ذلك في العبد الخصّي) فانه خارج من تعريف النقص المتقدم ، لانه لم يوجب نقصا في المالية ،وفي بعض النسخ «لادراج» و المراد به ـ حينئذ ـ ان بذل بعض الناس للزيادة لا يوجب كون عادات التجار كذلك ،لان عادتهم ايضا عدم بذل الثمن الكامل و انما يبذلون ثمنا قليلا لانه ناقص فمثل هذا العيب ايضا داخل في العيب الموجب للخيار ،وان بذل بعض التجار الزيادة او المساواة .

(ولا ينافيه) اى لا ينافي ماذكرناه من ان مرادهم بالعيب هو العيب الموجب لنقص المالية (ماذكره في التحرير : من ان عدم الشعر على العانة عيب في العبد و الامة) مع انه ربما لا يوجب نقص المالية .

وانما لا ينافي (لانّه) اى كونه عيبا (مبني على ماذكرنا في الجواب الاول عن الرواية) لا مطلق عدم الشعر ـ حتى لا يوجب نقص المالية ـ (من ان ذلك) اى عدم الشعر (كاشف او موهم لمرض في العضو او المزاج) العام .

و من المعلوم ان وهم المرض ايضا يوجب نقص المالية ،و لذا

. . . . . .

و الغلبة الصنفية مقدمة على النوعية عند التعارض ، فالثيبوبة فى الصغيرة غير المجلوبة عيب ، لانها ليست غالبة فى صنفها و ان غلبت فى نوعها .

ثم ان مقتضى ما ذكرنا دور ان العيب مدار نقص الشئ من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالا فان الانسان الخصّى ناقص فى نفسه و

منزل عليه (و الغلبة الصنفية مقدمة على) الغلبة (النوعية عند التعارض) كان يكون النوع بكرا ، و لكن الصنف ثيبا (فالثيبوبة فى الصغيرة غير المجلوبة عيب ، لانها ليست غالبة فى صنفها) اذ الصغيرة تقتضى عدم تناولها بالوطى ، وكونها غير مجلوبة يقتضى بعدها عن تناول الايدى الملازم لوطئها - حتى و هى صغيرة - (و ان غلبت فى نوعها) اى نوع الاماء .

(ثم ان مقتضى ماذكرنا) من ان العيب عبارة عن الخروج عن مقتضى الطبيعة الاولية او الطبيعة الثانوية الغالبة (دور ان العيب مدار نقص الشئ من حيث عنوانه) الشخصى (مع قطع النظر عن كونه مالا) فان بين الامرين عموما من وجه .

اذ ربما يكون نقص شخص بدون نقص المال .

و ربما يكون نقص فى المال بدون نقص الشخص .

و ربما يجتمعان ، مثلا : الخصّى نقص فى شخصه بدون نقص فى مال و الثيبوبة فى الاماء نقص فى المال لانها ارخص من البكر و لكن بدون نقص فى الشخص لما عرفت من ان البكر طبيعة غالبة فى الاماء ، والعوار نقص فى الشخص و المال (فان الانسان الخصّى ناقص فى نفسه ، و

ان فرض زيادته من حيث كونه مالا و كذا البغل الخصّى حيوان ناقص و ان كان زائدا من حيث المالية على غيره .

و لذا ذكر جماعة ثبوت الرد دون الارش ،فى مثل ذلك .

و يحتمل قويا ان يقال ان المناط فى العيب هو النقص المالى فالنقص الخلقى غير الموجب للنقص كالخصاء و نحوه ليس عيبا الّا ان الغالب فى افراد الحيوان لما كان عدمه كان اطلاق العقد

ان فرض زيادته من حيث كونه مالا) فلانقص فى ماليته(وكذا البغل الخصّى حيوان ناقص و ان كان زائدا من حيث المالية على غيره) .

(و لذا) الذى ليس فيهما نقص فى المالية (ذكر جماعة ثبوت الرد دون الارش ،فى مثل ذلك) مماله نقص خلقى ،ولكن لا نقص فى ماليته فانه حيث كان معيبا كان للمشترى الخيار ،ولكن حيث لا نقص فى ماليته لم يكن له ارش .

(و يحتمل قويا ان يقال ان المناط فى العيب هو النقص المالى) .

وعليه(فالنقص الخلقى) بكسر الخاء (غير الموجب للنقص) المالى (كالخصاء و نحوه ليس عيبا) .

و منشأ هذا الاحتمال ان الظاهر من الادلة كون الرد والارش معا من مقتضيات العيب ، فاذا لم يكن ارش تبين انه لاعيب فلارد ايضا ـ من جهة خيار العيب ـ و ان كان له الرد من جهة اخرى .

و الجهة الاخرى هى ما ذكره بقوله : (الّا ان الغالب فى افراد الحيوان لما كان عدمه) اى عدم الخصاء ـ مثلا ـ (كان اطلاق العقد

. . . . . .

منزلا على اقدام المشترى على الشراء مع عدم هذا النقص اعتمادا على الاصل و الغلبة ، فكانت السلامة عنه بمنزلة شرط اشترط فى العقد لا يوجب تخلفه الاخيار تخلف الشرط .

و تظهر الثمرة فى طرو موانع الرد بالعيب بناءا على عدم منعها عن الرد بخيار تخلف الشرط ، فتأمل .

منزلا على اقدام المشترى على الشراء مع عدم هذا النقص) لانصراف الاطلاق اليه (اعتمادا) من المشترى (على الاصل و الغلبة) اى غلبة عدم هذا العيب (فكانت السلامة عنه) اى عن هذا النقص (بمنزلة شرط اشترط فى العقد) و (لا يوجب تخلفه) اى تخلف هذا الشرط (الاخيار تخلف الشرط) فله حق الرد و ليس له حق الارش .

(و تظهر الثمرة) فى كون الخيار خيار العيب ، او خيار تخلف الشرط (فى طرو موانع الرد بالعيب) (بالعيب) متعلق بـ « الرد » اذا طرء مانع من موارد الرد بسبب العيب (بناءا على عدم منعها) اى عدم منع تلك الموانع (عن الرد بـ) سبب (خيار تخلف الشرط) فان المانع اذا وجد ـ كالتصرف مثلا ـ ان كان الخيار خيار العيب لم يتمكن المشترى من رده بالخيار لان التصرف مانع عن الرد ـ فى باب خيار العيب ـ و ان كان الخيار خيار الشرط تمكن المشترى من الرد ـ لان التصرف لا يمنع من الرد ، فى باب خيار الشرط ـ (فتأمل) لعدم تمامية هذه الثمرة ، اذ موانع الرد انما تمنع الرد فيما اذا كان هناك ارش ، ورد .

اما اذا كان هناك ردّ فقط ـ كالعيب الذى لا يوجب نقص المالية ـ

. . . . . .

و فى صورة حصول هذا النقص قبل القبض او فى مدة الخيار فانه مضمون على الاول بناءا على اطلاق كلماتهم ان العيب مضمون على البائع .

بخلاف الثانى فانه لا دليل على ان فقد الصفة المشترطة قبل القبض او فى مدة الخيار مضمون على البائع بمعنى كونه سببا للخيار .

فان موانع الرد لا تأتى هناك ، بل للمشترى الرد وان تصرف فى المبيع .

فلا فرق بين كون الخيار خيار العيب او خيار تخلف الشرط فى ان للمشترى الرد ، هذه هى الثمرة الاولى بين كون الخيار خيار العيب او خيار الشرط .

و الثمرة الثانية ماذكره بقوله : (وفى) عطف على « فى طرو » (صورة حصول هذا النقص قبل القبض او فى مدة الخيار) كما اذا اخصى الحيوان او العبد فى وقت ضمان البائع (فانه مضمون على الاول) اى كون الخيار خيار العيب (بناءا على اطلاق كلماتهم ان العيب مضمون على البائع) بحيث يشمل العيب المنقص للمالية ، والعيب غير المنقّص للمالية يعنى ان قولهم « ان التلف قبل القبض او التلف فى مدة الخيار مضمون على البائع » يشمل العيب ، سواء اوجب نقص المالية كالعوار ، او لم يوجب كالخصاء .

(بخلاف الثانى) اى كون الخيار خيار الشرط (فانه لا دليل على ان فقد الصفة المشترطة) فقدا (قبل القبض او فى مدة الخيار مضمون على البائع بمعنى كونه) اى كون فقد الصفة (سببا للخيار) .

و انما فسر الضمان بهذا ، اذ لا معنى للضمان بمعنى الارش فى

. . . . . .

و للنظر فى كلا شقى الثمرة مجال .

و ربما يستدل لكون الخيار هنا خيار العيب بما فى مرسلة السيارى

المقام ، الذى هو نقص خلقى ، ولكنه لا يوجب نقصا فى المال ، كالخصاء .

(و للنظر فى كلا شقى الثمرة) الثانية ، وهما ما اشار اليهما بقوله « فانه مضمون على الاول » و « بخلاف الثانى » (مجال) .

اما النظر فى الشق الاول ، فهو ان ما دلّ على ان التلف قبل القبض و فى زمن الخيار من مال البائع ، لا اطلاق له ، بحيث يشمل التلف غير المنقص للمالية ، بل دليل هذا الخيار هو قوله عليه السلام « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » و قوله عليه السلام « ان التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له » .

و حيث ان التلف اعم من تلف الذات و تلف الوصف ، فنقول بان النقص ايضا حكمه حكم التلف ، والقدر المتيقن من تلف الوصف ما يشمل النقص المالى ، فلا يشمل الدليل مقامنا و هو ما اذا لم يكن النقص الخلقى موجبا للنقص المالى .

و اما النظر فى الشق الثانى فلان ما يدل على ضمانه ـ قبل القبض و فى مدة الخيار ـ على تقدير كونه عيبا هو بعينه دليل على ضمانه ، على تقدير عدم كونه عيبا ، لصدق التلف ، سواء كان عيبا ، ام لا ، فلا فرق بين العيب و الشرط فى ضمان البائع .

(و ربما يستدل لكون الخيار هنا) و هو فيما لا نقص فى ماليته وانما النقص فى خلقته (خيار العيب) لا خيار الشرط (بما فى مرسلة السيارى

الحاكية لقصة ابن ابى ليلى حيث قدم اليه رجل خصماله ،فقال : ان هذا باعنى هذه الجارية ، فلم اجدعلى ركبهاحين كشفهاشعرا ، و زعمت انه لم يكن لهاقط .

