

الْحَلْقَةُ الْعَالِيَّةُ

من كتب :

بيان المطالب في شرح المكاسب

لأوفى العبر المخلص الرمعة زيد الغفور عبد الله بن إدريس

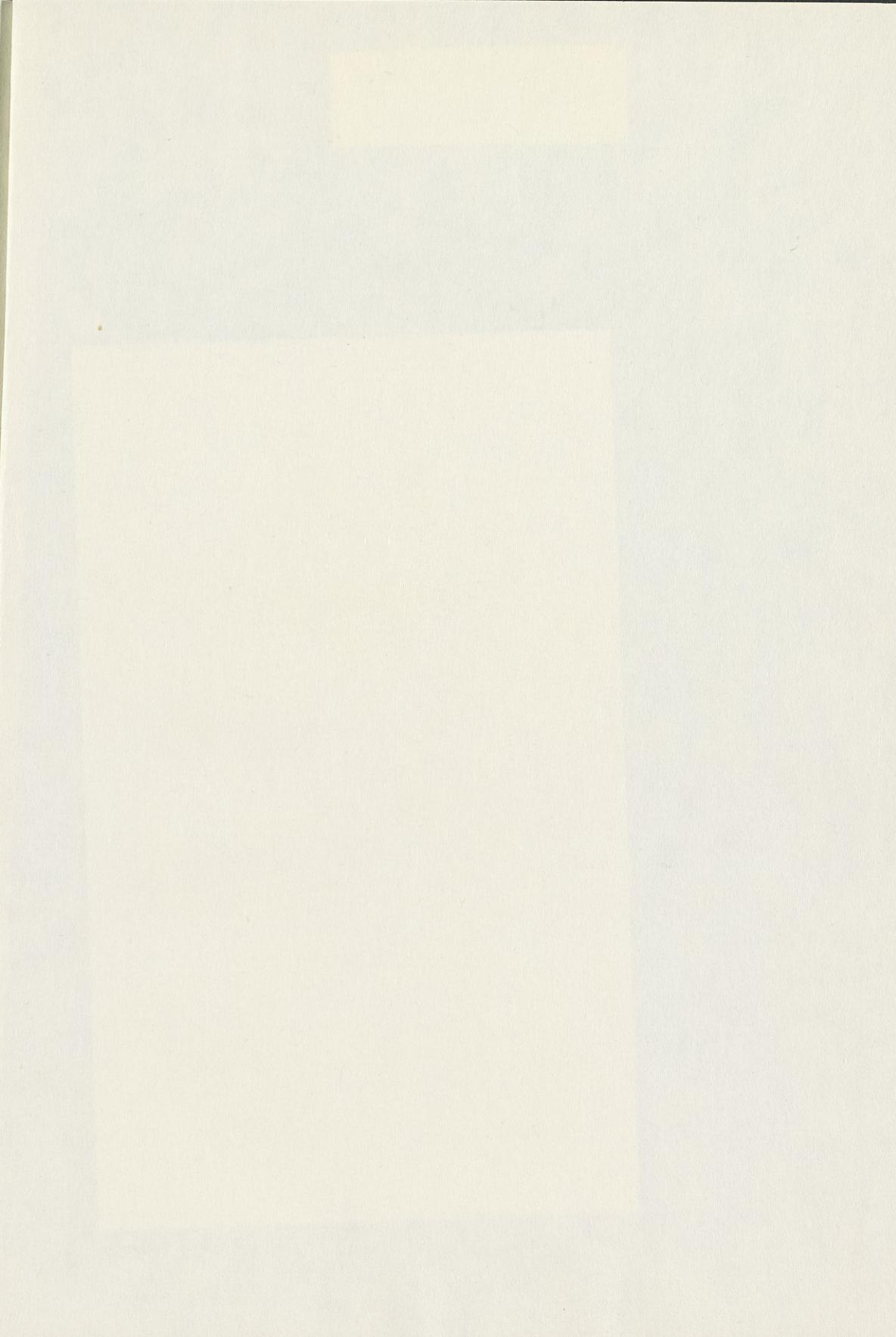
Princeton University Library



32101 048394926

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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



الجلد التاسع

من كتاب :

بين المطالب وشح المكاسب

مؤلفه الحبر المحتاج الرحمة ربها الحبر عبد الله إلبا

(حقوق الطبع محفوظة للمؤلف)

2264

. 1185

. 7385

mu'jallad 9

این کتاب با استفاده از کاغذ حمایتی وزارت فرهنگ
و ارشاد اسلامی به چاپ رسیده است

موهبة الكتاب

اسم الكتاب : بيان المطالب في شرح المكاسب

المؤلف : عبدالله الالياسي

الناشر : المؤلف

المطبوع : ٥٠٠ نسخه

المطبعة : العلمية - قم

الطبعة : الاولى

التاريخ : ربيع الثاني ١٤١٧ ، المطابق لشهر مهر ١٣٢٥

السعر : ٢٠٠ ريال



32101 032378505

1503

9800023682

R

2088480

بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم كن لوليک الحجة بن الحسن صلوا تک
علیه وعلی آباءه فی هذه الساعۃ وفی کل
ساعۃ ولیاً وحافظاً وقائداً وناصراً ودلیلاً
وعیناً حتی تسکنه ارضك طوعاً وتمتعه
فیها طویلاً.



* مسئلة *

قد عرفت أن مطلق المرض عيب خصوصا الجنون والبرص والجذام و
القرن (١) ولكن يختص هذه الأربعة من بين العيوب بأنها لوحّدت
إلى سنة من يوم العقد ، يثبت لأجلها التخيير بين الرد والأرش ، هذا
هو المشهور . ويدل عليه ما استفيض عن مولانا أبي الحسن الرضا * ع *
ففى رواية على بن اسباط عنه (٢) فى حديث خيار الثلاثة (٣) ان
احداث السنة ترد (٤) بعد (٥) السنة ، قلت : وما احداث السنة ؟
قال : الجنون والجذام والبرص والقرن ، فمن اشتري فحدث فيه (٦)

(١) تقدم معناه فى ج ٨ ص ٣٦٨ و سيدكره المصنف بقوله : لكن
المعروف أنه عظم فى الفرج كالسن يمنع الوطئ (٢) أى عن أبي الحسن
الرضا * ع * ، (٣) أى فى خيار الحيوان الذى هو ثلاثة أيام للمشتري
(٤) الضمير المستتر يرجع إلى الجارية (٥) عن الواقى (بعد السنة) أى
بعد أيام السنة و شهورها ، فإذا تمت السنة ولم يحدث شيئا منها وإنما
حدث بعد ذلك ، فلا رد ، وبعد الذى بازاء القبل لا تم آخر
الحادي والأخبار الآخر ، انتهى . قال فى المجمع : البعد : المسافة
انتهى ، يعني البعد بضم الباء و سكون العين و حكى قرأته بتشدد يد
الدال من العدد ، ولا يخفى ما فيه (٦) أى فى المملوك

هذه الاحداث، فالحكم ان يرد على صاحبه الى تمام السنة من يوم اشتراه . وفي رواية ابن فضال المحكية عن الخصال في اربعة اشياء خيار سنة ، الجنون والجذام والقرن والبرص . وفي رواية اخرى له عنه ^{﴿ع﴾} قال : تردد الجارية مع اربع خصال من الجنون والجذام والبرص والقرن والحدبة (١) هكذا في التهذيب . وفي الكافي القرن الحدبة ، الا انها تكون في الصدر تدخل الظهر (٢) و تخرج الصدر انتهى . و مراده (٣) آن الحدب ليس خامسا لها ، لأن القرن يرجع إلى حدب (٤) في الفرج ، لكن المعروف انه عظم في الفرج كالسن يمنع الوطئ . وفي الصحيح عن محمد بن علي ^{عليه السلام} ، قيل وهو (٥) مجحول و احتمل بعض كونه (٦) الحلبي عنه ^{﴿ع﴾} ، قال : يردد الملعوك من احداث السنة من الجنون والبرص والقرن ، قال : قلت : وكيف يردد ملعوكا احداث ، فقال : هذا أول السنة يعني المحرم ، فإذا اشتريت ملعوكا

(١) ، (الحدبة) خروج الظهر ودخول الصدر و البطن (اقرب الموارد) و هنا معناها دخول الظهر و خروج الصدر (٢) ، (ادخله) ادخالا : صيره داخلا (اقرب الموارد) ، (اخراج) الشئ : ابزره (اقرب الموارد) فعلى هذا يكون قوله (تدخل الظهر و تخرج الصدر) ، آن الحدبة صيرت الظهر داخلا و ابزرت الصدر (٣) اى فمراد ثقة الاسلام الكليني في الكافي ، آن الحدب ليس خامسا لها (٤) اى لأن القرن يرجع إلى خروج شئ في الفرج يمنع الوطئ (٥) الضمير يرجع إلى محمد بن علي ^{عليه السلام} (٦) مرجع الضمير هو محمد بن علي ، فالمراد من البعض هو المحقق الأرد بيلي على ما نقل ، حيث قال : آنى اظنه محمد بن علي الحلبي ←

فحدث فيه هذه الحال ما بينك وبين ذى الحجّة ، ردّت (١) على صاحبه . وهذه الرواية لم يذكر فيها الجذام مع ورودها (٢) فى مقام التحديد والضبط لهذه الامور ، فيمكن ان يدعى معارضتها لباقي الأخبار المتقدمة (٣) ومن هنا استشكل المحقق الأردبيلي فى الجذام وليس التعارض (٤) من باب المطلق والمقيد ، كما ذكره فى الحدائق

→ فصحیح ، یعنی آن السند صحیح (١) ای ردت الملوك علی صاحبه الذی هو البایع (٢) ای مع ورود الروایة فی مقام التحدید و الضبط لبھذه الامور (٣) فاًن الأخبار المتقدمة تدل بالمنطق ان الجذام من احداث السنة ، و هذه الروایة تدل بالمفهوم ، ان الجذام ليس من احداث السنة ، فیتعارضان ، و من أجل التعارض استشكل المحقق الأردبیلی (ره) فی الجذام حتی يمكن ان یقال : انه بعد التساقط یرجع الى اصالة عدم کونه من احداث السنة ، قال بعض المحسینین : الظاهر انه سهو من قلم المصنف (ره) لأن المحقق الأردبیلی لم یستشكل فی الجذام و انما استشكل فی البرص بعد استشكاله فی القرن (٤) فلایخفی ان صاحب الحدائق توهم ان التعارض بینهما من باب المطلقاً و المقید ، بمعنى ان مفهوم الروایة یقول : ان احداث السنة ثلاثة و منطق الأخبار المتقدمة یقول : ان هناك عيما آخر ايضا ، فیقيید المفهوم بالمنطق ، و قال المصنف (ره) : ان التعارض بینهما ليس من بباب المطلقاً و المقید الا ان یريد صاحب الحدائق ان التعارض یشبه تعارض المطلقاً و المقید فی وجوب العمل بالأخبار المتقدمة التي لا یجري فیها احتمال السهو الذی یجري فی معارضها الذی هی هذه الروایة

ردّا على الأرد بيلي (ره) الا ان يريد (١) آن التعارض يشبه تعارض المطلق والمقيّد في وجوب العمل بما (٢) لا يجري فيه احتمال يجري في معارضه (٣) وهو (٤) هنا احتمال سهو الرواى في ترك ذكر الجذام فاته (٥) اقرب الاحتمالات المتطرفة في ما نحن فيه، و يمكن ان يكون الوجه في ترك الجذام في هذه الرواية ان عتقها على المشتري بمجرد حدوث الجذام ، فلا معنى للرد ، و حينئذ (٦) فيشكل الحكم بالرد في باقى الأخبار ، و وجهه (٧) في المسالك (٨) باّن عتقه على المشتري

(١) الضمير المستتر يرجع الى صاحب الحدائق (٢) فالمراد به (ما) في قوله (العمل بما) هي الروايات المتقدمة (٣) يرجع الضمير الى (ما) و تذكير الضمير باعتبار لفظ (ما) يعني وجوب العمل بالروايات المتقدمة التي لا يجري فيها احتمال سهو الراوى الذي يجري في هذه الرواية التي تعارضها (٤) يرجع الضمير الى الاحتمال المذكور (٥) الضمير عائد الى سهو الراوى (٦) اي حين كان لا معنى للرد بالجذام ، فيشكل الحكم بالرد في الجذام في باقى الأخبار المتقدمة (٧) الضمير المفعول يرجع الى الاشكال (٨) قال في المسالك ما لفظه : و يمكن حلّه باّن الحكم بعتقه بالجذام مشروط بظهوره بالفعل كما هو ظاهر النص ولا يكتفى بوجوده في نفس الأمر ، فلا يعتق على البايع قبل بيعه ، لعدم ظهوره ولا بعده قبل الفسخ لعدم ملكه ، و عتقه على المشتري موقف ايا على ظهوره و هو متاخر عن سبب الخيار ، فيكون السابق متقدّما ، فيتخيل فان فسخ عتق على البايع ، و ان اختار الامضاء ، عتق على المشتري انتهى و الحال ان مادة الجذام سبب للختار و ظهور الجذام بالفعل سبب

موقوف على ظهور الجذام بالفعل ، ويكتفى في العيب الموجب للخيار وجود مادّته (١) في نفس الأمر ، وإن لم يظهر ، فيكون سبب الخيار مقدّماً على سبب العتق ، فان فسخ ، انعقد على البايع ، وإن امضى ، انعقد على المشتري . وفيه أولاً ، أنّ ظاهر هذه الأخبار (٢) إنّ سبب الخيار ظهور هذه الأمراض ، لأنّه (٣) المعنى بقوله : فحدث فيه هـ ذهـ الخصال ما بينك وبين ذي الحجّة ، ولو لا ذلك (٤) لكتفى وجود موادّها في السنة ، وإن تأخر ظهورها عنها (٥) ولو بقليل ، بحيث يكشف عن وجود المادة قبل انقضاء السنة ، وهذا (٦) مما لا اظنّ أحداً

للعقد ، فان فسخ ، انعقد على البايع ، وإن امضى ، انعقد على على المشتري ، فجمع بين الأخبار المتقدمة والرواية الأخيرة (١) أي مادة الجذام (٢) حاصل هذا الإيراد الذي اوردته المصنف على مبنى الشهيد الثاني (ره) الذي هو تأخّر سبب العتق وهو ظهور الجذام عن سبب الخيار الذي هو مادة الجذام ، ووجه الإيراد أنّ سبب الخيار ليس إلا ظهور الجذام وليس شيئاً آخر متقدماً عليه ، فسبب الخيار وسبـب العتق كلاهما ظهور الجذام ، فالمستفاد من هذه الأخبار ، أنّ سبب الخيار هو ظهور الأمراض المذكورة ، لا مادّته (٣) الضمير يرجع إلى ظهور هذه الأمراض (٤) اشارة إلى أنّ سبب الخيار ظهور هذه الأمراض لا مادّته (٥) يرجع الضمير إلى السنة (٦) اشارة إلى كفاية وجود موادّها في السنة ، وإن تأخر ظهورها عنها ، أي وكفاية وجود موادّ الأمراض في السنة في كونها سبباً للخيار ، وإن تأخر ظهورها عنها مما لا اظنّ أحداً يلتزمـه ، يعني لو لا أنّ سبب الخيار ظهور هذه الأمراض لكتفى ←

يلترمه (١) مع أنه (٢) لو كان الموجب للخيار هي مواد هذه الأمراض
كان ظهورها زيادة (٣) في العيب حادثة في يد المشتري ، فلتكن مانعة
من الردّ لعدم قيام المال بعينه حينئذ ، فيكون في التزام خروج هذه
العيوب من عموم كون النقص الحادث مانعاً عن الردّ تخصيص آخر
للعمومات (٤)

→ وجود موادها في السنة في ثبوت خيار المشتري وان تأخر ظهورها
عنها ، ولازم ذلك انه اذا علم بعد انقضاء السنة وجود موادها قبل
 تمام السنة ، جاز الردّ ، والحال انهم لا يلتزمونه ، بل يحكمون بعدم
 جواز الردّ لو ظهرت بعد انقضاء السنة ولو علم بوجود موادها في السنة
 وحكمهم بعدم الرد في ظهور الأمراض بعد انقضاء السنة ولو مع العلم
 بوجود موادها في السنة ، دليل على أن سبب الخيار ليس مادتها (١)
 الضمير المفعول يرجع الى (ما) ، (٢) قوله (مع أنه لو كان الموجب
 للخيار ، الخ) ايراد آخر ذكره المصنف (ره) في عقب الايراد الأول (٣) و
 السيد (ره) في حاشيته رد ما استفيد من عبارة المصنف (ره) بقوله (قوله :
 كان ظهورها زيادة) اقول فيه : اولاً انه لا يعذر زيادة بل ظهوراً لما كان
 كاماً ، وثانياً ، نمنع كون مثل هذه الزيادة التي سببها كان موجوداً
 حين العقد مانعاً عن الردّ (٤) فالظاهر أن المراد من العمومات هي
 العمومات التي تدل على لزوم البيع ، مثل : اوفوا بالعقود ، ونحوه ، و
 حاصل ما ذكر ، أن ظهور هذه الأمراض عند المشتري كالجذام ونحوه ،
 لو كان زيادة في العين ، وكانت مانعة عن الردّ ، لأنّ الزيادة في
 العيب عند المشتري مانعة عن الرد كما تقدم ، ولو التزم بخروج هذه →

→ العيوب من عموم كون النقص الحادث عند المشتري مانعاً عن الردّ
لكان تخصيصاً آخر للعمومات غير تخصيص العمومات بالردّ بالعيوب السابق
و بعبارة أخرى ، إنّه كان لعمومات لزوم البيع ، مثل : أوفوا بالعقد و
تخصيص ، وهو أنّ ظهور العيوب موجب لتسلط المشتري على الردّ ، ولو
قلنا : إنّ الزيادة على العيوب السابق عند المشتري أيضاً موجبة للردّ ، كان
هذا تخصيصاً آخر للعمومات المذكورة غير التخصيص السابق ، مع إنّه لو
قلنا : إنّ الزيادة عند المشتري موجبة للردّ و ليست مسقطة للردّ ، لكان
تخصيصاً آخر و هو عموم : إنّ النقص الحادث عند المشتري مانع
عن الردّ و مسقط له ، فيكون المعنى ، إنّ كُلّ نقص حادث عند المشتري
مسقط للردّ و مانع عنه إلّا زيادة مرض الجذام و البرص و نحوهما التي
هي النقص الذي حدث عند المشتري ، و الحال إنّ الشهيد (ره)
استفاد من كلام المصنف (ره) غير ما ذكرنا ، حيث قال (قوله : تخصيص
آخر للعمومات) أقول : مراده من العمومات ، ما دلّ على أنّ العيوب
الحادث بعد العقد و القبض على المشتري ، فلا يوجب الخيار على
البائع حتى يوجب خيار الردّ ، ولا يخفى أنّ مقتضى هذه الأخبار
الواردة في احداث السنة ، إنّ حدوثها في السنة عند المشتري يكون
على البائع و يوجب الردّ ، فيكون تخصيصاً لتلك العمومات الدالة على عدم
كونها على البائع ، فلو قلنا : بإنّ زياقتها عند المشتري كأصل حدوثها
عنده ليس عليه حتى تكون مانعة عن الردّ كزيادة سائر العيوب الموجبة
للختار ، بل على البائع أيضاً ، فلا يمنع عن الردّ بأصلها ، فيكون ←

و ثانياً (١) ان سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الانعتاق بطرق سببه، بل ينبغي ان يكون الانعتاق القهري سببه مانعا شرعاً بمنزلة المانع العقلي عن الرد كالموت ، ولذا (٢) لو حدث الانعتاق بسبب آخر غير الجذام فلا اظن احدا يلتزم عدم الانعتاق الا بعد لزوم البيع ، خصوصا مع بناء العتق على التغليب . هذا ولكن رفع اليد (٣) عن هذه الأخبار الكثيرة المعتمدة (٤) بالشهرة المحققة

→ هذا تخصيصا آخر لتلك العمومات الدالة على كون زيادة العيب عند المشتري عليه، فيمنع عن الرد ، لا على البائع حتى لا يمنع عنه، انتهى (١) اى و ثانياً ان سبق سبب الخيار الذي هو مادة الجذام على سبب الانعتاق ، لا يوجب عدم انعتاق المملوك بطرق سببه الذي هو ظهور الجذام عند المشتري ، بل ينبغي ان يكون سبب الانعتاق القهري الذي هو ظهور الجذام مانعا شرعاً عن الرد بمنزلة المانع العقلي ، كالموت (٢) اى و لأجل كون سبب الانعتاق القهري مانعا شرعاً لو حدث الانعتاق بسبب آخر عند المشتري ، مثل العمى والاقعاد ، فلا اظن احدا يلتزم عدم الانعتاق الا بعد لزوم البيع ، مثلا لو اشتري عبدا معيوبا ، ثم عمى العبد او اقعده عند المشتري ، انعتق العبد على المشتري ، و ان كان له خيار العيب ، فلا يلزم ان يكون الانعتاق على المشتري بعد لزوم البيع (٣) اى ولكن رفع اليد عن الأخبار الكثيرة الدالة على ان الجذام من اسباب الرد اذا ظهر عند المشتري في طول السنة ، مشكل ، لأن العبد اذا ظهر جذاماً عند المشتري ، فله الرد ، لأجل الأخبار الكثيرة (٤) *

والاجماع (١) المدعى في السرائر والغنية ، مشكل (٢) فيمكن العمل بها في مورد ها (٣) او الحكم (٤) من اجلها با ان تقدم سبب الخيار يوجب توقف الانعتاق على امضاء العقد ولو في غير المقام ، ثم لوفسخ المشتري (٥) فانعتاقه (٦) على البايع ، موقف على دلالة الدليل على عدم جواز تملك المجدوم ، لا ان جذام المملوك يوجب انعتاقه بحيث (٧) يظهر اختصاصه بحدوث الجذام في ملكه

(١) ، (الاجماع) عطف على قوله (الشهرة) ، (٢) قوله (مشكل) خبر (لكن) ، (٣) اي يمكن العمل بأخبار رد المملوك المجدوم في ضمن السنة في خصوص مورد ها الذي هو عدم الانعتاق بالجذام في خصوص المقام ، يعني ان الجذام يوجب انعتاق المملوك الا في مورد كان حدوثه في يد المشتري في ضمن السنة (٤) يعني او الحكم لأجلها بثبوت قاعدة كلية جارية في غير المقام ايضا و هذه القاعدة ان يكون تقدم سبب الخيار على سبب الانعتاق جذا ما كان او غيره موجبا لتوقف الانعتاق على امضاء العقد ، و سقوط الخيار بدعوى فهم المثالية من الجذام لكل ما هو سبب الانعتاق (٥) يعني لوفسخ المشتري ، فانعتاقه على البايع ، موقف على دلالة الدليل على ان المجدوم لا يملك ، لا على ان حدوث الجذام في مملوك احد من الناس يوجب انعتاقه و زوال ملكه عنه والا فلا ينعتق على البايع بعد الفسخ لعدم حدوثه في ملك البايع و انما حدث قبل الفسخ في ملك المشتري (٦) اي انعتاق العبد المجدوم (٧) قوله (حيث يظهر ، الخ) قيد للمنفي ، لا النفي ، يعني بحيث يظهر انتفاء الدليل الدال على انعتاق المجدوم بحدوث الجذام في ملكه

ثم آن زيادة القرن (١) ليس في كلام الأكثر، فيظهر منهم العدم (٢)
فنسبة المسالك الحكم في الأربعة إلى المشهور، كانه (٣) لا تستلزم
ذلك من ذكره في الدراسات ساكتا عن الخلاف فيه (٤) وعن التحرير نسبة
(٥) إلى أبي على ، وفي مفتاح الكرامة (٦) أنه لم يظفر بقائل غير
الشهداء وابي على ، ومن هنا (٧) تأمل المحقق الأردبيلي من (٨)
عدم صحة الأخبار، وقد الانجبار

(١) أى زيادة القرن على الثلاثة (٢) أى فيظهر من الفقهاء عدم كون
القرن من احداث السنة (٣) الضمير يرجع إلى صاحب المسالك ، يعني
كان صاحب المسالك استظهر نسبة الحكم في الأربعة إلى المشهور من
ذكر الحكم في الأربعة في الدراسات ساكتا عن الخلاف فيه ، فأنه استظهر
من سكت صاحب الدراسات عن الخلاف في الحكم في الأربعة وعدم تعرّضه
بالمخالف ، آن كون الحكم في الأربعة كان مشهورا (٤) الضمير عائد إلى
الحكم في الأربعة (٥) يرجع الضمير الفاعل المستتر إلى العلامة والضمير
المفعول إلى الحكم في الأربعة (٦) يعني قال في مفتاح الكرامة : أنه
لم يظفر بقائل أن يقول : بآن الحكم ثابت في الأربعة ، غير الشهداء
وابي على (٧) أى و من عدم وجود القائل ، بآن الحكم ثابت في الأربعة
الآ ثلاثة اشخاص ، تأمل المحقق الأردبيلي في كون القرن من احداث
السنة من أجل عدم صحة الأخبار التي ذكر فيها القرن ، وقد الانجبار
بالشهرة وغيرها (٨) قوله (من) في قوله (من عدم صحة الأخبار للتعليق
نحو (مما خطاياهم اغرقوا) يعني و من هنا تأمل المحقق الأردبيلي من
أجل عدم صحة الأخبار وقد الانجبار

ثم إن ظاهر اطلاق الأخبار (١) على وجه يبعد التقيد فيها (٢) شمول الحكم لصورة التصرف ، لكن المشهور تقيد الحكم بغيرها (٣) و نسب اليهم (٤) جواز الأرش قبل التصرف ، و تعينه بعده ، والأخبار خالية عنه و كلاهما (٥) مشكل ، إلا أن الظن من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما (٦) لكن كلام المفید قدس سره (٧) مختص بالوطئ ، والشيخ و ابن زهرة لم يذكر التصرف ولا الأرش ، نعم ظاهر الحل (٨) الاجماع

(١) يعني أن ظاهر اطلاق اخبار احداث السنة شمول الحكم لصورة التصرف وغيرها ، لكن المشهور تقيد وا ثبوت الرد بغير صورة التصرف (٢) يعني أن ظاهر اطلاق الأخبار على وجه يبعد التقيد فيها بغير صورة التصرف ، ووجه البعد استلزمها لحمل المطلقات على الفرد النادر جدا بل خلوها عن المورد (٣) اي بغير صورة التصرف (٤) اي نسب الى المشهور في احداث السنة ثبوت جواز الأرش و الرد للمشترى قبل التصرف و تعين الأرش بعده ، و الحال أن الأخبار خالية عن الأرش (٥) احد هما تقيد الحكم بغير صورة التصرف ، وثانيهما ثبوت الأرش قبل التصرف تخييرا و بعده تعينا ، وجها الاشكال في الأول ، ما ذكره من البعد الذي عرفت ، ووجهه في الثاني ، عدم الدليل عليه (٦) الضمير المثنى يرجع الى تقيد الحكم بغير صورة التصرف و ثبوت الأرش قبل التصرف تخييرا ، وبعده تعينا (٧) يعني كلام المفید (له) في مقام بيان التصرف المانع عن رد الجارية بأحداث السنة ، مختص بالوطئ (٨) اي نعم ظاهر الحل ، الاجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه الجهة اي من جهة كونه مخيّرا بين الرد و الأرش قبل التصرف

على تساويها (١) مع سائر العيوب من هذه الجهة ، وان هذه العيوب (٢) كسائر العيوب فى كونها مضمونة (٣) الا ان الفارق (٤) ضمان هذه اذا حدثت فى السنة بعد القبض وانقضاء الخيار . ولو ثبت ان اصل هذه الامراض تكمن (٥) قبل سنة من ظهورها ، وثبت (٦) ان اخذ الأرش للعيب الموجود قبل العقد ، او القبض مطابق (٧) للقاعدة ، ثبت الأرش (٨) هنا (٩) بلاحظة التعيب بمادة هذه الامراض الكامنة فى المبيع (١٠) لا بهذه الامراض الظاهرة فيه . قال فى المقنعة (١١) : ويرد

(١) يرجع الضمير الى احداث السنة (٢) اشارة الى احداث السنة (٣) اي فى كون هذه العيوب مضمونة على البائع موجبة على الرد و الأرش (٤) اي الا ان الفارق بين هذه العيوب وبين سائر العيوب ، ضمان سائر العيوب على البائع اذا حدث قبل العقد و قبل القبض و قبل انقضاء الخيار ، و ضمان هذه العيوب على البائع ايضا اذا حدث فى السنة بعد القبض و بعد انقضاء الخيار (٥) ، (كَمَنْ ُ و كِمَنْ َ كُمُونَا) توارى و اختفى . دخل فى الأمر لا يُعطى له (كَمَنْ ُ كُمُونَا) الشئ اخفاء (المنجد) ، (٦) قوله (ثبت) عطف على قوله (ثبت السابق) ، (٧) قوله (مطابق) خبر لـ (ان) فـ (قوله (ان اخذ الأرش) ، (٨) قوله (ثبت الأرش) جواب شرط لـ (لو) ، (٩) اشارة الى احداث السنة (١٠) حاصل هذه العبارة : انه لو ثبت ان مادة هذه الامراض عيب و ثابتة قبل العقد ، لثبت اخذ الأرش للمشتري (١١) ذكر المصنف (له) قول المفید (له) شاهدا لتقديم مادة هذه الامراض و لثبوت الأرش بلاحظة التعيب بمادة هذه الامراض فى المبيع ، لا بظهورها فيه

العبد والأمة من الجنون والجذام والبرص ما بين ابتعادهما (١) وبين سنة واحدة ، ولا يرد ان بعد سنة ، و ذلك ان اصل هذه الأمراض يتقدم (٢) ظهورها بسنة ولا يتقدم بأزيد ، فان وطئ المبتاع الأمة في هذه السنة لم يجز له ردّها ، وكان له قيمته (٣) ما بينها صحيحة و سقيمة انتهى (٤) و ظاهره (٥) ان نفس هذه الأمراض تتقدم بسنة ، ولذا (٦) اورد عليه (٧) في السرائر (٨) ان هذا (٩) موجب لانتهاء الملاوك على البائع ، فلا يصح البيع ، ويمكن ان يريد (١٠) به ما ذكرنا من ارادة مواد هذه الأمراض (١١)

(١) الضمير المثني يرجع الى العبد والأمة (٢) الضمير المستتر يرجع الى اصل هذه الأمراض (٣) اي و كان للمشتري قيمة العيب الذي هو الأرش (٤) اي انتهى ما ذكره في المقنعة (٥) اي و ظاهر ما ذكره في المقنعة ، ان نفس هذه الأمراض تتقدم بسنة ، و ان ثبوت الأرش بمحاظة نفس هذه الأمراض تقدمت على العقد (٦) اشارة الى ان نفس هذه الأمراض تقدم بسنة عند المفید (ره) ، (٧) الضمير يرجع الى صاحب المقنعة (٨) يعني ولذا اورد ابن ادريس على المفید (ره) في السرائر ، ان تقدم هذه الأمراض بسنة يوجب لانتهاء الملاوك على البائع فلا يصح البيع (٩) اشارة الى تقدم نفس هذه الأمراض (١٠) اي ويمكن ان يريد مفید (ره) بأصل هذه الأمراض ما ذكرنا من ارادة مواد هذه الأمراض (١١) فلا يخفى بناء على ما ذكره المصنف ، فرق بين نفس هذه الأمراض الكامنة في المبيع قبل السنة ، وبين موادها في المبيع قبل السنة ، فيكون في ما ذكره مفید (ره) احتمالان : احدهما ، ان يريد بأصل هذه الأمراض ، نفس هذه الأمراض ، و ثانيهما ، ان يريد

* خاتمة في عيوب متفرقة *

قال في التذكرة : أن الكفر ليس عيبا في العبد ولا الجارية، ثم استحسن (١) قول بعض الشافعية ، بكونه عيبا في الجارية اذا منع (٢) الاستمتاع كالمجس و التوثن (٣) دون التهود والتنصر ، والأقوى (٤) كونه موجبا للرد في غير المجلوب و ان كان (٥) اصلا في المعاليك ، الا أن الغالب في غير المجلوب الاسلام ، فهو (٦) نقص موجب لتنفر الطباع عنه خصوصا بمحاجة نجاستهم المانعة عن كثير من الاستخدامات ، نعم الظاهر عدم الأرش فيه ، لعدم صدق العيب عليه عرفا و عدم كونه نقصا او زيادة في اصل الخلقة . ولو ظهرت الأمة محنة على المشترى برضاع او نسب ، فالظاهر عدم الرد به (٧) لانه لا يعده نقصا بال النوع ، ولا عبرة بخصوص المشترى

→ به مواد هذه الامراض (١) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى صاحب التذكرة (٢) اي اذا منع الكفر الاستمتاع كالمجس ، اذا قلنا : ان المجرسو ليس من اهل الكتاب ، و ان قلنا : انه ايضا من اهل الكتاب كان حاله ، حال اليهودي والنصراني ، فليس كفره عيبا ، لانه يجوز حينئذ الاستمتاع منها بعقد الانقطاع و بملك اليمين (٣) ، (الوثن) محركةً : الصنم ، و قيل : ما له جثة من خشب او حجر او فضة او جوهر ينحت (اقرب الموارد) ، (٤) اي الأقوى التفصيل بين كون المملوك مجنوبا من بلاد الكفر ، وبين كونه غير مجنوب ، فان كفره في الاول ليس عيبا ، و في الثاني ، عيب يجب الرد (٥) اسم (كان) مستتر يرجع الى الكفر (٦) يرجع الضمير الى الكفر (٧) الضمير عائد الى تحريم الأمة على المشترى

ولو ظهر (١) مّن ينعتق عليه ، فكذلك كما في التذكرة ، معللاً باّنه (٢) ليس نقصاً عند كُل الناس ، وعدم نقص ماليته عند غيره ، وفي التذكرة : لو ظهر أنّ البايع باعه وكالة أو ولية أو وصاية أو امانة ، ففي ثبوت الرد لخطر فساد النيابة ، احتمال (٣) اقول : الأقوى عدمه (٤) و كذا لو اشتري ما عليه (٥) اثر الوقف . نعم لو كان عليه (٦) امارة قوية لم يبعد كونه موجباً للرد . لقلة رغبة الناس في تملك مثله . وتأثير ذلك في نقصان قيمته عن قيمة اصل الشئ . لو خلى و طبعه . اثراً بيّنا . وذكر في التذكرة : أن الصيام والاحرام والاعتداد ليست عيباً . اقول : أمّا عدم ايجابها (٧) الأرش . فلا اشكال فيه . واما عدم ايجابها الرد . ففيه اشكال اذا فات بها (٨) الانفصال في مدة طويلة . فانه (٩) لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجرها . وقال ايضاً : اذا كان المملوك تماماً او ساحراً

(١) الضمير المستتر يرجع الى المملوك (٢) يرجع الضمير الى انعتاق المملوك على المشتري (٣) قوله (احتمال) مبتدأ مؤخر . و (في ثبوت الرد) خبر مقدم (٤) اي عدم ثبوت الرد (٥) اي كذا الأقوى انه لا رد فيما لو اشتري ما عليه اثر الوقف ، كما لو كان مكتوباً في ورقة من الكتاب انه وقف (٦) اي نعم لو كان على ما اشتراه امارة قوية ، كما لو كان مكتوباً على الظروف انه وقف للمسجد ، لم يبعد كونه موجباً للرد لقلة رغبة الناس في تملك مثله (٧) يرجع الضمير الى الصيام والاحرام والاعتداد (٨) يرجع الضمير الى الصيام والاحرام والاعتداد ، ايضاً (٩) اي فان كُل واحد من الصيام والاحرام والاعتداد في الم المملوك لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجرها كما ان للمشتري الرد ، اذا ظهر المبيع مستأجرها ، وكذلك هنا