فقال له ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون بهذا بالحيل حتى يذهبوه ، فما الذى كرهت فقال له ايها القاضى ان كان عيبا ، فاقض لى به ،قال فاصبرحتى اخرج اليك ،فانى اجداذى فى بطنى ثم دخل بيته وخرج من

الحاكية لقصة ابن ابى ليلى) و كان من قضاة العامة (حيث قدم اليه رجل خصماله ،فقال) المدعى (ان هذا) الرجل (باعنى هذه الجارية ،فلم اجدعلى ركبها) اى عورتها ـ سميّت بذلك لانها تُركب ـ (حين كشفهاشعرا و زعمت) الجارية (انه لم يكن لهاقط) وهذا عيب لان عدم الشعر يوجب سقوط الموضع عن النظارة والرونق ، بخلاف ماله شعر ويزال بالنورة ونحوها

(فقال له ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون بهذا) الذهاب للشعر (بالحيل حتى يذهبوه) و الحيلة بمعنى العلاج ،قال عليه السلام ولا تمكربى فى حيلتك (فما الذى كرهت) ايها المشترى من عدم شعر على الركبة ،والحال انه امر حسن (فقال له) المشترى (ايها القاضى ان كان) عدم الشعر (عيبا ، فاقض لى به) فانى اريد الحكم الشرعى لا الارشاد العرفى (قال) ابن ابى ليلى (فاصبر حتى اخرج اليك ،فانى اجداذى فى بطنى) و جعل هذا وسيلة لتهربه عن الجواب ،حيث لم يكن يتمكن من ان يجيب بجواب اعتباطى ، فانه كان مسؤلاعند الناس (ثم دخل بيته ،وخرج من

. . . . . .

باب آخر ،فاتى محمد بن مسلم الثقفى ، فقال له : اى شئ تروون عن ابى جعفر فى المرئة لاتكون على ركبها شعر ،ايكون هذا عيبا ؟ فقال له محمد ابن مسلم اما هذا نصا فلا اعرفه ،ولكن حدثنى ابوجعفر عن ابيه عن آبائه عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال : كلما كان فى اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عيب ، فقال له ابن ابى ليلى : حسبك هذا فرجع الى القوم ،فقضى لهم بالعيب ، فان ظاهر اطلاق الرواية المؤيد بفهم ابن مسلم من حيث نفى نصوصية الرواية فى تلك القضية المشعر بظهورها فيها

باب آخر ،فاتى محمد بن مسلم الثقفى ،فقال له : اى شئ تروون عن ابى جعفر) عليه السلام (فى المرئة لاتكون على ركبها شعر ،ايكون هذا عيبا؟) حتى يوجب الخيار(فقال له محمد بن مسلم اما هذا نصا فلا اعرفه ، و لكن) هناك دليل عام يشمل مثل ذلك ،فقد (حدثنى ابو جعفر عن ابيه عن آبائه عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : كلما كان فى اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عيب) فعدم وجود الشعر عيب لانه خلاف اصل الخلقة (فقال له ابن ابى ليلى : حسبك هذا) اى يكفيك فلا احتاج الى المزيد (فرجع الى القوم ،فقضى لهم بالعيب) .

وجه الاستدلال بهذا الحديث(فان ظاهر اطلاق الرواية المؤيّد بفهم ابن مسلم من حيث نفى نصوصية الرواية فى تلك القضية) فان ابن مسلم قال : اما هذا نصا فلا اعرفه(المشعر) لنفى النصوصية(بظهورها) اى الرواية (فيها) اى فى تلك القضية ـ فان فهم ابن مسلم يؤيد الاطلاق ـ و فهمه ناش من قوله : لانص ،اذ قوله : لانص ،يفيد ان الرواية ظاهرة

و فهم ابن ابى ليلى من حيث قوله و عمله، كون مجرد الخروج عن المجرى الطبيعى عيبا و ان كان مرغوبا فلاينقص لاجل ذلك من عوضه كما يظهر من قول ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون الخ و تقرير المشترى له فى ردّه.

لكن الانصاف عدم دلالة الرواية على ذلك.

اما اولا:

فى القضية (و فهم ابن ابى ليلى من حيث قوله) حسبك هذا، اذ لو لا استظهاره لم يكتف (و عمله) حيث حكم للمشترى (كون) خبر «ان ظاهر» (مجرد الخروج عن المجرى الطبيعى عيبا و ان كان) ذلك الخروج (مرغوبا) عند الناس (فلاينقص لاجل ذلك) الخروج (من عوضه) اى الثمن، وقوله «فلاينقص» تفريع على «مرغوبا» (كما يظهر من قول ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون الخ) فان ظاهره ان ذلك مرغوب فيه (و تقرير المشترى له فى رده) حيث ان ظاهر كلام المشترى: انه مرغوب فى نفسه، لكن هو يريد حكمه الشرعى.

(لكن الانصاف عدم دلالة الرواية على ذلك) اى على ان الخيار خيار العيب فيما اذا لم يوجب النقص الخلقى نقصا فى المالية.

(**اما اولا**) فلان ماذكر من تأئيد فهم ابن مسلم، وفهم و عمل ابن ابى ليلى، غير تام، فان المصنف قرب الرواية اولا بان اطلاق الرواية يدل على ان الخروج من المجرى الطبيعى عيب، وثانيا: لفهم ابن مسلم و ابن ابى ليلى بان الرواية ظاهرة فى ان الخروج عن المجرى الطبيعى عيب

. . . . . .

فلان ظاهر الحكاية ان رد المشترى لم يكن لمجرد عدم الشعر، بل لكونها فى اصل الخلقة كذلك الكاشف عن مرض فى العضو او فى اصل المزاج، كما يدل عليه عدم اكتفائه فى عذر الرد، بقوله: لم اجد على ركبها شعرا، حتى ضم اليه دعواه انه لم يكن لها قط.

وقول ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون فى ذلك حتى يذهبوه، لا يدل على مخالفة المشترى فى كشف ذلك عن المرض.

(ف) نقول اما التأييد فلا نسلمه (لان ظاهر الحكاية ان رد المشترى لم يكن لمجرد عدم الشعر) فليس العيب لمجرد الخروج عن المجرى الطبيعى، بل لاجل كشف عدم الشعر عن المرض، فلا تدل الرواية على ان كل خروج عن الطبيعة عيب حتى يكون الخيار خيار العيب (بل لكونها فى اصل الخلقه كذلك) اى كون المرئة بلا شعر خلقة (الكاشف عن مرض فى العضو) وهو الركب (او فى اصل المزاج) بصورة عامة، وقد ظهر انحراف المزاج فى هذا العضو (كما يدل عليه) اى على ان عدم الشعر كاشف عن المرض (عدم اكتفائه) اى المشترى (فى عذر) ه فى (الرد، بقوله: لم اجد على ركبها شعرا، حتى ضم اليه دعواه انه لم يكن لها قط) شعر ليفهم ان عدم الشعر من المرض.

(وقول ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون فى ذلك حتى يذهبوه لا يدل) «لا يدل» خبر (قول) وهذا جواب عما ذكره سابقا بقوله «كما يظهر من قول ابن ابى ليلى» (على مخالفة المشترى فى كشف ذلك) اى عدم الشعر (عن المرض) حتى اذا كان ابن ابى ليلى مخالفا

. . . . . .

و انما هى مغالطة عليه تفصيا عن خصومته لعجزه عن حكمها، والاحتيال لاذهاب شعر الركب، لا يدل على ان عدمه فى اصل الخلقة شئ مرغوب فيه، كما ان احتيالهم لاذهاب شعر الرأس لا يدل على كون عدمه من اصله لقرع او شبهه امرا مرغوبا فيه.

و بالجملة، فالثابت من الرواية هو كون عدم الشعر على الركب مما يقطع او يحتمل كونه لاجل مرض عيبا.

و قد عدّ من العيوب الموجبة

للمشترى، دل كلامه على ان الخيار ليس بخيار عيب (وانما هى) قول ابن ابى ليلى ـ و تأنيث الضمير باعتبار الخبر ـ وهو (مغالطة عليه) اى على المشترى (تفصيا) و تخلصا (عن خصومته) اى مخاصمة المشترى مع البائع (لعجزه) اى ابن ابى ليلى (عن حكمها) اى حكم الخصومة.

(و) ماذكره ابن ابى ليلى من (الاحتيال لاذهاب شعر الركب) انما هو تتميم لمغالطته، فان الاحتيال (لا يدل على ان عدمه) اى عدم الشعر (فى اصل الخلقة شئ مرغوب فيه، كما ان احتيالهم لاذهاب شعر الرأس لا يدل على كون عدمه) اى عدم شعر الرأس (من اصله) خلقة و (لقرع او شبهه امرا مرغوبا فيه).

(و بالجملة، ف) نقول فى رد التأييد ان (الثابت من الرواية هو كون عدم الشعر على الركب) اذا كان عدمه (مما يقطع او يحتمل كونه لاجل مرض) لا فيما اذا علمنا انه ليس لاجل المرض (عيبا) خبر (كون).

(و) كيف لا يكون ذلك عيبا و الحال انه (قد عدّ من العيوب الموجبة

. . . . . .

للارش ماهو ادون من ذلك.

واما ثانيا: فلان قوله عليه السلام: فهو عيب، انما يراد به بيان موضوع العيب توطئة لثبوت احكام العيب له.

للا رش ماهو ادون من ذلك) فتبين ان ليس ظاهر الرواية ان مجرد الخروج من المجرى الطبيعى عيب ـ اذ الرواية تقول ان الخروج المسبب عن المرض عيب ـ.

ولذا يحتمل ان الخيار فى العيب الذى لا يوجب نقص الماهية هو خيار الشرط، لا خيار العيب.

(**واما ثانيا**: فلان) الظاهر من الرواية ان للمشترى الرد، اما انه من باب خيار العيب او خيار تخلف الشرط، فلا دلالة فى الرواية على ذلك، فما تقدم من ان ظاهر الرواية ان الرد لاجل خيار العيب غير تام.

فان (قوله عليه السلام: فهو عيب، انما يراد به بيان موضوع العيب توطئة) و مقدمة (لثبوت احكام العيب له) و حكم العيب هو الرد، اما باقى احكام العيب فلا ظهور فى الرواية بالنسبة اليها.

و الحاصل ان هذا العيب الذى لا يوجب نقص القيمة، ليس للمشترى الا رده، اما كل احكام العيب فهى تترتب على العيب المنقص للقيمة.

و الحاصل ليس المراد بقوله عليه السلام «عيب» الا «ان له الرد» و الرد يلائم العيب، كما لا يلائم الشرط، فلا دلالة فى الرواية على خيار العيب.

. . . . . .

والغالب الشائع المتبادر فى الاذهان هو رد المعيوب .

ولذا اشتهر كل معيوب مردود ، واما باقى احكام العيب وخياره مثل عدم جواز رده بطرو موانع الرد بخيار العيب وكونه مضمونا على البائع قبل القبض وفى مدة الخيار ، فلا يظهر من الرواية ترتبها على العيب ، فتأمل .

واما ثالثا : فلان الرواية لا تدل على الزائد

ولا يخفى ان بعض المعلقين ذكروا فى تفسير كلام الشيخ معنى آخر لكن الراجح هو ما ذكرناه بقرينة قول الشيخ ـ توطئة ـ .

فذكر العيب توطئة لبيان « حكم الرد » .

(و) ذلك لان (الغالب الشائع المتبادر فى الاذهان هو رد المعيوب) .

(ولذا) الذى ان الرد هو الشائع فقط (اشتهر) فى الالسنة (كل معيوب مردود ، واما باقى احكام العيب) التى يريد اثباتها القائل بان الخيار خيار عيب (وخياره) عطف على « احكام » (مثل عدم جواز رده) اى المعيوب (ب) سبب (طرو موانع الرد بخيار العيب) « بخيار » متعلق ب « رده » (وكونه مضمونا على البائع قبل القبض وفى مدة الخيار ، فلا يظهر من الرواية ترتبها على العيب) الذى لا ينقص القيمة (فتأمل) فان كون لفظ العيب فى الرواية من باب التوطئة خلاف الظاهر ، بل الظاهر انه ذكر لثبوت احكام العيب عليه مطلقا من الرد وغيره .

(**واما ثالثا :** ف) لاطلاق فى الرواية (لان الرواية لا تدل على الزائد

. . . . . .

عما يدل عليه العرف لان المراد بالزيادة و النقيصة على اصل الخلقة ليس مطلق ذلك قطعا فان زيادة شعر رأس الجارية اوحدة بصر العبد ، او تعلمهما للصنعة و الطبخ ، وكذا نقص العبد بالختان ،وحلق الرأس ليس عيبا قطعا فتعين ان يكون المراد بها الزيادة و النقيصة الموجبتين لنقص فى الشئ

عما يدل عليه العرف) من كون المراد بالزائد و الناقص ،ماكان موجبا لنقص المالية (لان المراد بالزيادة و النقيصة على اصل الخلقة ليس مطلق ذلك قطعا) حتى يشمل غير المنقص للمالية (فان زيادة شعر رأس الجارية) فى الطول ،لا الزيادة فى موضع الاثبات (او حدة بصر العبد او تعلمهما للصنعة و الطبخ) .

المثالان الاولان للزيادة الجسمية والمثالان الاخيران للزيادة النفسية (و كذا نقص العبد بالختان ،وحلق الرأس) و نقص الجارية بالخفض او بثقب الاذن (ليس عيبا قطعا) .

و الحاصل ان الزيادة و النقصان لهما اطلاقات ثلاثة .

الاول : ماكان موجبا لنقص القيمة .

الثانى: ماكان زيادة و نقصا ولكن لا فى القيمة .

الثالث: مالا يعد زيادة و نقصا اصلا .

وحيث ان الثالث ليس بمراد ، دار الامر بين الاطلاق وبين ارادة خصوص الاول ، والعرف يفهم من العبارة خصوص الاول (فتعين ان يكون المراد بها) اى بالرواية (الزيادة والنقيصة الموجبتين لنقص فى الشئ) نقصا

من حيث الآثار و الخواص المترتبة عليه .

و لازم ذلك نقصه من حيث المالية لان المال المبذول فى مقابل الاموال بقدر مايترتب عليها من الآثار و المنافع .

و اما رابعا : فلانا لوسلمنا مخالفة الرواية للعرف فى معنى العيب فلاتنهض لرفع اليد بها عن العرف المحكم فى مثل ذلك لولا النص المعتبر ،لامثل هذه الرواية الضعيفة بالارسال ، فافهم .

(من حيث الآثار و الخواص المترتبة عليه) .

(و لازم ذلك) النقص من حيث الخواص و الآثار(نقصه من حيث المالية) للتلازم بين الامرين(لان المال المبذول فى مقابل الاموال) انما هو (بقدر مايترتب عليها) اى على تلك المثمنات (من الآثار و المنافع) فكلما كان اثر الشئ اكثر يكون ثمنه اكثر .

(**و اما رابعا** : فلانا لو سلمنا مخالفة الرواية للعرف) وان المراد بالرواية الاطلاق بحيث تشمل حتى النقص الذى لايوجب نقصا فى الثمن (فى معنى العيب) بان يريد العرف من العيب: العيب المنقص ، و الرواية تشمل حتى العيب غير المنقص(فلاتنهض) الرواية (لرفع اليد بها عن العرف المحكم فى مثل ذلك) لان الادلة الدالة على خيار العيب انما تقول بالخيار فيما يسميه العرف عيبا ،لان المرجع فى الموضوعات العرف ، فاذا جائت رواية بتعميم العيب لم يكن ان يؤخذ بها (لولا النص المعتبر ، لامثل هذه الرواية الضعيفة بالارسال) خصوصا والسيارى ضعيف كما ذكره علماء الرجال (فافهم) فان الرواية مجبورة كما ذكره بعض

. . . . . .

وقد ظهر مما ذكرنا ان الاولى فى تعريف العيب مافى التحرير و القواعد : من انه نقص فى العين او زيادة فيها يقتضى النقيصة المالية فى عادات التجار .

و لعله المراد بما فى الرواية كماعرفت و مراد كل من عبّر بمثلها .

و لذا قال فى التحرير بعد ذلك : و بالجملة كلما زاد او نقص عن اصل الخلقة ، و القيد الاخير

العلماء .

(وقد ظهر مما ذكرنا) فى تضعيف اطلاق العيب على مالا يوجب نقص المالية (ان الاولى فى تعريف العيب مافى التحرير و القواعد : من انه) اى العيب (نقص فى العين او زيادة فيها يقتضى النقيصة المالية فى عادات التجار) و ان كان يرد على ذلك انه لم يذكر النقص فى نفس العبد كالجنون مثلا ، او فى جهة خارجة كزيادة خراج الارض ، او كون العبد جانيا ، فتأمل .

(و لعله المراد بما فى الرواية) اى رواية السيارى المتقدمة (كما عرفت) وجه تطبيق الرواية على هذا المعنى بانه لا اطلاق لها (و) لعله ايضا (مراد كل من عبّر بمثلها) اى بمثل هذه العبارة .

(و لذا قال فى التحرير بعد ذلك) التعريف للعيب (وبالجملة كلما زاد او نقص عن اصل الخلقة) فانه جعل هذه العبارة مرادفة للعبارة السابقة التى ذكر فيها نقص المالية مما يدل على ان من اطلق و لم يذكر نقص المالية ، مراده ايضا نقص المالية (والقيد الاخير) المذكور فى

. . . . . .

لا دراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الاغراض ، كما قد يقال ذلك في العبد الخصّي .

ولا ينافيه ما ذكره في التحرير : من ان عدم الشعر على العانة عيب في العبد و الامة لانه مبني على ما ذكرنا في الجواب الاول عن الرواية من ان ذلك كاشف او موهم لمرض في العضو او المزاج .

القواعد والتحرير ـ من قوله : في عادات التجار ـ (لا دراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الاغراض كما قد يقال ذلك في العبد الخصّي) فانه خارج من تعريف النقص المتقدم ، لانه لم يوجب نقصا في المالية ، وفي بعض النسخ « لا دراج » و المراد به ـ حينئذ ـ ان بذل بعض الناس للزيادة لا يوجب كون عادات التجار كذلك ، لان عادتهم ايضا عدم بذل الثمن الكامل و انما يبذلون ثمنا قليلا لانه ناقص فمثل هذا العيب ايضا داخل في العيب الموجب للخيار ، وان بذل بعض التجار الزيادة او المساواة .

(ولا ينافيه) اى لا ينافي ما ذكرناه من ان مرادهم بالعيب هو العيب الموجب لنقص المالية (ما ذكره في التحرير : من ان عدم الشعر على العانة عيب في العبد و الامة) مع انه ربما لا يوجب نقص المالية .

وانما لا ينافي (لانّه) اى كونه عيبا (مبني على ما ذكرنا في الجواب الاول عن الرواية) لا مطلق عدم الشعر ـ حتى لا يوجب نقص المالية ـ (من ان ذلك) اى عدم الشعر (كاشف او موهم لمرض في العضو او المزاج) العام .

و من المعلوم ان وهم المرض ايضا يوجب نقص المالية ، و لذا

. . . . . .

و يحتمل عدمه لحصول خطر ما و لنقص منافعها فانها لا تقدر على الحمل العظيم ، انتهى .

و مما ذكرنا ظهر الوهم فيما نسب الى الايضاح ، من ان ما قربه فى القواعد مبنى على قول الشيخ من دخول الحمل فى بيع الحامل .

نعم ذكر فى جامع المقاصد ان ما ذكره المصنف ان تم ، فانما

(و يحتمل عدمه) اى عدم سقوط الخيار بالحمل عند المشترى (لحصول خطرما) على الحامل بسبب الحمل (ولنقص منافعها) اى الحامل (فانها لا تقدر على الحمل العظيم ، انتهى) .

(و مما ذكرنا) من نقل كلام الايضاح (ظهر الوهم فيما نسب الى الايضاح ، من ان ما قربه فى القواعد) من ان للمشترى الرد بالعيب السابق ولا يضر الحمل عند المشترى فى جواز الرد (مبنى على قول الشيخ من دخول الحمل فى بيع الحامل) .

و انما ظهر الوهم لان الايضاح صحح الرد على كلا الاحتمالين .