او قاذفا (١) للمحسنات او شاريا للخمر او مقاما ، ففي كون هذه عيوب اشكال ، اقربه العدم . وقال : لو كان الرقيق رطب (٢) الكلام او غليظ الصوت او سيئاً الأدب او ولد زنا او مغنى او حجاما او اكولا او زهيدا (٣) فلارد (٤) و تردد الدابة بالزهادة ، و كون الأمة عقيما لا يوجب الرد لعدم القطع بتحققه ، فربما كان من الزوج او لعارض ، انتهى ، و مراده (٥) العارض الاتفاقى لا المرض العارضى ، قال في التذكرة في آخر ذكر موجبات الرد : والضابط أن الرد يثبت بكل ما في المعقود عليه من منقاص القيمة ، او العين نقصا يفوت به (٦) عرض صحيح ، بشرط ان يكون الغالب في امثال المبيع عدمه ، انتهى (٧)

﴿ القول في الأرش ﴾

و هو لغة ، كما في الصحاح (٨) وعن المصباح (٩) دية الجراحات ، و عن القاموس (١٠) انه الدية ، و يظهر من الاولين (١١) انه في الأصل اسم للفساد ، و يطلق في كلام الفقهاء على مال يؤخذ بدلا عن نقص مضمون

(١) قال في المجمع : قذف المحسنة ، رماها بالفاحشة (٢) قال في اقرب الموارد : رَكِبَ الرَّجُلُ رَطْبًا : تكلم بما عنده من الصواب والخطأ (٣) قال في اقرب الموارد : (رَجُلٌ زَهِيدٌ الْأَكْلُ) اي قليله (٤) يعني قال العالمة : و تردد الدابة بزهادة اكلها و قلته (٥) اي مراد العالمة من العارض، هو العارض الاتفاقى الذى لا يوجب كونه عيوبا (٦) يرجع الضمير الى النقص (٧) اي انتهى ما ذكره في التذكرة (٨) الصحاح للجوهرى الفارانى (٩) المصباح للغيفومى (١٠) للفيروزآبادى (١١) فالمراد بالأولين هما الصحاح والمصباح

فى مال او بدن ، ولم يقدر له (١) فى الشرع مقدر ، وعن حواشى
الشهيد قدس سره انه (٢) يطلق بالاشراك (٣) اللغوى على معان

(١) الضمير يرجع الى النقص (٢) يرجع الضمير الى الاُرث (٣) تذكرة :
فلا يخفى ان اللفظ الواحد المنسوب الى معناه ينقسم الى اقسام : احدها
المختص ، وهو ان لا يكون له الا معنى واحد ، فاختص به ، وثانیهما
المشتراك اللغوى ، وهو اللفظ الذى تعدد معناه وقد وضع لكل واحد
من المعانى بوضع عليحدة بواضع واحد ، بان يضع شخص واحد لفظا
واحدا لمعنيين او معان ، او بواضع متعدد ، بان تضع قبيلة لفظا لمعنى
وقبيلة اخرى ذلك اللفظ لمعنى آخر ، مثل العين الموضوع للباصرة و
الذهب وينبوع الماء ، والقرء الموضوع للطهرو الحيف ، والجحون
الموضوع للأبيض والأسود ، وثالثها ، المشترك المعنوى ، وهو اللفظ
الذى وضع للمعنى الكلى وله مصاديق كثيرة ، مثل لفظ الانسان
الموضوع للحيوان الناطق ، ومثل صيغة افعل الموضوع للطلب ، و
رابعها ، المنقول ، وهو الفظ الذى وضع للمعنى ثم نقل ووضع للمعنى
الآخر مع ملاحظة المناسبة بين المعنيين فى الوضع اللاحق ، مثل لفظ
الصلاه ، الموضوع اولا فى اللغة للدعا ، ثم نقل ووضع فى الشّرع
للفعال المخصوصة من قيام وركوع وسجود وغيرها لمناسبة لها للمعنى
الأول ، ومثل لفظ الدابة ، الموضوعة اولا فى اللغة لكل ما يدب فى
الأرض ، ثم نقل ووضع فى العرف العام للحيوان الذى يركب ويحمل
عليه الاحمال ، والمنقول ينسب الى ناقله ، فان كان العرف العام قيل :
منقول عرفى ، كلفظ الدابة ، وان كان العرف الخاص ، كعرف اهل ←

منها : ما نحن فيه (١) ومنها : نقص القيمة لجناية الانسان على عبد غيره (٢) في غير المقدر الشرعي

→ الشرع والمناطقة والنحاة والفلسفه ونحوهم ، قيل : منقول شرعى او منطقى او نحوى او فلسفى وهكذا ، وخامسها ، المرتجل ، ومنه اكثر الأعلام الشخصية ، وسادسها ، الحقيقة والمجاز ، وهو اللفظ الذى تعدد معناه ولكن موضع لأحد المعانى فقط واستعمل فى غيره لعلاقة و المناسبة بينه وبين المعنى الأول الموضوع له من دون ان يبلغ حد الوضع فى المعنى الثانى ، فيسمى حقيقة فى المعنى الأول ومجازا فى المعنى الثانى ، ويقال للمعنى الأول معنى حقيقي ، وللثانى معنى مجازى ، فعلى هذا ان حاصل ما ذكره الشهيد (ره) : ان لفظ الأرش مشترك لفظي فى هذه المعانى الأربع المذكورة فى عرف الفقهاء واصطلاحهم ، وان لفظ الأرش ليس بين هذه المعانى الأربع المذكورة حقيقة ومجازا ، بان يكون فى احدها حقيقة ، وفي الآخر مجازا بلاحظة العلاقة بينهما ، لأن خلاف فرض وضعه لكل واحد منها بوضع عليحدة بوضع تعينى او تعينى ، بل لفظ الأرش نقل فى اصطلاح الفقهاء عن المعنى اللغوى ، ووضع لكل واحد من المعانى الأربع بلاحظة مناسبتها للمعنى اللغوى بوضع تعينى او تعينى (١) وهو ما يتدارك به نقص العيب من جزء من الثمن نسبته الى الثمن ، كنسبة التفاوت بين الصحيح والمعيب الى الصحيح (٢) مثلا قيمة العبد مع الجناية تسعون دينارا ، وقيمه بدونها مائة دينار ، فالأرش هو التفاوت بينهما ، فلا يخفى ، ان العبد اصل للحرر فيما لا تقدير فيه بمعنى ان عوض جنابته ←

و منها : ثمن التالف المقدر (١) شرعا بالجنائية (٢) قطع يد العبد ، و منها : اثُر الأمرين (٣) من المقدار الشرعي والأرش ، وهو ما (٤) تلف

→ إنما تحصل بفرضه عبدا ، فيقوم الحرّ بعد فرضه عبدا مع الجنائية تارة وبدونها أخرى ، فيؤخذ من الجنائي التفاوت بينهما ، وان الحرّ احصى للملوك فيما له تقدير ، لأن كلّ ما ينسبة عوضه في الحرّ إلى الديمة ، فهو عوض في العبد ينسبة إلى قيمة العبد ، فعوض يد العبد إذا قطعت الجنائية إنما هو نصف قيمته ، لأن عوضه في الحرّ نصف ديته (١) فالمراد من الثمن ، هو قيمة العضو وكلّ من التالف ، والمقدار في قوله (ثمن التالف المقدر شرعا) وصف للعضو المقدر ، يعني منها قيمة العضو التالف المقدر شرعا بالجنائية (٢) قوله (بالجنائية) متعلق بقوله (الثالف) أي أن قيمة العضو الذي تلف الجنائية له مقدار شرعا كيد العبد التالفة بالقطع ، فإن لها مقدرا في الشرع وهو نصف قيمة العبد ، وقد تقدم أن كلّ ما ينسبة عوضه في الحرّ إلى الديمة ، فهو عوض في العبد ينسبة إلى قيمة العبد فعوض يد العبد إذا قطعت الجنائية إنما هو نصف قيمته ، لأن عوضه في الحرّ نصف ديته ، وكذلك غير اليدين من الأطراف (٣) مثلا إذا قطع الغاصب يد عبد ، فقيمة العبد المذكور ، مائة دينار و المقدار الشرعي لقطع يد العبد المذكور ، خمسون دينارا ، و قيمة العبد مع الجنائية أربعين دينارا ، والتفاوت بين قيمة العبد مع الجنائية ، و قيمة العبد بدونها ستون دينارا ، فيؤخذ منه ستون دينارا ، لأنّه اثُر الأمرين (٤) فالمراد بـ (ما) هو العضو

بجنایة الغاصب، انتهى (١) وفي جعل ذلك (٢) من الاشتراك اللغظى اشارة الى ان هذا اللفظ (٣) قد اصطلاح فى خصوص كل من هذه المعانى عند الفقهاء بلاحظة مناسبتها (٤) للمعنى اللغوى مع قطع النظر عن ملاحظة العلاقة بين كل منها (٥) وبين الآخر، فلا يكـون مشتركا معنويـا بينهما (٦) ولا حقيقة و مجازا ، فهـى (٧) كلـها منقولات عن المعنى اللغوى (٨) بعلاقة الاطلاق و التقييد (٩) وما ذكرناه (١٠)

(١) اي انتهى ما ذكره الشهيد (ره)، (٢) اشارة الى اطلاق لفظ الأُرْش على المعانى الأربعـة (٣) يعني ان لفظ الأُرْش قد اصطلاح وضع فى خصوص كل واحد من هذه المعانى عند الفقهاء بلاحظة مناسبة كل واحد منها للمعنى اللغوى (٤) الضمير يرجع الى المعانى المذكورة (٥) يرجع الضمير الى المعانى المذكورة (٦) الضمير المثنى يرجع الى كل منها و الى الآخر (٧) الضمير عائد الى المعانى المذكورة (٨) و حاصل هذه العبارة : ان لفظ الأُرْش مشترك لفظي فى هذه المعانى الأربعـة فـى عـرف الفقهاء و اصطلاحـهم ، و انه ليس مشتركـا معنـويـا حتى وضع للقدر المشـترك بينـ المعـانـى الأربعـة ، ولا حـقـيقـة و مـجازـا حتى يكونـ فى احدـها حـقـيقـة و فى الآخر مـجازـا بـمـلاحظـة العـلـاقـة بـيـنـهـما ، لاـنهـ خـلـاف فـرض وضعـهـ لـكـلـ واحدـ منـهـا بـوـضـعـ عـلـيـحـدـة بـوـضـعـ تـعـيـنـى او تـعـيـنـى ، بل كـلـها منـقولـات فى اصطلاحـ الفـقـهـاء و عـرـفـهـمـ عنـ المعـنىـ اللـغـوـىـ وـ وضعـ لـكـلـ واحدـ منـ المعـانـىـ الأربعـةـ بـمـلاحظـةـ منـسـبـتـهاـ لـالـمعـنىـ اللـغـوـىـ (٩)ـ يـعـنىـ انـ المعـنىـ اللـغـوـىـ مـطـلقـ وـ المعـنىـ الـاصـطـلاـحـىـ مـقـيـدـ (١٠)ـ وـ هوـ ماـ تـقـدـمـ فـىـ صـ ١٢ـ بـقـولـهـ (وـ يـطـلـقـ فـىـ كـلـامـ الفـقـهـاءـ ، عـلـىـ مـالـ يـؤـخـذـ بـدـلاـ عـنـ <

فـى تعريف الأـرش ، فـهـو كـلـى اـنتـزـاعـى عـن تـلـكـ الـمعـانـى (١) كـمـا يـظـهـرـ بـالـتأـمـلـ . وـكـيـفـ كـانـ ، فـقـدـ ظـهـرـ مـنـ تعـرـيفـ الأـرشـ ، اـنـهـ لـاـ يـثـبـتـ الـأـ مـعـ ضـمـانـ النـقـصـ الـمـذـكـورـ ، ثـمـ اـنـ ضـمـانـ النـقـصـ تـابـعـ فـىـ الـكـيـفـيـةـ لـضـمـانـ الـمـنـقـوـصـ وـهـوـ الـأـصـلـ ، فـاـنـ كـانـ (٢) ضـمـونـاـ بـقـيـمـتـهـ كـالـمـغـصـوبـ وـالـمـسـتـامـ (٣) وـ شـبـهـمـاـ (٤) وـ يـسـمـىـ ضـمـانـ الـيـدـ (٥) كـانـ النـقـصـ (٦) ضـمـونـاـ بـمـاـ يـخـصـهـ مـنـ الـقـيـمـةـ (٧) اـذـاـ وـزـعـتـ (٨) عـلـىـ الـكـلـ ، وـاـنـ كـانـ (٩) ضـمـونـاـ بـعـوـضـ بـمـعـنـىـ اـنـ فـوـاتـهـ (١٠) يـوـجـبـ عـدـمـ تـمـلـكـ عـوـضـهـ الـمـسـعـىـ فـىـ الـمـعـاـوـذـةـ وـ يـسـمـىـ ضـمـانـهـ (١١) ضـمـانـ الـمـعـاـوـذـةـ ، كـانـ (١٢) النـقـصـ ضـمـونـاـ بـمـاـ يـخـصـهـ (١٣) مـنـ الـعـوـضـ ، اـذـاـ وـزـعـ (١٤) عـلـىـ مـجـمـوعـ النـاقـصـ وـ الـمـنـقـوـصـ

→ نـقـصـ ضـمـونـ ، الـخـ) ، (١) اـشـارـةـ إـلـىـ الـمـعـانـىـ الـمـذـكـورـةـ (٢) اـسـمـ (ـكـانـ) مـسـتـرـ يـرـجـعـ إـلـىـ الـأـصـلـ (٣) ، (ـاسـتـامـ) فـلـانـاـ الـسـلـعـةـ : سـأـلـهـ تـعـيـيـنـ ثـمـنـهـاـ (ـالـمـنـجـدـ) فـاـنـ الـشـخـصـ اـذـاـ اـسـتـامـ وـ تـلـفـ السـلـعـةـ فـىـ يـدـهـ يـكـونـ ضـمـانـهـاـ ، ضـمـانـ الـيـدـ (٤) كـماـ اـذـاـ كـسـرـ اـنـاءـ الـغـيرـ فـىـ النـومـ (٥) فـلاـ يـخـفـىـ ، اـنـ الضـمـانـ عـلـىـ قـسـمـيـنـ : اـحـدـهـماـ ، ضـمـانـ الـقـيـمـةـ وـ يـسـمـىـ ضـمـانـ الـيـدـ ، لـاـنـ دـلـيـلـهـ قـولـهـ *عـ* : (ـعـلـىـ الـيـدـ ماـ اـخـذـتـ حـتـىـ تـؤـدـىـ) وـ ثـانـيـهـمـاـ ضـمـانـ الـعـوـضـ ، وـ يـسـمـىـ ضـمـانـ الـمـعـاـوـذـةـ ، لـاـنـ فـوـاتـ الـعـوـضـ يـوـجـبـ عـدـمـ تـمـلـكـ عـوـضـهـ الـمـسـعـىـ فـىـ الـمـعـاـوـذـةـ (٦) قـولـهـ (ـكـانـ النـقـصـ) جـوابـ شـرـطـ لـ (ـاـنـ) ، (٧) اـىـ الـقـيـمـةـ الـوـاقـعـيـةـ (٨) الضـمـيرـ الـمـسـتـرـ يـرـجـعـ إـلـىـ الـقـيـمـةـ (٩) اـسـمـ (ـكـانـ) مـسـتـرـ يـرـجـعـ إـلـىـ الـأـصـلـ الـمـنـقـوـصـ (١٠) اـىـ فـوـاتـ الـأـصـلـ (١١) يـرـجـعـ الضـمـيرـ إـلـىـ الـأـصـلـ (١٢) قـولـهـ (ـكـانـ) جـوابـ شـرـطـ لـ (ـاـنـ) ، (١٣) الضـمـيرـ الـفـاعـلـ الـمـسـتـرـ عـائـدـ إـلـىـ ماـ ، وـ الضـمـيرـ الـمـفـعـولـ إـلـىـ النـقـصـ (١٤) ←

(١) نفس قيمة العيب ، لأن الجزء تابع للكل في الضمان (٢) ولذا
 (٣) عرف جماعة ، الأرش في عيب المثمن ، فيما نحن فيه ، بأنه (٤) جزء
 من المثمن ، نسبته (٥) إليه كنسبة التفاوت بين الصحيح والمعيب إلى
 الصحيح (٦) وذلك (٢) لأن ضمان تمام المبيع الصحيح على البايع
 ضمان المعاوضة ، بمعنى أن البايع ضامن لتسليم المبيع تماماً إلى

→ الضمير المستتر عائد الى العوض (١) فـان لا عاطفة ، عطفت نفس قيمة العيب على ما يخصه (٢) مثلا ، اذا فرضنا ان القيمة الواقعية للثوب الصحيح في السوق ، ثلاثون ، و اشتراه المشتري بعشرين ، وكان قيمة المعيوب ، خمس عشرة ، النقص الوارد عليه نصفه ، فحينئذ يضمن البائع نصف العشرين ، لا نصف الثلاثين ، لأن هذا الضمان ، ضمان المعاوضة ، لا ضمان اليد (٣) اشاره الى ان الضمان في المعاوضة و البيع ، ضمان المعاوضة ، لا ضمان اليد (٤) يرجع الضمير الى الأرش (٥) اي نسبة الجزء الى الثمن كنسبة التفاوت الى الصحيح ، يعني ان الأرش جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيوب الى الصحيح ، مثلا كان الثمن تسعة ، و قوم الصحيح ، الا ثنتي عشر ، و المعيوب ، ثمانية ، فيكون التفاوت بين الثمانية و الا ثنتي عشر ، اربعة فنسبة التفاوت الذي هو الاربعة الى الصحيح الذي هو الا ثنتي عشر ، هو الثالث ، فيؤخذ من الثمن ، الثالث الذي هو الثلاثة (٦) قوله (الى الصحيح) متعلق بقوله (نسبة) ، (٢) اشاره الى ان الأرش هو اخذ النسبة من الثمن الذي هو الثلاثة من التسعة في المثال ، لا اخذ التفاوت الذي هو الاربعة

المشتري ، فاذا فاته (١) تسلیم بعضه (٢) ضمنه (٣) بمقدار ما يخصه (٤) من الثمن (٥) لا بقيمةه (٦) نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء أكثر النصوص ، يوهم ارادة قيمة العيب كلّها ، الا انّها محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع (٧) بقرينة (٨) ما فيها (٩) من (١٠) انّ البايّع يردّ على المشتري ، وظاهره (١١) كون المردود شيئاً من الثمن الظاهر (١٢) في عدم زیادته عليه ، بل في نقصانه

(١) الضمير المفعول عائد الى البايّع (٢) يرجع الضمير الى المبيع (٣) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى البايّع ، والضمير المفعول الى البعض (٤) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى (ما) والضمير المفعول الى البعض (٥) حاصله : انّ البايّع اذا فاتته ثلاثة ثلث المبيع ، ضمن الثالث المذكور بمقدار ثلث الثمن ، لا انه ضمن ثلاثة المبيع بقيمه الواقعية ، لأنّ هذا الضمان ، ضمان المعاوضة ، لا ضمان اليد (٦) يرجع الضمير الى البعض اى لا انّ البايّع ضمن البعض بقيمه الواقعية (٧) مثلاً اذا اشتري متاعاً بالاثنتي عشر ، ثمّ قوم صحّيحاً بالاثنتي عشر ، ومعيّباً بثمانية ، يكون التفاوت بين الصحيح والمعيّب اربعة ، وتكون النسبة بين التفاوت والصحيح ، الثالث ، فيؤخذ من الثمن الذي هو الاثنتي عشر ، ثلثه ، وهو الأربعة ، فيكون التفاوت الذي هو الأربعة ، مساوياً للنسبة التي هي الأربع ، لأجل كون الثمن مساوياً للقيمة السوقية (٨) قوله (بقرينة) متعلق بقوله (محمولة) ، (٩) يرجع الضمير الى النصوص (١٠) بيان لـ (ما) ، (١١) اى ظاهراً انّ البايّع يردّ على المشتري كون المردود شيئاً من الثمن (١٢) قوله (الظاهر) صفة لقوله (المردود) يعني الشيء المردود الظاهر في ←

فلو كان اللازم (١) هو نفس التفاوت لزاد (٢) على الثمن في بعض الأوقات ، كما اذا اشتري جارية بدينارين وكان معبيها تسوى مائة ، و صحيحها تسوى ازيد (٣) فيلزم استحقاق مائة دينار ، فاذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلا بقرينة عدم صدق الرد والاسترجاع (٤)

→ عدم زيادته على الثمن ، بل الظاهر في نقصان المردود عن الثمن (١) يعني فلو كان اللازم في الرد ، هو نفس التفاوت بين الصحيح ومعيب ، لزاد المردود على الثمن في بعض الموارد ، كما اذا اشتري جارية بدينارين ، وكان معبيها تسوى مائة ، و صحيحها ازيد من قيمة المعيب بمائة ، يعني كان معبيها تسوى مائة ، و صحيحها مائتين ، فيلزم ان يستحق المشتري مائة دينار ، ومن المعلوم ان المائة ليست جزء من الثمن ، فلا يصح ان يكون المراد من الأرش نفس التفاوت الذي هو المائة بل المراد منه جزء من الثمن نسبة اليه كنسبة التفاوت الى الصحيح ، فان التفاوت هو المائة ، فان نسبة الى المائتين هو النصف ، فيؤخذ من الثمن الذي هو الديناران ، نصفه ، فاذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلا في النصوص وكلماتهم الدالة على رد قيمة العيب بقرينة عدم صدق الرد وعدم صدق الاسترجاع تعين كون التعبير ، لأجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن (٢) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى التفاوت (٣) يعني و كان صحيحها تسوى ازيد من المعيب بمائة (٤) الاسترجاع ، عطف على قوله (الرد) يعني اذا لم يكن مثل هذا الفرد المذكور داخلا في كلام جماعة من القدماء و النصوص الدالة على رد قيمة العيب من الثمن بسبب قرينة عدم صدق الرد والاسترجاع ، تعين كون التعبير في ←

تعيّن (١) كون هذا التعبير (٢) لأجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن فإذا بني الأمر (٣) على ملاحظة الغلبة ، فمقتضاها (٤) الاختصاص بما هو الغالب من (٥) اشتراء الاشياء من اهلها فى اسواقها بقيمتها المتعارفة ، وقد توهם بعض من لا تحصيل له ، آن العيب اذا كان فى الثمن ، كان ارشه تمام التفاوت (٦) بين الصحيح والمعيب ، ونشائه (٧) ما يتراهى فى الغالب من وقوع الثمن فى الغالب نقدا غالبا مساويا

→ كلماتهم و النصوص برد قيمة العيب ، لأجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن (١) قوله (تعيّن) جواب شرط لـ (اذا)، (٢) اشارة الى التعبير برد قيمة العيب فى النصوص و كلام جماعة (٣) يعني اذا بني الأمر فى رد قيمة العيب الذى ورد فى النصوص و كلمات القدماء على ملاحظة الغلبة ، فمقتضى الغلبة ، اختصاص النصوص و كلمات القدماء بما هو الغالب من اشتراء الاشياء من اهلها فى اسواقها بقيمتها المتعارفة فحينئذ ليس النصوص و كلمات القدماء منافية لما ذكرناه من ملاحظة النسبة (٤) الضمير يرجع الى الغلبة (٥) بيان لـ (ما)، (٦) فعلى قول هذا البعض ، اذا باع الفرس بعد ، و انكشف كون العبد معينا و كان قيمة الفرس بالنقد مائة دينار ، و قيمة العبد صحيحا مأتين ، و معينا مائة لزم ان يأخذ البايع من المشتري مائة دينار ، فيجتمع عند البايع الثمن و المثلمن ، بخلاف ملاحظة النسبة ، فحينئذ يأخذ من المشتري خمسين لاّن نسبة التفاوت الى الصحيح بالنصف (٧) اي منشأ توهם هذا البعض

لقيمة المبيع (١) فإذا ظهر (٢) معيباً وجب تصحيحه ببذل تمام التفاوت
وإلا (٣) فلو فرض أنه اشتري عبداً بجارية تسوى معيبها (٤) أضعاف
قيمتها (٥) فإنه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها ومعيبها قطعاً
وكيف كان، فالظاهر أنه (٦) لا إشكال (٧) ولا خلاف في ذلك (٨)

(١) مثلاً، إذا باع الكتاب بالاثنتي عشر درهماً، ثم انكشف كون الثمن
معيباً، وكان قيمته صحيحاً الاثنتي عشر، ومعيباً ثمانية، يكون التفاوت
أربعة، وملحوظة نسبة التفاوت إلى الصحيح أيضاً أربعة، لأن النسبة
الأربعة إلى الاثنتي عشر بالثالث، فيؤخذ من الثمن ثلثة، وهو الأربعة
(٢) الضمير الفاعل المستتر يرجع إلى الثمن (٣) يعني وإن لم يكن
الثمن نقداً مساوياً لقيمة، فما ذكرناه في المثلمن جار في الثمن أيضاً، فلو
فرض، أن المشتري اشتري عبداً مثمناً، بجارية ثمناً، تسوى معيب الجارية
أضعاف قيمة العبد، مثلاً كانت قيمة العبد عشرة وقيمة الجارية صحيحةً
ثمانين، ومعيبةً أربعين، فإنه لا يجب على المشتري بذل التفاوت بين
الصحيحة والمعيبة الذي هو الأربعون، بل اللازم أن يبذل للبائع نصف
قيمة المثلمن الذي هو العبد، لأن نسبة التفاوت إلى الصحيحة بالنصف
فيأخذ البائع من المشتري نصف قيمة المثلمن الذي هو الخمسة (٤) أي
معيب الجارية (٥) يرجع الضمير إلى العبد (٦) الضمير للشأن (٧) يعني
إنه لا إشكال ولا خلاف فيما ذكرناه، من أن الأرش جزء من الثمن نسبته
اليه كنسبة التفاوت بين الصحيح ومعيب إلى الصحيح، وإن كان
المترائي في بادي النظر، خلاف ما ذكرنا، إلا التأمل التام في الأخبار
قاض بخلاف المترائي منها (٨) اشارة إلى أن الأرش جزء من الثمن ←

وان كان المترائي من الأخبار خلافه (١) الا ان التأمل فيها قاض بخلافه (٢) نعم يشكل الأمر (٣) في المقام من جهة أخرى، وهي ان مقتضى ضمان وصف الصحة بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمتها (٤) انفساخ العقد (٥) في ذلك المقدار ، لعدم مقابل له (٦) حين العقد ، كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع ، مع انه لم يقل به (٧) احد ، ويلزم من ذلك (٨) ايضا تعين اخذ الأرش من الثمن مع ان ظاهر جماعة عدم تعينه منه

→ نسبة اليه كنسبة التفاوت بين الصحيح ومعه إلى الصحيح (١)
الضمير يرجع إلى قوله (ذلك)، (٢) الضمير عائد إلى المترائي (٣) يعني يشكل الأمر في الأرش من جهة أخرى وهو كون ضمان وصف الصحة، ضمان المعاوضة ، وهي ان مقتضى ضمان وصف الصحة انفساخ العقد في ذلك المقدار لعدم مقابل له حين العقد ، وبعبارة أخرى ، ان النقص مضمون بما يخصه من الثمن اذا وزع على المجموع ، فضمان النقص يقتضي انفساخ العقد في مقابله من الثمن ، وحاصل الاشتراك : ان مقدار الأرش من الثمن ، خارج عن الجزئية له من اول حدوث البيع ، كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع مع انه لم يقل به احد (٤) قوله (بقيمتها) عطف على قوله (بمقدار) يعني ان ضمان وصف الصحة ليس بقيمتها الواقعية (٥) قوله (انفساخ العقد) خبر ل (ان)، (٦) يرجع الضمير إلى قوله (ذلك) المقدار (٧) اي مع انه لم يقل احد بانفساخ العقد في ذلك المقدار بل قالوا : ان للمشتري الخيار بين رد المبيع و اخذ الأرش ، لانه لم يبطل العقد بمقدار وصف الصحة (٨) اي ويلزم من مقتضى الصحة بمقدار ما يخصه من الثمن . تعين اخذ الأرش من الثمن مع ان ظاهر جماعة ←

معللاً بـأنه غرامة ، و توضيجه (١) أنّ الأرش لتميم المعيب حتى يصيّر مقابلاً للثمن ، لا لتنقيص الثمن حتى يصيّر مقابلاً للمعيب ، ولذا (٢) سميّ ارشا ، كسائر الا روشن المتداركة للنفائض ، فضمان العيب على هذا الوجه (٣) خارج عن الضمانين المذكورين (٤) لأنّ ضمان المعاوضة يقتضى انفساخ المعاوضة بالنسبة الى الفائت (٥) المضمون و مقابلته ، اذ لا معنى له (٦) غير ضمان الشئ و اجزاءه بعوضه (٧) المسمى و اجزائه (٨) و الضمان الآخر (٩) يقتضى ضمان الشئ بقيمة الواقعية

→ عدم تعين الأرش من الثمن (١) اي توضيح دفع الاشكال ، انّ الأرش لتميم المعيب حتى يصيّر مقابلاً للثمن ، لا لتنقيص الثمن حتى يصيّر مقابلاً للمعيب لي رد الاشكال المذكور (٢) اشارة الى انّ الأرش لتميم المعيب ، اي لأجل انّ الأرش لتميم المعيب سميّ ارشا ، قال فـى المجمع : الأرش ما يأخذه المشترى من البائع اذا اطلع على عيب فـى المبيع ، و منه اروشن الجنایات ، لأنّها جابرة للنقض (٣) اشارة الى انّ الأرش لتميم المعيب (٤) احد هما : ضمان المعاوضة ، و ثانيهما : ضمان اليد (٥) اي ضمان المعاوضة يقتضى انفساخ المعاوضة بالنسبة الى الوصف الفائت من المبيع المضمون على البائع و ما يقابلة من الثمن (٦) يرجع الضمير الى ضمان المعاوضة (٧) الضمير يرجع السى الشئ ، و المراد من العوض ، هو الثمن ، و قوله (المسمى) صفة لـ (عوض) مضاف (٨) قوله (اجزائه) عطف على قوله (عوضه) و الضمير يرجع الى العوض (٩) فالمراد من الضمان الآخر ، هو ضمان اليد

فلا اوثق (١) من ان يقال : ان مقتضى المعاوضة ، عرفا ، هو عدم مقابلة وصف الصحة بشئ من الثمن ، لانه (٢) امر معنوى كسائر الاوصاف ، ولذا (٣) لو قابل المعيب

(١) يعني هذا الذى يذكر اوثق التقريرات فى ثبوت الأرش و ليس تقرير اوثق من هذا التقرير فى ثبوت الأرش ، و حاصل التقرير : ان مقتضى المعاوضة عدم مقابلة وصف الصحة بجزء من الثمن ، لانه امر معنوى كسائر الاوصاف ، فان الكتابة فى العبد ، مثلا لا تقابل بجزء من الثمن حتى يكون اصل العبد بخمسين و كتابته بعشرة ، وكذلك وصف الصحة ، فان الوصف لا يقابل بجزء من الثمن حتى يقال عند عدمه ، بانفساح المعاوضة بالنسبة الى الوصف الفائد المضمون وما يقابلها من الثمن ، نعم الا أمر معنويّة توجب زيادة القيمة ، فان قلت : فاذا كان مقتضى المعاوضة هو عدم مقابلة وصف الصحة بجزء من الثمن ، فلما قال العلماء بثبوت الأرش ، في صورة عدم وصف الصحة ، قلت : انهم قالوا : بثبوت الأرش ، لأجل النص والاجماع ، لا لأجل اقتضاء المعاوضة مقابلة وصف الصحة بجزء من الثمن (٢) الضمير يرجع الى وصف الصحة (٣) اي وأجل ان مقتضى المعاوضة ، هو عدم وصف الصحة بشئ من الثمن ، لو قابل المعيب بما هو انقص منه قدرا فى الجنس الربوى حصل الريا من جهة صدق الزيادة فى طرف المعيب ، مثلا لو باع عشرين متان من الحنطة الصحيحة بثلاثين متان من الحنطة المعيبة ، حصل الريا ، لأن وصف الصحة لم يقابل بشئ من الثمن ، ولو كان وصف الصحة مقابلا بشئ من الثمن لم يلزم الريا ، لانه يكون العشرون من الثلاثين من الحنطة المعيبة فى مقابل العشرين من

بما هو (١) انقص منه (٢) قدرًا ، حصل الربا من جهة صدق الزيادة (٣) وعدم عد العيب (٤) نقصا يتدارك بشئ من مقابلة ، الا ان الدليل من النص والاجماع دل على ضمان هذا الوصف من بين الاوصاف وكونه في عهدة البائع بمعنى وجوب تداركه (٥) بمقدار من الثمن يضاف (٦) إلى ما يقابل بأصل المبيع ، لأجل اتصافه (٧) بوصف الصحة ، فـان هذا الوصف كسائر الاوصاف وان لم يقابلها (٨) شئ من الثمن ، لكن له مدخل في وجود مقدار من الثمن وعده ، فـاذا تعهدت (٩) البائع كان

→ الحنطة المعيبة ، و تكون العشرة الباقية من الثلاثين في مقابل وصف الصحة (١) الضمير يرجع الى (ما) ، (٢) الضمير في قوله (منه) يرجع الى المعيب (٣) اي من جهة صدق زيادة المعيب على الصحيح (٤) قوله (عد العيب) عطف على قوله صدق الزيادة (٥) اي تدارك الوصف المذكور (٦) قوله (يضاف) صفة لـ (المقدار) يعني مقدار اضافه المشتري وزاده في زمان الشراء على مقدار آخر من الثمن الذي يقابل بأصل المبيع مع قطع النظر عن الصحة ، و اـنما اضافه المشتري في زمان الاشتراك لأجل اتصافه بوصف الصحة ، مثلا ، ان ثمن نفس المبيع خمسون ، و اضاف المشتري في زمان الاشتراك الى الخمسين ، عشرة ، لأجل اتصافه بوصف الصحة ، فـان هذا الوصف وان لم يقابلها شئ من الثمن كسائر الاوصاف لكن له دخل في وجود مقدار من الثمن ، ان كان وصف الصحة موجودا ، و عدم وجود مقدار من الثمن ، ان كان وصف الصحة معدوما (٧) الضمير يرجع الى المبيع (٨) الضمير المفعول يرجع الى قوله (هذا الوصف) و هو وصف الصحة (٩) يعني فـاذا تعهدت البائع وصف الصحة ، كان ←

للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده باداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله وللمشتري ايضاً اسقاط هذا الالتزام (١) عنه (٢) نعم يبقى الكلام في كون هذا الضمان المخالف للأصل (٣) بعين بعض الثمن، كما هو (٤) ظاهر تعريف الأرش في كلام الأكثر، بأنه جزء من الثمن، او بمقداره (٥) كما هو (٦) مختار العلامة في صريح التذكرة، وظاهر غيرها والشهيدين في كتبهما، وجهاً (٧) تردد بينهما في جامع المقاصد

→ للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده ، و حاصله : أن اطلاق العقد يقتضي وقوعه مبنياً على سلامة المبيع عن العيب . فكان وصف الصحة مشترط في نفس العقد ، وكان البائع تعهد « في متن العقد ، فإذا تعهد به كان للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده باداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله (١) اشارة الى التزام البائع وصف الصحة ، والضمير في قوله (عنه) يرجع الى البائع (٢) فلا يخفى أن قوله (توضيحه : أن الأرش) الى هنا ، جواب للاشكال الأول ، وهو ما تقدم في ص ٢٨ بقوله (نعم يشكل الأمر في المقام ، الخ) وأنه شرع بقوله (نعم يبقى الكلام ، الخ) في جواب الاشكال الثاني وهو ما تقدم في ص ٢٨ بقوله (و يلزم من ذلك ايضا ، الخ) ، (٣) يعني أن الأصل عدم ضمان فقد وصف الصحة كسائر الاوصاف المشروطة (٤) قوله (كما هو ظاهر ، الخ) قيد و شاهد لكن هذا الضمان بعين بعض الثمن (٥) قوله (بمقداره) عطف على قوله (عین بعض الثمن) والضمير يرجع الى بعض الثمن (٦) قوله (كما هو مختار العلامة قيد بمقداره) ، (٧) قوله (وجهاً) مبتدأ مؤخر ، و قوله (في كون هذا الضمان) خبر مقدم

و اقويهما، الثاني (١) لاصالة عدم تسلط المشتري على شئ من الثمن ، و براءة ذمة البائع من وجوب دفعه (٢) لأنّ المتيقن من مخالفة الأصل (٣) ضمان البائع لتدارك الفائت (٤) الذى التزم وجوده في المبيع بمقدار (٥) وقع الاقدام من المتعاقدين على زيادته (٦) على الثمن ، لداعى وجود هذه الصفة ، لا في مقابلها (٧) مضافا (٨) الى اطلاق قوله ﴿عَلَى رِوَايَتِ حَمَادَ وَعَبْدِ الْمُلْكِ ، أَنَّهُ لَهُ أَرْشُ الْعَيْبِ وَلَا دَلِيلٌ﴾ (٩) على

(١) فالمراد من الثاني ، هو مقداره ، لا عينه ، و إنما جعل الثاني أقوى ، لاصالة عدم تسلط المشتري على شئ من الثمن بعد خروجه عن ملكه بالعقد ، فتسلط المشتري عليه بعد خروجه عن ملكه يحتاج الى دليل و الحال ، انه ليس هنا دليل على تسلط المذكور (٢) الضمير يرجع الى شئ من الثمن (٣) فالمراد بهذا الأصل ، هو اصل عدم ضمان فقد وصف الصحة ، لا بعين بعض الثمن ، ولا بمقداره (٤) اي الوصف الفائت (٥) قوله (بمقدار) متعلق بـ (التدارك) ، (٦) يرجع الضمير الى المقدار (٧) اي ليس الاقدام من المتباينين على زيادته على الثمن في مقابل الصفة حتى يكون العقد منفسحا في ذلك المقدار عند عدم هذه الصفة (٨) قوله (مضافا ، الخ) دليل آخر على كون اقويهما، الثاني ، فإن اطلاق قوله ﴿عَلَى رِوَايَتِ حَمَادَ وَعَبْدِ الْمُلْكِ ، أَنَّهُ لَهُ أَرْشُ الْعَيْبِ وَلَا دَلِيلٌ﴾ في الروايتين ، انه له ارش العيب شامل لكونه من نفس الثمن او من غيره (٩) اي ولا دليل على وجوب كون تدارك العيب بجزء من عين الثمن عدا ما يتراهى من ظاهر التعبير في روايات الأرش عن تدارك العيب بـ رد التفاوت إلى المشتري ، فإن ظاهر الرد كون المردود شيئاً كان عند المشتري أولاً ، وهو بعض الثمن

وجوب كون التدراك بجزء من عين الثمن ، عدا ما يتراهى من ظاهر التعبير فى روایات الأرش عن تدارك العيب برد التفاوت (١) الى المشتري الظاهر (٢) فى كون المردود شيئاً كان (٣) غنده اولاً ، وهو بعض الثمن ، لكن التأمل التام يقضى بان هذا التعبير (٤) وقع بمحلاحة ان الغالب وصول الثمن الى البايع ، وكونه (٥) من النقادين ، فالرد باعتبار النوع ، لا الشخص ، ومن ذلك ظهر ان قوله *ع* فى روایة ابن سنان (٦) : ويوضع عنه من ثمنها (٧) بقدر العيب ان كان فيها محمول (٨)

على الغالب من كون (١) الثمن كلياً في ذمة المشتري ، فإذا اشتغلت ذمة البايِع (٢) بالأُرش حسب المشتري عند اداء الثمن ما في ذمته عليه (٣) ثم على المختار من عدم تعينه (٤) من عين الثمن ، فالظاهر تعينه من النقدين ، لأنهما الأصل في ضمان المضمونات ، الا ان يتراضى على غيرهما من باب الوفاء (٥) او المعاوضة (٦) واستظهر المحقق الثاني من عبارة القواعد والتحrir ، بل الدروس ، عدم تعينه (٧) منهما ، حيث حكما في باب الصرف ، بأنه لو وجد عيب في أحد العوضين المتخالفين (٨) بعد التفرق ، جاز اخذ الأُرش من غير النقدين ولم يجز منهما (٩)

(١) قوله (من كون الثمن ، الخ) بيان لـ (الغالب) ، (٢) يعني اذا اشتغلت ذمة البايِع بالأُرش حسب المشتري عند اداء الثمن الى البايِع ما في ذمته عليه ، مثلاً اذا طلب البايِع من المشتري تسعين ديناراً وهو ثمن المبيع ، وطلب المشتري من البايِع ، العشرة ، وهى الأُرش فحينئذ حسب المشتري ، عشرة من الثمن في مقابل العشرة التي هي الأُرش ، ويدفع الى البايِع ثمانين ديناراً (٣) يرجع الضمير في قوله (ذمه) و(عليه) الى البايِع (٤) يرجع الضمير الى الأُرش (٥) بان يعطى البايِع الحنطة وفاء عن الأُرش الذي كان من النقدين ، ورضي المشتري (٦) اي بان يبيع البايِع الحنطة بمقابل الأُرش الذي كان من النقدين ، وقبل المشتري او يهب البايِع الحنطة بمقابل الأُرش الذي كان من النقدين ، ورضي المشتري (٧) اي عدم تعين الأُرش من النقدين (٨) فالمراد من المتخالفين ، هو ان يكون احدهما الذهب ، والآخر الفضة (٩) اي لو وجد عيب في احد النقدين المتخالفين بعد التفرق ، جاز اخذ الأُرش ←

فاستشكل ذلك (١)

بأن الحقوق المالية (١) إنما يرجع فيها إلى الندين ، فكيف الحق
الثابت باعتبار نقصان في أحد هما . و يمكن رفع هذا الاشكال (٢)

→ للتفرق ، لا يمكن تمييمها بغير الندين أيضا ، لأن ما يستحقه
المشتري على البايع ، ليس إلا النقد ، وغيره لا بد من أن يكون بدلا عنه
فإذا لم يستحق المبدل الذي هو النقد ، لفرض التفرق ، لا يستحق المبدل
الذي هو غير النقد ، فلا ارش أصلاء لأنفسا ولا بدلا (١) فالمراد بالحقوق
المالية ، هي الحقوق التي من قبيل الأموال (٢) أي و يمكن رفع الاشكال
بأن المضمون بالندين ، هي الأموال المتعينة المستقرة ، والحال أن
الثابت في خيار العيب حق صرف غير متعين ، لأن مردود بين أخذ الأرش
وبين الرد ، وأنه ليس ثابتا في الذمة ، لأن تغريم ، أي تكليف باعطاء
مقدار من المال للمشتري ، ولو كان مالا متعينا ثابتا في الذمة ، لبطل
البيع في مقدار ما قبله من الصحيح ، لعدم وصول هذا المقدار الذي
هو عوضه قبل التفرق بناء على اعتبار التقاديس في المجلس في بيع الصرف
حتى بالنسبة إلى الأرش ، كما هو الفرض في كلام العلامة ، وبعبارة
أخرى : أنه يعتبر في المضمون بالندين ، أمور ثلاثة ، أحدها ، ان يكون
مالا ، والحال أن خيار العيب حق صرف ، لا مال ، وثانيها ، ان يكون
متعينا ، والحال أنه مردود بين أخذ الأرش والرد ، وثالثها ، ان يكون
ثابتا و مستقرًا في الذمة ، والحال أنه ليس كذلك ، لأن الأرش تكليف
باعطاء مقدار من المال للمشتري ، كما في نفقة الأقارب ، ولو كان متعينا
ثابتا في الذمة لبطل البيع في مقدار ما قبله من الصحيح ، لعدم وصول
هذا المقدار الذي هو عوضه قبل التفرق بناء على اعتبار التقاديس في ←

بأن المضمون بالنقدين، هي الأموال المتعينة المستقرة ، والثابت هنا ليس مالاً في الذمة ، و إلا بطل البيع فيما قبله (١) من الصحيح، لعدم وصول عوضه قبل التفرق ، وإنما هو (٢) حق

→ المجلس في بيع الصرف حتى بالنسبة إلى الأرش ، كما هو الفرض في كلام العلامة (ره) . والحاصل : أن غرض المصنف ، أن معنى تعيين الأرش في النقدين ، هو عدم استحقاق كل الضامن والمضمون له لامتناع من إدائهما ، وهذا المعنى لا ينافي عدم تعيين الأرش في النقدين بمعنى وقوع غيرهما أرشاً حقيقةً مع التراضي ، لا أن الأرش بتعيين بالنقدين بمعنى غير النقدين بدل عنهما حتى يقال: حيث لا يجوز أخذ المبدل في بيع الصرف لفرض التفرق قبل التقادم ، لا يجوز أخذ البديل أيضاً ، وحينئذ يكون غير النقدين مع التراضي أرشاً ، لا بدلًا (١) يرجع الضمير الفاعل المستتر إلى الثابت ، والضمير المفعول إلى (ما) ، (٢) الضمير يرجع إلى (الثابت) يعني إنما الثابت هو حق خيار ، لو عمله ذو الخيار باختيار الأرش قبل اختيار الرد ، لجاز له مطالبة المال في ضمن أي فرد من افراد المال كان فإن طالب المال ، اي الأرش ، و اختار كون ذلك المال في ضمن غير النقدين ابتداءً و رضي به الآخر ، فإن الذي اختاره هو فرد و مصدق من نفس الأرش ، لا شيء آخر مغایر له ، نعم لا يجب على الآخر الرضا بما اختاره من غير النقدين ، بل له الامتناع منه لعدم تعيينه عليه ، اذ الواجب عليه الكل لا خصوص ما اختاره من غير النقدين ، وهذا الذي ذكرناه في غير بيع الصرف ، واما في بيع الصرف ، فإن صاحب الخيار ، إن طالب المال ، اي الأرش و اختار كون ذلك المال في ضمن غير النقدين ←

لو اعمله (١) جاز له مطالبة المال ، فاذا اختار (٢) الأرش من غير
النقدين ابتداء ، ورضي به (٣) الآخر ، فمختاره (٤) نفس الأرش ، لا
عوض عنه (٥) نعم للأخر (٦) الامتناع منه (٧) لعدم تعينه (٨) عليه

→ فليس للأخر الامتناع عنه لعدم تمكنه من اختيار الأرش من النقدين
لأن التقادس في المجلس في بيع الصرف يعتبر حتى بالنسبة إلى الأرش
(١) الضمير الفاعل المستتر يرجع إلى صاحب الحق ، والضمير المفعول
إلى (الحق) يعني لو اعمل صاحب الحق باختيار الأرش ، جاز له مطالبة
المال في ضمن أي فرد من افراد المال كان (٢) يعني فإذا طالب الأرش
واختار كون ذلك الأرش في ضمن غير النقدين ابتداء ، ورضي به الآخر
فإن الذي اختاره هو فرد من نفس الأرش ، لا شيء آخر ، حتى يقال أنه
الذي اختاره هو عوض عنه (٣) الضمير يرجع إلى غير النقدين (٤) أي
مختار ذي الخيار (٥) الضمير يرجع إلى الأرش ، يعني ليس مختاره
عوضا عن الأرش (٦) أي نعم لا يجب على الآخر الرضا بما اختاره من غير
النقدين ، بل له الامتناع منه لعدم تعينه عليه ، إذ الواجب عليه هو
الكلّى ، لا خصوص ما اختاره ، وهذا إنما في غير بيع الصرف ، وأماما في
بيع الصرف ، فليس له الامتناع منه ، لعدم تمكنه من أخذ الأرش من
النقدين ، لأن التقادس في المجلس في بيع الصرف يعتبر ، حتى بالنسبة
إلى الأرش ، فإذا أخذ الأرش من النقدين صدق التقادس بعد التفرق
فهو ليس بجائز في بيع الصرف (٧) يرجع الضمير إلى غير النقدين (٨)
أي عدم تعين غير النقدين على الآخر

كما ان (١) لذى الخيار مطالبة النقدين فى غير هذا المقام (٢) وان لم يكن للأخر الامتناع حينئذ ، وبالجملة (٣) فليس هنا شئ معين ثابت فى الذمة ، الا ان دفع غير النقدين يتوقف على رضا ذى الخيار ، ويكون (٤) نفس الأرش بخلاف دفع النقدين ، فانه اذا اختير غيرهما (٥) لم يتعين للأرشية ، ثم انه قد تبين (٦) مما ذكرنا فى معنى الأرش ، انه

(١) اي كما ان لذى الخيار مطالبة الأرش من النقدين فى غير بيع الصرف وان لم يكن للأخر الامتناع منه حين طالبه من النقدين لتعيينه عليه حينئذ ولا يجوز لذى الخيار مطالبة الأرش من النقدين فى المقام الذى هو بيع الصرف ، لأنّه يصدق التقابض قبل التفرق ، وهو لا يجوز ، لأن التفرق قبل التقابض موجب لاختلال شرط صحة بيع الصرف ، لأن شرط صحة بيع الصرف هو التقابض قبل التفرق حتى بالنسبة الى الأرش (٢) اشارة الى بيع الصرف (٣) اي وبالجملة ، فليس فى باب الأرش ، شئ معين ثابت فى الذمة ، الا ان دفع غير النقدين فى غير بيع الصرف يتوقف على رضا ذى الخيار ، ويكون غير النقدين حينئذ نفس الأرش مع الرضا بخلاف دفع النقدين فى غير بيع الصرف ، فان الدافع اذا اختير غيرهما من دون رضى الآخر ، لم يتعين للأرشية (٤) اسم يكون مستتر يرجع الى غير النقدين (٥) يعني فانه اذا اختار الدافع غير النقدين فى غير بيع الصرف بدون رضى الآخر ، لم يتعين للأرشية ، و يتحمل وقوع الغلط فى النسخة ، والصواب ان يقال : فانه اذا اختير احدهما ، يتعين للأرشية (٦) والح الحال ، انه قد تبين ان معنى الأرش ، هو كونه مقدارا مساويا لبعض الثمن ، ولا يصح ان يكون الأرش مستغرقا ل تمام الثمن ←

لا يكون الا مقدارا مساويا لبعض الثمن ، ولا يعقل ان يكون (١) مستغرقا له (٢) لأن المعيب ان لم يكن مما يتمول و يبذل (٣) في مقابله (٤) شئ من المال ، بطل بيته ، والا (٥) فلا بد من ان يبقى له من الثمن قسط نعم ر بما يتصور ذلك (٦) فيما اذا حدث قبل القبض ، او في زمان الخيار عيب يستغرق للقيمة مع بقاء الشئ على صفة التملك بناء على ان مثل ذلك (٧) غير ملحق بالتلف في افساخ العقد به (٨) بل يأخذ المشتري ارش العيب ، وهو هنا (٩) مقدار تمام الثمن ، لكن عدم الحاقه بالتلف ، مشكل بناء (١٠) على ان العيب اذا كان مضمونا على البايع

→ لأن المعيب ان لم يكن مما يتمول ، كالبطيخ الفاسد والبيض الفاسد بطل البيع ، و حينئذ يسترد المشتري تمام الثمن من البايع (١) اسم (يكون) مستتر يرجع الى الأرش (٢) اي للثمن (٣) قوله (ببذل) عطف على قوله (يتمول) ، (٤) يرجع الضمير الى المعيب (٥) يعني و ان كان المعيب مما يتمول ، فلا بد من ان يبقى له من الثمن قسط (٦) نعم ر بما يتصور كون الأرش مستغرقا للثمن اذا حدث العيب قبل القبض ، او في زمان الخيار مع بقاء الشئ على صفة التملك ، اذ لو خرج الشئ عن صفة التملك ، خرج عن ملك المشتري ، فلا يسمى ما يأخذة من البايع ارشا و ائما قال المصنف (ره) : نعم ر بما يتصور ذلك ، الخ ، لأن التلف و حدوث العيب قبل القبض او في زمان الخيار من البايع (٧) اشارة الى ان العيب مستغرق ل تمام الثمن (٨) الضمير يرجع الى التلف (٩) اشارة الى ارش العيب المستغرق (١٠) قوله (بناءً) علة لقوله (مشكل) اي لكن عدم الحاقه بالتلف ، مشكل ، بناء على ان العيب اذا كان مضمونا على ←

بمقتضى قوله ﴿ع﴾ : ان حدث في الحيوان ، حدث ، فهو من مال البايع حتى ينقضى خياره ، كان (١) هذا العيب كأنه حدث في ملك البايع ، و المفروض انه اذا حدث مثل هذا في ملك البايع كان بيعه باطلًا لعدم كونه متولا يبذل بازائه شئ من المال ، فيجب الحكم بانفساخ العقد اذا حدث مثل هذا بعده (٢) مضمونا على البايع ، الا ان يمنع ذلك (٣) و ان ضمانه (٤) على البايع بمعنى الحكم

→ البايع فيما اذا حدث العيب قبل القبض لأجل قاعدة التلف قبل القبض من مال بايده ، او في زمان الخيار لأجل قوله ﴿ع﴾ : ان حدث في الحيوان ، حدث ، فهو من مال البايع حتى ينقضى خياره ، كان هذا العيب كأنه حدث في ملك البايع ، و المفروض انه اذا حدث مثل هذا العيب الذى استغرق ارشه تمام الشمن قبل العقد فى ملك البايع كان بيعه باطلًا ، لعدم كونه متولا ، يبذل بازائه شئ من المال ، فيجب الحكم بانفساخ العقد اذا حدث مثل هذا العيب بعد العقد مضمونا على البايع كحدوثه بعد العقد و قبل القبض او في زمان الخيار (١) (كان) جواب شرط لـ (اذا) ، (٢) الضمير يرجع الى العقد (٣) اي الا ان يمنع كون حدوث هذا العيب ، كأنه حدث في ملك البايع قبل العقد بل ان يقال : ليس حال العيب بعد العقد حال حدوث العيب قبل العقد (٤) اي الا ان يمنع ذلك ، ويصح ان يقال : ان ضمان العيب المذكور بعد العقد على البايع ، بمعنى الحكم يكون دركه و خسارته عليه ، فهو بمنزلة الحادث قبل البيع فى هذا الحكم الذى دركه على البايع ، لا مطلقا حتى ينفسخ العقد به ، وحتى يرجع هذا الملك ←

بكون دركه عليه (١) فهو (٢) بمنزلة الحادث قبل البيع في هذا الحكم (٣) لا مطلاً حتى ينفسخ العقد به (٤) ويرجع (٥) هذا الملك الموجود غير المتمول إلى البائع ، بل لو فرضنا حدوث العيب على وجهه (٦) عن الملك ، فلا دليل (٧) على الحاقه بالتلف ، بل يبقى العين الغير المملوكة حقاً للمشتري ، وان لم يكن ملكاً له ، كالخل المنقلب للتخليل (٨) ويأخذ الثمن او مقداره من البائع ارشا ، لا من باب

→ الموجود الغير المتمول إلى البائع (١) اي على البائع (٢) الضمير يرجع إلى العيب الحادث بعد العقد (٣) اشارة الى الحكم بكون دركه على البائع (٤) يرجع الضمير إلى العيب الحادث بعد العقد (٥) قوله (يرجع) عطف على قوله (ينفسخ) ، (٦) يرجع الضمير إلى المبيع المعيب (٧) قوله (فلا دليل) جواب شرط لـ (لو) ، (٨) فلا يخفى ، أن العيب الوارد على العين ، تارة يوجب سلب المالية رأساً ممع بقاء ذات المبيع ملكاً كذها براحة الورد ، بحيث كان بلا فائدة اصلاً ، وآخر يوجب سلب الملكية ايضاً مع بقاء حق الاختصاص ، كالخل المنقلب خمراً مع امكان اتخاذه للتخليل ، فالعيب الذي يوجب سلب المالية و سلب الملكية لا يوجب سلب حق الاختصاص ، فحينئذ لو فرضنا حدوث العيب بعد العقد مضمنا على البائع على وجه اخرجه عن كونه متمولاً وعن كونه ملكاً فلا دليل على الحق المبيع بالتلف ، بل تبقى العين الغير المتمولة و الغير المملوكة حقاً للمشتري ، وان لم يكن مالاً و ملكاً له كالخل الذي انقلب خمراً بعد العقد مع امكان اتخاذه للتخليل ، و حينئذ يكون اخذ المشتري الثمن من البائع من باب الأرش ، لا من باب انفساخ العقد

انفساخ العقد (١) هذا الا (٢) ان العلامة قد سرّه في القواعد و التذكرة والتحرير و محکى النهاية ، يظهر منه الأرش المستوعب في العيب المتقدم على العقد الذي ذكرنا (٣) انه لا يعقل فيه استيعاب الأرش للثمن قال في القواعد : لو باع العبد الجانى خطاء (٤) ضمن اقل الأمرين (٥)

(١) ، *لا * في قوله (لا من باب ، الخ) عاطفة ، فيكون قوله (من باب انفساخ العقد) عطف على قوله (ارشا) ، (٢) يعني ظهر مما ذكرنا في معنى الأرش ، انه لا يعقل ان يكون مستوعبا و مستغرقا للثمن في العيب المتقدم على العقد ، لأن العيب ان لم يكن مما يتمول و يبذل في مقابله شيء من المال ، بطل بيته ، الا انه يظهر من العلامة في كتبه الثلاثة و محکى النهاية ، ثبوت الأرش المستوعب للثمن في العيب المتقدم على العقد ، والحال انا ذكرنا انه لا يعقل في العيب المتقدم على العقد استيعاب الأرش للثمن (٣) يعني الذي ذكرنا ، انه لا يعقل في العيب المتقدم على العقد استيعاب الأرش للثمن ، و انه يجب بطلان البيع بخلاف العلامة في كتبه الثلاثة و محکى النهاية ، حيث قال في القواعد لو باع العبد الجانى ، الخ (٤) و الحاصل : ان المولى قبل بيع العبد الجانى خطاء ، مخـير بين التزامه لفدائـه و بين تسليمه الى المجنى عليه او ولـيه ، فاذا اخرجه عن ملكـه ، تعـين الأول ، فحيـنئـذ ضمن اقل الأمـرين على رأـي ، و الأـرش على رأـي ، و صـح البيـع ان كان المـولـى الـبـاعـ مـوسـرا بـشـرـطـ بـذـلـ الـواـجـبـ ، و الاـ فالـحـكمـ كـماـ كـانـ مـعـسـراـ (٥) فالـمـرـادـ بـالـأـمـرـينـ ، قـيـمةـ الـعـبـدـ وـ اـرـشـ الـجـنـاـيـةـ ، فـاـنـ كـانـ قـيـمةـ الـعـبـدـ اـقـلـ ضـمـنـهـ ، لـاـنـ الـجـانـىـ لـاـ يـجـنـىـ اـكـثـرـ مـنـ نـفـسـهـ ، وـاـنـ كـانـ اـرـشـ الـجـنـاـيـةـ اـقـلـ ، لـمـ يـلـزـمـ اـكـثـرـ مـنـهـ

على رأى ، والأرش (١) على رأى ، وصح البيع ان كان موسرا ، والا (٢)
تخير المجنى عليه ، ولو كان (٣) عمدا وقف على اجازة المجنى عليه و
يضمن (٤) الأقل من الأرش و القيمة ، لا الثمن (٥) معهـا (٦) و
للمشتري (٧) الفسخ مع الجهل ، فيرجع بالثمن

(١) فالمراد بالأرش هنا ، هو ارش الجنائية (٢) يعني وان لم يكن
المولى موسرا ، تخير المجنى عليه ، او ولـه بين فسخ البيع واسترقاقه ، و
بين ابقاءه حين يساره ، فيرجع عليه بالواجب . وكذا يفسخ لو ماطل وهو
موسرا (٣) يعني لو كان العبد الجنـى المـبيع . قد جـنى عـدـا . لـوقف
البيـع عـلى اـجازـةـ المـجـنـىـ عـلـيـهـ . اوـ ولـيـهـ لـتـعلـقـ حـقـهـ بـالـعـيـنـ . فيـكـونـ
المـجـنـىـ عـلـيـهـ . اوـ ولـيـهـ مـخـيـراـ بـيـنـ الفـسـخـ وـ الـاجـازـةـ . فـانـ اـجاـزـ المـجـنـىـ عـلـيـهـ
اوـ ولـيـهـ الـبـيـعـ ، يـضـمـنـ المـوـلـىـ حـيـنـئـذـ الـأـقـلـ مـنـ اـرـشـ الـجـنـائـيـ وـ قـيـمـةـ الـعـبـدـ
وـ لـاـ يـضـمـنـ الثـمـنـ ، وـ اـنـ كـانـ رـائـدـ اـلـيـهـمـ اوـ نـاقـصـاـ عـنـهـمـ (٤) الصـمـيرـ
الـمـسـتـرـ الـفـاعـلـ يـرـجـعـ إـلـىـ الـبـاـيـعـ الـمـوـلـىـ (٥) لـاـ *ـ فـيـ قـوـلـهـ (ـ لـاـ الثـمـنـ)ـ
عـاطـفـةـ لـلـثـمـنـ عـلـىـ الـأـقـلـ ، بـعـنـىـ لـاـ يـضـمـنـ الـبـاـيـعـ الـمـوـلـىـ الـثـمـنـ (٦) قـوـلـهـ (ـ مـعـهـاـ)
مـتـعـلـقـ بـقـوـلـهـ (ـ يـضـمـنـ)ـ وـ الـصـمـيرـ فـيـ قـوـلـهـ (ـ مـعـهـاـ)ـ يـرـجـعـ إـلـىـ الـإـجـارـةـ ، ايـ اـحـارـةـ
الـمـجـنـىـ عـلـيـهـ الـبـيـعـ ، يـعـنـىـ يـضـمـنـ الـمـوـلـىـ الـبـاـيـعـ . الـأـقـلـ مـنـ اـرـشـ الـجـنـائـيـ
وـ الـقـيـمـةـ مـعـ اـجـازـةـ المـجـنـىـ عـلـيـهـ الـبـيـعـ (٧) هـذـاـ الـذـىـ تـقـدـمـ مـنـ الـعـلـامـةـ
رـاجـعـ إـلـىـ حـالـ الـمـوـلـىـ الـبـاـيـعـ وـ الـمـجـنـىـ عـلـيـهـ ، وـ اـمـاـ الـذـىـ رـاجـعـ إـلـىـ
حـالـ الـمـشـتـريـ ، فـقـالـ فـيـ الـقـوـاعـدـ : (ـ فـلـلـمـشـتـريـ الـفـسـخـ . الـخـ)ـ يـعـنـىـ
فـلـلـمـشـتـريـ الـجـاهـلـ ، بـأـنـ الـعـبـدـ جـانـ ، الـفـسـخـ ، فـيـرـجـعـ بـالـثـمـنـ ، فـلـهـ
الأـرـشـ مـعـ دـمـ الـفـسـخـ

او الأرش (١) فان استوعب الجنائية القيمة ، فالأرش ثمنه (٢) ايضا، و الا (٣) فقدر الأرش ، ولا يرجع لوكان (٤) عالما له (٥) ان يفديه كالمالك ، ولا يرجع (٦) به عليه ، ولو اقتض (٧)

(١) قوله (الأرش) عطف على قوله (الفسخ) يعني ، فللمشتري الأرش مع عدم الفسخ ، ويحتمل ان يكون الأرش عطفا على الثمن ، يعني ، فيرجع بالثمن مع الفسخ ، او يرجع بالأرش مع عدم الفسخ (٢) حاصل العبارة المذكورة : ان المشتري يرجع ب تمام الثمن ان فسخ ، ويرجع بالأرش ان لم يفسخ ، وعلى الثاني ، فان استوعبت الجنائية ، القيمة ، يرجع ب تمام الثمن ايضا ، ارشا لا فسخا ، لأن الأرش في مثل ذلك تمام الثمن ، و الحاصل : ان مراد العلامة (ره) : ان المشتري مع الجهل يرجع الى تمام الثمن في الصورتين . احد يهما : صورة الفسخ ، و ثانية يهما : صورة عدم الفسخ ، و اختيار الأرش مع استيعاب الجنائية القيمة (٣) يعني وان لم يستوعب الجنائية قيمة العبد ، فقدر الأرش هو الواجب (٤) اي لوكان المشتري عالما بان العبد جان ، فلا رجوع له على البائع بالثمن ، لأنّه ليس له الفسخ لعلمه بالعيوب (٥) اي و للمشتري العالم بالعيوب ان يفديه بان يعطى للمجنى عليه الأقل من ارش الجنائية و القيمة ، فليس لـه الرجوع على البائع بما يفديه . لأنّه كان عالما بالعيوب (٦) اي ولا يرجع المشتري بما يفديه على البائع ، لأنّه كان عالما بالعيوب (٧) يعني ولو اقتض من العبد في يد المشتري مع كونه جاهلا بـان العبد جان ، فلا رد لأن ذلك الاقتراض عيب حدث في يد المشتري ، فيكون مضمونا ، فامتنع الرد ، لأن الاقتراض عيب حدث عند المشتري ، لكن له مطالبة الأرش ←

منه (١) فلارّد وله الأرش وهو نسبة تفاوت (٢) ما بين كونه جانيا وغير جان من الثمن، انتهى (٣) وذكر في التذكرة هذه العبارة بعينها في باب العيوب، وقال في أوائل البيع من التذكرة ، في مسئلة بيع العبد الجانى : ولو كان (٤) المولى معسرا ، لم يسقط حق المجنى عليه من الرقبة ، ما لم يجز البيع أولا ، فاـنـ الـبـاـيـعـ (٥)

→ كما لو حدث في المبيع عيب آخر عند المشتري الجاهل بعييه ، فلا يخفى ، آن هذا حيث يكون الاقتصاص في غير زمان الخيار المختص بالمشتري ، فـاـنـهـ فـيـ زـمـانـ هـذـاـ خـيـارـ مـضـمـونـ عـلـىـ الـبـاـيـعـ (١) الضمير يرجع إلى العبد الجانى (٢) يعني ، آن الأرش جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت بين الصحيح والمعيب إلى الصحيح ، مثلاً كان ثمن العبد ، تسعه ، وكان قيمته جانيا ، ثمانية ، وقيمه غير جان ، اثنى عشر ، فيكون التفاوت بين الثمانية والاثنى عشر ، اربعة ، فنسبة التفاوت الذي هو الأربعة إلى الصحيح الذي هو الاثنى عشر ، هو الثالث ، فيؤخذ من الثمن الثالث الذي هو الثلاثة (٣) انتهى ما ذكره في القواعد ، فظهر مما ذكره فيها ثبوت الأرش المستوجب في العيب المتقدم على العقد وصحة البيع ، و الحال آن المصنف (ره) ذكر أنه لا يعقل في العيب المتقدم على العقد استيعاب الأرش للثمن ، وذكر أنه يجب بطلان البيع (٤) يعني لو باع المولى عبداً جانيا ، وكان معسرا ، لم يسقط حق المجنى عليه عن رقبة العبد بمجرد بيع المولى ولم ينتقل حقه عن رقبته إلى ذمة المولى ما لم يجز المجنى عليه بيع العبد الجانى أولاً (٥) اي فـاـنـ الـبـاـيـعـ يملك نقل حق المجنى عليه عن رقبة العبد بـفـدـائـهـ ، فـاـنـ الـبـاـيـعـ اذا

انما يملك نقل حقه (١) عن رقبته (٢) بفداءه ، ولا يحصل (٣) من ذمة العسر ، فيبقى حق المجنى عليه مقدما على حق المشتري ، ويتخير المشتري الجاهل في الفسخ ، ويرجع (٤) بالثمن ، وبه (٥) قال احمد وبعض الشافعية ، او مع الاستيعاب ، لأن ارش مثل هذا (٦) جميع ثمنه (٧)

→ اعطى الغدية على المجنى عليه تفك رقبته ، لأن بيع المولى لا يوجب فك رقبته (١) الضمير عائد الى المجنى عليه (٢) اي عن رقبة العبد الجانى ، قال في اقرب الموارد : (فَدَاءُهُ) من الاسر و نحوه (ض) يفيد يه فِدَاءً و فِدَا و فَدَأً (يائى) : استنقذه بمال ، الى ان قال : (الْفِدَاءُ وَ الْفَدَى وَ الْفِدَى) مصادر و - ما يعطى من المال عوض المفدى (الْفِدْيَةُ) ما يعطى من المال عوض المفدى ، ج : فِدَأً و فَدَيَاتُ (٣) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى الفداء ، يعني ولا يحصل الفداء من ذمة العسر ، و حينئذ لا يمكن للمعسر ان ينقل حق المجنى عليه من رقبة العبد الى ذمة نفسه ، فيبقى حق المجنى عليه مقدما على حق المشتري ، فيملك المجنى عليه الاسترقاء فيما اذا كان له الاسترقاء (٤) اي يرجع المشتري بتمام الثمن مع الفسخ ، ويرجع بتمام الثمن ايضا مع استيعاب ارش الجنائية للثمن مع عدم الفسخ و اخذ الأرش ، لأن ارش مثل هذا الذى استوعبت جنائيته ل تمام الثمن جميع ثمنه (٥) الضمير يرجع الى الرجوع بالثمن فى صورة فسخ الجاهل (٦) اي و انما يرجع المشتري مع الاستيعاب بجميع الثمن مع انه لم يفسخ البيع ، لأن ارش مثل هذا العيب جميع ثمنه (٧) قوله (جميع) في قوله (جميع ثمنه) خبر لـ (ان)

وان لم يستوعب (١) يرجع بقدر ارشه ، ولو كان عالما بتعلق الحق به (٢) فلا رجوع ، الى ان قال (٣) : وان اوجبت الجنائية قصاصا ، تخيّر المشتري الجاهل بين الأرش والرد ، فان اقتضى (٤) منه (٥) احتمل تعين الأرش ، وهو قسط قيمة ما بينه (٦) جانيا وغير جان