وهما احتمال دخول الحمل فى بيع الحامل ، واحتمال عدم دخول الحمل فى بيع الحامل ، لانه قال « واما عندنا » حيث لا نقول بدخول الحمل فى بيع الحامل « فالاقوى ذلك » ايضا ، لان الحمل كالثمرة المتجددة الى آخر ما ذكره .

(نعم) بناء كلام القواعد على كلام الشيخ ظاهر من جامع المقاصد لانه (ذكر فى جامع المقاصد ان ما ذكره المصنف) وهو العلامة فى القواعد (ان تم) وقلنا : بان الحمل عند المشترى لا يضر الرد بالعيب القديم (فانما

. . . . . .

يخرج على قول الشيخ من كون المبيع فى زمن الخيار ملكا للبائع بشرط تجدد الحمل فى زمان الخيار.

و لعله فهم من العبارة رد الحامل مع حملها على مايترائى من تعليله بقوله: لان الحمل زيادة يعنى ان الحامل ردت الى البائع مع الزيادة لا مع النقيصة.

يخرج على قول الشيخ من كون المبيع فى زمن الخيار ملكا للبائع) لان الشيخ يرى ان الانتقال الى ملك المشترى انما هو بعد انتهاء زمان الخيار (بشرط تجدد الحمل فى زمان الخيار).

اما اذا تجدد الحمل قبل القبض فلا اشكال فى انه لا يمنع الرد بالعيب القديم، اذ الضمان قبل القبض على البائع بلا اشكال.

و الحاصل ان الشيخ يقول بان الحمل فى زمن الخيار للبائع، اذاً فلا يمنع الحمل الرد بالعيب القديم ـ و هذا ماذكره العلامة فى القواعد ـ فقول العلامة مبنى على قول الشيخ وهكذا قال جامع المقاصد.

(و لعله) اى جامع المقاصد (فهم من العبارة) اى عبارة القواعد (رد الحامل مع حملها) ولذا كان مبناه على كلام الشيخ، اذ الحمل لا يصح رده الا اذا كان ملكا للبائع ـ وملكية الحمل للبائع لا يكون الا اذا قلنا بان المبيع فى زمن الخيار للبائع ـ وانما فهم جامع المقاصد من القواعد «رد الحمل الى البائع» (على مايترائى من تعليله) اى تعليل القواعد (بقوله: لان الحمل زيادة) فظن ان العلامة يريد رد الحمل، ففهم منه ذلك (يعنى ان الحامل ردت الى البائع مع الزيادة لا مع النقيصة)

. . . . . .

لكن الظاهر من التعليل : كونه تعليلا لعدم كون الحمل عيبا فى غير الامة .

و كيف كان فالاقوى فى مسألة حدوث حمل الامة عدم جواز الرد مادام الحمل .

و ابتناء حكمها بعد الوضع و عدم النقص

فليس الحمل نقصا حتى يوجب اسقاط الخيار .

(لكن الظاهر) ان فهم جامع المقاصد تعليل العلامة غير تام ولذا كان بناء كلام العلامة على كلام الشيخ غير تام .

اذ الظاهر (من التعليل) المذكور فى كلام القواعد (كونه تعليلا لعدم كون الحمل عيبا فى غير الامة) من البهائم فلا يمنع الرد بالعيب القديم ، اذ العيب نقيصة و الحمل ليس بنقيصة ، لا ان القواعد اراد ردّ الحمل الى البائع حتى يبنى كلامه على كلام الشيخ .

و الحاصل ان العلامة قال ((الحمل ليس بعيب لانه زيادة)) قصده ((انه ليس نقيصة)) و ليس قصده ((انه يرد الحمل الى البائع)) وصاحب جامع المقاصد فهم الثانى ولذا بناه على كلام الشيخ القائل ((بان المبيع فى زمن الخيار ملك للبائع)) .

(و كيف كان) مراد العلامة (فالاقوى فى مسألة حدوث حمل الامة) عند المشترى (عدم جواز الرد) بالعيب القديم (مادام الحمل) موجودا بان لم تضع الحامل حملها .

(وابتناء حكمها) اى حكم المسألة (بعد الوضع) للحمل (وعدم النقص)

على ماتقدم من ان زوال العيب الحادث يؤثر فى جواز الرد، ام لا ؟ .

و اما حمل غير الامة فقدعرفت انه ليس عيبا موجبا للارش، لعدم الخطر فيه غالبا، وعجزهاعن تحمل بعض المشاق لا يوجب الافوات بعض المنافع الموجب للتخيير فى الرد دون الارش .

لكن لماكان المراد بالعيب الحادث المانع عن الرد مايعم نقص الصفات

بان لم تنقص بالوضع ـ وان نقصت لم تردّ، لان النقص عيب حادث يمنع من الرد بالعيب القديم ـ (على ماتقدم) «خبر» «ابتداء» (من ان زوال العيب الحادث) هل (يؤثر فى جواز الرد، املا ؟) يؤثرفهناك قولان

قول بانه يؤثر لسقوط الردّ بالحمل، فلا دليل على اعادة جواز الرد ـ بعد الوضع ـ .

و قول بانه لا يؤثر لزوال المانع عن الردو هو الحمل ـ هذاكله فى حمل الامة ـ .

(و اماحمل غير الامة) من سائر البهائم (فقدعرفت انه ليس عيبا موجبا للارش، لعدم الخطر فيه غالبا) اذقلّما تموت البهيمة عند الوضع (و عجزها) مبتدء، خبره «لا يوجب» (عن تحمل بعض المشاق) فى حال ثقلها بالحمل (لا يوجب الافوات بعض المنافع الموجب) ذلك الفوات (للتخييرفى الرد) ان شاء ردّ، وان شاء لم يرد (دون الارش) لانه لا يوجب نقص القيمة .

(لكن لماكان المراد بالعيب الحادث المانع عن الرد مايعم نقص الصفات

. . . . . .

غير الموجب للارش ،وكان محققا هنا مضافا الى نقص آخر ،وهو كـــون المبيع متضمنا لمال الغير لان المفروض كون الحمل للمشترى،اتجه الحكم بعدم جواز الرد حينئذ .

غير الموجب) ذلك النقص (للارش ،وكان) نقص الصفة (محققا هنا) لانـه لا يتحمل المشاق فى حال الحمل ،فنقص صفة قدرته (مضافا الى نقـص آخر ،وهو كون المبيع متضمنا لمال الغير) الذى هو الحمل فانه ملـك للمشترى (لان المفروض كون الحمل للمشترى) ـ بناءا على مارجحنـاه خلافا للشيخ الذى يرى ان الحمل للبائع ـ .

فخبر قوله : لكن لما كان ... قوله : (اتّجه الحكم بعدم جواز الرد حينئذ) اى حين الحمل .

و الحاصل فـهنا مانعان من الرد ، الاول نقص الصفة ، و الثانـى اختلاط المبيع بملك الغير « فليس الشئ قائما بعينه » و اذا لم يكـن قائما بعينه فليس له رده .

و حيث ان النقص ليس نقصا فى المالية ،فليس له الارش ايضا ، و الله العالم .

مسئلة:

الاكثر على ان الثيبوبة ليست عيبا فى الاماء بل فى التحرير لا نعلم فيه خلافا، و نسبه فى المسالك ـ كما عن غيره ـ الى اطلاق الاصحاب لغلبتها فيهن فكانت بمنزلة الخلقة الاصلية.

و استدل عليه ايضا برواية سماعة المنجبرة بعمل الاصحاب ـ على ما ادعاه المستدل ـ عن رجل باع جارية على انها بكر، فلم يجدها كذلك، قال لا ترد عليه، ولا يجب عليه شئ انه قد يكون تذهب فى حال مرض، او

(**مسألة**: الاكثر على ان الثيبوبة ليست عيبا فى الاماء) فلا خيار ولا رد ولا ارش (بل فى التحرير لا نعلم فيه خلافا، ونسبه فى المسالك ـ كما عن غيره ـ) ايضا (الى اطلاق الاصحاب) اى اطلاق كلامهم فى عدم الرد ـ الا لعيوب خاصة ـ بان الثيبوبة ليست عيبا، والا لذكروها بين العيوب.

و انما لا تكون الثيبوبة عيبا (لغلبتها فيهن) اذ الغالب انهن غير ابكار (فكانت بمنزلة الخلقة الاصلية) وليست من العيوب الموجبة للخيار.

(و استدل عليه) اى على ان الثيبوبة ليست عيبا (ايضا برواية سماعة المنجبرة بعمل الاصحاب ـ على ما ادعاه المستدل ـ) بانها منجبرة (عن رجل باع جارية على انها بكر، فلم يجدها كذلك) اى بكرا (قال) عليه السلام: (لا ترد عليه) اى على البائع (ولا يجب عليه) اى على البائع (شئ) اى ارش، لـ (انه قد يكون تذهب) البكارة (فى حال مرض، او

. . . . . .

امر يصيبها .

و فى كلا الوجهين نظر .

ففى الاول : ما عرفت سابقا من ان وجود الصفة فى اغلب افـــراد الطبيعة انما يكشف عن كونها بمقتضى اصل وجودها المعبّر عنه بالخلقة

امر يصيبها) كالقفز او ما اشبه ذلك .

وجه الدلالة ان الامام عليه السلام لم يوجب الخيار بعدم البكارة مع الشرط فبدون الشرط اولى .

و لعل وجه عدم الخيار ، مع وجود الشرط : ان الشرط هو ان لا يكون البائع او غيره قد مس الجارية و عدم البكارة لا يلازم مس البائع او غيره و هذا هو الظاهر من تعليل الامام عليه السلام .

ثم لا يخفى ان عدم كون الثيبوبة عيبا انما هو حسب المتعارف اما اذا كانت عيبا فى بعض الازمنة او الامكنة ، او بعض اصناف الاماء ، او ما اشبه ذلك فالمناط فيه العرف و تكون حينئذ عيبا .

(و) كيف كان فـ (فى كلا الوجهين) اى « الغلبة » و « الرواية » (نظر)

(ففى الاول : ما عرفت سابقا من ان وجود الصفة فى اغلب افراد الطبيعة) لا يفى بان لا تكون الصفة عيبا الا اذا كانت كاشفة عن الطبيعة ، و الثيبوبة ليست كذلك لمعلومية ان البكارة هى مقتضى الطبيعة .

فوجود الصفة فى اغلب الافراد (انما يكشف عن كونها) اى تلك الصفة (بمقتضى اصل وجودها) فى الطبيعة (المعبّر عنه) اى عن اصل الوجود (بالخلقة

الاصلية اذا لم يكن مقتضى الخلقة معلومافى مانحن فيه ،والا فمقتضى الغالب لا يقدم على ما علم انه مقتضى الخلقة الاصلية .

وعلم كون النقص عنها موجبا لنقص المالية ،كمافيما نحن فيه خصوصا مع ما عرفت من اطلاق مرسلة السيارى

الاصلية اذا لم يكن مقتضى الخلقة معلومافى مانحن فيه) اى فى مورد غلبة الصفة ،وقوله ((اذا)) متعلق بـ ((يكشف)) اى ان الكشف عن اصل الخلقة انما يحصل بالغلبة ،اذا لم يكن اصل الخلقة معلوما (والا) بان كان اصل الخلقه معلوما (فمقتضى الغالب لا يقدم على ما علم انه مقتضى الخلقة الاصلية) فاذا تعارض مقتضى الخلقة الاصلية ومقتضى الغالب قدم الاول .

(و) لكن لا يخفى ان هذا مناف لماتقدم منه ((ره)) من تقديم الثانى فراجع .

ثم ان تقديم مقتضى الخلقة الاصلية انما هو فيما اذا (علم كون النقص عنها) اى عن الخلقة الاصلية (موجبا لنقص المالية) و هذا بناء من الشيخ ره على ما اختاره سابقا من ان النقص انما يوجب الخيار اذا اوجب نقصا فى المالية (كمافيما نحن فيه) فان البكارة خلقة اصلية ،ونقصها يوجب نقص المالية (خصوصا مع ما عرفت من اطلاق مرسلة السيارى) من قوله عليه السلام : كل ماكان فى اصل الخلقة ،فزاد او نقص فهو عيب، فان البكارة كانت فى اصل الخلقة ،فنقص ، اذا تحقق ان الثيوبة عيب .

. . . . . .

غاية مايفيد الغلبة المذكورة هنا عدم تنزيل اطلاق العقد على التزام سلامة المعقود عليه عن تلك الصفة الغالبة ، ولا يثبت الخيار بوجودها وان كانت نقصا فى الخلقة الاصلية .

واما رواية سماعة فلا دلالة لها على المقصود لتعليله عليه السلام عدم الرد مع اشتراط البكارة باحتمال ذهابها بعارض .

وقدح هذا الاحتمال اما لجريانه بعد قبض المشترى فلا يكون مضمونا على

و(غاية مايفيد الغلبة المذكورة) اى غلبة الثيبوبة (هنا) فى هذه المسألة (عدم تنزيل اطلاق العقد) اذا اطلق الطرفان و لم يشترطا البكارة (على التزام سلامة المعقود عليه عن تلك الصفة الغالبة) اى صفة الثيبوبة (ولا يثبت الخيار بوجودها) اى وجود الثيبوبة (و ان كانت نقصا فى الخلقة الاصلية) .

وعلى هذا فالمصنف و المشهور متفقان على عدم الخيار، لكن الاختلاف فى ان المشهور يقولون : انها ليست بعيب اصلا ، والمصنف يقول انها عيب و لكن لا يوجب الخيار .

(واما رواية سماعة فلا دلالة لها على المقصود) الذى هو ان الثيبوبة ليست بعيب (لتعليله عليه السلام عدم الرد مع اشتراط البكارة باحتمال ذهابها) اى البكارة (بعارض) خارجى ، وقوله «باحتمال» متعلق بـ «تعليل» ، و«بعارض» متعلق بـ «ذهابها» .

(وقدح هذا الاحتمال) و ايجابه رفع الشرط (اما لجريانه بعد قبض المشترى فلا يكون مضمونا على

البائع .

و اما لان اشتراط البكارة كناية عن عدم وطى احد لها، فمجرد ثبوتها لا يوجب تخلف الشرط الموجب للخيار، بل مقتضى تعليل عدم الرد بهذا الاحتمال انه لو فرض عدمه لثبت الخيار، فيعلم من ذلك كون البكارة صفة كمال طبيعى، فعدمها نقص فى اصل الطبيعة، فيكون عيبا .

و كيف كان فالاقوى ان الثيبوبة عيب عرفا و شرعا.

البائع) فان الشرط هو البكارة الى حال القبض، فاذا ذهبت البكارة بعد القبض لم يكن للمشترى حق على البائع .

(و اما لان اشتراط البكارة كناية عن عدم وطى احدٍ لها) لان المراد بالشرط البكارة الفعلية .

و على كون المراد بالشرط الكناية (فمجرد ثبوتها) اى الثيبوبة (لا يوجب تخلف الشرط) ذلك التخلف (الموجب للخيار، بل) الرواية على خلاف مطلوب المستدل ادل .

اذ (مقتضى تعليل) الامام عليه السلام (عدم الرد بهذا الاحتمال) اى احتمال جريانه بعد القبض (انه لو فرض عدمه) اى عدم هذا الاحتمال بان علمنا ذهاب بكارتها قبل القبض (لثبت الخيار) وهذا هو المطلوب (فيعلم من ذلك) الذى ذكرناه بقولنا « لو فرض » (كون البكارة صفة كمال طبيعى، فعدمها نقص فى اصل الطبيعة، فيكون عيبا) وهذا خلاف ما ذكره المستدل من ان الثيبوبة ليست عيبا، واستدل له بهذه الرواية .

(و كيف كان فالاقوى ان الثيبوبة عيب عرفا و شرعا) اما عرفا فواضح، و

. . . . . .

الّا انها لمّا غلبت على الاماء لم يقتض اطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلك .

و تظهر الثمرة فيما لو اشترط فى متن العقد سلامة المبيع عن العيوب مطلقا ، او اشترط خصوص البكارة فانه يثبت بفقدها التخيير بين الرد والارش لوجود العيب ، وعدم المانع من تأثيره .

و مثله مالوكان المبيع صغيرة اوكبيرة لم تكن الغالب

اما شرعافلرواية السيارى ولهذه الرواية (الّا انها لمّا غلبت على الاماء لم يقتض اطلاق العقد) ـ بان لم يشترط المشترى البكارة ـ (التزام سلامتها) اى الامة (عن ذلك) العيب .

(و تظهر الثمرة) فى كون الثيبوبة عيبا ، ام لا (فيما لو اشترط فى متن العقد سلامة المبيع عن العيوب مطلقا) اىّ عيب كان (او اشترط خصوص البكارة فانه) اذا قلنا بانها عيب (يثبت بفقدها التخيير بين الرد و الارش) كما هو شأن كل عيب (لوجود العيب ، و) لـ (عدم المانع من تأثيره) فالمانع هو الاطلاق ، وهو مفقود فى المقام .

و الحاصل انها حيث تكون عيبا ، فاذا اشترطها يكون له الرد والارش اما اذا لم تكن عيبا ، فلم يكن للمشترى مع تخلفه الا الرد ، اذ لا ارش فى باب الشرط ـ كما حققناه سابقا ـ .

(و مثله) فى الثمرة ـ و هذا دليل آخر على ان الثيبوبة عيب ـ (مالوكان المبيع) امة (صغيرة او) كانت (كبيرة) ولكن (لم تكن الغالب

على صنفها الثيبوبة فانه يثبت حكم العيب .

و الحاصل ان غلبة الثيبوبة مانعة عن حكم العيب لا موضوعه ،فاذا وجد ما يمنع عن مقتضاها ثبت حكم العيب .

و لعل هذا هو مراد المشهور ايضا .

و يدل على ذلك ما عرفت من العلامة ره فى التحرير من نفى الخلاف فى عدم كون الثيبوبة عيبا مع انه فى كتبه بل المشهور ـ كما فى الدروس ـ

على صنفها الثيبوبة) كما لو كانت الامة لا مرئة ،وقد ولدت فى بيتها ـ و لم تكن مجلوبة ولا مزوجة ولا محلّلة ـ (فانه) اذا ظهرت ثيبة (يثبت حكم العيب) من الرد و الارش .

و الحاصل ان غلبة الثيبوبة مانعة عن حكم العيب) فلا رد ولا ارش (لا موضوعه) حتى يقال : انها ليست بعيب اصلا (فاذا وجد ما يمنع عن مقتضاها) اى مقتضى الغلبة بان كانت صغيرة او ما اشبه ـ كما ذكرناه ـ (ثبت حكم العيب) من الرد و الارش .

(و لعل هذا) الذى ذكرناه من انها الغلبة تمنع حكم العيب لا موضوعه (هو مراد المشهور ايضا) فهم ينفون الحكم بنفى موضوعه .

(و يدل على ذلك) الذى ذكرناه من انها عيب عند المشهور و لكن ليس لها حكم العيب (ما عرفت من العلامة ره فى التحرير من نفى الخلاف فى عدم كون الثيبوبة عيبا) اى لا خلاف فى ان الثيبوبة ليست بعيب (مع انه فى كتبه) كلها (بل المشهور ـ كما فى الدروس ـ) نسبته الى المشهور

. . . . . .

على ثبوت الارش اذا اشترط البكارة ، فلولا ان الثيبوبة عيب ، لم يكن ارش فى مجرد تخلف الشرط .

نعم يمكن ان يقال : ان مستندهم فى ثبوت الارش ورود النص بذلك فيما رواه فى الكافى و التهذيب عن يونس فى رجل اشترى جارية على انها عذراء ، فلم يجدها عذراء ، قال يرد عليه فضل القيمة اذا علم انه صادق .

ثم انه نسب فى التذكرة الى اصحابنا عدم الرد بمقتضى

(على ثبوت الارش اذا اشترط البكارة) فان الارش ليس الا فى العيب اذ تخلف الشرط ـ فى نفسه ـ لا يوجب ارشا (فلو لا ان الثيبوبة عيب ، لم يكن ارش فى مجرد تخلف الشرط) فاللازم ان يكون مراد العلامة والمشهور ـ فى قولهم انها ليست بعيب ـ انه ليس لها حكم العيب .

(نعم يمكن ان يقال ان مستندهم فى ثبوت الارش) انه من باب تخلف الشرط وانما ثبت الارش للنص الخاص ، فليس الارش فيها من باب العيب .