(١) اي وان لم يستوعب ارش الجنائية جميع الثمن ، يرجع بقدر ارشه (٢) يرجع الضمير الى العبد ، يعني ولو كان المشتري عالما بتعلق الحق بالعبد الجانى ، فلا رجوع (٣) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى العلامة (ره) ، يعني قال العلامة (ره) : وان اوجبت جنائية العبد قصاصا ، تخيّر المشتري الجاهل بين اخذ ارش العيب من البائع ، ورد العبد الجانى (٤) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى المجنى عليه (٥) اي وان اقتضى من العبد الجانى في ملك المشتري قبل الرد ، احتمل تعين الأرش ، لأن الاقتراض عيب جديد حدث عند المشتري ، وقد تقدّم آن حدوث عيب جديد عند المشتري يسقط الرد ، فله في هذه الصورة اخذ الأرش (٦) فالمراد من قوله (هو قسط قيمة ما بينه جانيا وغير جان) آن الأرش في صورة عدم الاستيعاب هو جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة التفاوت بين كونه جانيا او غير جان الى غير جان ، مثلا اذا فرضنا آن ثمن العبد ، خمسون ، و آن قيمة كونه جانيا ، تسعون ، و آن قيمة كونه غير جان ، مائة ، و التفاوت بين الصحيح والمعيب ، عشرة ، فيؤخذ من الثمن الذي هو خمسون ، عشرة ، فآن عشرة ، خمس ، اما معنى القسط فقال في اقرب الموارد : (قَسْطًا) الوالي (ن ض) قِسْطاً (عَدَل) (قَسْط) (اض) قَسْطًا و قُسُوطًا بحار و حاد عن الحق ، فهو (قاست) ضد ، قُساط ←

ولا يبطل البيع من اصله ، لأنّه (١) تلف عند المشتري بالعيوب الذي كان فيه (٢) فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كالمريض والمرتد (٣) وقال ابوحنيفه و الشافعى: يرجع (٤) بجميع ثمنه ، لأن تلفه (٥) لأمر استحق عليه عند البايع، فجرى (٦) مجرى اتلافه

→ وفاسطون ، الى ان قال : (القسط) بالكسر: العدل ، يقال : رجل قسط ، كما يقال : شاهد عدل ، يستوى فيه الواحد والجمع : والحصة والنصيب ، انتهى ، فالمراد من القسط هنا ، هو الحصة (حاد) عن الحق ، اى مال عن الحق (١) يرجع الضمير الى العبد المقتضى منه (٢) اى في العبد (٣) والحاصل : أن في مسئلة العبد الذي اقتضى منه فى ملك المشتري ، احتمالان : احدهما ، أن البيع لا يبطل و أن الرد يسقط بسبب الاقتراض عند المشتري بعد القبض ، فيكون تلفه من المشتري ، لا من البايع ، فلا يرجع المشتري الا بجزء الثمن الذي هو قسط قيمة ما بينه جانيا وغير جان ، كما اذا اشتري مريضا يموت عند المشتري بسبب المرض المذكور مع جهله بالمرض ، او اشتري مرتدا يقتل عنده مع جهله بالارتداد ، فأنه لا يبطل البيع فيهما ، بل يصح و يسقط الرد و يتعمّل الأرث ، وثنائيهما ، ما ذهب اليه ابوحنيفه و الشافعى ، وهو أن البيع يبطل من اصله ، و يرجع المشتري بجميع ثمنه ، لأن تلفه بالقصاص لأمر استحقه المجنى عليه على العبد عند البايع ، وهذا الأمر هو قصاصه بسبب جنائيته ، فيجري هذا التلف الذي كان سببه ثابتًا عند البايع ، مجرى اتلاف البايع (٤) اى يرجع المشتري الى البايع بجميع ثمن العبد (٥) الضمير عائد الى العبد (٦) الضمير الفاعل المستتر عائد الى تلف العبد

انتهى (١) وقال (٢) في التحرير في بيع الجنى خطاءً : ولو كان السيد معاً ، لم يسقط حق المجنى عليه عن رقبة العبد ، وللمشتري الفسخ مع عدم علمه ، فان فسخ رجع بالثمن ، وان لم يفسخ (٣) واستوعبت الجنائية قيمته وانتزعت (٤) يرجع المشتري بالثمن ايضاً ، وان لم تستوعب (٥) قيمته رجع بقدر الأرش ، ولو علم المشتري بتعلق الحق برقبة العبد ، لم يرجع بشئ ، ولو اختار المشتري (٦) ان يفديه (٧) جاز ورجع به (٨) على البائع مع الاذن

(١) اى انتهى ما قاله في التذكرة (٢) اى وقال في التحرير في بيع الجنى خطاءً : ولو كان السيد البائع معاً ، لم يسقط حق المجنى عليه عن رقبة العبد بمجرد بيع المولى ، ولم ينتقل حق المجنى عليه عن رقبته الى ذمة المولى ما لم يجز المجنى عليه ببيع العبد الجنى اولاً فاذا لم يسقط حق المجنى عليه عن رقبة العبد ، فللمشتري الفسخ مع عدم علمه بجنائية العبد (٣) اى وان لم يفسخ المشتري البيع واستوعبت الجنائية قيمته وانتزعت رقبة العبد من المشتري ، اى استرقه المجنى عليه يرجع المشتري بالثمن ايضاً (٤) الضمير المستتر يرجع الى رقبة العبد (٥) اى وان لم يفسخ المشتري البيع ولم تستوعب الجنائية قيمة العبد رجع المشتري على البائع بقدر الأرش (٦) اى وان اختار المشتري ان يفدي العبد عوض استرقاقه جاز ، ورجع به على البائع مع الاذن وان يفديه بلا اذن من البائع ، لم يكن له الرجوع عليه ، لانه كاداء الدين بلا اذن من المدين (٧) يرجع الضمير المفعول الى العبد (٨) والضمير يرجع الى الفداء ، المستفاد من قوله (يفديه)

و الا فلا ، انتهى (١) قوله : و انتزعت ، اما راجع الى رقبة العبد ، او الى القيمة اذا باعه المجنى عليه و اخذ قيمته ، وهذا القيد (٢) غير موجود فى باقى عبارات العلامة فى كتبه الثلاثة (٣) وكيف كان ، فالعبد المتعلق برقبته حق للمجنى عليه يستوعب قيمته ، اما ان تكون له قيمة تبدل بازائه (٤) او ، لا (٥) وعلى الأول (٦) فلا بد ان يبقى شئ من الثمن للبائع بازائه (٧) فلا يرجع بجميع الثمن عليه (٨) وعلى الثاني (٩) فينبغي بطلان البيع ، ولو قيل : ان انتزاعه (١٠) عن ملك المشتري

(١) اى انتهى ما ذكره فى التحرير (٢) فالمراد من القيد ، هو قوله (انتزعت) ، (٣) فالمراد بالكتب الثلاثة ، القواعد والتذكرة والنهاية (٤) فلا يخفى : انه لا منافات بين استيعاب الجنائية لقيمة العبد ، وبين ان تكون له قيمة تبدل بازائه ، وذلك فيما اذا كانت القيمة السوقية للعبد الفا ، لكن المشتري اشتراه ، بالف و مائة ، لرغبة للعبد ، وكانت الجنائية تستغرق الفا ، فان حق المجنى عليه يستوعب قيمة العبد التى ، هي الألف ، لكن يبقى بعد ذلك ، مائة من الثمن للبائع ، فحينئذ يبقى شئ من الثمن للبائع (٥) اى او لا تكون له قيمة تبدل بازائه (٦) فالمراد بالأول ، هو قوله (ان تكون له قيمة تبدل بازائه) ، (٧) اى بازاء العبد (٨) يرجع الضمير الى البائع (٩) فالمراد بالثانية ، هو قوله (او ، لا) (١٠) سؤال وجواب ، اما السؤال ، فان انتزاع المجنى عليه العبد عن ملك المشتري كان لحق عليه عند البائع ، فان هذا الانزعاع يوجب غرامة العبد على البائع ، فحينئذ ان رجوع المشتري على البائع ب تمام الثمن من باب الغرامة ، لا من باب بطلان العقد ، لأن الأرش غرامـة ←

لحق كان عليه (١) عند البايع يوجب (٢) غرامته على البايع ، كان (٣) اللازم من ذلك ، مع بعده في نفسه (٤) ان يكون الحكم كذلك فيما لو اقتضى من الجانى عمدا ، وقد عرفت من التذكرة و القواعد : الحكم بقسط من الثمن فيه ، وبالجملة ، فالمسئلة محل تأمل ، والله العالم

* مسئلة *

يعرف الأرش (٥) بمعرفة قيمتي الصحيح ومعيب ، ليعرف التفاوت

→ لا نفس الثمن ، واما الجواب ، فآن اللازم من ذلك ان يكون الحكم كذلك فيما اقتضى من العبد الجانى ، والحال ، انك قد عرفت من التذكرة و القواعد ، الحكم بقسط من الثمن فيه ، فآن هذه العبارة تفيد آن الأرش نفس الثمن او جزء من الثمن (١) يرجع الضمير الى العبد (٢) قوله (يوجب) خبر لـ (آن) ، (٣) قوله (كان) جواب شرط لـ (لو) (٤) يعني لفرض ، آن الأرش الذى يستوعب كان غرامة حتى يكون البيع صحيحا لا نفس الثمن حتى يكون البيع باطل ، لكان بعيدا في نفسه (٥) * تذكرة * : فلا يخفى ، آن الفقهاء (ره) ذكروا فيما هو المدار من تقويم الصحيح ومعيب ، وجوها ، احدها : المدار من تقويم الصحيح ومعيب حال البيع ، لأن الوقت الذى يلاحظ فيه الصحة والعيب ، وثانياً : المدار من تقويمهما حين القبض ، لأن وقت دخول البيع فى ضمان المشتري وقت استقرار ملكه ، وثالثها : المدار هو اعتبار اقل الأمرين من يوم العقد الى يوم القبض ، لأن لو كان الأقل ، يوم العقد ، فالزيادة حصلت فى ملك المشتري ، وان كان الأقل يوم القبض ، فالنقص من ضمان البايع ، لأن وقت الاستقرار ، ورابعها : كون المدار على القيمة ←

بينهما ، فيؤخذ من البائع نسبة ذلك التفاوت (١) وإذا لم تكن القيمة معلومة ، فلا بدّ من الرجوع إلى العارف بها ، وهو (٢) قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند أهل البلد أو أهل الخبرة منهم لهذا المبيع المعين ، أو لمثله (٣) في الصفات المقصودة ، كمن يخبر بآن هذه الحنطة أو مثلها يباع في السوق بذاته ، وهذا داخل في الشهادة يعتبر فيها جميع ما يعتبر في الشهادة على سائر المحسوسات (٤) من العدالة (٥) والأخبار عن الحس والتعدد ، وقد يخبر (٦)

→ حال استحقاق الأرش باختياره أو بحصول المانع من السرد ، لأن ذلك الوقت ، هو وقت استحقاق الأرش ، إذ قبله كان مخيّراً بين السرد والأرش ، وخامسها : اعتبار الأقل من زمان البيع إلى زمان الاستحقاق لخصوص الأرش ، لاصالة البرائة من الزائد عليه ، وسادسها : اعتبار الأكثر من حين البيع إلى حال الاستحقاق لخصوص الأرش نظراً إلى عدم العلم بتدارك العيب المضعون إلا بذلك (١) يعني أنّ الأرش جزء من الثمن نسبة إلى الثمن كنسبة التفاوت بين الصحيح والمعيب إلى الصحيح ، مثلاً كان الثمن ، تسعه ، وقوم المبيع صحيحاً ، اثنى عشر ، ومعيباً ، ثمانية ، فيكون التفاوت بين الثمانية وأثنى عشر ، اربعة ، فنسبة التفاوت الذي هو الأربعة إلى الصحيح الذي هو اثنى عشر ، هو الثالث فيؤخذ من الثمن ثلثه الذي هو الثلاثة (٢) يرجع الضمير إلى العارف (٣) الضمير يرجع إلى المبيع (٤) كالشهادة على رؤية الهلال وقتل زيد ونحوهما (٥) قوله (من العدالة ، الخ) بيان لـ (ما) ، (٦) قوله (وقد يخبر عن نظره) عطف على قوله (قد يخبر عن القيمة) ويرجع الضمير ←

عن نظره و حدسه من جهة كثرة ممارسته (١) اشباء هذا الشئ و ان لم يتحقق اطلاعه على مقدار رغبة الناس فى امثاله ، و هذا يحتاج الى الصفات السابقة (٢) و زيادة المعرفة و الخبرة (٣) بهذا الجنس ، ويقال له بهذا الاعتبار : اهل الخبرة . وقد يخبر (٤) عن قيمته باعتبار خصوصيات فى المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة ، كالصائع العارف بأصناف الذهب و الفضة من حيث الجودة و الردائة ، مع كون قيمة الجيد و الردىء محفوظة عند الناس معرفة بينهم فقوله : هذا قيمته كذا ، يريد به انه من جنس قيمته (٥) كذا ، وهذا فى الحقيقة لا يدخل فى المقصود ، وكذا القسم الأول (٦) فمرادهم بالمقوم هو الثانى ، لكن الأظهر عدم التفرقة بين الأقسام من حيث اعتبار شروط القبول (٧) وان احتمل فى غير الأول الاكتفاء بالواحد ، اما للزوم

→ المستتر الى العارف (١)، (مارسَه) ممارسةً و مراساً : عالجهُ و زوالهُ عاناهُ (اقرب الموارد)، (٢) فالمراد من الصفات السابقة ، هي العدالة و التعدد (٣)، (خبر) الشئ و - به و (خبره) و به خبراً و خبراً و خبرةً و خبرةً و مخبرةً و مخبرةً : علمه بكتبه و حقيقته (اقرب الموارد)، (٤) قوله (و قد يخبر) عطف على قوله (قد يخبر عن القيمة)، (٥) يرجع الضمير الى الجنس (٦) اى وكذا لا يدخل فى المقصود، القسم الأول ، فالحاصل ان الثالث شاهد على الموضوع ، والاول شاهد على المحمول وهو القيمة ، فمرادهم بالمقوم ، هو الثاني (٧) فالمراد من شروط القبول ، هو العدالة و التعدد

الحرج (١) لو اعتبر التعدد ، و امّا لاعتبار الظن (٢) فـى مثل ذلك ممّا انسدّ فيه باب العلم ، و يلزم من طرح قول العادل الواحد (٣) والأخذ بالأقل ، لاصالة برائة ذمة البايـع تضيـيع حق المشـترى فى اكـثر المـقـامـات و امـا لـعـومـ ما دـلـ (٤) عـلـى قـبـولـ قولـ العـادـلـ ، خـرـجـ مـنـهـ ماـ كـانـ مـنـ قـبـيلـ الشـهـادـةـ (٥) كالـقـسـمـ الـأـوـلـ ، دونـ ماـ كـانـ مـنـ قـبـيلـ الفتـوىـ كـالـثـانـىـ

(١) قوله (للزوم الحرج) علّة لقوله (الاكتفاء بالواحد) و انـما يلزم الحرج لو اعتبر التعدد فى غير الأول ، لأنـ الغالـبـ صـعـوبـةـ وـجـدـانـ الاـثـنـينـ فـى غيرـ الأولـ (٢) قوله(لاعتبار الظن) عطف على قوله (للزوم الحرج) يعني أنـ بـابـ الـعـلـمـ فـيـماـ نـحـنـ فـيـهـ مـنـسـدـ ، فـلـابـدـ مـنـ اـنـ يـعـمـلـ بـقـولـ الـوـاحـدـ العـادـلـ ، لأنـ الـظـنـ الـمـطـلـقـ حـجـةـ عـنـ اـنـسـدـادـ بـابـ الـعـلـمـ (٣) دـخـلـ وـ دـفـعـ ، اـمـاـ الدـخـلـ ، فـاـنـ ثـمـ الـبـيـعـ ، مـثـلاـ اـثـنـىـ عـشـرـ ، وـاـنـ الـعـادـلـ الـواـحـدـ ، قالـ : اـنـ نـسـبـةـ التـفـاوـتـ بـيـنـ الصـحـيـحـ وـ الـمعـيـبـ إـلـىـ الصـحـيـحـ هوـ النـصـفـ ، فـلـلـمـشـترـىـ اـنـ يـأـخـذـ مـنـ الثـمـنـ ، نـصـفـ الثـمـنـ الذـىـ هوـ سـتـةـ ، وـ شـكـكـنـاـ فـىـ اـنـ نـسـبـةـ التـفـاوـتـ ، هوـ النـصـفـ حتـىـ يـأـخـذـ المـشـترـىـ مـنـ الـبـاـيـعـ سـتـةـ ، اوـ الثـلـثـ حتـىـ يـأـخـذـ مـنـ الـبـاـيـعـ اـرـبـعـةـ ، فـنـأـخـذـ بـالـأـقـلـ الذـىـ هوـ اـرـبـعـةـ ، لأـجـلـ اـصـالـةـ برـائـةـ ذـمـةـ الـبـاـيـعـ عـنـ الزـائـدـ ، وـ اـمـاـ الدـفـعـ، فـاـنـهـ يـلـزمـ منـ طـرـحـ قولـ العـادـلـ الـواـحـدـ وـ الـأـخـذـ بـالـأـقـلـ ، تـضـيـيعـ حقـ المشـترـىـ فـىـ اـكـثـرـ المـقـامـاتـ (٤) قوله (لعـومـ ما دـلـ) عـلـىـ قـوـلـهـ (للـزـومـ الـحرـجـ) (٥) فلاـ يـخـفـىـ : اـنـ القـضـيـةـ منـحـصـرـةـ إـلـىـ الـخـبـرـيـةـ وـ الـإـنـشـائـيـةـ ، إـلـاـ اـنـ الـخـبـرـيـةـ صـنـفـيـنـ ، فـصـنـفـ مـنـهـاـ ، يـتـصـفـ بـالـشـهـادـةـ ، وـ صـنـفـ آخـرـ ، يـتـمـحـضـ فـىـ كـوـنـهـ خـبـراـ ، وـ الـوـجوـهـ الـتـىـ ذـكـرـتـ لـلـفـرـقـ بـيـنـ الـخـبـرـ وـ الشـهـادـةـ كـثـيرـاـ

لكونه ناشئا عن حدس واجتهاد وتتبع الاشباء والانظار وقياسه (١) عليها (٢) حتى انه (٣) يحكم لأجل ذلك (٤) بانه ينبغي ان يبذل بازاءه (٥) كذا وكذا وان لم يوجد راغب يبذل له ذلك (٦) ثم لو تعذر معرفة القيمة لفقد اهل الخبرة او توقفهم، ففي كفاية الظن (٧) او الأخذ

→ ذكرها الفقهاء، ووجه الوجوه ما ذكره الغروي (ره) بقوله: وسابعها ما يمكن ان يقال: و لعله اوجه الوجوه والأقوال، وهو ان ما يحكي عن الحكم الشرعي والموضع الكلى فهو خبر ورواية، وما يحكي عن التطبيق فهو شهادة، مثلا ما يحكي عن ان الكرّ لا ينجسه شيئاً، وما يحكي ان الكرّ ثلاثة اشبار ونصف، في ثلاثة اشبار ونصف، فهو خبر ورواية، وما يحكي ان هذا الماء كرّ ينطبق عليه المذكور آنفاً، فهو شهادة، وكذا ما يحكي عن وجوب الصوم بدخول شهر رمضان، وان الدخول باهلال الهلال، فهو خبر ورواية، وما يحكي عن تحقق الهلال المترتب عليه الحكم، فهو شهادة، وهكذا في غيره من الموارد، انتهى (٨) يرجع الضمير الى المببع المستفاد من المقام (٩) الضمير يرجع الى الاشباء والانظار (١٠) يرجع الضمير الى العارف (١١) اشارة الى الحدس والاجتهاد وتتبع الاشباء والنظائر وقياسه عليها (١٢) اي بازاء المببع (١٣) اي وان لم يوجد راغب الان يبذل لأجل المببع المذكور ذلك المقدار (١٤) اي ففي كفاية الظن، لأن الظن قائم مقام العلم فيما انسد فيه باب العلم، وما نحن فيه كذلك، او الأخذ بالأقل، لأن المكلف به هو اداء نفس الأرش، فان الأقل والأكثر في المقام استقلاليان والأصل في مثل هذا المقام هي البراءة عن الزائد

بالأقل ، وجهان (١) و يحتمل ضعيفاً الأخذ بالأكثر (٢) لعدم العلم بتدارك العيب المضعون الا به (٣) براءة ذمته ، لأنّه من الشك فـى المحصل ، و إنما كان ضعيفاً ، لأنّ البراءة محكمة ، اذ الشك فى اداء ما عليه تابع للشك فى انه هل اشتغلت ذمته بأكثر من الأقل ، ام لا ولا صالة براءة الذمة عن الأكثر ، و يحتمل القرعة

* مسئلة *

لو تعارض المقومون (٤) فيحتمل تقديم بينة الأقل للأصل

(١) قوله (وجهان) مبتدأ مؤخر و قوله (ففي كفاية الظن) خبر مقدم (٢) اي و يحتمل الأخذ بالأكثر ، لأنّ المقام من قبيل الشك في المحصل ، لأنّه كان المكـلـفـ بـهـ هوـ تـدـارـكـ العـيـبـ المـضـعـونـ ، وـ شـكـ فـىـ آنـ ماـ يـتـدـارـكـ بـهـ هلـ هوـ الأـقـلـ اوـ الأـكـثـرـ ، وـ الأـصـلـ فـىـ مـثـلـهـ الـاشـغـالـ ، وـ وجـهـ ضـعـفـ الأـخـذـ بـالـأـكـثـرـ ، لأنـ الشـكـ فـىـ الـمـقـامـ هوـ الشـكـ بـيـنـ الـأـقـلـ وـ الـأـكـثـرـ الاستقلاليـنـ ، وـ الأـصـلـ فـىـ مـثـلـهـ الـبرـاءـةـ عـنـ الزـائـدـ (٣) الضمير يرجع إلى الأكثر (٤) اي لو تعارض المقومون في فرض كون ثمن المبيع ، اثنى عشر مثلا ، فقال احدهما : آن قيمة المبيع صحيحا ، اثنى عشر ، وقيمتـهـ معـيـباـ ، ثـمـانـيـةـ ، فـنـسـبـةـ التـفـاوـتـ إـلـىـ الصـحـيـحـ ، هـوـ الـثـلـثـ ، فـيـؤـخـذـ منـ الـثـمـنـ ، ثـلـثـهـ الـذـىـ هـوـ الـأـرـبـعـةـ ، وـ قـالـ الـآـخـرـ : آنـ قـيـمـةـ الـمـبـعـىـ صـحـيـحـ اـثـنـىـ عـشـرـ ، وـ قـيـمـتـهـ مـعـيـباـ ، سـتـةـ ، فـنـسـبـةـ التـفـاوـتـ إـلـىـ الصـحـيـحـ ، هـوـ النـصـفـ ، فـيـؤـخـذـ منـ الـثـمـنـ نـصـفـهـ الـذـىـ هـوـ السـتـةـ ، فيـحـتـمـلـ تقديمـ بـيـنـةـ الأـقـلـ ، وـ هـوـ فـيـ الـمـثـالـ الـفـوـقـ ، مـنـ قـالـ : آنـ يـؤـخـذـ منـ الـثـمـنـ ، ثـلـثـهـ الـذـىـ هـوـ الـأـرـبـعـةـ ، لـاصـالـةـ بـرـاءـةـ ذـمـةـ الـبـاـيـعـ عـنـ الزـائـدـ ، وـ يـحـتـمـلـ ←

وبينه الأكثر (١) لأنها مثبتة ، والقرعة (٢) لأنها لكل امر مشتبه ، والرجوع (٣) الى الصلح لتشبث كل من المتباين بحججة شرعية ظاهرية والمورد غير قابل للحلف ، لجهل كل منها (٤) بالواقع ، وتخيير الحاكم (٥) لامتناع الجمع وقد المرجح ، لكن الأقوى من الكل ما عليه معظم من وجوب الجمع (٦) بينهما بقدر الامكان ، لأن كلاً منهما حجة شرعية يلزم العمل به (٧) فإذا تعذر العمل به (٨) في تمام مضمونه وجب العمل به في بعضه ، فإذا قوم (٩) أحد هما عشرة ، فقد قوم كلاً من

→ تقديم الأكثر ، لأنها مثبتة ، لأنها إذا تعارض بين النفي والاثبات قدّم بينة الاثبات ، اذا المثبت مدع ، والنافي منكر ، فعلى المدعى البينة وعلى المنكر اليمين ، فعلى هذا تكون بينة الأقل ، منكرة للزيادة ، وبينه الأكثر مثبتة ، فتقديم بينة الأكثر (١) قوله (بينة الأكثر) عطف على قوله بينة الأقل (٢) قوله (القرعة) عطف على قوله (تقديم بينة الأقل) يعني فيحصل القرعة ، لأنها لكل امر مشتبه ، لأجل الأخبار المستنيرة (٣) قوله (الرجوع) عطف على قوله (تقديم بينة الأقل) اي فيحصل الرجوع الى الصلح القهري (٤) يرجع الضمير الى البائع والمشترى (٥) قوله (تخيير الحاكم) عطف على قوله (تقديم بينة الأقل) يعني ، فيحصل تخيير الحاكم (٦) قوله (من وجوب الجمع) بيان لـ (ما) ، (٧) يرجح الضمير الى كل منها (٨) الضمير عائد الى كل منها (٩) فإذا كان ثمن البيع ، اثنى عشر ، وقوم احد هما البيع معينا ، ثمانية ، وصحيحا اثنتي عشر ، وقوم الآخر معينا ، ثمانية ، وصحيحا ، اثنى عشر ، فأن من قومه معينا عشرة ، فقد قوم كل واحد من نصفه بخمسة ، ومن قومه ←

نصفه بخمسة ، و اذا قوم الآخر ، بثمانية ، فقد قوم كلا من نصفه بأربعة فيعمل بكل منها في نصف المبيع ، و قولهما (١) و ان كانا متعارضين في النصف ايضا كالكل ، فيلزم بما ذكر طرح كلا القولين في النصفين ، الا ان طرح قول كل منها في النصف مع العمل به (٢) في النصف الآخر

→ بثمانية ، فقد قوم كل واحد من نصفه باربعة ، فيعمل بكل واحد منها في نصف المبيع ، فعلى هذا تكون قيمة نصف المبيع معينا ، خمسا و قيمة نصفه الآخر معينا ، اربعة ، فتكون قيمة الجميع معينا ، تسعا، فنسبة التفاوت بين التسعة واثنتي عشر الى اثنى عشر ، هو الربع ، فيأخذ المشترى من البايع ، ربع الثمن ، فانه نصف السادس الذي كان ثابتا على القول الأول ، نصف الثالث الذي كان ثابتا على القول الثاني ، لأن من قوم صحيحه باثنى عشر ، و معيبه بعشرة ، قال : بأخذ سدس الثمن و من قوم صحيحه باثنى عشر ، و معيبه بثمانية ، قال : بأخذ ثلث الثمن فنصف السادس هو الواحد ، و نصف الثالث هو الاثنان ، فيأخذ المشترى من البايع ، ثلاثة من اثنى عشر ، وهو ربع الثمن (١) دخل و دفع ، اما الدخل ، فان قولهما متعارضان في النصف ايضا ، فيلزم بما ذكر من تعدد العمل بهما في مورد التعارض طرح كلا القولين في كل واحد من النصفين ، او طرح احدهما ، و اما الدفع ، فان قولهما وان كانوا متعارضين في النصف ايضا ، فيلزم بما ذكر طرح كلا القولين في كل النصفين ، الا ان طرح قول كل منها في النصف مع العمل به في النصف الآخر اولى في مقام امثال ادلة العمل بكل بحثة من طرح كليهما او احديهما رأسا (٢) يرجع الضمير الى قول كل منها

اولى في مقام امثال ادلة العمل بكل بينة من طرح كليهما ، او احديهما رأسا ، وهذا معنى قولهم ، آن الجمع بين الدليلين و العمل بكل منها ولو من وجه ، اولى من طرح احدهما رأسا ، ولذا جعل في تمييد القواعد (١) من فروع هذه القاعدة (٢) الحكم بالتصنيف فيما لو تعارضت البينتان في دار في يد رجلين يدعيمها (٣) كل منها ، بل ما نحن فيه اولى بمراعات هذه القاعدة من الدليلين المتعارضين في احكام الله تعالى لأن الأخذ بأحدهما كلية ، و ترك الآخر كذلك في التكاليف الشرعية الالهية لا ينقص (٤) عن التبعيض من حيث مراعات حق الله سبحانه لرجوع الكل (٥) الى امثال امر الله سبحانه بخلاف مقام التكليف باحراق حقوق الناس ، فان في التبعيض جمعا بين حقوق الناس و مراعاة للجميع (٦) ولو في الجملة

(١) للشهيد الثاني (ره) ، (٢) فالمراد بهذه القاعدة ، هو الجمع بين الدليلين ، اولى من الطرح (٣) الضمير المؤنث يرجع الى الدار (٤) مثلا دلّ احد الدليلين على وجوب اكرام الشخصين كزيد و بكر ، و دلّ الآخر على حرمة اكرام الشخصين المذكورين ، فان اخذ احدهما كلية و ترك الآخر كلية ، لا ينقص عن التبعيض ، بمعنى انه اكرام احد الشخصين و ترك الآخر ، و ائمـا قلنا : ان الأخذ بأحدهما كلية و ترك الآخر كلية ، لا ينقص عن التبعيض لرجوع الكل الى امثال امر الله سبحانه ، فلا يكون احدهما اولى من الآخر بخلاف كون الشخص مكلفا باحراق حقوق الناس (٥) اي لرجوع كل التكاليف الشرعية الالهية الى امثال امر الله سبحانه (٦) يعني فان في التبعيض مراعاة لجميع اطراف الدعوى ، مثلا باعطائـ كل

ولعل هذا (١) هو السر في عدم تخير الحكم عند تعارض اسباب حقوق الناس (٢) في شئ من الموارد ، وقد يستشكل ما ذكرنا تارة بعدم التعارض بينهما عند التحقيق ، لأن مرجع (٣) بينة النفي الى عدم وصول نظرها وحدسها الى الزيادة ، فبينة الاثبات المدعية للزيادة ، سليمة (٤) و اخرى بان الجمع فرع عدم اعتضاد احدى البينتين بمرجح ، و اصالة البراءة هنا ، مرحلة للبينة الحاكمة بالأقل (٥) وثالثة (٦) بان فى الجمع مخالفة قطعية ، وان كان فيه (٧) موافقة قطعية ، لكن التخيير (٨) الذى لا يكون فيه الا مخالفة احتمالية اولى منه (٩)

→ واحد منها نصف ما يدعى ، كمسئلة دارفى يد رجلين يدعىها كل واحد منها (١) اشارة الى ان فى التبعيض جمعا بين حقوق الناس (٢) اسباب حقوق الناس مثل البينات ونحوها (٣) اي لأن مرجع بينة النفي الذى يقول : ان القيمة ثمانية مثلا ، الى عدم وصول نظرها الى الزيادة عن الثمانية ، فبينة الاثبات المدعية للزيادة ، ويقول : ان القيمة عشرة سليمة عن المعارض ، فاللازم العمل على بينة الاثبات (٤) قوله (سليمة) خبر لمبتدأ مقدم ، وهو قوله (بينة الاثبات) ، (٥) وحاصل هذا الاشكال : ان الجمع بين البينتين متفرع على عدم مردح لاحدى البينتين ، والحال ان اصالة البراءة عن الزائد مرحلة للبينة الأقل (٦) قوله (ثالثة) عطف على قوله (تارة) ، (٧) يرجع الضمير الى الجمع (٨) وحاصل هذا الاشكال : ان فى الجمع بين البينتين مخالفة قطعية ، ولا يكون فى التخيير الا مخالفة احتمالية ، فالتحيير اولى من الجمع بين البينتين (٩) الضمير يرجع الى الجمع

و يندفع الأول (١) بـأن المفروض أن بـيـنة النـفـى تـشـهـد بـالـقـطـعـ على نـفـىـ الـزـيـادـةـ وـاقـعاـ ، وـانـ بـذـلـ الزـائـدـ (٢) فـىـ مـقـابـلـ الـمـبـيـعـ سـفـهـ ، وـينـدـفـعـ الـثـانـىـ بـماـ قـرـنـاهـ فـىـ الـاـصـولـ مـنـ اـنـ الـاـصـولـ الـظـاهـرـيـةـ (٣) لـاتـصـيرـ مـرـجـحـةـ لـلـأـدـلـةـ الـاجـتـهـادـيـةـ ، بـلـ تـصـلـحـ مـرـجـعـاـ فـىـ الـمـسـئـلـةـ لـوـ تـسـاقـطـ الدـلـيـلـانـ مـنـ جـهـةـ اـرـتـفـاعـ ماـ هـوـ مـنـاطـ الدـلـالـةـ (٤) فـيـهـماـ لـأـجلـ التـعـارـضـ ، كـماـ فـىـ الـظـاهـرـيـنـ الـمـتـعـارـضـيـنـ ، كـالـعـامـيـنـ مـنـ وـجـهـ الـمـطـابـقـ اـحـدـهـماـ لـلـأـصـلـ وـماـ نـحـنـ فـيـهـ لـيـسـ مـنـ هـذـاـ الـقـبـيلـ (٥) وـالـحـاـصـلـ ، اـنـ بـيـنةـ الـزـيـادـةـ

(١) فالمراد بالأول ، هو عدم التعارض بينهما (٢) قوله (ان بـذـلـ الزـائـدـ) عطف على قوله (القطع) يعني ان بـيـنةـ النـفـىـ تـشـهـدـ بـانـ بـذـلـ الزـائـدـ فـىـ مـقـابـلـ الـمـبـيـعـ سـفـهـ (٣) فالمراد من الـاـصـولـ الـظـاهـرـيـةـ ، هـىـ الـاـصـولـ الـعـمـلـيـةـ ، كـالـسـتـصـاحـابـ وـالـبـرـائـةـ وـالـتـخـيـيرـ وـالـاحـتـيـاطـ (٤) فالمراد من الدـلـالـةـ ، هو الـظـهـورـ ، وـمنـ الـمـنـاطـ ، هـىـ الـاـصـالـةـ ، مـثـلـ اـصـالـةـ ظـهـورـ الـعـامـ فـىـ الـعـمـومـ ، مـثـلاـ اـذـاـ تـعـارـضـ الـعـامـيـنـ مـنـ وـجـهـ فـىـ مـاـدـةـ الـاجـتمـاعـ تـسـاقـطاـ ، لـأـجلـ اـرـتـفـاعـ اـصـالـةـ الـعـمـومـ فـىـ كـلـ الـعـامـيـنـ ، لـأـجلـ التـعـارـضـ فـيـرـجـعـ الـىـ الـأـصـلـ (٥) وـحـاـصـلـ دـفـعـ الـثـانـىـ : اـنـهـ لـوـ تـسـاقـطـ الدـلـيـلـانـ فـىـ الـمـسـئـلـةـ مـنـ جـهـةـ اـرـتـفـاعـ اـصـالـةـ الـظـهـورـ فـيـهـماـ ، لـأـجلـ التـعـارـضـ لـكـانتـ الـاـصـولـ الـعـمـلـيـةـ مـرـجـعـاـ ، كـماـ فـىـ الـظـاهـرـيـنـ الـمـتـعـارـضـيـنـ ، كـالـعـامـيـنـ مـنـ وـجـهـ نـحـوـ اـكـرمـ الـعـلـمـاءـ ، وـلاـ تـكـرمـ الـفـاسـقـ ، الـمـتـعـارـضـيـنـ فـىـ الـعـالـمـ الـفـاسـقـ حـيـثـ يـشـمـلـهـ اـكـرمـ ، لـاـنـهـ عـالـمـ ، وـيـشـمـلـهـ لـاـ تـكـرمـ ، لـاـنـهـ فـاسـقـ ، فـيـتـسـاقـطـانـ فـيـرـجـعـ بـعـدـ التـسـاقـطـ الـىـ اـصـالـةـ عـدـمـ وـجـوبـ الـاـكـرامـ ، وـاـنـماـ يـرـجـعـ فـىـ الـمـسـئـلـةـ الـمـذـكـورـةـ الـىـ الـأـصـلـ ، لـأـجلـ اـرـتـفـاعـ اـصـالـةـ الـظـهـورـ فـىـ كـلـ →