و ذلك لـ (ورود النص بذلك) الارش (فيما رواه فى الكافى والتهذيب عن يونس فى رجل اشترى جارية على انها عذراء ، فلم يجدها عذراء ، قال يرد عليه فضل القيمة) و هو ارش التفاوت بين الثيب و البكر (اذا علم انه صادق) فى انه لم يجدها عذراء .

(ثم انه نسب فى التذكرة الى اصحابنا عدم الرد) لهذه الجارية (بمقتضى

. . . . . .

رواية سماعة المتقدمة ،و اوّله بماوجهنا به تلك الرواية .

و ذكر الشيخ فى النهاية مضمون الرواية مع تعليلها الدال على تأويلها .

ولوشرط الثيبوبة فبانت بكراء كان له الرد لانه قد يقصد الثيب لغرض صحيح .

رواية سماعة المتقدمة) فى اول هذه المسألة (و اوّله) اى عدم الرد، مع انه حسب الشرط يلزم ان يكون للمشترى الرد (بماوجهنا به تلك الرواية) من احتمال حدوث الثيبوبة بعد القبض ،او كون المراد من الشرط عدم وطى انسان لها ، لا البكارة الفعلية .

(و ذكر الشيخ فى النهاية مضمون الرواية) او رواية سماعة (مع تعليلها) اى قوله عليه السلام «انه قد يكون تذهب فى حال مرض اوامر يصيبها» (الدال على تأويلها) اى تأويل الرواية بماذكرناه من الاحتمالين فان تعليل الامام عليه السلام دال على التأويل المذكور .

(و) هنا مسألة اخرى و هى انه(لو شرط الثيبوبة) لان المشترى لايقدر على البكر ـ مثلا ـ(فبانت بكراء كان له الرد) لتخلف الشرط .

ان قلت: هذا الشرط غير عقلائى فلااثر له .

قلت : بل هو عقلائى (لانه قد يقصد الثيب لغرض صحيح) عند العقلاء .

مسئلة

ذكر فى التذكرة و القواعد من جملة العيوب عدم الختان فى العبد الكبير لانه يخاف عليه من ذلك و هو حسن على تقدير تحقق الخوف على وجه لا يرغب فى بذل مايبذل لغيره بازائه .

و يلحق بذلك المملوك غير المجدّر فانه يخاف عليه لكثرة موت المماليك بالجدرى .

و

(**مسألة** : ذكر فى التذكرة و القواعد من جملة العيوب عدم الختان فى العبد الكبير) فللمشترى حق الرد والارش اذا كان بينه و بين المختون تفاوت (لانه يخاف عليه من ذلك) اى الختان ، بان يموت (وهو حسن على تقدير تحقق الخوف على وجه) عقلائى ، بحيث (لا يرغب فى بذل مايبذل لغيره) من العبيد المختونين (بازائه) .

لكن الظاهر وجوب تقييد ذلك بما اذا كان العبد مسلما اذ لا يجب ختان العبد الكافر الذى يقر على كفره .

(و يلحق بذلك) اى غير المختون (المملوك غير المجدّر) الذى هو فى معرض الاصابة بمرض الجدرىّ (فانه يخاف عليه لكثرة موت المماليك بالجدرىّ) .

(و) ان قلت : ليس هذا ان نقصا فى الخلقة الاصلية ، وقد تقدم ان الميزان فى العيب النقص فى الخلقة الاصلية .

. . . . . .

مثل هذين و ان لم يكن نقصا فى الخلقة الاصلية ،الا ان عروض هـــذا النقص اعنى الخوف مخالف لمقتضى ما عليه الاغلب فى النوع او الصنف.

و لو كان الكبير مجلوبا من بلاد الشرك ،فظاهر القواعد كون عـــدم الختان عيبا فيه مع الجهل دون العلم.

و هو غير مستقيم لان العلم والجهل بكونه مجلوبا لا يؤثر فى كونه عيبا نعم لما كان الغالب فى المجلوب عدم الختان لم يكن اطلاق العقد الواقع

قلت: (مثل هذين) اى غير المختون وغير المجدّر (وان لم يكن نقصا فى الخلقة الاصلية ،الا ان عروض هذا النقص اعنى الخوف) من الجدرىّ او ارادة الاختتان (مخالف لمقتضى ما عليه الاغلب فى النوع) لكـــل العبيد (او الصنف) كالعبد المسلم ـ مثلا ـ.

(و لو كان الكبير مجلوبا من بلاد الشرك ،فظاهر القواعد كون عـــدم الختان عيبا) ايضا (فيه) اى فى المجلوب (مع الجهل) بانه مجلوب مـــن بلاد الشرك (دون العلم) لانه مع العلم اقدم بنفسه على هذا الضرر فهو مثل ان يقدم على اشتراء المعيب.

(وهو) اى تفصيل العلامة (غير مستقيم) فان ظاهر كلام العلامة انه مع العلم ليس العبد بمعيب و هذا غير تام (لان العلم والجهل بكونـــه مجلوبا لا يؤثر فى كونه عيبا) و انما يؤثران فى عدم ترتب حكم العيب مـــع العلم بكونه مجلوبا.

(نعم لما كان الغالب فى المجلوب عدم الختان لم يكن اطـــلاق العقد الواقع

عليه مع العلم بجلبه التزاما بسلامته من هذا العيب كما ذكرنا نظيره فى الثيب .

و تظهر الثمرة هنا ايضا فيما لو اشترط الختان فظهر اغلف فيثبت الردّ والارش .

فاخراج العلّامة الثيبوبة وعدم الختان فى الكبير المجلوب مع العلم بجلبه من العيوب لكونه ره فى مقام عد العيوب الموجبة فعلا للخيار .

عليه) اى على المجلوب (مع العلم) اى علم المشترى (بجلبه التزاما بسلامته من هذا العيب كما ذكرنا نظيره فى الثيب) من انه عيب، ولكنه لا يوجب الخيار .

(و تظهر الثمرة) بين كون عدم الختان عيبا، اوليس بعيب (هنا ايضا) كما ذكرنا فى ظهور الثمرة بين كون الثيبوبة عيبا ام لا (فيما لو اشترط) المشترى (الختان فظهر اغلف فيثبت الردّ والارش) اذا كان عدم الختان عيبا .

اما اذا لم يكن عيبا فانه لا يثبت الا الرد، اذ لا ارش فى تخلف الشرط ـ كما ذكرناه فى باب الثيبوبة ـ .

(فاخراج العلامة) اى ذكره (الثيبوبة وعدم الختان فى الكبير المجلوب مع العلم) اى علم المشترى(بجلبه من العيوب) ((من)) متعلق بـ ((اخراج)) (لكونه ره فى مقام عد العيوب الموجبة فعلا للخيار) .

و قد عرفت ان المجلوب لا خيار فيه الا بالشرط، وذلك لاقدام المشترى على اشتراء المعيوب .

مسئلة

عدم الحيض ممّن شأنها الحيض بحسب السّن والمكان وغيرهما من الخصوصيّات التى لها مدخلية فى ذلك عيب ترد معه الجارية ،لانه خروج عن المجرى الطبيعى ·

و لقول الصادق عليه السلام :وقد سئل عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة اشهر ،و ليس بها

(**مسألة** : عدم الحيض ممّن شأنها الحيض) و المراد بالشأن ،الشأن الفعلى لا الشأن التقديرى ،فان الكثير من النساء ينقطع عنهن الحيض فى اواخر سنّ الحيض ، مثل ما اذا اقترب سنّهن من الخمسين فى غير القرشية ،ومن الستين فى القرشية ،فان الانقطاع حينئذ ليس عيبا لغلبة هذا الانقطاع كما لا يخفى (بحسب السنّ) بين التاسعة وسن اليأس (و المكان) فان فى البلاد الحارة تحيّض المرئة اسرع من حيضها فى البلاد الباردة (وغيرهما من الخصوصيّات التى لها مدخلية فى ذلك) الحيض كخصوصية المزاج العام للقبيلة ،فان بعض القبائل لحرارة مزاجها تحيض اسرع ــ الى غير ذلك ــ (عيب ترد معه الجارية ،لانه) اى عدم الحيض (خروج عن المجرى الطبيعى) وقد عرفت سابقا ان الخروج عن المجرى الطبيعى عيب ·

(و لقول الصادق عليه السلام : وقد سئل عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها) عند الرجل (ستة اشهر، وليس بها

. . . . . .

حمل ، قال ان كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه و ليس التقييد بمضى ستة اشهر الا فى مورد السؤال، فلا داعى الى تقييد كونه عيبا بذلك كما فى ظاهر بعض الكلمات .

ثم ان حمل الرواية على صورة عدم التصرف فى الجارية حتى بمثل قول المولى لها : اسقنى ماءا او اغلق الباب فى غاية البعد

حمل) فمع الحمل ينقطع الحيض غالبا ، فهل له خيار ام لا (قال) عليه السلام (ان كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك) الانقطاع عن الحيض (من كبر) كسن اليأس (فهذا عيب ترد منه) و المفهوم منه انه ان لم تكن كذلك فليس ذلك عيب .

(و) لا يخفى انه (ليس التقييد بمضى ستة اشهر الا فى مورد السؤال) فلا يشترط مضى هذه المدة ، بل اذا لم تحض فى مدة اقل من ذلك مع كون المتعارف تحيضها كانت ايضا معيبة (فلا داعى الى تقييد كونه) اى كون عدم الحيض (عيبا بذلك) اى بمضى ستة اشهر (كما فى ظاهر بعض الكلمات) و هو عبارة الشرائع .

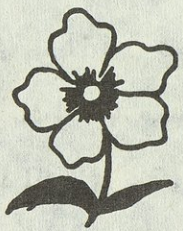
(ثم ان حمل الرواية على صورة عدم التصرف فى الجارية) اىّ تصرف (حتى بمثل قول المولى لها : اسقنى ماءا او اغلق الباب) مما تقدم من انه مسقط للرد ، فهو (فى غاية البعد) اذ كيف تبقى الجارية فى بيت شخص ستة اشهر، ثم لا يتصرف الشخص فيها حتى بامثال هذه التصرفات فلا بعد من القول بان مطلق التصرف ليس مسقطا ، بل المسقط هو

و ظاهر الحلّى فى السرائر عدم العمل بمضمون الرواية رأسا .