تثبت امرا مخالفا للأصل ، و معارضتها بالآخرى النافية لها لا يوجب سقوطها (١) بالمرة ، لفقد المرجح (٢) فيجمع (٣) بين النفي و الاثبات بالنصفين ، و يندفع الثالث (٤) بان ترجح الموافقة الاحتمالية

→ واحد منها ، لأجل التعارض ، و الحال ، ان ما نحن فيه ليس من هذا القبيل ، لأن ظهور البينة لا يسقط بالمعارضة ، فاذا لا يسقط ظهورها بالمعارضة لا تصل النوبة الى الاصل العمليه (١) الضمير يرجع الى بينة الزيادة (٢) قوله (لفقد المرجح) علة للمنفي ، لا النفي ، يعني معارضة بينة الزيادة بالآخرى النافية لها مع عدم المرجح لبينة الزيادة لا يوجب سقوطها بالمرة حتى لا يعمل بها في البعض (٣) فحيث لم تسقط بينة الزيادة ، فيجمع بين نفي الزيادة واثباتها بالنصفين ، مثلا اذا قومت احديهما ، باثنى عشر ، و قومت الاخرى ، بثمانية ، فتكون الزيادة اربعة ، فيعطي نصف الأربع لبينة الاثبات ، و نصفها الآخر ، لبينة النفي (٤) و حاصل دفع الاشكال الثالث : ان ترجح الموافقة الاحتمالية على الموافقة القطعية المشتملة على المخالفة القطعية في حقوق الله انما هو في مقام الاطاعة و المعصية ، لأن في الموافقة القطعية المشتملة على المخالفة القطعية ، طاعة و معصية و انقيادا و تجريا ، فحينئذ يرجح الموافقة الاحتمالية على الموافقة القطعية المشتملة على المخالفة القطعية لأن ترك التجربى اولى من تحصيل العلم بالانقياد بخلاف مقام احقاق حقوق الناس ، فلا يخفى ، ان بين التجربى و المعصية عموما و خصوصا مطلقا ، لأن التجربى اعم من المعصية ، لأن كلما صدق عليه المعصية صدق عليه التجربى ، وليس كلما صدق عليه التجربى صدق علىـه ←

الغير المشتملة على المخالفة القطعية على الموافقة القطعية (١) المشتملة عليها (٢) إنما هو في مقام الاطاعة والمعصية الراجعتين إلى الانقياد والتجري (٣)

→ المعصية وكذلك أن بين الطاعة والانقياد عموماً وخصوصاً مطلقاً (١) قوله (على الموافقة القطعية) متعلق بقوله (ترجح)، (٢) الضمير يرجع على الموافقة القطعية (٣)، فلما يخفى : أن الفرق بين الاطاعة والانقياد، أن الاطاعة اتيان الفعل بقصد أنه مأمور به، والحال أنه مأمور به، كدفن الميت المسلم بقصد أنه مأمور به، وال الحال أنه مأمور به أو ترك الفعل بقصد أنه منهى عنه، وال الحال أنه منهى عنه، كترك شرب الخمر بقصد أنه منهى عنه، وال الحال أنه منهى عنه، والانقياد، اتيان الفعل بقصد أنه مأمور به، وال الحال أنه ليس مأموراً به كدفن الكافر بقصد أنه مأمور به، وال الحال أنه ليس مأموراً به، او ترك الفعل بقصد أنه منهى عنه، وال الحال أنه ليس منهياً عنه، كترك شرب التتن بقصد أنه منهى عنه، وال الحال أنه ليس منهياً عنه، وأما الفرق بين المعصية والتجري، فآن المعصية : ترك الفعل بقصد أنه مأمور به، وال الحال أنه مأمور به، كترك دفن الميت المسلم، بقصد أنه مأمور به، وال الحال أنه مأمور به، او اتيان الفعل بقصد أنه منهى عنه، وال الحال أنه منهى عنه كشرب الخمر بقصد أنه منهى عنه، وال الحال أنه منهى عنه، وأن التجري هو ترك الفعل بقصد أنه مأمور به، وال الحال أنه ليس مأموراً به، كترك دفن الكافر بقصد أنه مأمور به، وال الحال أنه ليس مأموراً به، او اتيان الفعل بقصد أنه منهى عنه، وال الحال أنه ليس منهياً عنه كشرب التتن ←

حيث أن ترك التجربى (١) أولى من تحصيل العلم بالانقياد بخلاف مقام احراق حقوق الناس ، فأن مراءات الجميع أولى من اهمال احدهما رأسا وان اشتغل على اعمال الآخر ، اذ ليس الحق (٢) فيها (٣) لواحد معين ، كما فى حقوق الله سبحانه ، ثم أن قاعدة الجمع (٤) حاكمة على دليل القرعة ، لأن المأمور به (٥) هو العمل بكل من الدليلين لا بالواقع

→ يقصد أنه منهى عنه ، والحال أنه ليس منهياً عنه (١) يعني اذا علم زيد أنه حلف ، ولم يعلم أنه حلف بوطئ الزوجتين في يوم الجمعة ، او بترك وطئهما ، فلو وطئ احديهما في يوم الجمعة ، وترك الاخر ، حصلت الموافقة القطعية المشتملة على المخالفة القطعية ، يرجح الموافقة الاحتمالية بوطئهما ، او بترك وطئهما في يوم الجمعة على الموافقة القطعية المشتملة على المخالفة القطعية في حقوق الله ، لأن ترك التجربى الذى كان في ضمن المخالفة القطعية ، أولى من تحصيل العلم بالانقياد الذى كان في ضمن الموافقة القطعية (٢) اي ليس الحق في حقوق الناس لواحد بخلاف حقوق الله ، فأنها لواحد ، فهو سبحانه تعالى (٣) الضمير يرجع إلى حقوق الناس (٤) فالمراد بالقاعدة ، هي قاعدة الجمع منها امكن أولى من الطرح (٥) وانما كانت قاعدة الجمع حاكمة على القرعة ، لأن الذى يؤمر به ، هو العمل بكل من الدليلين لا بالواقع الذى يردد بينهما ، اذ قد يكون كلاهما مخالفًا للواقع ، نعم لو انحصر الواقع فيهما لكان للقرعة بينهما لتشخيص الواقع الذى يتعدد بينهما وجه الحال ، أن الواقع ليس منحصرا فيهما فيما نحن فيه ، فليس للقرعة بينهما وجه

المردود بينهما ، اذ قد يكون كلاهما مخالفًا للواقع ، فهما (١) سببان مؤثران بحكم الشارع في حقوق الناس ، فيجب مراعاتها (٢) واعمال اسبابها بقدر الامكان (٣) اذ لا ينفع توفيق حق واحد مع اعمال حق الآخر رأسا على النهج (٤) الذي ذكرنا من التنصيف في المعيّب (٥) ثم أن المعروف في الجمع بين البيانات ، الجمع بينها (٦) في قيمتهنـى الصحيح ، فيؤخذ (٧) من القيمتين للصحيح نصفهما (٨) ومن الثلاث ثلثها ، ومن الأربع ، ربعها ، وهكذا في المعيّب (٩) ثم يلاحظ النسبة (١٠) بين المأخذ للصحيح ، وبين المأخذ للمعيّب

(١) سؤال وجواب ، أما السؤال ، فإن الوحدة منهما اذا لم تكون مطابقة للواقع ، فكيف تكون البينة حجة واجبة الاتباع ، وأما الجواب ، فإن البيانتين سببان مؤثران بحكم الشارع في حقوق الناس ، لأن البينة لها موضوعية (٢) الضمير يرجع إلى حقوق الناس (٣) اي فيجب مراعاة حقوق الناس واعمال اسبابها بقدر الامكان والقدر الممكن هو الجمع بينهما (٤) قوله (على النهج) متعلق بقوله (اعمال اسبابها) ، (٥) اي بيان يعمل بأحدى البيانتين في نصف المعيّب ، وبالبينة الأخرى في نصفه الآخر (٦) الضمير المؤنث يرجع إلى البيانات (٧) اي فيؤخذ من القيمتين التي ذكرهما المقومان للصحيح نصفهما ، ومن القيم الثلاث ، ثلثها ، ومن القيم الأربع ، ربعها (٨) فقوله (نصفهما) نائب الفاعل لقوله (يؤخذ) ، (٩) اي فيؤخذ من القيمتين التي ذكرهما المقومان للمعيّب نصفهما ، ومن القيم الثلاث ، ثلثها ، ومن القيم الأربع ، ربعها (١٠) اي ثم يلاحظ النسبة بين نصف القيمتين للصحيح المأخذ قيمة للصحيح ، وبين نصف

و يؤخذ بتلك النسبة ، فإذا كان أحدي قيمتي الصحيح ، اثنى عشر ، والآخر ، ستة ، واحدى قيمتي المعيب ، أربعة ، والآخر ، اثنين اخذ للصحيح تسعة ، وللمعيب ، ثلاثة ، والتفاوت (١) بالثلثين ، فيكون الأرش ، ثلثى الثمن ، ويمكن (٢) أيضا على وجه التنصيف فيما به التفاوت بين القيمتين ، بان تعمل فى نصفه (٣) بقول المثبت للزيادة ، وفي نصفه (٤) الآخر بقول النافي ، فإذا قومه احديهما باثنى عشر ، والآخر بثمانية ، اخذ فى نصف الأربعه بقول المثبت وفي نصفها الآخر بقول النافي جمعا بين حق البائع والمشترى ، لكن الاظهر هو الجمع على النهج الأول (٥)

→ القيمتين للمعيب المأخوذ قيمة للمعيب ، و يؤخذ من الثمن بتلك النسبة (١) اي فيكون نسبة التفاوت بين الثلاثة والتسعه الى التسعة بالثلثين ، فيؤخذ من البايع ثلثى الثمن (٢) اي ويمكن الجمع ايضا بوجه آخر ، وهو التنصيف فيما به التفاوت بين القيمتين ، بان يعمل فى نصف التفاوت الذى هو الاثنان مثلا بقول مثبت للزياده ، وفي نصفه الآخر الذى هو الاثنان ايضا بقول النافي ، فإذا قومه احديهما باثنى عشر ، والآخر بثمانية ، اخذ فى نصف الأربعه بقول المثبت ، وفي نصفها الآخر بقول النافي جمعا بين حق البايع والمشترى ، وبعبارة اخرى ، ينزل القيمة الزائدة ، ويرتفع الناقصة على حد سواء ، فهو في المثال العشرة (٣) الضمير يرجع الى التفاوت (٤) يرجع الضمير الى التفاوت ايضا (٥) فالمراد من النهج الأول ، هو الجمع بين البيانات فى قيمتي الصحيح فيؤخذ من القيمتين ، للصحيح نصفها ، ومن الثلاثة ثلثها ، الخ

و يحتمل الجمع (١) بطريق آخر، وهو أن يرجع إلى البينة في مقدار التفاوت، ويجمع بين البيانات فيه (٢) من غير ملاحظة القيم، وهذا (٣)

(١) اي و يحتمل الجمع بين الصحيح والمعيب بطريق آخر، وهو أن يرجع إلى البينة في مقدار تفاوت الصحيح والمعيب، بان تلاحظ النسبة بين الصحيح والمعيب على احدى البيانات ، ثم تلاحظ النسبة بينهما على البينة الاخرى ، ثم يجمع التفاوتان ، ثم ينصف المجموع ، مثلا اذا كانت قيمة الصحيح ، اثنى عشر ، و قيمة المعيب ، عشرة ، على قول احدى البيانات ، وكانت قيمة الصحيح ، ثمانية ، و قيمة المعيب ، خمسة ، على قول البينة الاخرى ، فعلى الطريق الشميد (ره) يؤخذ التفاوت بين الاثنى عشر والعشرة ، بالسدس ، لأن التفاوت بينهما اثنان ، فنسبة الاثنين الى الاثنى عشر ، هو السدس ، ثم يؤخذ التفاوت بين الثمانية والخمسة ، بثلاثة اثمان ، لأن التفاوت بين الخمسة والثمانية ، ثلاثة ، و نسبة الثلاثة الى الثمانية ، ثلاثة اثمان ، ثم يجمع السدس مع ثلاثة اثمان ثم ينصف المجموع ، فإذا فرض أن الثمن اثنى عشر ، فيكون سدهه اثنين ويكون ثلاثة اثمانه ، اربعة و نصفا ، فإذا جمع الاثنان و اربعة و نصف يكون ستة و نصفا ، فإذا نصف ستة و نصف ، يكون ثلاثة و ربعا ، فيأخذ المشترى من البائع ثلاثة و ربعا (٢) الضمير يرجع إلى مقدار التفاوت (٣) اشارة الى الطريق الآخر

منسوب الى الشهيد قدس سره على ما في الروضة (١) و حاصله (٢) قد يتحد مع طريق المشهور كما في المثال المذكور، فآن التفاوت بين الصحيح والمعيب على قول كل من البينتين بالثلثين، كما ذكرنا في الطريق الأول، وقد يختلفان (٣) كما اذا كانت احدى قيمتي الصحيح اثنى عشر، والاخرى ثمانية، وقيمة المعيب على الأول عشرة، وعلى الثاني، خمسة، فعلى الأول (٤) يؤخذ نصف مجموع قيمتي الصحيح اعني العشرة (٥) ونصف قيمتي المعيب، وهو (٦) سبعة ونصف فالتفاوت (٧) بالربع، فالأرش ربع الثمن، اعني ثلاثة من اثنى عشر

(١) قال في الروضة ما لفظه : قيل : ينسب معيب كل قيمة إلى صحيحها ويجمع قدر النسبة و يؤخذ من المجتمع بحسبها ، وهذا الطريق منسوب إلى المصنف ، انتهى . والضمير في قوله (نسبة) يرجع إلى القيم (٢) أي حاصل الطريق الآخر المنسوب إلى الشهيد (ره) قد يتحد مع طريق المشهور ، وقد يختلفان (٣) فالمراد من قوله (وقد يختلفان) أي وقد يختلفان ، ويزيد طريق الشهيد على طريق المشهور ، كما اذا كانت احدى قيمتي الصحيح ، الخ ، انه قد يزيد قول الشهيد على قول المشهور وقد ينقص عنه ، وقوله (كما اذا كانت ، الخ) مثال لاختلاف الذي يزيد فيه طريق الشهيد على طريق المشهور (٤) أي فعلى قول المشهور (٥) قوله (اعنى ، العشرة) تفسير لنصف المجموع (٦) الضمير يرجع إلى نصف قيمتي المعيب (٧) أي ، فالتفاوت بين السبعة و النصف ، وبين العشرة ، هو الربع ، فيؤخذ من الثمن ، ربعه ، فالأرش ربع الثمن المسمى ، وهو ثلاثة من اثنى عشر ، لو فرض الثمن المسمى ، اثنى عشر

لو فرض الثمن اثنى عشر ، وعلى الثاني (١) يؤخذ التفاوت بين الصحيح والمعيب على احدى البينتين بالسدس ، وعلى الاخرى (٢) بثلاثة اثمان ، وينصف المجموع (٣) اعنى ، ستة و نصفا ، من اثنى عشر جزء ، ويؤخذ نصفه ، وهو ثلاثة و ربع ، وقد كان (٤) فى الأول (٥) ثلاثة ، وقد ينقص عن الأول ، كما اذا اتفقا على ان قيمة المعيب ، ستة ، وقال احدىهما : قيمة الصحيح ، ثمانية ، وقال الاخرى عشرة

(١) اي وعلى طريق الشهيد (ره) يؤخذ نسبة التفاوت بين الصحيح والمعيب الى الصحيح على احدى البينتين بالسدس ، مثلا اذا قومه احدى ما صحيحا ، باثنى عشر ، ومعيبا ، بالعشرة ، فيكون التفاوت بينهما ، اثنين ، فنسبة الاثنان الى اثنى عشر ، بالسدس ، فيؤخذ من الثمن سدس (٢) قوله (على البينة الاخرى) عطف على احدى البينتين يعني و يؤخذ نسبة التفاوت بين الصحيح والمعيب الى الصحيح على البينة الاخرى بثلاثة اثمان ، مثلا اذا قومه البينة الاخرى صحيحا ، ثمانية ومعيبا ، خمسة ، فيكون التفاوت بينهما ، ثلاثة ، فنسبة الثلاثة الى الثمانية ، بثلاثة اثمان ، فيؤخذ من الثمن ، ثلاثة اثمان (٣) اي و ينصف مجموع السدس الذى هو الاثنان و ثلاثة اثمان و هو اربعة و نصف ، فيكون المجموع ستة و نصفا من اثنى عشر ، لو فرض الثمن اثنى عشر ، فيؤخذ نصف المجموع وهو ثلاثة و ربع ، فيأخذ المشتري من البايع على طريق الشهيد (ره) ثلاثة و ربعا من باب الأرش ، وقد كان الأرش فى الطريق الأول الذى هو طريق المشهور ، ثلاثة (٤) اسم (كان) مستتر يرجع الى الأرش (٥) فالمراد بالأول هو الطريق المشهور

على الأول (١) يجمع القيمتان ويؤخذ نصفهما ، تسعه (٢) ونسبة (٣) الى الستة ، بالثلث ، وعلى الثاني (٤) يكون التفاوت على احدى

(١) اي على طريق المشهور (٢) فنصف الصحيحين ، تسعه ، ونسبة التسعه الى الستة ، بالثلث ، يعني نسبة التفاوت بين الستة والتسعه الى التسعه ، بالثلث ، فيأخذ المشترى من البايع ثلث الثمن ، وهو اربعة من اثنى عشر ، لفرض الثمن اثنى عشر (٣) الضمير يرجع الى التسعه (٤) يعني وعلى طريق الشهيد (ره) يكون التفاوت على احدى البينتين ، ربعا ، لأن نسبة التفاوت بين الستة والثمانية الى الثمانية ، هو الربع ، وعلى البينة الاخرى ، خمسين ، لأن نسبة التفاوت بين الستة والعشرة الى العشرة ، هو الخمسان ، فيؤخذ نصف الربع ونصف الخمسين ، فيكون نصف الربع ، ثمنا ، ونصف الخمسين ، خمسا ، فالثلث $\frac{1}{8}$ من اثنى عشر ، هو الدينار الواحد وخمسة دراهم ، لفرض الدينار الواحد يسوى عشرة دراهم ، والخمس $\frac{1}{5}$ من اثنى عشر ، هو الدينار واربعة دراهم ، فيجمع الثمن والخمس ، فيكون ثلاثة دنانير و تسعة دراهم ، فينقص عن الثالث الذى هو اربعة دنانير بنصف الخمس الذى درهم واحد ، فالحاصل ، ينقص طريق الشهيد الذى هو ثلاثة دنانير وتسعة دراهم ، فى هذه الصورة عن طريق المشهور الذى هو اربعة دنانير فى الصورة المذكورة بدرهم ، وبعبارة اخرى ، ينقص الثمن و الخمس عن الثالث ، بنصف الخمس

البینتين ربعا ، وعلى الاخرى ، خمسين ، فيؤخذ نصف الربع و نصف الخمسين ، فيكون ثمنا و خمسا وهو (١) ناقص عن الثالث بنصف خمس (٢) توضيح هذا المقام (٣) : ان الاختلاف اما ان يكون في الصحيح فقط مع اتفاقهما على المعيب ، واما ان يكون في المعيب فقط ، واما ان يكون فيهما ، فان كان (٤) في الصحيح فقط ، كما في المثال الاخير (٥) فالظاهر التفاوت بين الطريقين (٦) دائمًا ، لأنك قد عرفت ان الملاحظ على طريق المشهور ، نسبة المعيب (٧) الى مجموع نصف قيمتي الصحيح المجعل (٨) قيمة منترعة

(١) الضمير يرجع الى الثُّنْ وَ الْخُمْسُ (٢) فالمراد من (نصف الخمس) هو واحد من عشرة (٣) اي توضيح هذا المقام الذي قد يتّحد فيه طريق الشهيد (ره) مع طريق المشهور ، وقد يزيد على طريق المشهور ، وقد ينقص عن طريق المشهور ، ان اختلاف المقومين ، اما ان يكون في الصحيح فقط مع اتفاقهما على المعيب ، واما ان يكون في المعيب فقط مع اتفاقهما على الصحيح ، واما ان يكون فيهما (٤) اسم (كان) مستتر يرجع الى الاختلاف (٥) فالمراد بالمثال الاخير ، هو قوله (كما اذا اتفقا على ان قيمة المعيب ، ستة ، الخ) ، (٦) اي طريق الشهيد (ره) و طريق المشهور (٧) اي لأنك عرفت ان الملاحظ على طريق المشهور نسبة قيمة المعيب التي هي الستة الى مجموع نصف الثمانية ، ونصف العشرة الذي هو التسعة قيمة منترعة ، فان نسبة الستة الى التسعة بالثالث ، لأن نسبة التفاوت بين الستة والتسعة الى التسعة بالثالث ، فيؤخذ من الثمن ثلاثة ← و هو اربعة من اثنى عشر ، لفرض الثمن اثنى عشر (٨) قوله (المجعل)

وعلى الطريق الآخر (١) نسبة المعيب إلى كل من القيمتين المستلزمة (٢) للاحظة اخذ نصفه (٣) مع نصف الآخر (٤) ليجمع بين البّيّنتين في العمل ، و المفروض في هذه الصورة ، أن نسبة المعيب (٥) إلى مجموع نصفى قيمتى الصحيح (٦) التي هي طريقة المشهور

→ صفة لقوله (مجموع) مضاد (١) و حاصله ، أن الملاحظ على الطريق الآخر ، نسبة قيمة المعيب إلى كل واحدة من القيمتين للصحيح ، وهذه النسبة المذكورة مستلزمة للاحظة نسبة قيمة نصف المعيب مع قيمة نصف كل واحدة من القيمتين للصحيح الذي هو الطرف الآخر لتلك النسبة ، و لأجل ذلك يجمع بين البّيّنتين في مقام العمل ، اي يؤخذ بقول احد يهما في نصف المعيب ، و بقول الاخر في الآخر ، فيكون نسبة تفاوت احد يهما بربعا ، و نسبة تفاوت الاخر ، خمسين ، فيؤخذ نصف الربع و نصف الخمسين و هو ناقص عن الثلث بنصف الخامس (٢) قوله (المستلزمة) صفة لقوله (نسبة المعيب) ، (٣) فالمراد من مرجع الضمير ، هو قيمة المعيب (٤) فالمراد بالآخر ، في قوله (مع نصف الآخر) هو نصف كل واحدة من القيمتين للصحيح ، لأن للنسبة المذكورة طرفاً ، احد يهما ، قيمة نصف المعيب ، والآخر ، هو نصف كل واحدة من القيمتين للصحيح (٥) اي نسبة قيمة المعيب (٦) اي نسبة قيمة المعيب التي هي الستة إلى مجموع نصفى قيمتى الصحيح الذي هو التسعة ، مخالفة لنسبة نصف قيمة المعيب إلى كل واحد من النصفين لقيمتهما الصحيح ، فأحد النصفين هو الأربعة ، و الآخر هو الخمسة ، فان نصف قيمة المعيب إلى الأربع ، بالربع ، و نسبة نصف قيمة المعيب إلى الخمسة ، بالخمسين ، فيؤخذ نصف الربع و نصفه

مخالفة (١) لنسبة نصفه (٢) الى كـل من النصفين ، لأن نسبة الكل (٣)

→ الخمسين ، فيكون ثمانا و خمسا ، وهو ناقص عن الثالث الذي هو الأخذ على طريق المشهور بنصف الخامس (١) قوله (مخالفة) خبر (ان) في قوله (ان نسبة المعيب) ، (٢) الضمير يرجع الى قيمة المعيب ، يعني ان نسبة قيمة المعيب الى مجموع نصفى قيمتى الصحيح التى هي طريقة المشهور ، مخالفة لنسبة نصف قيمة المعيب الى كـل واحدة من النصفين لقيمتهما الصحيح (٣) دخل و دفع ، اما الدخل ، فان نسبة الكل الذي هو الستة الى الكل الذي هو التسعة ، مساوية لنسبة نصف الستة الذي هو الثلاثة الى كـل واحد من نصفى التسعة وهو الأربعة و النصف ، فحينئذ يلزم ان تكون نسبة الثلاثة الذي هو نصف الستة ، بناء على طريق الشهيد (ره) الى كـل واحد من نصفى التسعة الذين احدهما ، الأربعة ، والآخرخمسة ، مساوية لنسبة الكل ، اي الستة الى الكل ، اي التسعة ، لا مخالفة لها ، واما الدفع ، فان نسبة الكل الذي هو الستة الى الكل الذي هو التسعة ، مساوية لنصف الكل الذي هو الثلاثة الى نصف الكل الآخر الذي هو الأربعة و النصف ، فان نسبة نصف الستة الى كـل واحد من نصفى التسعة مساوية ، لأن نسبة الستة الى احد نصفى التسعة الذي هو الأربعة و النصف ، عين نسبة نصف الستة الى النصف الآخر للتسعة الذي هو ايضا الأربعة و النصف ، بخلاف نسبة نصف الستة الى كـل واحد من النصفين المركب منهما التسعة ، فان احدهما ، الأربعة ، والآخر ، الخمسة ، فان نسبة نصف الستة المنسوب الى احد ، بعض المنسوب اليه ، كالاربعة ، نسبة معايرة لنسبة نصف الستة المنسوب ←

إلى الكل (١) تساوى نسبة نصفه (٢) إلى كل من نصفى ذلك الكل وهو (٣) الأربعة والنصف في المثال ، لا (٤) إلى كل من النصفين المركب منهما ذلك الكل (٥) كالأربعة والخمسة ، بل النصف (٦) المنسوب إلى أحد بعض المنسوب إليه ، كالأربعة ، نسبة مغايرة لنسبته إلى البعض الآخر ، اعني الخمسة ، وهكذا غيره من الأمثلة ، وان كان الاختلاف في المعيب فقط ، فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقين ابدا

إلى بعض الآخر ، وهو الخمسة ، والحال : أن الكسر الملاحظ من نسبة ثلاثة إلى الأربعة ، ومن نسبة ثلاثة إلى الخمسة الذي هو طريق الشهيد (ره) غير الكسر الملاحظ من نسبة الثلاثة إلى أربعة ونصف الذي ، هو طريق المشهور (١) فالمراد من الكل الأول ، هو الستة ، و المراد من الكل الثاني ، هو التسعة (٢) يرجع الضمير إلى الكل الأول يعني نسبة نصف الستة إلى كل واحد من نصفى ذلك الكل الثاني (٣) الضمير يرجع إلى كل من نصفى ذلك الكل (٤)، لا في قوله (لا إلى كل من النصفين) عطف على قوله (إلى كل من النصفين) يعني أن نسبة الكل إلى الكل ، لا تساوى نسبة نصفه إلى كل من النصفين المركب منهما ذلك الكل (٥) فالمراد من ذلك الكل ، هو التسعة (٦) بل نسبة نصف الستة المنسوب إلى الأربعة ، نسبة مغايرة لنسبته إلى الخمسة ، فأن نسبة نصف الستة إلى الأربع ، هو الربع ، لأن نسبة التفاوت بين الثلاثة والأربعة إلى الأربع ، هو الربع ، ونسبة نصف الستة إلى الخمسة ، خمسان لأن نسبة التفاوت بين الثلاث وخمسة إلى الخمسة ، خمسان ، فيؤخذ نصف الربع ، ونصف الخمسين ، فيكون ثمانا وخمسا ، وهو ناقص عن

لأن نسبة الصحيح (١) إلى نصف مجموع قيمتي المعيب على ما هو طريق المشهور، مساوية لنسبة نصفه (٢) إلى نصف أحد يهما (٣) ونصفه الآخر إلى نصف الأخرى ، كما اذا اتفقا على كون الصحيح ، اثنى عشر

→ طريق المشهور بنصف خمس (١) اي لأن نسبة قيمة الصحيح الى نصف مجموع قيمتي المعيب على طريق المشهور ، مساوية لنسبة نصف قيمة الصحيح الى نصف احدى قيمتي المعيب ، ونصفها الآخر الى نصف الأخرى ، كما اذا اتفقا على كون الصحيح ، اثنى عشر ، وقالت احد يهما : ان المعيب ثمانية ، وقالت الأخرى : ان المعيب ، ستة ، فيكون نصفهما سبعة ، فنسبة التفاوت بين السبعة والاثنى عشر ، الى الاثنى عشر ، هي خمسة من الاثنى عشر ، وهذه مساوية لنسبة نصف مجموع تفاوتى الثمانية مع الاثنى عشر ، والستة مع الاثنى عشر ، لأن نسبة الأولين بالثالث ، لأن نسبة التفاوت بين الثمانية والاثنى عشر ، الى الاثنى عشر بالثالث ، ونسبة الآخرين بالنصف ، لأن نسبة التفاوت بين الستة والاثنى عشر بالنصف ونصفهما يكون سدسا وربعا ، فان سدس الاثنى عشر ، هو الاثنان ، لو فرض الثمن الاثنى عشر ، وربعه ثلاثة ، فالاثنان والثلاثة عين تفاوت السبعة والاثنى عشر ، لأن نسبة تفاوتهما ايضا خمسة من الاثنى عشر فعلى هذا اتحد طريق المشهور وطريق الشهيد (ره) ، لأن المشترى على كل واحد من الطريقين يأخذ من البائع خمسة من الاثنى عشر ، لو فرض الثمن الاثنى عشر (٢) اي نصف قيمة الصحيح (٣) الضمير المثني يرجع الى قيمتي المعيب

و قالت احد يهـما : المعيب ثمـانـيـة ، و قالت الاخرـى : ستـة ، فـاـن تـفاـوتـ السـبـعـة (١) و الاـثـنـى عـشـرـ الـذـى هو طـرـيقـ المشـهـورـ ، مـساـوـيـةـ لـنـصـفـ مـجـمـوعـ تـفاـوتـيـ الثـمـانـيـةـ مـعـ الاـثـنـى عـشـرـ ، و الـسـتـةـ مـعـ الاـثـنـى عـشـرـ ، لـاـنـ نـسـبـةـ الـأـوـلـيـنـ (٢) بـالـثـلـثـ وـ الـآـخـرـينـ (٣) بـالـنـصـفـ ، وـ نـصـفـهـماـ (٤) الـسـدـسـ وـ الـرـبـعـ ، وـ هـذـاـ (٥) بـعـيـنـهـ تـفاـوتـ السـبـعـةـ وـ الاـثـنـى عـشـرـ ، وـ اـنـ اـخـتـلـفـاـ فـيـ الصـحـيـحـ وـ الـمعـيـبـ ، فـاـنـ اـتـحـدـتـ النـسـبـةـ بـيـنـ الصـحـيـحـ وـ الـمعـيـبـ عـلـىـ

كـلـتـاـ الـبـيـنـتـيـنـ

(١) فـاـنـ نـسـبـةـ التـفاـوتـ بـيـنـ السـبـعـةـ وـ الاـثـنـى عـشـرـ إـلـىـ الاـثـنـى عـشـرـ الـذـىـ هو طـرـيقـ المشـهـورـ ، مـساـوـيـةـ لـنـسـبـةـ التـفاـوتـ بـيـنـ الثـمـانـيـةـ وـ الاـثـنـى عـشـرـ إـلـىـ الاـثـنـى عـشـرـ الـذـىـ هوـ الـثـلـثـ ، فـيـكـونـ نـصـفـ سـدـسـاـ وـ لـنـسـبـةـ التـفاـوتـ بـيـنـ الـسـتـةـ وـ الاـثـنـى عـشـرـ إـلـىـ الاـثـنـى عـشـرـ الـذـىـ هوـ النـصـفـ ، فـيـكـونـ نـصـفـهـ رـبـعاـ ، فـسـدـسـ الاـثـنـى عـشـرـ وـ رـبـيعـهـ يـكـونـ خـمـسـةـ ، فـعـلـىـ الفـرـضـ المـذـكـورـ اـتـحـدـ طـرـيقـ المشـهـورـ معـ طـرـيقـ الشـهـيدـ (رـهـ) لـاـنـ الـمـشـتـرـىـ يـأـخـذـ مـنـ الـبـاعـيـ ، خـمـسـةـ مـنـ الاـثـنـى عـشـرـ عـلـىـ كـلـ وـاحـدـ مـنـ الـطـرـيقـيـنـ ، لـوـ فـرـضـ الـثـمـنـ ، اـثـنـىـ عـشـرـ (٢) فـالـمـرـادـ بـالـأـوـلـيـنـ ، هـوـ الثـمـانـيـةـ مـعـ الاـثـنـى عـشـرـ (٣) فـالـمـرـادـ بـالـآـخـرـينـ ، هـوـ الـسـتـةـ مـعـ الاـثـنـى عـشـرـ (٤) الـضـمـيرـ يـرـجـعـ إـلـىـ الـثـلـثـ وـ الـنـصـفـ ، اـىـ نـصـفـ الـثـلـثـ هـوـ الـسـدـسـ ، وـ نـصـفـ الـنـصـفـ هـوـ الـرـبـعـ (٥) قـولـهـ (هـذـاـ) اـشـارـةـ إـلـىـ الـسـدـسـ وـ الـرـبـعـ ، يـعـنـىـ اـنـ الـسـدـسـ وـ الـرـبـعـ بـعـيـنـهـ تـفاـوتـ السـبـعـةـ وـ الاـثـنـى عـشـرـ ، لـاـنـ سـدـسـ الاـثـنـى عـشـرـ ، اـثـنـانـ وـ رـبـيعـهـ ، ثـلـاثـةـ ، فـيـكـونـ الـمـجـمـوعـ ، خـمـسـةـ مـنـ الاـثـنـى عـشـرـ ، وـ نـسـبـةـ التـفاـوتـ بـيـنـ السـبـعـةـ وـ الاـثـنـى عـشـرـ إـلـىـ الاـثـنـى عـشـرـ اـيـضاـ ، خـمـسـةـ ، مـنـ

فيتحد الطريقان (١) دائمًا ، كما إذا قُوّمه (٢) أحد يهـما صحيحا ، باثنى عشر ، ومعيـا ، بـستـة ، و قـوـمه الـأـخـرى صـحـيـحا ، بـستـة ، و معـيـا ، بـثـلـاثـة فـاـن نـصـفـ الصـحـيـحـيـن (٣) اعـنى التـسـعـة ، تـفاـوتـه (٤) مـعـ نـصـفـ مـجـمـوعـ المـعـيـبـيـن (٥) و هو الـأـرـبـعـة و نـصـفـ ، عـيـنـ (٦) نـصـفـ تـفاـوتـيـ الـاثـنـى عـشـرـ مـعـ السـتـةـ (٧) و السـتـةـ مـعـ الـثـلـاثـةـ ، و الـحـاـصـلـ : اـنـ كـلـ صـحـيـحـ ضـعـفـ (٨) الـمـعـيـبـ ، فـيـلـزـمـهـ كـوـنـ نـصـفـ الصـحـيـحـيـنـ ، ضـعـفـ نـصـفـ الـمـعـيـبـيـنـ

→ الـاثـنـى عـشـرـ (١) اـىـ طـرـيقـ الـمـشـهـورـ و طـرـيقـ الشـهـيدـ (٢) الضـمـيرـ عـادـدـ الـمـبـيـعـ الـمـعـيـبـ (٣) فالـمـرـادـ منـ الصـحـيـحـيـنـ ، هوـ الـاثـنـى عـشـرـ وـ السـتـةـ فـنـصـفـهـماـ تـسـعـةـ (٤) يـرـجـعـ الضـمـيرـ الـىـ نـصـفـ الصـحـيـحـيـنـ الـذـىـ هوـ التـسـعـةـ (٥) فالـمـرـادـ منـ الـمـعـيـبـيـنـ ، هوـ السـتـةـ وـ الـثـلـاثـةـ ، فـنـصـفـهـماـ اـرـبـعـةـ وـ نـصـفـ (٦) قـوـلـهـ (عـيـنـ) خـبـرـ لـ (اـنـ)، (٧) اـىـ نـسـبـةـ التـفاـوتـ بـيـنـ السـتـةـ وـ الـاثـنـى عـشـرـ ، هوـ النـصـفـ ، فـيـكـونـ نـصـفـهـ رـيـعاـ ، وـ نـسـبـةـ التـفاـوتـ بـيـنـ الـثـلـاثـةـ وـ السـتـةـ الـىـ السـتـةـ ، هوـ النـصـفـ اـيـضاـ ، فـيـكـونـ نـصـفـهـ ، رـيـعاـ ، فـمـجـمـوعـ رـيـعينـ يـكـونـ نـصـفاـ ، فـيـأـخـذـ الـمـشـتـرـىـ مـنـ الـبـاـيـعـ ، نـصـفـ الـثـمـنـ ، هـذـاـ عـلـىـ طـرـيقـ الشـهـيدـ ، اـمـاـ عـلـىـ طـرـيقـ الـمـشـهـورـ ، فـاـنـ نـصـفـ الصـحـيـحـيـنـ ، هوـ التـسـعـةـ وـ نـصـفـ الـمـعـيـبـيـنـ ، هوـ الـأـرـبـعـةـ وـ الـنـصـفـ ، فـنـسـبـةـ التـفاـوتـ بـيـنـ الـأـرـبـعـةـ وـ الـنـصـفـ ، وـ التـسـعـةـ الـىـ التـسـعـةـ ، هوـ النـصـفـ ، فـيـأـخـذـ الـمـشـتـرـىـ مـنـ الـبـاـيـعـ عـلـىـ هـذـاـ طـرـيقـ ، نـصـفـ الـثـمـنـ اـيـضاـ ، فالـطـرـيقـانـ يـتـحـدـانـ فـىـ الـفـرـضـ الـمـذـكـورـ (٨)، (ضـعـفـ الشـئـ) مـثـلـهـ فـىـ الـمـقـدـارـ ، وـ (ضـعـفـاـهـ) مـثـلـاهـ ، وـ جـائزـ فـىـ كـلـامـ الـعـربـ اـنـ يـكـونـ الـضـعـفـ الـمـثـلـ الـوـاحـدـ وـ ماـ زـادـ عـلـيـهـ مـنـ الـاـمـثالـ ، يـقـالـ : (لـكـ ضـعـفـهـ) اـىـ مـثـلـاهـ وـ ثـلـاثـةـ اـمـثالـهـ ، لـاـنـهـ

بيان المطالب في شرح المكاسب

وان اختلف النسبة ، فقد يختلف الطريقان (١) وقد يتحدا (٢) وقد تقدم مثالهما (٣) في أول المسئلة ، ثم أن الأظهر ، بل المتعين في المقام هو الطريق الثاني المنسوب إلى الشهيد قدس سره ، وفاقا للمحكي عن اياض النافع (٤) حيث ذكر (٥) أن طريق المشهور ليس بجيد ، ولم يذكر وجهه (٦) ويمكن ارجاع كلام الأكثر إليه (٧) كما سيجيئ ، وجده تعين هذا الطريق (٨) أن أخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور

→ في الأصل زيادة غير محصورة ، وعن الكليات (اقل الضعف محصور ، وهو المثل الواحد ، و اكثره غير محصور) ايجاد (اقرب الموارد) فالمراد من (الضعف) هنا ، مثلاً ، يعني أن الصحيح مثلاً للمعيوب في المقدار (١) اي وان اختلف النسبة بين الصحيح والمعيوب على كلتا البينتين ، فقد يختلف الطريقان ، وقد تقدم في ص ٧ بقوله (وقد يختلفان ، كما اذا كانت احدى قيمتي الصحيح ، اثنى عشر ، والاخرى ثمانية ، الخ) ، (٢) اي وقد يتحدد الطريقان ، وقد تقدم في ص ٧ بقوله (قد يتحدد مع طريق المشهور ، كما في المثال المذكور) فالمراد من المثال المذكور ، هو قوله في ص ٦٨ (فإذا كان احدى قيمتي الصحيح اثنى عشر ، والاخرى ستة ، الخ) ، (٣) اي مثال اختلف الطريقين واتحاد الطريقين (٤) للفاضل القطيفي ، اي الشيخ ابراهيم بن سليمان القطيفي المعاصر للمحقق الكركي (٥) الضمير الفاعل المستتر يرجع إلى صاحب اياض النافع (٦) اي ولم يذكر وجه عدم كونه جيداً (٧) يرجع الضمير إلى طريق الشهيد (ره) ، (٨) اشارة إلى طريق الشهيد (ره)

او النسبة المتوسطة من النسبتين على الطريق الثاني (١) اما للجمع بين البينتين باعمال كل منهما في نصف العين ، كما ذكرنا (٢) واما لأجل ان ذلك (٣) توسط بينهما ، لأجل الجمع بين الحقين بتنصيف ما به التفاوت ، نفيا واثباتا ، على النهج الذى ذكرناه اخيرا (٤) في الجمع بين البينتين ، كما يحكم بتنصيف الدرهم الباقي من الدرهمين المملوكيين لشخصين ، اذا ضاع (٥) احدهما المردود بينهما من عند الودعى

(١) فالمراد من الطريق الثاني ، هو طريق الشهيد (ره) ، (٢) فالمراد بقوله (ما ذكرنا) هو ما ذكره المصنف (ره) مفصلا بقوله : فاذا تعدد العمل به في تمام مضمونه ، وجب العمل به في بعضه ، فاذا قوم احدهما ، بعشرة فقد قوم كلا من نصفه بخمسة ، الى ان قال : ثم ان المعروف في الجمع بين البينات الجمع بينهما في قيمتي الصحيح ، فيؤخذ من القيمتين لل الصحيح نصفهما ، ومن الثلاث ثلثها ، الخ (٣) اى واما لأجل ان الجمع توسط بين البايع والمشترى لأجل الجمع بين الحقين بتنصيف ما به التفاوت ، نفيا في نفسه ، واثباتا في الآخر ، وبعبارة اخرى يعمل في نصف ما به التفاوت بقول المثبت للزيادة ، وفي نصفه الآخر بقول النافي ، فاذا قومه احديهما ، باثنى عشر ، والآخر ، بثمانية ، اخذ في نصف الأربعه بقول المثبت ، وفي نصفها الآخر بقول النافي جمعا بين حق البايع والمشترى (٤) فالمراد بقوله (على النهج الذى ذكرناه اخيرا) هو ما تقدم في ص ٦٨ بقوله (و يمكن ايضا على وجه التنصيف في ما به التفاوت بين القيمتين ، الخ) ، (٥) (ضاع) الشئ (ض) يضيّع ضيّعاً و ضيّعةً و ضيّعاً : فقد و هلك و تلف و صار مهملا

ولم تكن هنا بَيْنَةٌ تُشَهِّدُ لِأَحَدِهَا بِالْخُصُوصَةِ، بل وَلَا أَدْعُ أَحَدَهَا
بِالْخُصُوصَةِ (١) بِالدرهمِ الْمُوْجُودِ، فعَلَى الْأُولِيَّ (٢) فَاللَّازِمُ وَانْ كَانَ
هُوَ جَمْعُ نَصْفِي قِيمَتِي الصَّحِيحِ وَالْمُعَيْبِ، كَمَا فَعَلَهُ (٣) الْمُشَهُورُ، بَانَ
يَجْمِعُ (٤) الْاثْنَيْ عَشْرَ وَالثَّمَانِيَّةَ الْمُفْرُوضَاتِنَ قِيمَتِيَنَ لِلصَّحِيحِ فِي الْمَثَالِ
الْمُتَقَدِّمِ، وَيُؤْخَذُ نَصْفُ أَحَدِهِمَا قِيمَةً نَصْفِ الْمُبَيْعِ، صَحِيحًا، وَنَصْفِ
الْآخَرِ، قِيمَةً لِلنَّصْفِ الْآخَرِ مِنْهُ (٥) وَلَازِمُ ذَلِكَ (٦) كُونُ تَعَامِهِ بِعَشْرَةِ، وَ
يَجْمِعُ (٧) قِيمَتِيَنَ الْمُعَيْبِ، اعْنَى الْعَشْرَةِ وَالْخَمْسَةِ، وَيُؤْخَذُ لِكُلِّ نَصْفِ

→ (اقرب الموارد) فالمراد بـ (ضَاعَ) فيما نحن فيه، هو بمعنى (فقد)
(١) الضمير يرجع الى احدهما (٢) فالمراد بالاول ، هو قوله (اما
للجمع بين البَيْنَيْتَيْنِ باعْمَالِ كُلِّ مِنْهُمَا فِي نَصْفِ الْعَيْنِ)، (٣) يرجع الضمير
إلى جمع نصفى قيمتى الصحيح و المعيب (٤) والمصنف (ره) شرع ان
يبَيِّن طريق الجمع ، بقوله (بان يجمع الاثنى عشر و الثمانية المفروضتان
قيمتين للصحيح في المثال المتقدم في ص ٧٠ بقوله (اما اذا
كانت احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر ، والآخرى ، ثمانية ، الخ) و يؤخذ
نصف احديهما كالستة ، مثلا نصف الاثنى عشر ، فايتها قيمة لنصف المبيع
صحيحًا ، و نصف الآخرى ، كالأربعة ، نصف الثمانية ، فايتها قيمة لنصف
الآخر من المبيع ، و لازم هذا الجمع و الملاحظة و الأخذ ، هو كون
تَعَامِلُ الْمُبَيْعَ بِعَشْرَةِ ، لَاَنَّ السَّتَّةَ ، نَصْفُ الْاثْنَيْ عَشْرَ، وَ الْأَرْبَعَةَ نَصْفِ
الثَّمَانِيَّةَ ، فَإِذَا جَمَعْتَا صَارَ الْمَجْمُوعُ ، عَشْرَةً (٥) الضمير يرجع الى المبيع
(٦) اى لازم الجمع المذكور و الملاحظة و الأخذ ، كون تَعَامِلُ الْمُبَيْعَ عَشْرَةِ
(٧) قوله (يجمع) عطف على قوله (يجمع) السابق

من المبيع المعيوب ، نصف من احدهما ، ولازم ذلك (١) كون تمام البيع، بسبعين ونصف ، الا انه لا ينبغي ملاحظة نسبة المجموع من نصفى احدى القيمتين (٢) اعني ، العشرة (٣) الى المجموع من نصف الاخرى (٤) اعني ، سبعة ونصفا (٥) كما نسب الى المشهور ، لانه (٦) اذا فرض لكل نصف من المبيع ، قيمة تغاير قيمة النصف الآخر ، وجوب ملاحظة التفاوت

(١) اى لازم الجمع المذكور ، كون تمام المبيع بسبعين ونصف ، لأن الخمسة نصف العشرة ، والاثنين والنصف ، نصف الخمسة ، اذا جمعتا صار المجموع سبعة ونصفا (٢) فالمراد من احدى القيمتين ، هو القيمة للصحيح (٣) قوله (اعنى ، العشرة) تفسير للمجموع من نصفى احدى القيمتين (٤) فالمراد بقوله (الاخرى) هو القيمة للمعيوب (٥) قوله (اعنى سبعة ونصفا) تفسير للمجموع من نصف الآخر (٦) قوله (لانه اذا فرض الخ) علة لقوله (لا ينبغي ملاحظة نسبة المجموع ، الخ) اى وانما لا ينبغي ملاحظة نسبة المجموع الى المجموع ، لانه اذا فرض لكل نصف المبيع قيمة تغاير لقيمة النصف الآخر ، مثلا نصف المبيع ستة ، ونصفه الآخر ، اربعة صحيح ، ونصفه خمسة ، ونصفه الآخر ، اثنان ونصف معينا ، وجوب ملاحظة التفاوت بالنسبة الى كل واحد من نصفى المبيع صحيح ومعينا
بان تنسب الستة الى الخمسة ، والأربعة الى الاثنين والنصف ، واخذ الأرش لكلى نصف على حسب تفاوت صحيحه ومعييه ، فان ارش النصف الأول للمبيع ، السادس ، وارش النصف الثاني للمبيع ، هو ثلاثة اثمان و ينصف المجموع ، اعني ستة ، ونصفا من الاثنى عشر ، لفرض الثمن اثنى عشر ، ويؤخذ نصفه ، وهو ثلاثة وربع ، لا ان تنسب العشرة الى ←

بالنسبة الى كـل من النصفين (١) صحيحـا و معيـبا ، واخذ الأـرش لكـل نـصف (٢) عـلى حـسب تـفاوت صـحـيـحـه (٣) و مـعـيـبـه ، فالـعـشـرـة لـيـسـتـ قـيـمـة لـمـجـمـوـعـ الصـحـيـحـ ، الاـ باـعـتـبارـ اـنـ نـصـفـه (٤) مـقـوـمـ بـسـتـةـ ، و نـصـفـهـ الـآـخـرـ (٥) بـأـرـبـعـةـ ، و كـذـاـ السـبـعـةـ و النـصـفـ لـيـسـتـ قـيـمـة لـمـجـمـوـعـ المـعـيـبـ الـآـخـرـ (٦) بـأـرـبـعـةـ ، و نـصـفـهـ الـآـخـرـ بـاثـنـيـنـ و نـصـفـ ، فـلاـ وجـهـ (٧) لـأـخـذـ تـفاـوتـ ماـ بـيـنـ مـجـمـوـعـ الـعـشـرـةـ و السـبـعـةـ و النـصـفـ

→ سـبـعـةـ و نـصـفـ ، حتـىـ يـقـالـ : اـنـ الـأـرـشـ هوـ الـرـبـعـ ، اـىـ الـثـلـاثـةـ مـنـ الـاثـنـىـ عـشـرـ (١) اـىـ الـىـ كـلـ منـ النـصـفـيـنـ لـلـمـبـيـعـ (٢) اـىـ نـصـفـ مـنـ الـمـبـيـعـ (٣) الـضـمـيرـ يـرـجـعـ إـلـىـ الـمـبـيـعـ (٤) يـرـجـعـ الـضـمـيرـ إـلـىـ الصـحـيـحـ (٥) قـولـهـ (الـآـخـرـ) صـفـةـ لـ(الـنـصـفـ) الـمـضـافـ (٦) اـىـ نـصـفـ المـعـيـبـ (٧) اـىـ فـلاـ وجـهـ لـأـخـذـ تـفاـوتـ ماـ بـيـنـ مـجـمـوـعـ الـعـشـرـةـ التـىـ ، هـىـ قـيـمـةـ مـنـتـزـعـةـ لـلـصـحـيـحـ ، و بـيـنـ السـبـعـةـ و النـصـفـ التـىـ هـىـ قـيـمـةـ مـنـتـزـعـةـ لـلـمـعـيـبـ عـلـىـ مـاـ هـوـ مـقـتضـىـ طـرـيقـ الـشـهـورـ ، بلـ لـابـدـ مـنـ اـخـذـ تـفاـوتـ ماـ بـيـنـ الـأـرـبـعـةـ التـىـ هـىـ قـيـمـةـ نـصـفـ الـمـبـيـعـ الذـىـ قـوـمـهـ اـحـدـ الـمـقـوـمـيـنـ صـحـيـحـاـ بـهـاـ ، و بـيـنـ الـاثـنـيـنـ و النـصـفـ الذـىـ هـوـ قـيـمـةـ نـصـفـ الـمـبـيـعـ الذـىـ قـوـمـهـ الـمـقـوـمـ الـمـذـكـورـ مـعـيـبـاـ بـهـاـ ، و هـذـاـ التـفاـوتـ الذـىـ كـانـ بـيـنـ الـأـرـبـعـةـ و الـاثـنـيـنـ و النـصـفـ كـائـنـ لـنـصـفـ مـنـ الـمـبـيـعـ ، و اـخـذـ تـفاـوتـ ماـ بـيـنـ الـسـتـةـ التـىـ هـىـ قـيـمـةـ لـنـصـفـ الـمـبـيـعـ الذـىـ قـوـمـهـ الـمـقـوـمـ الـآـخـرـ صـحـيـحـاـ بـهـاـ ، و بـيـنـ الـخـمـسـةـ التـىـ هـىـ قـيـمـةـ لـلـنـصـفـ الـآـخـرـ لـلـمـبـيـعـ الذـىـ قـوـمـهـ الـمـقـوـمـ الـمـذـكـورـ مـعـيـبـاـ بـهـاـ ، و هـذـاـ التـفاـوتـ الذـىـ كـانـ بـيـنـ الـسـتـةـ و الـخـمـسـةـ كـائـنـ لـنـصـفـ الـآـخـرـ لـلـمـبـيـعـ عـلـىـ مـاـ هـىـ مـقـتضـىـ طـرـيقـ الشـهـيدـ (رهـ) ، فـعـلـمـ مـاـ ذـكـرـ ، اـنـهـ حـصـلـ الفـرقـ بـيـنـ نـسـبـةـ →

بل لا بد من اخذ تفاوت ما بين الأربعة والاثنين ونصف لنصف (١) منه وتفاوت ما بين الستة والخمسة للنصف (٢) الآخر ، وتوهم ان حكم شراء شيئاً تغاير (٣) قيمتا نصفيه حكم ما (٤) لو اشتري بالثمن الواحد مالين معيبين مختلفين في القيمة صحيحاً ومعيباً ، بان اشتري عبداً وجارية باثنى عشر ، فظهرها معيبين ، والعبد يسوى اربعة ، صحيحاً ، واثنين ونصف ، ومعيباً ، والجارية تسوى ستة ، صحيحة ، وخمسة ، معيبة ، فانه لا شك في ان اللازم في هذه الصورة ، ملاحظة مجموع قيمتي الصفة صحيحة ومعيبة ، اعني العشرة والسبعة والنصف ، واخذ التفاوت وهو الربع من الثمن ، وهو ثلاثة ، اذا فرض الثمن ، اثنى عشر ، كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه ، مدفوع (٥) بان الثمن في المثال لما كان موزعاً على العبد والجارية

→ المجموع الى المجموع الذي هو مقتضى طريق المشهور ، وبين نسبة البعض الى البعض الذي هو مقتضى طريق الشهيد (ره) ، فان المشتري يأخذ من البائع على الاول ، ربع الثمن الذي هو الثلاثة من الاثنى عشر وانه يأخذ من البائع ، على الثاني ، نصف السادس ، ونصف ثلاثة الاثمان ، ومجموعهما ثلاثة وربع من الاثنى عشر (١) قوله (النصف) متعلق بالكائن ، المقدر الذي هو صفة للتفاوت المضاف (٢) قوله (للنصف) متعلق ايضاً بالكائن المقدر الذي هو صفة للتفاوت المضاف (٣) قوله (تفاير) فعل مضارع ، وفاعله قوله (قيمتا) المضاف الى نصفيه ، وجملة (تفاير قيمتا نصفيه) صفة لـ (شيء)، (٤) قوله (حكم) مضاف الى (ما) خبر لـ (ان)، (٥) قوله (مدفوع) خبر لمبتدأ مقدم ، وهو قوله ←

بحسب قيمتها (١) فإذا أخذ المشترى ربع الثمن ارشا ، فقد أخذ للعبد ثلاثة اثمان قيمته (٢)

→ (توكّم) مضاف (١) حاصل هذه العبارة المذكورة : أن الثمن الممسى في المثال المذكور الذي هو الاثنى عشر دينارا ، يوزع على العبد و الجارية بحسب قيمتها ، حال كونهما صحيحين ، وهى اربعة للعبد و ستة للجارية ، و مقتضى هذا التوزيع مع فرض أن كل دينار ، عشرة دراهم ان تكون حصة العبد من عشرة دينارين ، ومن الدینارين ، ثمانية دراهم فتكون حصة العبد من الاثنى عشر ، اربعة دنانير و ثمانية دراهم ، ان تكون حصة العبد من عشرة الثمن ، اربعة دنانير ، ومن اثنى الثمن الذي هو الدیناران ، ثمانية دراهم ، فتكون حصة العبد من الاثنى عشر ، اربعة دنانير و ثمانية دراهم ، وبعبارة اخرى : تكون حصة العبد اربعة و اربعة اخماص ، وان تكون حصة الجارية من عشرة الثمن ، ستة دنانير ، و من الدینارين ، دينارا واحدا و درهمين ، فتكون حصتها من الثمن سبعة دنانير و درهمين ، وبعبارة اخرى : تكون حصتها من الاثنى عشر ، سبعة و خمسا (٢) يعني نسبة الاثنين و النصف الذي كان قيمة العبد معيبة الى الاربعة الذي كان قيمة العبد صحيحا ، هو ثلاثة اثمان ، فيأخذ المشترى من ثمن العبد الذي فرض أنه اربعة و اربعة اخماص ، ثلاثة اثمانه ، فيأخذ واحدا و اربعة اخماص ، اي دينارا و ثمانية دراهم ، و نسبة الخمسة الذي كان قيمة الجارية معيبة الى الستة الذي كان قيمة الجارية صحيحة ، هو السدس ، فيأخذ المشترى من ثمن الجارية الذي فرض أنه سبعة و خمس سدس ، فيأخذ واحدا و خمسا ، اي دينارا و ←

و للجارية سدسها (١) كما هو الطريق المختار (٢) لانه (٣) اخذ من مقابل الجارية ، اعني سبعة و خمسا ، سدسها (٤) وهو واحد و خمس و من مقابل العبد ، اعني اربعة و اربعة اخماس ، ثلاثة اثمان ، وهو (٥) واحد و اربعة اخماس ، فالثلاثة التي (٦) هي ربع الثمن ، منطبق

→ درهعين ، فآن الثلاثة الذي هو ربع الثمن على ما هو مقتضى طريق المشهور ، منطبق على السدس ، اي الواحد والخمس المأخوذ للجارية وعلى ثلاثة اثمان ، اي واحد و اربعة اخماس ، وهو مأخوذ للعبد على ما هو مقتضى طريق الشهيد ، لأن الواحد والخمس مع واحد و اربعة اخماس ، صار ثلاثة (١) اي سدس قيمة الجارية (٢) اي كما هو الطريق المختار الذي هو طريق الشهيد ايضا (٣) اي و آنما قلنا ، فإذا اخذ المشتري ، ربع الثمن ارشا ، فقد اخذ للعبد ثلاثة اثمان قيمته و للجارية سدسها ، لأن المشتري اخذ من مقابل الجارية ، اعني ، سبعة و خمسا ، سدسها ، وهو واحد و خمس ، اي دينار واحد و درهعين ، ومن مقابل العبد ، اعني اربعة و اربعة اخماس ، ثلاثة اثمانه ، وهو واحد و اربعة اخماس ، اي دينار واحد و ثمانية دراهم «فيكون مجموعهما ثلاثة دنانير ، فالثلاثة الذي هو ربع الثمن الذي هو مقتضى طريق المشهور منطبق على السدس ، و ثلاثة اثمان الذي هو مقتضى طريق الشهيد (ره) لأن مجموع السدس و ثلاثة اثمان ، هو الثلاثة (٤) اي سدس ، سبعة و خمس (٥) الضمير يرجع الى ثلاثة اثمان (٦) فلا يخفى ، انه يقال في المذكرة ، الثلاثة ، وفي المؤنث ، الثلاث ، فحينئذ ينبغي ان يكون صفة الثلاثة في العبارة ، مذكرا لا مؤنثا ، فالشاهد على هذا قوله تعالى ←

على السدس و ثلاثة اثمان ، بخلاف ما نحن فيه (١) فـاـنـ الـمـبـدـولـ فـىـ
ماـقـابـلـ كـلـ مـنـ النـصـفـيـنـ الـمـخـتـلـفـيـنـ بـالـقـيـمـةـ ،ـ اـمـرـ وـاحـدـ ،ـ وـ هـوـ نـصـفـ الـثـمـنـ
فـالـمـنـاسـبـ لـمـاـ نـحـنـ فـيـهـ فـرـضـ شـرـاءـ كـلـ مـنـ الـجـارـيـةـ وـ الـعـبـدـ ،ـ فـىـ الـمـثـالـ
الـمـفـرـوضـ ،ـ بـشـمـنـ مـسـاـوـ لـلـآـخـرـ ،ـ بـاـنـ اـشـتـرـىـ كـلـ مـنـهـماـ بـنـصـفـ الـاثـنـىـ عـشـرـ
فـىـ عـقـدـ وـاحـدـ اوـ عـقـدـيـنـ ،ـ فـلاـ يـجـوزـ حـيـنـئـذـ اـخـذـ الـرـبـعـ مـنـ اـثـنـىـ عـشـرـ ،ـ بـلـ
الـمـتـعـيـنـ (٢)ـ حـيـنـئـذـ اـنـ يـؤـخـذـ مـنـ سـتـةـ الـجـارـيـةـ ،ـ سـدـسـ ،ـ وـ مـنـ سـتـةـ

→ فـىـ سـوـرـةـ التـوـبـةـ ٩ـ وـ آـيـةـ ١١٨ـ :ـ وـ عـلـىـ الـثـلـاثـةـ الـذـيـنـ خـلـفـوـاـ (١)
يعـنىـ أـنـ ثـمـنـ الـعـبـدـ فـىـ الـمـثـالـ الـمـفـرـوضـ ،ـ هـوـ اـرـبـعـةـ وـ اـرـبـعـةـ اـخـمـاسـ مـنـ
الـاثـنـىـ عـشـرـ ،ـ وـ ثـمـنـ الـجـارـيـةـ ،ـ سـبـعـةـ وـ خـمـسـ مـنـ الـاثـنـىـ عـشـرـ ،ـ فـاـنـ ثـمـنـ
الـعـبـدـ مـغـايـرـ لـثـمـنـ الـجـارـيـةـ ،ـ بـخـلـافـ مـاـ نـحـنـ فـيـهـ الـذـىـ لـاـ يـغـايـرـ فـيـهـ ثـمـنـ
نـصـفـ الـعـبـيـعـ مـعـ ثـمـنـ نـصـفـهـ الـآـخـرـ ،ـ لـاـنـ الـمـبـدـولـ مـنـ الـثـمـنـ فـىـ مـاـقـابـلـ كـلـ
واـحـدـ مـنـ النـصـفـيـنـ لـلـمـبـيـعـ الـواـحـدـ ،ـ هـوـ الـسـتـةـ ،ـ فـقـيـاسـ مـاـ نـحـنـ فـيـهـ عـلـىـ
مـثـالـ الـعـبـدـ وـ الـجـارـيـةـ قـيـاسـ مـعـ الـفـارـقـ ،ـ فـالـمـنـاسـبـ لـمـاـ نـحـنـ فـيـهـ فـرـضـ
شـرـاءـ كـلـ مـنـ الـجـارـيـةـ وـ الـعـبـدـ فـىـ الـمـثـالـ الـمـفـرـوضـ بـشـمـنـ مـسـاـوـ لـلـآـخـرـ ،ـ بـاـنـ
اـشـتـرـىـ كـلـ مـنـهـماـ بـنـصـفـ الـاثـنـىـ عـشـرـ فـىـ عـقـدـ وـاحـدـ اوـ عـقـدـيـنـ ،ـ فـلاـ يـجـوزـ
حـيـنـئـذـ اـخـذـ الـرـبـعـ ،ـ اـىـ الـثـلـاثـةـ مـنـ الـاثـنـىـ عـشـرـ ،ـ بـنـاءـ عـلـىـ طـرـيـقـ الشـهـيدـ
بـلـ الـمـتـعـيـنـ حـيـنـئـذـ اـنـ يـؤـخـذـ مـنـ سـتـةـ الـجـارـيـةـ ،ـ سـدـسـهـ ،ـ لـاـنـ نـسـبـةـ التـفاـوتـ بـيـنـ
حـيـنـئـذـ اـنـ يـؤـخـذـ مـنـ سـتـةـ الـجـارـيـةـ ،ـ سـدـسـهـ ،ـ لـاـنـ نـسـبـةـ التـفاـوتـ بـيـنـ
الـخـمـسـةـ وـ الـسـتـةـ الـىـ الـسـتـةـ ،ـ هـوـ السـدـسـ ،ـ وـ يـؤـخـذـ مـنـ سـتـةـ الـعـبـدـ
اثـنـانـ وـ رـبـعـ ،ـ لـاـنـ نـسـبـةـ التـفاـوتـ بـيـنـ اـثـنـيـنـ وـ النـصـفـ وـ الـأـرـبـعـةـ الـىـ
الـأـرـبـعـةـ ،ـ ثـلـاثـةـ اـثـمـانـ ،ـ اـىـ اـثـنـانـ وـ رـبـعـ مـنـ الـسـتـةـ ،ـ فـيـصـيرـ الـمـجـمـوعـ ←

العبد ، اثنان و ربع ، فيصير مجموع الأرش ثلاثة و ربعا ، وهو (١) المأخذون في المثال المتقدم (٢) على الطريق الثاني (٣) وقد ظهر (٤) مما ذكرنا ، انه لا فرق بين شهادة البينات بالقيم ، او شهادتهم بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب ، وان لم يذكروا القيم ، هذا كله (٥)

→ ثلاثة و ربعا ، وهو المأخذون ارشا في المثال المتقدم على الطريق الثاني ، اي طريق الشهيد (ره) ، (١) الضمير يرجع الى ثلاثة و ربعا (٢) فالمراد من المثال المتقدم ما تقدم في ص ٧ بقوله (وقد يختلفان ، كما اذا كانت احدى قيمتي الصحيح ، اثنى عشر ، والاخري ، ثمانية ، الخ) (٣) فالمراد من الطريق الثاني ، هو طريق الشهيد (ره) ، (٤) اي وقد ظهر مما ذكرنا في وجه تعين الطريق الثاني ، انه لا فرق في تعينه بين شهادة البينات بالقيم ، بان شهدت احدى البينتين ، بان قيمة المبيع اثنى عشر ، صحيحا ، وقيمتها عشرة ، معينا ، وشهدت الاخرى ، بان قيمتها ثمانية ، صحيحا ، وقيمتها خمسة ، معينا ، او شهادتهم بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب ، وان لم يذكروا القيم ، كما اذا شهدت احديهما ، ان النسبة بين المعيب والصحيح ، هو السادس ، وشهدت الاخرى ، ان النسبة بينهما ، ثلاثة اثمان (٥) فلا يخفى ، ان مستند المشهور في اخذ القيمة الوسطى ، اثنان ، احدهما ، ان مستند في القيمة الوسطى ، هو العمل بكل من البينتين في جزء من المبيع ، فقد تقدم ، ان المتعين حينئذ ، هو الطريق الثاني ، وثانيهما ، ان مستند في القيمة الوسطى ، هو مجرد الجمع بين الحقين ، بان ينزل القيمة الزائدة التي قومت المبيع بها احدى البينتين ، ويرتفع القيمة الناقصة ←

اذا كان مستند المشهور في اخذ القيمة الوسطى العمل بكل من البينتين في جزء من المبيع ، واما اذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقين على ما ذكرناه اخيرا (١) بان ينزل القيمة الزائدة ، ويرتفع الناقصة على حد سواء ، فالمتعين الطريق الثاني (٢) ايضا ، سواء شهدت البينتان (٣) بالقيمتين ، او شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب ، اما اذا شهدتا بنفس التفاوت (٤) فلانه اذا شهدت احديهما ، بان

→ التي قوّمت بها البيّنة الاخرى ، حتى تكون القيمة على حد سواه
مثلا ، فإذا قوّمت المبيع ، احد يهما ، باثنى عشر ، والآخر ، بثمانية
احد فى نصف الأربعة بقول مثبت الزيادة ، وفي نصفها الآخر ، بقول
نافيهما ، جمعا بين حق البائع والمشترى ، فحيثذا المتعين هو
الطريق الثانى ايضا (١) فالمراد بقوله (ما ذكرناه اخيرا) هو ما ذكره فى
ص ٦٨ بقوله : و يمكن ايضا على وجه التنصيف ، الخ (٢) فالمراد من
الطريق الثانى ، هو طريق الشهيد (ره) ، (٣) اي سواء شهدت البیّنات
بالقيمتين ، بان قالت احدى البیّنات : ان قيمة المبيع صحيحا ، اثنى
عشر ، و قيمته معيبا ، عشرة ، و قالت الاخرى : ان قيمته صحيحا ، ثمانية
و قيمته معيبا ، خمسة ، ام شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب
بان قالت احد يهما : ان النسبة بين المعيب وال الصحيح ، هو السدس ، و
قالت البیّنة الاخرى : ان النسبة بينهما ، ثلاثة اثمان (٤) يعني اذا
شهدت البیّنات بنفس التفاوت والنسبة ، فلانه اذا شهدت احدى
البیّنات ، بان التفاوت والنسبة بين المعيب وال الصحيح ، بالسدس ، وهو
الاثنان من الاثنى عشر ، لو فرض الثمن المسمى ، اثنى عشر ، و شهدت

التفاوت بين الصحيح والمعيب بالسدس ، وهو الاثنان من اثنى عشر و شهدت الاخرى ، بانه (١) ثلاثة اثمان ، وهو (٢) الثلاثة من ثمانية زدنا على السدس ما ينقص (٣) من ثلاثة اثمان ، وصار كل واحد من التفاوتين بعد التعديل سدسا (٤) ونصف سدس و ثمنه ، وهو (٥) من الثمن المفروض اثنى عشر

→ الاخرى ، بـ (١) التفاوت والنسبة بين المعيب والصحيح ، ثلاثة اثمان وهو اربعة ونصف ، اي اربعة دنانير وخمسة دراهم ، زدنا على السدس الذي هو الاثنان ما ينقص من ثلاثة اثمان ، وهو اربعة ونصف ، وتوضيح ذلك ، ان التفاوت بين سدس الاثنى عشر ، وثلاثة اثمانه ، اثنان ونصف ، لأن سدس الاثنى عشر ، اثنان ، وثلاثة اثمانه ، اربعة ونصف والتفاوت بينهما اثنان ونصف ، وينصف هذا التفاوت ويجعل نصفه ، وهو واحد وربع على الاثنين ، ويبقى نصفه الآخر ، وهو واحد وربع ايضا على حاله ، وصار كل واحد منها بعد التعديل سدسا ، وهو اثنان ، ونصف السدس ، وهو واحد ، وثمن السدس ، وهو ربع الواحد ، فيكون مجموع السدس ونصفه وثمنه من الاثنى عشر ، ثلاثة وربع ، اي ثلاثة دنانير ودرهما ونصف درهم (١) الضمير يرجع الى التفاوت (٢) فلا يخفى ، ان الضمير على فرض صحة النسخة ، يرجع الى ثلاثة اثمان (٣) فالمراد ، انه يزداد على السدس وينقص عن ثلاثة اثمان بنسبة واحدة حتى يحصل التعديل (٤) فالمراد من السدس ، هو الاثنان ، ومن نصف السدس ، هو الواحد ، ومن ثمنه ، هو الربع فيكون المجموع من الاثنى عشر ، ثلاثة وربع (٥) الضمير يرجع الى ←