التصرف الدال على الرضا او المغير او الناقل .

(و) لكن (ظاهر الحلى فى السرائر عدم العمل بمضمون الرواية رأسا) بناءا منه على عدم العمل باخبار الآحاد، وفيه نظر واضح .

ثم انه لو كانت طبيعة نساء منطقة خاصة عدم التحيض هذه المدة او اكثر، فليس ذلك بعيب اذا علم المشترى، اما اذا لم يعلم ففيه اشكال بل لا يبعد القول بالخيار، لانه خروج عن المتعارف و ان لم يكن عيبا بالنسبة الى نساء المنطقة .



مسئلة

الاباق عيب بلااشكال ولاخلاف، لانه من افحش العيوب .

و يدل عليه صحيحة ابى همام الآتية فى عيوب السنة .

لكن فى رواية محمد بن قيس : انه ليس فى الاباق عهدة .

و يمكن حملها على انه ليس كعيوب السنة يكفى حدوثها بعد العقد كما يشهد قوله عليه السلام ـ فى رواية يونس ـ : ان العهدة فى الجنون و

(**مسألة** : الاباق) فى العبد، بان يكون من طبعه الاباق ،وان لم يأبق عند المشترى (عيب بلااشكال ولاخلاف، لانه من افحش العيوب) عرفا

(و يدل عليه صحيحة ابى همام الآتية فى عيوب السنة) ممايكمن منشأ المرض قبل سنة من ظهوره ،ففى آخر الصحيحة فقال له يعنى للرضا عليه السلام فالاباق؟ قال عليه السلام : ليس الاباق من ذاء الاان يقيم البينة انه كان قد ابق عنده .

(لكن فى رواية محمد بن قيس : انه ليس فى الاباق عهدة) اى عهدة البائع ،مماظاهره عدم الخيار .

(و يمكن حملها على انه ليس) الاباق (كعيوب السنة) بحيث (يكفى حدوثها بعد العقد) فى الخيار، اذ كثيراً ما يحدث الاباق بعد اشتراء المشترى له كسائر العيوب التى تحدث عند المشترى ولا يلزم بها البائع (كما يشهد) على هذا الحمل (قوله عليه السلام ـ فى رواية يونس ـ : ان العهدة فى الجنون و

البرص سنة ، بل لا بد من ثبوت كونه كذلك عند البائع ، والا فحدوثه عند المشترى ليس فى عهدة البائع ، ولا خلاف اذا ثبت وجوده عند البائع .

وهل يكفى المرة عنده ، او يشترط الاعتياد ، قولان ، من الشك فى كونه عيبا ، والاقوى ذلك وفاقا لظاهر الشرائع وصريح التذكرة ، لكون ذلك بنفسه نقصا بحكم العرف .

ولا يشترط اباقه عند المشترى قطعا .

البرص سنة ، بل لا بد من ثبوت كونه (اى العبد (كذلك) اى آبقا (عند البائع ، والا فحدوثه عند المشترى ليس فى عهدة البائع) .

اللهم الا اذا كشف ذلك عن نفسية دنيئة ، كسائر النفسيات المنحطة بما يعد فى العرف عيبا (ولا خلاف) فى الخيار (اذا ثبت وجوده) اى الاباق (عند البائع) لانه عيب كما تقدم .

(وهل يكفى المرة عنده) بان ابق عند البائع مرة (او يشترط الاعتياد قولان) وقد جعل المسالك الاعتياد بالمرتين فما فوق (من الشك فى كونه عيبا) اذا ابق مرة و الاصل عدم العيب ، فاللازم الاكثر من مرة (والاقوى ذلك) اى كفاية المرة فى كونه عيبا (وفاقا لظاهر الشرائع وصريح التذكرة لكون ذلك) اى الاباق عند البائع مرة (بنفسه نقصا) وان لم يكن اعتيادا (بحكم العرف) .

لكن ربما يقال : انه فرق بين الاعتياد وبين ذلك ، اذ كثيرا ما لا تكون المرة نقصا خصوصا اذا علم بانه تائب او كان اباقه عند البائع لضغط عليه او ما اشبه .

(و) كيف كان ، ف (لا يشترط اباقه عند المشترى قطعا) اذ العيب يتحقق بدون ذلك .

مسئلة

الثفل الخارج عن العادة فى الزيت و البذر و نحوهما عيب، يثبت به الردّ والارش، لكون ذلك خلاف ما عليه غالب افراد الشئ.

و فى رواية ميسر بن عبد العزيز، قال: قلت لابى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشترى زق زيت يجد فيه دردياً، قال ان كان يعلم ان الدردى يكون فى الزيت فليس عليه ان يردّه، و ان لم يكن يعلم، فله ان يردّه.

نعم فى رواية السكونى، عن جعفر عن ابيه

(مسألة: الثفل الخارج عن العادة فى الزيت والبذر ونحوهما عيب يثبت به الردّ و الارش) اذا كان هناك تفاوت بين ذى الثفل وغيره فى القيمة (لكون ذلك) الثفل (خلاف ما عليه غالب افراد الشئ) فهو خلاف المجرى الطبيعى للجنس.

(و فى رواية ميسر بن عبد العزيز، قال: قلت لابى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشترى زق زيت يجد فيه دردياً) الدردى من الزيت و غيره ما يبقى فى اسفله كما فى اللغة (قال ان كان يعلم ان الدردى يكون فى الزيت فليس عليه ان يردّه) لانه اقدم بنفسه على ذلك (وان لم يكن يعلم، فله ان يرده) لانه عيب، والرواية وان لم تذكر الارش لكنه يفهم ذلك من القواعد العامة.

(نعم فى رواية السكونى، عن جعفر عن ابيه) عليهما السلام مايدل

. . . . . .

ان عليا قضى فى رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربّا ، فخاصمه الى على عليه السلام ،فقال له على عليه السلام : لك بكيل الربّ سمناء فقال له الرجل انما بعته منه حكرة فقال له على عليه السلام : انما اشترىٰ منك سمنا ولم يشتر منك ربّا .

قال فى الوافى يقال : اشترى المتاع حكرة اى جملة .

وهذه الرواية بظاهرها مناف لحكم العيب من الرد والارش ،وتوجيهها بما يطابق القواعد مشكل

على حكم آخر ،وهوحق المشترى فى ان يأخذ المقدار الناقص مكان الدردى (ان عليا) عليه السلام (قضى فى رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربّا) الربّ دردىّ السمن (فخاصمه الى على عليه السلام ،فقال له على عليه السلام : لك بكيل الربّ سمنا) تأخذه من البائع (فقال له الرجل) البائع (انما بعته منه حكرة) اى جملة فلست مكلفا باعطائه بدل الرُبّ (فقال له على عليه السلام : انما اشترى منك سمنا ولم يشتر منك ربّا) فيجب عليك ان تفى بما بعته .

(قال فى الوافى يقال : اشترى المتاع حكرة اى جملة) فمعنى احتكرها حكرة ،اى جمعها جمعاء ومعنى حكرة اى جملة و مجموعا لا ، ان يكون الاشتراء على نحو كل كيل بكذا .

(و هذه الرواية بظاهرها مناف لحكم العيب) اى حكم المعيب المستفاد من النص و الفتوى (من) اختيار المشترى بين (الرد او الارش و توجيهها بما يطابق القواعد مشكل) بان يقال : ان البيع كان كليا و كان

. . . . . .

و ربما استشكل فى اصل الحكم بصحة البيع لو كان كثيرا للجهل بمقدار المبيع .

و كفاية معرفة وزن السمن بظروفه خارجة بالاجماع ،كما تقدم ، او مفروضة فى صورة انضمام الظرف المفقود هنا، لان الدردى غير متمول .

اعطائه العكة من باب الوفاء .

و وجه الاشكال فى ذلك ان ظاهر الرواية ان البيع كان شخصيا لا كليا و كيف كان فان كان البيع على نحو الكلى ،فلا اشكال فى مطابقة الرواية للقواعد العامة .

(و ربما استشكل فى اصل الحكم بصحة البيع) ـ لا منافى الرواية من اعطاء السمن مقابل الدردى ـ (لو كان) الدردى (كثيرا) و ذلك (للجهل بمقدار المبيع) و بيع المجهول باطل .

(و) **ان قلت** : لانسلم بطلان بيع المجهول ـ اذا كان معلوما فى الجملة ـ لانه ورد صحة بيع المظروف بظرفه مع ان مقدار المظروف مجهول

قلت : (كفاية معرفة وزن السمن بظروفه خارجة بالاجماع) و النص فلا يقاس عليه ما نحن فيه الا اذا ثبتت حجية الرواية ، وعمل بها المشهور (كما تقدم) الكلام حول بيع المظروف بظرفه (او مفروضة فى صورة انضمام الظرف) فى البيع ،فكان الشارع اكتفى بمعرفة الجملة و ان كانا من جنسين (المفقود هنا) صفة « الظرف » .

و ذلك (لان الدردى غير متمول) فهو من باب انضمام ما يمتنع الى ما لا يملك ،فقد رما يملك مجهول .

. . . . . .

و الاولى ان يقال : ان وجود الدردى ان افاد نقصا فى الزيت من حيث الوصف و ان افضى بعد التخليص الى نقص الكم نظير الغش فى الذهب كان الزائد منه على المعتاد عيبا و ان افرط فى الكثرة .

و لا اشكال فى صحة البيع حينئذ لان المبيع زيت و ان كان معيوبا .

لكن لا يخفى مالية الثفل ايضا لانه سمن ردئ ، لانه ليس بسمن اصلا (والاولى ان يقال) ان البيع اما كلى او شخصى .

فاذا كان كليا فلا اشكال فى صحة البيع وانه يلزم اعطائه الناقص .

و ان كان شخصيا فـ (ان وجود الدردىّ ان افاد نقصا فى الزيت من حيث الوصف) بان يقال ـ عرفا ـ انه زيت ردئ (و ان افضى بعد التخليص الى نقص الكم) لانه ان صفى من الدردى كان ناقصا كمّا (نظير الغش فى الذهب) الذى هو ناقص كيفاء حيث يقال انه ذهب ردئ لكنه بعد التصفية يكون ناقصا كمّا و (كان الزائد منه) اى من النقص الكمّى (على المعتاد) كما لو كان الثفل المتعارف اوقية فكان فى هذا العك او قيتين (عيبا) .