ثلاثة وربع (١) كما ذكرنا (٢) سابقاً ، وان شهدت البينتان (٣) بالقيمتين ، ففقطى الجمع بين حق البائع والمشترى فى مقام اعطاء الأرش (٤) واحذه تعدل قيمتي كل من الصحيح والمعيب بالزيادة والنقصان بأخذ قيمة نسبته (٥) الى المعيب ، دون نسبة القيمة الزائدة وفوق نسبة الناقصة ، فيؤخذ (٦) من الاثنى عشر و العشرة ، و من الثمانية والخمسة قيمتان للصحيح والمعيب نسبة احد يهما الى الاخر يزيد على السدس بما ينقص من ثلاثة اثمان ، فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحةما (٧)

→ السدس و نصف السدس و ثمنه (١) قوله (ثلاثة وربع) خبر لمبدأ مقدم وهو قوله (هو) ، (٢) فالمراد من قوله (كما ذكرنا سابقاً) هو ما تقدم في ص ٧١ بقوله (وعلى الثاني، يؤخذ التفاوت بين الصحيح والمعيب على احدى البينتين بالسدس ، وعلى الاخر بثلاثة اثمان، الخ) (٣) قوله (ان شهدت البينات) عطف على قوله (اذا شهدتا) ، (٤) اي في مقام اعطاء البائع ، الأرش ، واحذ المشترى آياته (٥) الضمير يرجع الى الصحيح (٦) اي فيؤخذ من الاثنى عشر ، والعشرة ، و من الثمانية والخمسة ، قيمتان جديدتان للصحيح والمعيب نسبة احد يهما على الاخر يزيد على السدس بما ينقص من ثلاثة اثمان (٧) اي فيؤخذ قيمتان جديدتان يزيد صحيحةما على المعيب بسدس و نصف سدس و ثمن سدس ، مثلا اذا فرضنا ، ان القيمة الجديدة للصحيح ، هو التسعة و ثلاثة اخماس ، وان القيمة الجديدة للمعيب ، سبعة ، فان التسعة و ثلاثة اخماس الذي هو قيمة الصحيح ، يزيد على السبعة الذي هو قيمة المعيب بسدس و نصف سدس و ثمن سدس ، وتوضيح ذلك : انه لم

على المعيب بسدس ونصف سدس وثمن سدس ، و من هنا (١) يمكن ارجاع كلام الأكثر الى الطريق الثاني بان يريدوا (٢) من اوسط القيم

→ اذا فرضنا ، آن قيمة الصحيح تسعه دنانير و ثلاثة اخماس ، وفرض آن الدينار الواحد ، يسوى خمسة توامين ، فيضرب قيمة الصحيح فى خمسة توامين ، فيكون حاصل الضرب ، ثمانية واربعين تومانا ، و يضرب قيمة المعيب ايضا فى خمسة توامين ، فيكون حاصل الضرب ، خمسة وثلاثين تومانا ، فيكون التفاوت بينهما ثلاثة عشر تومانا ، فيزيد صحيحهما على المعيب بسدس ، وهو ثمانية توامين ، ونصف سدس ، وهو اربعة توامين ، وثمن سدس ، وهو تoman واحد (١) اي ممّا ذكر من وجہ تعیین طريق الشهید على كلا الوجهین ، اي سواء كان مستند المشهور في اخذ القيمة الوسطی هو العمل بكل من البینتین في جزء من المعیب ام كان مستندهم مجرد الجمع بين الحقین ، يمكن ارجاع كلام الأكثر الى الطريق الثاني ، اي طريق الشهید (ره) ، (٢) يعني بان يريد الأكثر من اوسط القيم المتعددة للصحيح والمعيب القيمة المتوسطة المنتزعة للصحيح ، والقيمة المتوسطة المنتزعة للمعيب ، بحيث تكون نسبة احديهما الى الاخرى ، نسبة متوسطة بين القيم ، بمعنى آن هذه النسبة المتوسطة فوق نسبة صحيح القيم الناقصة الى معيبها ، دون نسبة صحيح القيم الزائدة الى معيبها ، مثلا اذا كانت احدى قيمتي الصحيح ، اثنى عشر ، والاخري ، ثمانية ، وقيمة المعيب على الاول ، عشرة ، وعلى الثاني خمسة ، فيؤخذ نسبة التفاوت بين الصحيح والمعيب الى الصحيح على احدى البینتین بالسدس ، وعلى الآخر بثلاثة اثمان ، فالنسبة ←

المتعددة للصحيح والمعيب، القيمة المتوسطة بين القيم لكل منها من حيث نسبتها الى قيمة الآخر ، فيكون مرادهم من اخذ قيمتين للصحيح و المعيب قيمة متوسطة من حيث نسبة احديهما الى الاخرى بين اقوال (١) جميع البيانات المقومين للصحيح وال fasid ، وليس فى كلام الأكثر (٢) انه يجمع قيم الصحيح و ينزع منها قيمة ، وكذلك قيم المعيب ، ثم تنسحب احدى القيمتين المنتزعتين الى الاخرى . قال فى المقنعة (٣) : فان اختلف اهل الخبرة عمل على اوسط القيم ، و نحوه فى النهاية ، و فى الشرايع حمل على الاوسط ، و بالجملة ، فكل من عَبَرَ بالاً وسط يحتمل ان يريـد الوسط (٤) من حيث النسبة ، لا من حيث العدد

→ المتوسطة بين السدس و ثلاثة اثمان ، هو الربع و ثمن السدس
فانّها فوق السدس و دون ثلاثة اثمان ، لأنّ سدس اثنتي عشر ، لو فرض
الثمن ، اثنتي عشر ، هو الاثنان ، و لأنّ ثلاثة اثمانه ، هو اربعة و نصف
والحال ، لأنّ الربع و ثمن السدس ، يكون ثلاثة و ربعا ، فيكون مطابقا
لنصف الاثنين و نصف اربعة و نصف (١) قوله (بين اقوال) متعلق بقوله
(متوسطة) ، (٢) اى ليس فى كلام الأكثر ، انه يجمع قيم الصحيح و
ينتزع منها قيمة ، وكذلك يجمع قيم المعيب ، ثم تنسب احدى القيمتين
المنتزعتين الى الاخرى ، كما هو الطريق الأول المنسوب الى المشهور (٣)
للمفيد (ره) ، (٤) اى يحتمل ان يريد الوسط من حيث النسبة ، و لأنّ
الوسط من حيث النسبة هو مقتضى طريق الشهيد (ره) ، و لأنّ الوسط من
حيث العدد ، هو مقتضى طريق المشهور

هذا مع أن المستند في الجميع (١) هو ما ذكرنا من وجوب العمل بكل من البيتين في قيمة نصف المبيع ، نعم لولم تكن بـيـنة اصلا ، لكن علمنا من الخارج ، أن قيمة الصحيح ، أـما هذا ، وـاما ذاك ، وكذلك قيمة المعيب ، ولم نقل حـيـثـنـ بالقرعة او الأصل ، فاللازم الاستناد فـى التنصيف الى الجمع بين الحـقـين على هذا الوجه ، وقد عرفت (٢) أن الجمع بتعديل التفاوت ، لأنـهـ الحق ، دون خصوص القيمتين المحتملتين
وـالـلهـ العالم

(١) اي مع أن المستند في الجميع هو ما ذكرنا من وجوب العمل بكل من البيتين في قيمة نصف المبيع ، لأنـ النـسـبـةـ المـتوـسـطـةـ منـ النـسـبـيـتـيـنـ على طـرـيقـ الشـهـيدـ ، أـماـ للـجـمـعـ بـيـنـ الـبـيـتـيـنـ باـعـالـ كـلـ مـنـهـماـ فـيـ نـصـفـ العـيـنـ ، وـاماـ لأـجـلـ آـنـ ذـلـكـ توـسـطـ بـيـنـهـماـ لأـجـلـ الجـمـعـ بـيـنـ الـحـقـيـنـ بـتـنـصـيفـ ماـ بـهـ التـفـاوـتـ ، نـعـمـ لـوـلـمـ تـكـنـ بـيـنةـ اـصـلاـ ، لكنـ عـلـمـنـاـ مـنـ الـخـارـجـ آـنـ قـيـمةـ الصـحـيـحـ ، أـماـ هـذـاـ ، وـاماـ ذـاكـ ، وـذلكـ قـيـمةـ الـمـعـيـبـ ، فـالـلـازـمـ الاستـنـادـ إـلـىـ الجـمـعـ بـيـنـ الـحـقـيـنـ عـلـىـ وـجـهـ تـنـصـيفـ ماـ بـهـ التـفـاوـتـ ، لأنـهـ فـيـ هـذـهـ الصـورـةـ يـتـعـيـنـ الجـمـعـ بـهـذـاـ الـوـجـهـ ، وـلاـ يـجـئـ اـحـتـمـالـ الجـمـعـ بـيـنـهـماـ باـعـالـ كـلـ مـنـهـماـ فـيـ نـصـفـ العـيـنـ (٢) اي عـرـفـتـ فـيـ صـ ٩٢ـ بـقـوـلـهـ (وـانـ شـهـدـتـ الـبـيـتـيـنـ بـالـقـيـمـيـتـيـنـ ، فـمـقـضـيـ الجـمـعـ بـيـنـ حـقـ الـبـايـعـ وـالمـشـتـرـىـ فـيـ مـقـامـ اـعـطـاءـ الـأـرـشـ ، الـخـ) آـنـ الجـمـعـ بـتـعـدـيلـ التـفـاوـتـ بـالـزـيـادـةـ وـالـنـقـاصـ ، هـوـ الـحـقـ ، دونـ خـصـوصـ الـقـيـمـيـتـيـنـ الـمـحـتمـلـتـيـنـ

القول في الشروط التي يقع عليها العقد ، وشروط صحتها (١) وما يتتّبّع على صحيحها وفاسدتها ، الشرط (٢) يطلق في العرف على معنيين ، أحدهما : المعنى الحدثى وهو بهذا المعنى ، مصدر شرط فهو شارط للأمر الغلاني ، وذلك الأمر مشروط ، وفلان مشروط له ، أو عليه (٣) وفي القاموس (٤) أنه الزام الشئ والتزامه (٥) في المبيع وغيره ، وظاهره (٦) كون استعماله في الالتزام الابتدائى مجازا ، او غير صحيح ،

(١) الضمير يرجع إلى الشروط (٢) فالمستفاد مما ذكره المصنف (ره) في الكتاب ، أن للشرط معنيين عرفيين ومعنيين اصطلاحيين ، أحد المعنيين العرفيين ، هو المعنى الحدثى ، وهو بهذا المعنى مصدر * شرط ، وثانيهما ، ما يلزم من عدمه ، العدم ، من دون ملاحظة أنه يلزم من وجوده ، الوجود ، او لا ، واحد المعنيين الاصطلاحيين ، هو ما استعمله النحاة على الجملة الواقعية عقب اداة الشرط ، وثانيهما ، ما استعمله اهل المعقول والاصول فيما يلزم من عدمه ، العدم ، ولا يلزم من وجوده ، الوجود (٣) اي او مشروط عليه (٤) لمجد الدين ابي طاهر محمد الفيروزبادى (٥) فالظاهر من الالتزام والالتزام في قول القاموس رجوعهما إلى معنى واحد ، يختلف باختلاف المشروط له و المشروط عليه (٦) اي ظاهر ما ذكر في القاموس ، أن استعمال الشرط في الالتزام الابتدائى مجاز ، او غير صحيح ، فظهوره في المجاز مبني على ان يكون بنائه على استقصاء موارد الاستعمال بطور الحقيقة ، و ظهره في الثاني مبني على ان يكون بنائه على استقصاء موارد الاستعمال مطلقا ، اي

لكن لا اشكال في صحته (١) لوقوعه في الأخبار كثيرة ، مثل قوله «ص» في حكاية بيرية (٢) : آن قضاة الله أحق وشرطه أوثق (٣) والولاء من اعتق (٤) وقول أمير المؤمنين صلوات الله عليه ، في الرد على مشترط عدم التزوج بأمرأة أخرى في النكاح (٥) : ان شرط الله قبل شرطكم (٦) وقوله : ما الشرط (٧) في الحيوان؟ قال : ثلاثة أيام للمشتري

→ سواء كان حقيقة ، او مجازا (١) اي لكن الاشكال في صحة استعمال الشرط في الالتزام الابتدائي لوقوعه في الأخبار كثيرة (٢) حكاية بيرية تأتي في ص ١٢١ (٣) فالمراد من الشرط الابتدائي في الحديث ، هو كون الولاء من اعتق ، بلحظة وقوعه في قبائل شرط الولاء للبائع ، يعني (الولاء من اعتق) هو شرط الله ، وشرط الله اوثق من شرط عباده (٤) قال في الروضة ج ٢ ص ٣١٤ : الفصل الثالث في الولاء ، بفتح الواو واصله القرب والدُّنْو ، والمراد هنا قرب أحد الشخصين ف ساعدا إلى آخر على وجه يوجب الارث بغير نسب ولا زوجية ، واقسامه ثلاثة ، كما سبق : ولا العتق وضمان الجريمة والامامة ، انتهى (٥) فهذا الرواية تأتي في ص ١٢٣ (٦) فالمراد من الشرط في قوله «ع» آن شرط الله قبل شرطكم ، هو قوله تعالى : فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فاطلاق الشرط على اباحة التزويج بلحظة آن الشرط يطلق على الحكم ايضا (٧) فاطلاق الشرط على الخيار ، يمكن ان يكون هو جعل الله في جعل بيع الحيوان ، يعني ما الذي جعله الله في ضمن تشريع بيع الحيوان

قلت : وفي غيره ، قال : هما بالخيار حتى يفترقا ، وقد اطلق على النذر او العهد او الوعد ، في بعض اخبار الشرط (١) في النكاح ، وقد اعترف في الحدائق ، بآن اطلاق الشرط على البيع (٢) كثير في الأخبار واما دعوى كونه (٣) مجازا ، فيدفعها ، مضافا الى اولوية الاشتراك (٤)

(١) اما ورود النص باطلاق الشرط على النذر او العهد ، فهو اشارة الى رواية منصور بن يونس ، الآتية في ص ١٣٣ قال : قلت لأبي الحسن ع : آن شريكا لى كان تحته امرأة ، فطلّقها ، فبانت منه ، فاراد مراجعتها ، فقالت له المرأة : لا والله لا اتزوجك ابدا حتى يجعل الله لي عليك ان لا تطلّقني ولا تتزوج على ، قال : وقد فعل ، قلت ، نعم جعلني الله فداك ، قال : بئسما صنع ، ما كان يدرى ما يقع في قلبه بالليل والنهار ، ثم قال : اما الان ، فقل له : فليتم للمرأة شرطها فان رسول الله ع قال : المسلمين عند شروطهم . فان الامام ع اطلق الشرط على ما جعله الله عليه ، فان ما جعله الله عليه ، اما نذر او عهد (٢) فان البيع الزام ابتدائي ، لا الزام والتزام في شيء آخر (٣) اي واما دعوى كون استعمال الشرط في الالتزام الابتدائي ، مجازا فيدفعها استدلال الامام ع بالنبي : المؤمنون عند شروطهم ، في خبر منصور بن يونس الذي اطلق فيه الشرط على النذر و العهد (٤) قوله (مضافا ، الخ) دليل آخر لدفع دعوى كونه مجازا ، يعني اذا دار الأمر بين الاشتراك المعنوي ، وبين الحقيقة والمجاز ، يقولون : ان الاشتراك المعنوي اولى من الحقيقة والمجاز

المعنى ، والى أن المبادر (١) من قوله : شرط على نفسه كذا ليس إلا مجرد الالتزام ، استدلال الإمام * ع ، (٢) بالنبي : المؤمنون عند شروطهم ، فيما تقدم (٣) من الخبر الذي اطلق فيه الشرط على النذر أو العهد ، ومع ذلك (٤) فلا حجّة فيما في القاموس مع تفرد به (٥) ولعله لم يلتفت (٦) إلى الاستعمالات التي ذكرناها ، والا لذكرها (٧) ولو بعنوان يشعر بمجازيتها ، ثم قد يتتجاوز في لفظ الشرط بهذا المعنى (٨) فيطلق على نفس المشروط ، كالخلق بمعنى المخلوق ، فيراد به (٩) ما يلزم الإنسان على نفسه . الثاني (١٠) ما يلزم من عدمه العدم

(١) قوله (المبادر ، الخ) عطف على قوله (الوليية الاشتراك) وهذا ايضا دليلا آخر لدفع الدعوى المذكورة (٢) قوله (استدلال الإمام * ع) فاعل لقوله (فيدفعها) ، (٣) اي تقدم في ص ٩٨ بقوله (بعض اخبار الشرط في النكاح) فالمراد من هذا الخبر ، هو خبر منصور بن يونس (٤) اي ومع ذلك الذي ذكر من أن الشرط اطلق في الأخبار على الشرط الابتدائي بنحو الحقيقة ، فلا حجّة فيما في القاموس ، من أنه الزام الشئ والتزامه في البيع وغيرها (٥) الضمير يرجع إلى (ما) ، (٦) الضمير الفاعل المستتر يرجع إلى صاحب القاموس (٧) الضمير عائد إلى الاستعمالات (٨) اشارة إلى المعنى الحدثي (٩) يرجع الضمير إلى الشرط (١٠) اي الثاني من المعنيين العرفيين للشرط ما يلزم من عدمه العدم ، سواء لزم من وجوده الوجود ، كالسبب ، او لا ، كالشرط المقابل للسبب ، وان الشرط بهذه المعنى اسم جامد ، لا مصدر

من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود ، او لا ، و هو بهذا المعنى اسم
جامد ، لا مصدر ، فليس فعلا ، لأحد (١) و استقاق المشروط منه (٢)
ليس على الأصل كالشرط ، ولذا (٣) ليسا بمتضاييفين في الفعل و
الانفعال ، بل الشرط هو الجاعل (٤) و المشروط هو ما جعل له الشرط
كالمسبب (٥) بالكسر و الفتح المشتقين من السبب ، فعلم من ذلك ، ان
الشرط في المعنيين نظير الأمر بمعنى المصدر (٦) و بمعنى الشيء

(١) اى فليس فعلاً لأحد على حدّ قيام الالتزام بأحد (٢) يعني اشتقاء العشرط من المعنى الثاني ، ليس على الأصل من دون التأويل و التضمين ، كالشارط ، فآن اشتقاء منه ايضاً ليس على الأصل (٣) اى و لأجل الذي ذكر من آن اشتقاء العشرط ليس على الأصل ، انّهما ليسا بمتضاهين في الفعل والانفعال على المعنى الثاني ، لأنّهما ليسا كـلـما تحقق احدهما ، تتحقق الآخر ، والحال ، آن المتضاهين بينهما فعل وانفعال ، لأنّ كلـما تحقق الفعل ، تتحقق الانفعال ، و كلـما تتحقق الانفعال تتحقق الفعل ، كما كان الشارط والشرط متضاهين على المعنى الأول ، مثل الضارب والمضروب (٤) يعني آن الشارط يطلق على جاعل الشرط بالمعنى الثاني كالشارع بالنسبة إلى الوضوء الذي جعله شرطاً للصلة ولا يطلق الشارط على المكلـف المـتـوـضـى ، و أمـاـ المشـرـوطـ ، فلا يـطـلـقـ علىـ المنـجـعـلـ ، اعني الوضـوءـ ، بل يـطـلـقـ المشـرـوطـ علىـ ماـ هوـ شـرـطـ لـهـ كالـصلةـ ، فـعـلـىـ هـذـاـ ، آنـ الشـارـعـ شـارـطـ ، وـ الـصـلـوةـ مـشـرـوطـ ، وـ الـوضـوءـ شـرـطـ ، فـلـيـسـ بيـنـ الشـارـعـ وـ الـصـلـوةـ تـضـاهـيـفـ (٥) كما آنـ الـمـسـبـ بالـكـسرـ وـ الـمـسـبـ بـالـفـتحـ لـيـسـ بـمـتـضـاهـيـفـ (٦) فالـمـرـادـ منـ الـمـصـدرـ ، هوـ الـطـلـبـ

واما استعماله في السنة النهاة على الجملة الواقعية عقب ادوات الشرط فهو اصطلاح خاص مأخوذ من افاده تلك الجملة (١) لكون مضمونها شرطا بالمعنى الثاني ، كما ان استعماله (٢) في السنة اهل المعقول والاسفل فيما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده الوجود ، مأخوذ من ذلك المعنى (٣) الا انه اضيف اليه (٤) ما ذكر في اصطلاحهم مقابلا للسبب فقد تلخص مما ذكرنا ، ان للشرط معنيين عرفيين (٥) وآخرين اصطلاحيين (٦) لا يحمل عليهما (٧) الاطلاقات العرفية ، بل هي (٨) مرددة بين الأولين (٩) ، فان قامت قرينة على اراده المصدر ، تعين الأول (١٠) او على

→ فيكون لفظ الأمر مشتركا بين الطلب والشئ (١) اي من افاده تلك الجملة الواقعية عقب الأداة ، لكون مضمونها شرطا بالمعنى الثاني (٢) الضمير يرجع الى الشرط (٣) اشارة الى المعنى الثاني (٤) اي اضيف الى الشرط بالمعنى الثاني ما ذكر في اصطلاحهم مقابلا للسبب ، حيث قالوا : ان السبب ما يلزم من وجوده الوجود ، ومن عدمه العدم ، وان الشرط ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده الوجود (٥) احد هما المعنى الحدثى ، وثانهما : ما يلزم من عدمه العدم ، من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود ، او لا (٦) احد هما ، استعماله في السنة النهاة ، وثانهما ، استعماله في السنة المعقول والاسفل (٧) يرجع الضمير المثنى الى الآخرين الاصطلاحيين (٨) الضمير يرجع الى الاطلاقات العرفية (٩) اي العرفيين (١٠) اي وان قامت قرينة من الاطلاقات العرفية على اراده المصدر ، تعين المعنى الأول

ارادة الجامد (١) تعين الثاني ، والا (٢) حصل الاجمال ، وظاهر ايضا ، ان المراد بالشرط في قولهم صلوات الله عليهم : المؤمنون عند شروطهم ، هو الشرط (٣) باعتبار كونه مصدرا ، اما مستعملا في معناه اعني الزاما على انفسهم ، واما مستعملا بمعنى ملتزماتهم ، واما بمعنى جعل الشئ (٤) شرطا بالمعنى الثاني ، بمعنى التزام عدم شئ عند عدم آخر ، وسيجيئ الكلام في ذلك

(١) قوله (على ارادة الجامد) عطف على قوله (على ارادة المصدر) يعني فان قامت قرينة من الاطلاقات العرفية على ارادة الجامد ، تعين المعنى الثاني (٢) اي وان لم تقم قرينة على ارادة احد المعنيين ، حصل الاجمال (٣) يعني ان الشرط في قولهم صلوات الله عليهم : *المؤمنون عند شروطهم* هو الشرط بالمعنى الأول الذي هو كونه مصدرا ، وهذا الشرط في قولهم عليهم السلام ، بهذا المعنى ، اما مستعملا في معناه الحقيقى الذى كونه مصدرا ، اعني الزاما على انفسهم ، واما مستعملا في معناه المجازى لذلك المعنى الحقيقى الذى ذكره سابقا في ص ٩٩ بقوله (ثم قد يتجاوز في لفظ الشرط ، الخ) اي استعمل الشرط في الشروط ، وأشار اليه هنا المصنف بقوله (واما مستعملا بمعنى ملتزماتهم) ، (٤) يعني ان المراد بالشرط في قولهم عليهم السلام : *المؤمنون عند شروطهم* اما بمعنى جعل الشئ شرطا بالمعنى الثاني ، وهو ما يلزم من عدمه العدم ، من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود ، او لا ، فالحاصل من كلام المصنف (ره) : ان معنى قولهم صلوات الله عليهم *المؤمنون عند شروطهم* ان المؤمنين يجب عليهم الخروج عن عهدة ←

→ التزاماتهم على أنفسهم ، أو عن عهدة ملتزماتهم ومؤذنها شئ واحد
او يجب عليهم الالتزام بعدم المشروع عند عدم الشروط (١) الضمير عائد
إلى الشرط الذي ذكر في الخبر (٢) يرجع الضمير إلى الشرط الذي
ذكر في الخبر ، ايضاً (٣) وعلى كلّ تقدير ، اي سواء كان السؤال عن
الخيار ، او عن ثبوت الخيار ، ففي الأخبار عن الشرط بقوله : ثلاثة أيام
مسامحة (٤) وانما كان في الأخبار عن الشرط الذي هو الخيار بـ (ثلاثة
أيام ، مسامحة) لأن قضية الحمل ان يكون الخبر عين المبتدأ ، والحال
ان ثلاثة أيام ، ظرف للشرط الذي هو الخيار ، فلا تحمل عليه ، فلا
يقال : الخيار ثلاثة أيام ، فلا بد من الالتزام بتقدير مضاف بين (ما)
والشرط ، وهو لفظ المدة ونحوها ، فيكون المعنى ، ما مدة الشرط
فـ الحيوان ؟ قال : مدة الشرط ثلاثة أيام (٥) فوجده عدم توقفه على
التوجيه ، انه على هذا لا يكون لفظ * ثلاثة أيام * خبرا ، بل هو ←

الكلام في شروط صحة الشرط ، وهى امور ، قد وقع الكلام او الخلاف فيها ، احداها : ان يكون (١) داخلا تحت قدرة المكلف ، فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه ، سواء كان صفة (٢) لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفا بها ، مثل صيرورة الزرع سنبلاء

→ مضاد اليه للفظ « الشرط » فيكون معنى الرواية ، أن في الحيوان خيار ثلاثة أيام ، فآن إضافة الشرط الذي هو الخيار ، الى الثلاثة ، من قبيل الإضافة بمعنى (في) وذلك اذا كان المضاد اليه ، ظرف المضاف كقوله تعالى : مكر الليل والنهر ، اي مكرفى الليل والنهر ، فحينئذ فلا مسامحة ولا حاجة الى التوجيه ، لأن كون المضاد اليه ، ظرف المضاف متعارف . « تذكرة » : فآن اذا كان المضاد اليه ، جنس المضاف فالإضافة بمعنى (من) او اذا كان المضاد اليه ، ظرفا له ، فهو بمعنى (في) او اذا لم يكن المضاد اليه ، جنس المضاف ، ولا ظرفه ، فهو بمعنى (اللام) ، (١) اسم (يكون) مستتر يرجع الى الشرط (٢) فلا يخفى ، أن الشرط ، اما ان يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصى لكون العبد كتابا ، والجارية حاملا ونحوهما ، واما ان يتعلق بفعل من افعال احد المتعاقدين ، او غيرهما ، كاشتراض اعتاق العبد وخياطة الثوب ، واما ان يتعلق من قبيل الغاية للفعل و نتيجته كاشتراض تملك عين خاصة واعتاق ملوك خاص ونحوهما ، فالشرط الغير المقدور من قبيل القسم الأول ، مثل صيرورة الزرع سنبلاء ، وكون الأمة والدابة تحمل في المستقبل ، او تلد في مستقبل ، والشرط الغير المقدور من قبيل القسم الثاني ، مثل جعل الزرع سنبلاء ، والبسر تمرا ، والشرط →

وكون الأمة والدابة تحمل في المستقبل ، او تلد كذا ، او كان عملاً لجعل الزرع سبلاً ، والبسر تمرا ، كما مثل به في القواعد ، لكن الظاهر أن المراد به (١) جعل الله الزرع والبسر سبلاً وتمرا ، والغرض (٢) الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته ، كأفعال الله سبحانه ، لا عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه ، لأن الالتزام واللتزام ب المباشرة فعل (٣) ممتنع عقلاً أو عادة مما لا يرتكبه العقلاء والاحتراز عن مثل الجمع بين الضدين (٤) أو الطيران في الهواء مما لا يرتكبه العقلاء ، والاتيان (٥) بالقييد المخرج لذلك و الحكم عليه

→ الغير المقدور من قبيل القسم الثالث ، مثل اشتراط كون المرأة مزوجة أو الزوجة مطلقة من دون أن يراد من ذلك ، ايجاد الأسباب ، أما لو أراد ايجاد الأسباب ، كان يشترط بان تكون المرأة زوجة له بالسبب الشرعي ، أو كان الشرط مما يكفي في تتحققه نفس الشرط ، لأن يشترط في متن عقد البيع أن يكون المشتري وكيلاً له ، فلا اشكال (١) الضمير يرجع إلى الجعل (٢) أي والغرض من اعتبار الأمر الأول في صحة الشرط ، الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد ، مما لا يكون تحت قدرته (٣) يعني أن جعل البائع الزرع سبلاً ، ممتنع عقلاً أو عادة ، أما جعل الله الزرع سبلاً ، مما لا يقدر ، لأنه فعل الغير ، وفعل الغير خارج عن اختيار البائع ، وكل فعل كان خارجاً عن اختيار البائع ، كان مما لا يقدر على تسليمه (٤) فأن الجمع بين الضدين ، مثال للممتنع العقلي والطيران في الهواء ، مثال للممتنع العادي (٥) أي الاتيان بالقييد ←

بعدم الجواز والصحة، بعيد عن شأن الفقهاء، ولذا لم يتعرضوا لمثل ذلك (١) في باب الاجارة والجعالة، مع أن اشتراط كون الفعل سائغاً يعني عن اشتراط القدرة (٢) نعم اشتراط تحقق فعل الغير (٣) الخارج عن اختيار المتعاقدين المحتمل وقوعه في المستقبل، وارتباط العقد به (٤) بحيث يكون التراضي منوطاً به (٥) واقعاً عليه أمر صحيح (٦) عند العقلاء مطلوب لهم، بل أولى بالاشترط من الوصف الحالى الغير المعلوم تتحققه، تكون العبد كاتباً والحيوان حاملاً، والغرض (٧) الاحتراز عن ذلك

→ الذي هو أن يكون داخلاً تحت قدرة المكلف المخرج للفعل الذي يمتنع عقلاً وعادة، بعيد عن شأن الفقهاء (١) اشارة إلى القيد المخرج الممتنع العقلّي أو العادي (٢) يعني اشتراط كون الفعل سائغاً يعني عن اشتراط القدرة، إذا كان المراد من السائع، ما رخص في فعله شرعاً، لأنّ توسيع الشرعي لا يكون إلا في الممكن العقلّي (٣) ومن فعل الغير، أفعال الله تعالى (٤) الضمير يرجع إلى الفعل (٥) مرجع الضمير هو الفعل (٦) قوله (امر صحيح) خبر لمبتدأ مقدم، وهو قوله (اشترط) يعني اشتراط تحقق فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين، أمر صحيح عند العقلاء، فإنّ المقصود من اعتبار القدرة في صحة الشرط، هو الاحتراز عن اشتراط فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين، لا الاحتراز عن الممتنع عقلاً أو عادة، كجعل البائع، الزرع سنبلًا، كالجمع بين الضدين، فاته مما لا يرتكبه العقلاء (٧) أي و الغرض من اعتبار القدرة في صحة الشرط، الاحتراز عن →

و يدل على ما ذكرنا (١) تعبير اكثراهم ببلوغ الزرع واليسر سبلا و تمرا او لصيورتها كذلك ، و تمثيلهم لغير العقد و بانعقاد الثمرة و ايناعها (٢) و حمل الدابة في ما بعد ، و وضع الحامل في وقت كذلك ، وغير ذلك ، وقال في القواعد (٣) : يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البايع ، دون غيره (٤) كجعل الزرع سبلا ، و البسر تمرا

→ اشتراط فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين ، لا الاحتراز عن الفعل الممتنع عقلا او عادة ، لأنّه ممّا لا يرتكبه العقلاء (١) فالمراد من (ما ذكرنا) هو ما ذكره المصنف (ره) من أن المراد من اعتبار القدرة في صحة الشرط ، هو ما يقابل فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين لا ما يقابل الممتنع العقلي او العادي ، يعني و يدل على ما ذكرنا تعبير اكثراهم ببلوغ الزرع سبلا ، و البسر تمرا ، لا بتبلغهما و تصييرهما سبلا و تمرا ، و تمثيلهم بانعقاد الثمرة ، لا بعقد الثمرة (٢) قال فـ اقرب الموارد : (يَنْعَ) الثمُر (ضع) (يَبْيَنُ وَيَبْيَنُ يَنْعَ وَيَنْعَ وَيَنْوِعَ) : ادرك و طاب و حان قطافها ، فهو (يَانْعَ) الى ان قال : (أَيَّنْعَ) الثمُر ايناعاً يعني يَنْعَ ، وهو اكثرا استعمالا منه ، انتهى (٣) غرض المصنف من ذكر قول القواعد و الشهيد قدس سرّهما ، الاستشهاد على ما فسر به شرط القدرة من أن الغرض من اعتبار القدرة في صحة الشرط الاحتراز عن اشتراط فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين ، كجعل اللّه الزرع سبلا ، لا الاحتراز عن الفعل الممتنع عقلا ، كجعل البايع الزرع سبلا (٤) الضمير يرجع الى البايع ، يعني يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة من افعال البايع و منافعه ، دون اعمال الغير و منافعه

قال الشهيد (ره) في محكي حواشيه على القواعد : أن المراد (١) جعل الله الزرع سنبلا ، والبسر تمرا ، لأننا إنما نفرض فيما يجوز أن يتوهمنه عاقل لامتناع ذلك (٢) من غير إله جلت عظمته ، انتهى (٣) لكن (٤) قال في الشرائع : ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره ، كبيع الزرع على أن يجعله سنبلا ، والرطب على أن يجعله تمرا ، انتهى ، ونحوها عبارة التذكرة ، لكن لا بد من ارجاعها إلى ما ذكر ، إذ لا يتصور القصد من العاقل إلى الالتزام واللتزام بهذا الممتنع العقلي ، اللهم (٥) الآ

(١) يعني أن مراد صاحب القواعد من الجعل ، جعل الله الزرع سنبلا لا جعل البائع (٢) اشارة إلى جعل الزرع سنبلا ، والبسر تمرا (٣) أي انتهى ما ذكره الشهيد (ره) ، (٤) قوله (لكن ، قال في الشرائع: ولا يجوز الخ) استدراك ، فوجه الاستدراك ، أن الظاهر من عبارة الشرائع جعل البائع الزرع سنبلا ، لأن الظاهر أن الضمير الفاعل المستتر في قوله (يجعله) راجع إلى البائع ، لا إلى الله تعالى ، لكن لا بد من ارجاع عبارتها إلى ما ذكر من أن يجعل الله الزرع سنبلا ، فيكون المراد اشتراط أن يجعل الله الزرع سنبلا ، لا اشتراط أن يجعله البائع سنبلا فآن ذلك وإن كان باطلًا أيضًا إلا أنه غير مراد هنا ، لأنهم يفرضون ما يجوز أن يتوهمن العقلاء ، لا ما يمنعونه (٥) اللهم ان يراد من جعل البائع الزرع سنبلا ، اعمال مقدمات الجعل على وجه توصل إلى جعل الزرع سنبلا مع التزام البائع الإيصال إلى جعل الزرع سنبلا ، وإنما لا يصح هذا الشرط ، والحال اعمال المقدمات تحت قدرة البائع ، لأن الإيصال إلى جعل الزرع سنبلا ، ليس بيده

ان يراد اعمال مقدمات (١) الجعل على وجه توصل اليه (٢) مع التزام الايصال (٣) فاسند (٤) الجعل الى نفسه (٥) بهذا الاعتبار (٦) فافهم (٧) وكيف كان ، فالوجه في اشتراط الشرط المذكور ، مضافا الى عدم الخلاف فيه (٨) عدم القدرة على تسليمه (٩) بل ولا على تسليم

(١) كالسقى والحفظ وغيرهما (٢) الضمير يرجع الى الجعل (٣) اي مع التزام البائع الايصال (٤) الضمير المستتر الفاعل يرجع الى صاحب الشرياع (٥) يرجع الضمير الى البائع ، يعني فاسند صاحب الشرياع الجعل الى نفس البائع بهذا الاعتبار الذي هو اعمال مقدمات الجعل على وجه توصل اليه (٦) فالحاصل ، ان الشرط في جعل الزرع سنبلاء والبسرة تمرا ، على اربعة اقسام ، احدها : ان يبيع الزرع بشرط ان يجعل الله الزرع سنبلاء ، وهذا ممكن غير جائز ، لأنّه خارج عن اختيار المتعاقدين ، وثانيها : ان يبيع الزرع بشرط ان يجعل البائع الزرع سنبلاء ، وهذا ممتنع لا يرتکبه العقلاء ، وثالثها : ان يبيع الزرع بشرط ان يعمل البائع مقدمات الجعل على وجه توصل الى الجعل مع التزام الايصال ، وهذا ممكن غير جائز ، لأنّ الايصال الى جعل الزرع سنبلاء خارج عن اختيار المتعاقدين ، ورابعها : ان يبيع الزرع بشرط ان يعمل المقدمات ، كالسقى والحفظ وغيرهما ، من دون التزام الايصال وهذا ممكن جائز ، لأنّ العمل بالمقدمات كالسقى والحفظ ليس خارجا عن اختيار المتعاقدين (٧) لعله اشارة الى ان استفاده اراده اعمال المقدمات من قوله (ان يجعله سنبلاء) مشكل (٨) الضمير يرجع الى الشرط المذكور (٩) اي عدم القدرة على تسليم الشرط الغير المقدر

المبيع اذا اخذ متصفا به (١) لأن تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق (٢) ولا يناظر بارادة المشروط عليه ، فيلزم الغرر في العقد لارباطه (٣) بما لا وثيق بتحققه ، ولذا (٤) نفي الخلاف في الغنية عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط استنادا على عدم القدرة على تسلیم المبيع ، كما يظهر بالتأمل في آخر كلامه في هذه المسألة ، ولا ينقض (٥)

(١) اي بهذا الشرط (٢) هنا قياس ، فصورة القياس هكذا ، الصغرى : هذا الشرط غير مقدور ، لأن تحقق هذا الشرط بضرب من الاتفاق ، ولا يناظر تحققه بارادة المشروط عليه ، لأنّه ربما يشاء الله تعالى الجعل وربما يشاء عدمه ، وكذا كون الأمة والدابة تحمل في المستقبل او تلد كذلك ، والكبرى : وكل شرط غير مقدور ، فهو باطل ، لأنّه يلزم من اشتراط هذا الشرط ، الغرر في العقد لارباطه بما لا وثيق بتحققه ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر ، ونهى عن الغرر ، والنتيجة : فهذا الشرط باطل (٣) الضمير يرجع إلى العقد (٤) اي لأجل لزوم الغرر في العقد ، لارباطه بما لا وثيق بتحققه ، نفي الخلاف في الغنية عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط (٥) اشكال ودفع ، اما الاشكال فانكم تقولون : ان الوصف الاستقبالي ، مثل صيغة الزرع سنبلاء وكون الأمة والدابة تحمل في المستقبل ، باطل ، لأن تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق ، فيلزم الغرر في العقد ، لارباطه بما لا وثيق بتحققه ، فلماذا ، لا تقولون بمثله في الوصف الحالى ، كون العبد كاتبا والجارية حاملا ونحوهما ، لأن تحقق مثل هذا الشرط ايضا بضرب من الاتفاق ، فيلزم الغرر في العقد في الوصف الحالى ايضا ، لارباطه

ما ذكرنا بما لو اشترط وصفا حاليا لا يعلم تتحققه (١) في المبيع ، كاشتراض كونه (٢) كاتبا بالفعل او حاملا ، للفرق بينهما (٣) بعد الاجماع

→ بما لا وثيق بتحققه ، والحال تقولون بصحة الوصف الحالى ، فما إذا تخلف الوصف الحالى ، ثبت الخيار ، واما الجواب ، فهو الذى ذكره المصنف (ره) بقوله (ولا ينقض ما ذكرنا بما لو اشترط وصفا حاليا ، الخ) وحاصل الجواب : أن الفرق بين الوصف الحالى ، كون العبد كاتبا ، والجارية حاملا ، وبين الوصف الاستقبالى ، كون الأمة تحمل فى المستقبل حاصل ، لأن الوصف الحالى ، صحيح ، للبناء على كونه موجودا ، بخلاف الوصف الاستقبالى ، فإنه ليس فيه البناء على كونه موجودا ، لأن الوصف الاستقبالى متغل فى الامكان ، لأن الوصف الاستقبالى الذى وعاء وجوده الزمان المستقبل ، ليس موجودا بالفعل ، ولا معدوما بالفعل ، لأن المفروض ، أن وجوده وعدمه إنما هو بلحاظ zaman المستقبل ، وإذا لم يوصف بالموجودية بالفعل ، كما لا يوصف بالمعدومة ، فكيف يبنى على وجوده ليقع البيع على شئ مبنيا على كونه موصوفا بذلك ، بخلاف الوصف الحالى ، فإنه خرج عن حدود الامكان الى الوجوب او الامتناع ، لأن العبد الذى شرط فى العقد على انه كاتب ، ان كان كاتبا فى الحال ، خرج عن حدود الامكان الى الوجوب ، وان لم يكن كاتبا فى الحال ، خرج عن حدود الامكان الى الامتناع ، فإنه اذا التزم على وجود الصفة فى الحال بنى على وجود الوصف الحالى (١) الضمير يرجع الى الوصف (٢) اي كون المبيع (٣) اي للفرق بين الوصف الحالى و الوصف الاستقبالى

بأن التزام وجود الصفة في الحال بناءً (١) على وجود الوصف الحالى (٢) ولو لم يعلما به (٣) فاشترط كتابة العبد المعين الخارجى بمنزلة توصيفه بها (٤) وبهذا المقدار يرتفع الغرر ، بخلاف ما (٥) سيتحقق فى المستقبل ، فإن الارتباط (٦) به (٧) لا يدل على البناء على تحققـه وقد صرـح العـلامـة فيما حـكـى عنـه بـبطـلـان اـشـتـراـطـاـنـ تـكـونـ الـأـمـةـ تـحـمـلـ فـىـ الـمـسـتـقـبـلـ ، لـأـنـهـ غـرـرـ عـرـفـاـ ، خـلـافـ لـلـمـحـكـىـ عـنـ الشـيـخـ وـالـقـاضـىـ ، فـحـكـمـاـ (٨) بـلـزـومـ الـعـقـدـ مـعـ تـحـقـقـ الـحـمـلـ ، وـبـجـواـزـ الـفـسـخـ إـذـاـ لـمـ يـتـحـقـقـ ، وـظـاهـرـهـماـ ، كـمـ اـسـتـفـادـهـ فـىـ الدـرـوـسـ ، تـزـلـلـ الـعـقـدـ باـشـتـراـطـ مـجـهـولـ التـحـقـقـ ، فـيـتـحـقـقـ الـخـلـافـ فـىـ مـسـئـلـةـ اـعـتـبـارـ الـقـدـرـةـ فـىـ صـحـةـ الـشـرـطـ ، وـيمـكـنـ تـوجـيهـ كـلـامـ الشـيـخـ (٩) بـارـجـاعـ اـشـتـراـطـ الـحـمـلـ فـىـ الـمـسـتـقـبـلـ إـلـىـ اـشـتـراـطـ

(١) قوله (بناءً) خبر لـ(أنـ) فى قوله (بـأـنـ التـزـامـ) ، (٢) فالمراد من الوصف الحالى ، هو كون الشرط وصفا حالياً فى المبيع ، كالكتابة فى قوله (بعثتك العبد على أنه كاتب فى الحال) ، (٣) أى ولو لم يعلم البائع والمشتري بالوصف ، هل هو موجود الآن ، أم لاً (٤) أى توصيف العبد بالكتابة (٥) فالمراد من (ما) هو الوصف (٦) فإن ارتباط العقد بالوصف الاستقبالي ، لا يدل على بناء البائع أو المشتري على تحققـه (٧) يرجع الضمير إلى (ما) ، (٨) يعني أن الفقهاء قائلون ، بأن الشرط إن كان وصفا لا يقدر العاقد على تسليم المبيع موصوفا به ، مثل كون الدابة والأمة تحمل فى المستقبل ، باطل ، لاصحيح ، والحال أن الشـيـخـ وـالـقـاضـىـ قدـسـ سـرـهـماـ حـكـىـ بـصـحـةـ الـعـقـدـ فـىـ هـذـهـ الصـورـةـ ، فـيـتـحـقـقـ الـخـلـافـ فـىـ مـسـئـلـةـ اـعـتـبـارـ الـقـدـرـةـ فـىـ صـحـةـ الـشـرـطـ (٩) أى وـيمـكـنـ تـوجـيهـ

صفة حالية موجبة للحمل ، فعدمه (١) كاشف عن فقدها ، وهذا الشرط (٢) وان كان للتأمل (٣) في صحته مجال ، الا ان اراده هذا المعنى (٤) يخرج اعتبار كون الشرط مما يدخل تحت القدرة عن الخلاف ، ثم ان عدم القدرة (٥) على الشرط ، تارة لعدم مدخلتيه (٦) فيه اصلاً كاشتراط ان الحامل تضع في شهركذا ، و اخرى لعدم استقلاله (٧) فيه

→ كلام الشيخ (ره) بما لا ينافي كلام الفقهاء القائلين ببطلان اشتراط ان تكون الأمة تحمل في المستقبل بارجاع اشتراط الحمل في المستقبل الى اشتراط صفة حالية في الأمة موجبة للحمل في المستقبل ، بان يتشرط البائع كون الأمة قابلة للحمل الان موجبة للحمل في المستقبل ، فهذا القابلية ، صفة حالية ، لا استقبالية ، فعدم الحمل في المستقبل كاشف عن عدم وجود القابلية حين العقد (١) اي فعدم الحمل كاشف عن فقد صفة حالية حين العقد في الأمة (٢) اشارة الى صفة حالية موجبة للحمل (٣) لعل وجه التأمل ، ان مجرد قابلية الحمل غير مقصود للعقلاء (٤) يعني اراده اشتراط صفة حالية موجبة للحمل من اشتراط الحمل في المستقبل ، يخرج كون اعتبار الشرط مما يدخل تحت قدرة العائد عن محل الخلاف ، فحينئذ يكون الشيخ والقاضي موافقين لسائر الفقهاء قدس سرهم (٥) اي عدم قدرة العائد على الشرط (٦) اي لعدم مدخلية العائد في الشرط اصلاً ، كاشتراط ان الحامل تضع في شهركذا ، او ان يصير الزرع سبلاً (٧) و اخرى لعدم استقلال العائد في الشرط كاشتراط ان يبيع المبيع من زيد ، فان المقدور هو الا يجاب فقط ، لا العقد المركب من الا يجاب والقبول ، فان اراد اشتراط المركب ، فالظاهر →

كاشتراط بيع المبيع من زيد ، فـاـن المقدور هو الا يجـاب فقط ، لا العـقد المـركب
 فـان اراد اشتراط المـركب ، فالظـاهر دخـوله فى اشتراطـ غير المـقدور ، الاـ
 ان العـلامـة قدـس سـرـه فى التـذـكرة بعد جـزـمه بـصـحة اشتراطـ بـيعـه علىـ زـيد
 قال : لـواشـترـط بـيعـه علىـ زـيد ، فـامـتنـع زـيد من شـرـائـه ، اـحـتمـل ثـبـوتـ
 الـخـيـار (١) بـيـنـ الفـسـخـ وـ الـامـضـاءـ ، وـ الـعـدـمـ (٢) اـذـ تـقـدـيرـه ، بـعـهـ عـلـىـ
 زـيدـ اـنـ اـشـتـراهـ ، اـنـتـهـىـ . وـلاـ اـعـرـفـ (٣) وجـهـاـ لـلـاحـتمـالـ الـأـوـلـ ، اـذـ عـلـىـ
 تـقـدـيرـ اـرـادـةـ اـشـتـراتـ الاـ يـجـابـ فـقـطـ قـدـ حـصـلـ الشـرـطـ ، وـ عـلـىـ تـقـدـيرـ اـشـتـراتـ
 الـمـجـمـوعـ الـمـرـكـبـ ، يـنبـغـىـ الـبـطـلـانـ ، الاـ اـنـ يـحـلـ عـلـىـ صـورـةـ الـوـثـوقـ

→ دـخـولـهـ فـىـ اـشـتـراتـ غـيرـ المـقدـورـ ، لـاـنـ القـبـولـ الذـىـ هـوـ جـزـءـ المـركـبـ
 خـارـجـ عـنـ اـخـتـيـارـهـ ، فـيـكـونـ باـطـلاـ (١) اـىـ اـحـتمـلـ ثـبـوتـ الـخـيـارـ لـلـبـايـعـ
 الشـارـطـ ، بـيـنـ الفـسـخـ وـ الـامـضـاءـ (٢) قـوـلـهـ (الـعـدـمـ) عـطـفـ عـلـىـ قـوـلـهـ
 (ثـبـوتـ الـخـيـارـ) يـعـنـىـ لـوـ شـرـطـ بـيعـهـ عـلـىـ زـيدـ ، فـامـتنـعـ زـيدـ منـ شـرـائـهـ
 اـحـتمـلـ دـعـمـ ثـبـوتـ الـخـيـارـ ، اـذـ تـقـدـيرـ الشـرـطـ : بـعـهـ عـلـىـ زـيدـ اـنـ اـشـتـراهـ
 فـيـكـونـ مـفـهـومـهـ ، اـنـهـ اـذـاـ لمـ يـشـترـ ، فـلاـ اـمـرـ بـالـبـيـعـ ، فـلاـ خـيـارـ حـتـىـ يـكـونـ
 لـهـ الفـسـخـ (٣) قـالـ المـصـنـفـ (رهـ) : وـلاـ اـعـرـفـ وجـهـاـ لـلـاحـتمـالـ الـأـوـلـ الذـىـ
 هـوـ ثـبـوتـ الـخـيـارـ ، اـذـ عـلـىـ تـقـدـيرـ اـرـادـةـ الشـارـطـ اـشـتـراتـ الاـ يـجـابـ فـقـطـ
 قـدـ حـصـلـ الشـرـطـ ، لـاـنـ المـشـروـطـ عـلـيـهـ اوـجـبـ الـبـيـعـ ، وـ عـلـىـ تـقـدـيرـ اـرـادـةـ
 الشـارـطـ اـشـتـراتـ الـمـجـمـوعـ الـمـرـكـبـ ، يـنبـغـىـ الـبـطـلـانـ ، لـعـدـمـ قـدـرةـ
 المـشـروـطـ عـلـيـهـ عـلـىـ الـمـجـمـوعـ ، لـاـنـ القـبـولـ لـيـسـ تـحـتـ اـخـتـيـارـهـ

بالاشتاء ، فاشتراط النتيجة (١) بناء (٢) على حصولها (٣) بمجرد الا يجاب ، فاتفاق امتناعه (٤) من الشراء بمنزلة تعدّر الشرط ، وعليه (٥) يحمل قوله في التذكرة ، ولو اشترط على البائع (٦) اقامة كفيل (٧) على العهدة ، فلم يوجد ، او امتنع المعين ، ثبت للمشتري الخيار انتهى . و من افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعا على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع

(١) فالمراد من النتيجة ، هو حصول الملكية ، يعني ان الا يجاب من المشروط عليه عند الوثوق بتحقق القبول بناء من الشارط على حصول الملكية بمجرد الا يجاب ، لأنّه عند وثوقة بالاشتاء لا ينفك القبول عن الا يجاب ، فاتفاق امتناعه عن القبول بمنزلة تعدّر الشرط ، فحينئذ يثبت للشارط الخيار ، كما اذا اشترط في متن العقد ان يخيط ثوبه ، ثم اتفق على المشروط عليه عدم القدرة على الخياطة ، فانّه يجب الخيار على المشروط عليه ، لعدّر الشرط (٢) قوله (بناء) خبر لمبدأ مقدم وهو قوله (فاشتراط) ، (٣) الضمير يرجع الى النتيجة (٤) الضمير عائد الى المشتري الذي هو زيد في الفرض (٥) اي على ما ذكر ، من ان اتفاق امتناعه من الشراء بمنزلة تعدّر الشرط في صورة وثائق الشارط بالاشتاء ، يحمل قوله في التذكرة : ولو اشترط ، الخ (٦) يعني لو اشترط على البائع اقامة كفيل على العهدة ، بمعنى ان المتعاق اذا ظهر مستحقا للغير ، مثلا يحضر الكفيل البائع عند المشتري ، فلم يوجد الكفيل او امتنع المعين ، ثبت الخيار للمشتري (٧) قال في اللمعة : كتاب الكفالة ، وهي التعهد بالنفس ، وقال في الروضة : اي التزام ←

عدم حصولها (١) بنفس الاشتراط ، كاشتراط كون امرأة مزوجة (٢) او الزوجة مطلقة ، من غير ان يراد من ذلك ايجاد الاسباب ، اما لوارد ايجاد الاسباب ، او كان الشرط مما ي肯ى (٣) في تتحقق نفس الاشتراط فلا اشكال (٤) ولو شك في حصوله (٥) بنفس الاشتراط كملكية عين خاصة ، فسيأتي الكلام فيه (٦) في حكم الشرط

الثاني : ان يكون الشرط سائغا في نفسه (٧) فلا يجوز اشتراط جعل العنبر خمرا ، ونحوه من المحرمات ، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرّم

→ احضار المكفول متى طلبه المكفول له ، وشرطها رضى الكفيل و المكفول له ، دون المكفول ، انتهى (١) الضمير يرجع الى الغاية (٢) مثلا لو باع رجل متابعا لامرأة أجنبية ، وشرط في متن العقد ان تكون المرأة . زوجة له بنفس هذا الشرط ، لكن الشرط باطل و كان العقد ايضا باطلا (٣) يعني ان يتشرط في ضمن عقد البيع كونه وكيلا او وصيا (٤) قوله (فلا اشكال) جواب شرط لـ (لو) ، (٥) الضمير يرجع الى الشرط (٦) اي فسيأتي الكلام فيه في ص ٢٠٥ بقوله (واما لوم يدل على احد الوجهين ، الخ) ، (٧) قال السيد (ره) في حاشيته : لا يخفى ان هذا الشرط راجع الى الشرط الرابع ، فلا وجه لعدمه مستقلا فتدبر ، انتهى . قال الايرلندي (ره) : ثم الفرق بين هذا الشرط وشرط عدم المخالفة للكتاب والسنة ، هو ان مآل هذا الشرط الى عدم كون الشرط امرا غير سائغ ، اما فعل حرام او ترك واجب ، واما معنى ذلك الشرط ، فهو ان لا يكون الشرط بحسب مقام جعله على خلاف جعل الشارع ، كاشتراط ان يكون الحلال حراما ، والحرام حلالا من غير →

و يدل عليه (١) ما سيجيئ من قوله : المؤمنون عند شروطهم ، الا شرطاً احل حراما او حرم حلالا ، فان الشرط اذا كان محرا ، كان اشتراطه و الالتزام به احلا للحرام ، وهذا واضح لا اشكال فيه

الثالث : ان يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء (٢) نوعا ، او بالنظر الى خصوص المشروط له ، ومثل له (٣) في الدروس ، باشتراط جهل العبد بالعبادات ، وقد صرّح جماعة ، بان اشتراط الكيل او الوزن بعكىال معين او ميزان معين من افراد المتعارف ، لغو ، سواء في السلم وغيره ، وفي التذكرة : لو شرط ما لا لاغرض للعقلاء فيه ، ولا يزيد به (٤) المالية ، فانه لغو (٥) لا يوجب الخيار

→ نظر الى ان يرتكبه المشروط عليه ، او لا يرتكبه ، انتهى (١) الضمير يرجع الى كون الشرط سائغا في نفسه (٢) فلا يخفى ، ان هذا الشرط يتصور على اقسام ، احدها : ان يكون الشرط مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا ، وبالنظر الى خصوص المشروط له ، وثانية : ان يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا ، وبالنظر الى خصوص المشروط له ، وثالثها : ان يكون مما فيه غرض معتد به ، وبالنظر الى خصوص المشروط له ، ولا يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا ، ورابعها : ان لا يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا ولا بالنظر الى خصوص المشروط له ، فالقسم الرابع ، فاسد ، وما بقى ، صحيح (٣) الضمير يرجع الى قوله : بالنظر الى خصوص المشروط له (٤) مرجع الضمير هو (ما) ، (٥) فاعلم ، ان اللغوية قد تطلق و يراد بها ما يقابل السفاهة ، وهو ما ليس فيه قاعدة اصلا ، وقد تطلق و ←

والوجه في ذلك ، أن مثل ذلك لا يعُد حَقّاً للمشروط له حتى يتضرر بتعذره ، فيثبت له الخيار ، أو يعتنِي به الشارع ، فيوجب الوفاء به ويكون (١) تركه ظلماً ، فهو (٢) نظير عدم امضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتد بها عند العقلاء ، ولو شك (٣) في تعلق غرض صحيح به (٤) حمل عليه (٥) ومن هنا (٦) احتار في التذكرة ، صحة اشتراط أن لا يأكل إلا الهريسة (٧) ولا يلبس إلا الخز (٨)

→ يراد منه ما يساوق السفاهة ، وهو ما فيه فائدة غير متعلقة للاغراض العقلائية . فالمراد من اللغو هنا ، هو الثاني ، لأن ما لا فائدة فيه أصلاً يمتنع أن ينبعث الإرادة من الشارط (١) قوله (يكون) عطف على قوله (يتضرر) ، (٢) أي عدم امضاء الشارع الشرط الذي لا يكون فيه غرض عقلائي . نظير عدم امضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتد بها عند العقلاء . مثل أن يسترى الخنافس بدينار ، فإن الشارع لم يضع بذل الدينار في مقابل الخنافس (٣) أي لو شك في تعلق غرض صحيح به . حمل عليه حملاً لفعل البالغ العاقل المسلم ، على الصحة (٤) يرجع الضمير إلى الشرط (٥) أي حمل الشرط على الصحيح (٦) اشارة إلى قوله (أ) ولو شك في تعلق غرض صحيح به (ب) (٧) قال في اقرب الموارد : (الهريس) المدقوق عنيفاً و - طعام يعمل من الحب المدقوق واللحام وفي النواذر : (الهريس ، الحب المدقوق بالمهراس قبل أن يطبخ فإذا طبخ ، فهو الهريسة ، بالهاء) ، (٨) قال في المجمع : تكرر في الحديث ذكر الخز ، هو بتضديده الزاء : دابة من دواب الماء تمشي على أربع، تشبه الثعلب ، وترعى من البر وتنزل البحر ، لها وبصر

→ يعمل منه الثياب ، تعيش بالماء ولا تعيش خارجه ، وليس على حد
الحيتان ، وذاتها اخراجها من الماء حية ، قيل : وقد كانت فى اول
الاسلام الى وسطه كثيرة جدا ، وعن ابن فرشته فى شرح المجمع : الخزّ
صوف غنم البحر ، وفي الحديث ائمّا هى كلاب الماء ، والخزا ايضا ثياب
تنسج من الابريسم ، انتهى (١) احد هما : قول للشيخ وهو اللغوية ، و
ثانيهما : قول ابن ادريس الحلّى ، وهو الصحة (٢) قوله (من تعلق
الغرض ، الخ) بيان لوجه الصحة ، قوله (لا استغراق اوقاته) علّة لـ
(تعلق الغرض المعتمد به) ، (٣) قوله (من ان الاسلام يعلو ، الخ)
بيان لوجه اللغوية (٤) يعني لا يكون بينهما تعارض وتراحم ، لأنّه
يقدم الثاني على الأول ، والمراد من الغرض الدنيويّ ، هو الانتفاع
بالكافر بأزيد من الانتفاع بالمسلم ، لجواز بيعه على المسلم والكافر و
استغراق اوقاته بالخدمة ، بخلاف المسلم ، ولعلّ المراد من الغرض
الآخرى ، هو بغض الكافر وحبّ المسلم الموجبان للثواب في الآخرة
(٥) اي جزم باللغوية في الدروس تبعاً للشيخ (ره) وجزم بالصحة العلامة
الذى هو قول ابن ادريس الحلّى (٦) اي الأمر الرابع من شروط صحة ←

او توريث اجنبى، كان (١) فاسدا ، لأن مخالفة الكتاب (٢) والسنة ، لا يسوغهما (٣) شئ ، نعم قد يقوم (٤) احتمال تخصيص عموم الكتاب و السنة بأدلة الوفاء ، بل قد جوز بعض (٥) تخصيص عموم ما دلّ على

→ الشرط (١) قوله (كان) جواب شرط لـ (لو) اي كان الشرط فاسدا (٢) اي لأن مخالفة الكتاب و السنة لا يجوزهما شئ من نذر او يمين او شرط (٣) الضمير المثلث يرجع الى مخالفة الكتاب و مخالفة السنة (٤) فلا يخفى ، ان مخالفة الكتاب و السنة ، تارة بنحو التباين الكلى، و اخرى بنحو العموم و الخصوص المطلق ، بحيث يكون مفاد الشرط اخص من مفاد الكتاب ، المنافي له ، فان مخالفة الكتاب و السنة التي لا يسوغهما شئ قطعا ، ولا يحتل فيها التسويف ، انما هي المخالفة بالنحو الأول واما المخالفة بالنحو الثاني ، فليست بتلك المثابة ، اذ قد يقوم فيها احتمال الجواز بالشرط ، لاحتمال التخصيص بأدلة الوفاء بالشرط فالمحضف (ره) قال : لكن هذا احتمال التخصيص مما لا يرتاب في ضعفه فوجه ضعف هذا الاحتمال ، ان حفظ عنوان مخالفة الشرط لعموم الكتاب لا يكون الا مع كون الحكم في الكتاب ثابتا لذات الموضوع على وجه لا يقبل تغييره بالشرط ، مطلقا ، اي سواء كان مخالفة الشرط للكتاب بنحو التباين ، ام بنحو العموم المطلق (٥) قوله (بل قد جوز ، الخ) ترق عن احتمال تخصيص عموم الكتاب و السنة بأدلة الوفاء الذي مرجه الى احتمال جواز مخالفة الكتاب و السنة ، و المحضف (ره) قال : لكنه مما لا يرتاب في ضعفه ، فوجه ضعف جواز تخصيص عموم ما دلّ ، ان هذا العموم غير قابل للتخصيص

عدم جواز الشرط المخالف للكتاب والسنة ، لكنه (١) مما لا يرتاب في ضعفه ، وتفصيل الكلام في هذا المقام وبيان معنى مخالفة الشرط للكتاب والسنة ، موقوف على ذكر الأخبار الواردة في هذا الشرط ، ثم التعرض لمعناها (٢) فنقول : أن الأخبار في هذا المعنى مستفيضة بل متواترة معنى (٣) ففي النبي المروي صحيحًا عن أبي عبد الله ع * : من اشترط شرطاً سوي كتاب الله عز وجل ، فلا يجوز ذلك له (٤) ولا عليه ، والمذكور في كلام الشيخ والعلامة (ره) المروي من طريق العامة قوله * ص في حكاية بريدة ، لما اشتراطها عائشة وشرط مواليها عليها ولائتها (٥)

(١) الضمير يرجع إلى احتمال تخصيص عموم الكتاب (٢) يرجع الضمير إلى مخالفة الشرط للكتاب (٣) فالمراد من التواتر المعنى ، أن تفيد الألفاظ المختلفة معنا واحداً (٤) أي فلا يجوز ذلك الشرط للمشروط له ولا على المشروط عليه ، ويحمل أن يكون معناه ، أنه لا يجوز ذلك الشرط لنفع من اشترط ، ولا على ضرر من اشترط (٥) قال في المجمع : الولاء بفتح الواو والمد ، حق ارث المُعتَق أو ورثته من المُعتَق ، واصله القرابة والدنون ، والمراد هنا ، قرب أحد الشخصين فصاعداً إلى آخر على وجه يوجب الارث بغير نسب ولا زوجية ، واقسامه ثلاثة : العتق وضمان الجريمة والامام ، انتهى . * تذكرة * اعلم أن ضمان الحريرة يضمن سائبة كالمعتق في الواجب وحرّ الأصل حيث لا يعلم له قريب ، ولو علم له قريب وارث ، أو كان له معتق ، أو وارث معتق ، لم يصح ضمانه ولا يرث المضمون الضامن إلا أن يشترك ضمان الجريمة بينهما ، ولا يشترط

ما بال (١) اقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل ، فهو باطل ، قضاء الله أحق ، وشرطه أوثق ، و الولاء (٢) لمن اعتق ، وفي المروي موثقاً عن أمير المؤمنين (ع) من شرط لا مرئته شرطاً ، فلively به (٣) لها (٤) فأن المسلمين عند شروطهم ، الا شرطاً حراماً ، او أحلاً حراماً ، وفي صحيح البخاري : كل شرط خالف كتاب الله ، فهو مردود ، وفي صحيح ابن سنان : من اشترط شرطاً مخالفًا لكتاب الله عز وجل ، فلا يجوز له ، ولا يجوز على الذي اشترط عليه ، وال المسلمين عند شروطهم ، فيما وافق كتاب الله ، وفي صحيحته (٥) الأخرى : المؤمنون عند شروطهم ، الا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل ، فلا يجوز ، وفي رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) : في من تزوج امرأة واصدقها و اشترطت (٦) عليه انْ بيدَهَا الجماع والطلاق ، قال : خالفت السنة ، و وليت (٧) حقاً ليست اهلًا

→ في الضامن عدم الوارث ، بل في المضمون ، ولو كان للمضمون ، زوج او زوجة ، فله نصيبه الأعلى و الباقي للضامن ، و صورة عقد ضمان الجريمة ان يقول الضامن : عاقدتك على ان تتصرنى و تدفع عنّي و تعقل عنّي و ترشنى ، فيقول الضامن : قبلت (١)، (البال) القلب ، يقال (ما خطرك الأمربالى) . الحال والعيش (ما بالك) اي ما شأنك (المنجد) ، (٢) يعني ارث المعتق لمن اعتقه ، لا لمن باعه ، و ان شرط البايع ارثه له (٣) الضمير يرجع الى الشرط (٤) يرجع الضمير الى الامرأة (٥) الضمير عائد الى ابن سنان (٦) الضمير المستتر الفاعل يرجع الى الامرأة (٧) ، (ولى يلى ولاية و ولاية) الشئ وعليه : قام به ←

له ، فقضى (١) أن عليه الصداق وبهذه الجماع والطلاق ، وذلك السنة ، وفي معناها (٢) مرسلة ابن بكر عن أبي عبد الله * ع و مرسلة مروان بن مسلم ، إلا أن فيهما (٣) عدم جواز هذا النكاح ، وفي رواية إبراهيم بن محرز ، قال : قلت لأبي عبد الله * ع : رجل قال لامرأته : أمرك بيده ، فقال * ع : أني يكون هذا ، وقد قال الله تعالى الرجال قوامون على النساء (٤) وعن تفسير العياشى ، عن أبي مسلم . عن أبي جعفر * ع قال : قضى أمير المؤمنين * ع في امرأة تزوجها رجل ، وشرط عليها وعلى أهلها ، أن تزوج عليها أو هجرها أو اتى عليها سريه (٥) فهى طالق (٦) فقال * ع : شرط الله قبل شرطكم ، ان شاء وفى بشرطه ، وان شاء امسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها ان اتت بسبب ذلك (٧) قال الله تعالى : فانكحوا ما طاب لكم من النساء

→ وملك أمره . — الرجل وعليه : نصره . — البلد : تسلط عليه (المنجد) ، (١) الضمير المستتر الفاعل يرجع إلى الإمام * ع . (٢) يرجع الضمير إلى رواية محمد بن قيس (٣) يرجع الضمير المثني إلى مرسلة ابن بكر و مرسلة مروان بن مسلم (٤) قال في الميزان : قوله تعالى * الرجال قوامون على النساء ، الخ) القيم هو الذي يقوم بأمر غيره ، والقوام والقيام وبالغة منه ، انتهى (٥) قال في المجمع : وفي الحديث ذكر السرية هي بضم السين ، الأمة المنسوبة إلى السر ، وهو الجماع والأخفاء ، انتهى (٦) قوله (فهى طالق) جواب شرط لـ (ان) في قوله (ان تزوج عليها الخ) ، (٧) اي و هجرها ان اتت المرأة بسبب ذلك الهجر ، فان سبب الهجر ، هو النشوذ

مثنى و ثلاث ، (١) وقال : او ما ملكت ايمانكم ، (٢) وقال واللاتى تخافون نشوزهن (٣) الآية ، ثم الظاهر ان المراد بكتاب الله ، هو ما كتب الله على عباده (٤) من احكام الدين ، وان بيته (٥) على لسان رسوله ﷺ ، فاشترطت ولا المملوك لباعيه انما جعل في النبوى مخالفات كتاب الله بهذا المعنى ، لكن ظاهر النبوى (٦) واحدى صحيحتين ابن سنان (٧) اشتراط موافقة كتاب الله في صحة الشرط ، وان ما ليس فيه ، او لا يوافقه ، فهو باطل

(١) سورة النساء ، آية ٣ (٢) سورة النساء ، آية ٣ ايضاً (٣) سورة النساء ، آية ٣٤ (٤) فلا يخفى ، ان المذكور في اغلب الروايات مخالفه الكتاب فقط . وعلى هذا يكون المراد من الكتاب ، هو ما كتب على عباده من احكام الدين ، وان بيته على لسان رسوله ﷺ ، وبعبارة اخرى ان المراد من الكتاب هو الكتاب التشريعى ، في قبال الكتاب التكويني (٥) الضمير يرجع الى (ما) ، (٦) فالمراد من ظاهر النبوى ، هو قوله (فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل ، فهو باطل) فعلى هذا اذا شرط حياطة الثوب الذي ليس في الكتاب مثلاً كان باطلًا. لأن هذا الشرط ليس موافقاً للكتاب . فان الظاهر من النبوى الآخر ايضاً اشتراط موافقة الكتاب في صحة الشرط . لأن قوله : من اشترط شرطاً سوياً كتاب الله عز وجل ، ظاهر فيما ليس في الكتاب ، فيمكن ان يريد المصنف (ره) من النبوى في قوله (ظاهر النبوى) كل واحد من الحديثين (٧) فالمراد من احدى الصحيحتين ، هي الصحىحة الاولى ، حيث قال : المسلمين عند شروطهم فيما وافق كتاب الله

ولا يبعد (١) ان يراد بالموافقة عدم المخالفه نظرا الى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص (٢) لعموماته (٣) المرخصة (٤) للتصرفات الغير المحرمة في النفس والمال ، فخياطة ثوب البايع ، مثلا موافق للكتاب بهذا المعنى (٥) ثم اّن المتصرف بمخالفه الكتاب ، اّما نفس المشروط (٦) و الملتم ، ككون الأجنبي وارثا ، و عكسه (٧)

(١) فلا يخفى ، اّن بين الموافقة وعدم المخالفه ، عموما