و من المعلوم ان حكم العيب الرد او الارش ـ ان كان العيب موجبا للتفاوت ـ (و ان افرط) الثفل (فى الكثرة) اذ الكثرة لا تخرجه عن موضوع المعيب الذى له حكم الرد والارش .

(ولا اشكال فى صحة البيع حينئذ لان المبيع زيت) وهو ما اشتراه المشترى (و ان كان معيوبا) فحاله حال الامور المعيوبة .

. . . . . .

وعليه يحمل مافى التحرير ، من ان الدردىّ فى الزيت والبذر عيب موجب للرد و الارش و ان لم يفد الانقصا فى الكم ،فان باع مافى العكة بعد وزنها مع العكة ومشاهدة شئ منه تكون امارة على باقيه ،وقال: بعتك مافى هذه العكة من الزيت كل رطل بكذا، فظهر امتزاجه بغيره غير الموجب لتعيبه فالظاهر صحة البيع ،وعدم ثبوت الخيار اصلا ، لانه اشترى السمن الموجود فى هذه العكة ،ولا يقدح الجهل بوزنه

(وعليه) اى على ماذكرناه من كونه نقصا فى الوصف (يحمل مافى التحرير ،من ان الدردى فى الزيت والبذر عيب موجب للرد و الارش) اذ لا يمكن ان يريد به صورة النقص فى الكم ابتداءا الذى اشرنا اليه بقولنا : (و ان لم يفد) الدردىّ الموجود (الا نقصا فى الكم) كما لو كان فوق العكة سمن صافى ،وتحته الدردىّ ،فكان السمن مثلا نصف الكم المشترى (فان باع مافى العكة بعد وزنها مع العكة و مشاهدة شئ منه) بحيث (تكون) تلك المشاهدة (امارة على باقيه ،وقال : بعتك مافى هذه العكة من الزيت كل رطل بكذا) مع علمهما بعدد الارطال ،والا كان من المجهول كما لا يخفى (فظهر امتزاجه بغيره) امتزاجا (غير الموجب لتعيبه) بان لم يكن الدردى خليطا، بل كان فى الاسفل مثلا ـ لانه اذا اوجب التعيب كان من نقص الكيف كما تقدم ـ (فالظاهر صحة البيع) فليس البيع باطلا (وعدم ثبوت الخيار اصلا) لا ردّا و لا ارشا (لانه اشترى السمن الموجود فى هذه العكة) كيفما كان ،فلا جهل حتى يوجب البطلان ،ولا تعيب حتى يوجب الخيار (ولا يقدح الجهل بوزنه) اى وزن السمن لانه لا يعلم كم

للعلم به مع الظرف.

و المفروض معرفة نوعه بملاحظة شئ منها بفتح رأس العكة ،فلا عيب ولا تبعض صفقة.

الاان يقال: ان اطلاق شراء مافى العكة من الزيت فى قوة اشتراط كون ما عدا العكة سمنا، فيلحق بما سيجئ فى الصورة الثالثة من اشتراط كونه بمقدار خاص.

السمن ،وكم الدردىّ (للعلم به مع الظرف) و مثل هذا العلم كاف،كما فى كل مورد يشترى الانسان الشئ المخلوط،مع انه لا يعلم كمية كل واحد من الخليطين ـ وهذا وجه انه لا بطلان للبيع ـ.

(و) اما وجه انه لا خيار له ،فلان(المفروض معرفة نوعه بملاحظة شئ منها) لانه لاحظ شيئا مما فى العكة (بفتح رأس العكة ،فلا عيب و لا تبعض صفقة) فليس له خيار العيب،وخيار تبعض الصفقة ،فالمفروض انه اشترى تمام مافى العكة و الظرف ولا تبعض فيه.

(الاان يقال) ان له خيار الشرط، لـ (ان اطلاق شراء مافى العكة من الزيت فى قوة اشتراط كون ما عدا العكة سمنا) اذا كان قصدهما ذلك اذ قد يكون القصد شراء مافى العكة ـ مهما كان ـ وقد يكون القصد شراء السمن الذى فى العكة (فيلحق) هذا البيع (بما سيجئ فى الصورة الثالثة) و هى ما ذكره بعد ذلك بقوله « ولو باع مافى العكة من الزيت » (من اشتراط كونه بمقدار خاص) مما يلزم منه تبعض الصفقة فله الخيار.

. . . . . .

و ان باعه بعد معرفة وزن المجموع بقوله : بعتك مافى هذه العكة فتبين بعضه دردياء صح البيع فى الزيت مع خيار تبعض الصفقة ،قال فى التحرير : لو اشترى سمنا فوجد فيه غيره تخير بين الرد واخذ ماوجده من السمن بنسبة الثمن .

ولو باع مافى العكة من الزيت على انه كذا وكذا رطلا ،فتبين نقصه عنه لوجود الدردى صح البيع ،و كان للمشترى خيار تخلف الوصف او الجزء على

(و ان باعه بعد معرفة وزن المجموع بقوله : بعتك مافى هذه العكة) و كان القصد السمن الموجود فيه ،لا مطلق مافيه (فتبين بعضه دردياً صح البيع فى الزيت) فقط ، لانه مصب العقد (مع) ان له (خيار تبعض الصفقة) لان بعض الصفقة ظهرت انها ليست الجنس المقصود بالاشتراء .

ولذا (قال فى التحرير : لو اشترى سمنا فوجد فيه غيره تخير بين الرد) للكل (و) بين (اخذ ماوجده من السمن بنسبة الثمن) الى المجموع ،فان كان نصف العكة سمنا كان له نصف الثمن و هكذا .

(و لو باع مافى العكة من الزيت على انه كذا و كذا رطلا، فتبين نقصه عنه لوجود الدردىّ) و انه اقل من الارطال المشتراة (صح البيع) لانه ليس بمجهول (و) لكن (كان للمشترى خيار تخلف الوصف) لان هذا السمن ليس له وصف كذائية الارطال (او الجزء) فهو خيار تبعض الصفقة .

وانما تردّدنا فى انه خيار تخلف الوصف ،او تخلف الجزء ،لانه مبنى (على

. . . . . .

الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبرة على انها كذا وكذا فظهر ناقصا .

ولو باعه مع مشاهدته ممزوجا بما لا يتمول بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت ، فالظاهر عدم صحة البيع وان عرف وزن المجموع مع العكة لان كفاية معرفة وزن الظرف والمظروف انما هي من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما لا من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع ، كما لو علم بوزن مجموع الظرف والمظروف ، لكن علم بوجود صخرة في الزيت مجهولة الوزن .

الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبرة على انها كذا وكذا) مقدارا (فظهر ناقصا) وانه هل هو من خيار تخلف الوصف او خيار تخلف الجزء؟

(و لو باعه مع مشاهدته ممزوجا بما لا يتمول) كالتراب ، بخلاف الدردي الذي يتمول ولكن بقيمة انقص (بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت ، فالظاهر عدم صحة البيع) اصلا ، لانه من بيع المجهول (وان عرف وزن المجموع مع العكة) .

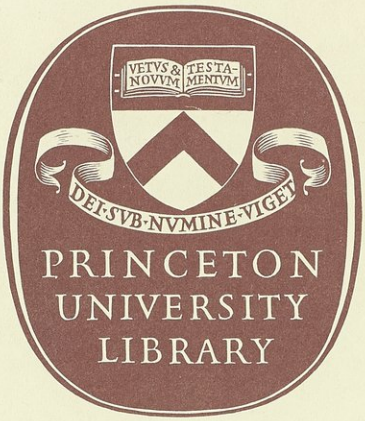
و ذلك (لان كفاية معرفة وزن الظرف و المظروف انما هي من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما) .

فالشارع انما اجاز الجهل بمقدار ما في العكة فيما اذا اشتراه مع العكة اذا كان ما في العكة مما يتمول (لا من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع) كما هو مورد الكلام الآن ، فانه باطل ولم يجزه الشارع (كما لو علم بوزن مجموع الظرف و المظروف ، لكن علم بوجود صخرة في الزيت مجهولة الوزن) فان البيع باطل حينئذ لوجود جهالتين هنا ، والشارع انما اجاز جهالة واحدة وهي الجهالة الناشئة من قبل الظرف .

محتويات الكتاب

الموضوع	الصفحة
كلمة الشارح	٣
فى عدم سقوط خيار الرؤية ببذل التفاوت و ابدال العين	٤
فى ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد واقع على عين شخصية	٩
فى اختلاف البائع و المشترى فى الوصف	١٢
فى اختلاف الاقوال فى النسج	١٧
خيـار العيب	٢٠
فى ظهور العيب فى المبيع	٣٢
مسقطات خيار العيب	٤٣
فى النصوص الدالة على ان الوطى مانع عن ردّ الجارية ...	٧٦
فى ان الحمل عيب اجماعا	٨٣
فى ان العمل بظاهر بعض الاخبار يستلزم مخالفته من وجوه اخر	٩١
فى التفصيل بين ان تكون الجارية بكرا او ثيبا	١٠٥
فى ما اذا انضم مع الحمل عيب آخر	١١١
فى ان حدوث العيب عند المشترى مسقط للردّ	١١٢
فى ان العيب المانع من الرد تبعض الصفقة	١٤٥
فى سقوط الارش فقط	١٧٧

الموضوع	الصفحة
فى سقوط الردّ و الارش معا	١٨٨
فى الامور التى يسقط بها الردّ و الارش	١٩٩
فى عدم بيان عيب المعيوب للمشترى	٢٤١
فى اختلاف المتبايعين	٢٥٠
فى ماهية العيب	٣٠٧
فى ان المرض عيب	٣٤١
فى ان الحبل عيب فى الاماء	٣٤٣
فى ان الثيبوبة ليست عيبا فى الاماء	٣٥٨
فى ان عدم الختان عيب فى العبد الكبير	٣٦٧
فى ان عدم الحيض ممن شانها الحيض عيب	٣٧٠
فى ان الاباق عيب	٣٧٣
فى ان الثفل الكثير عيب	٣٧٥
محتويات الكتاب	٣٨٤


VETVS & NOVVM TESTAMENTVM
DEI·SVB·NVMINE·VIGET
PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY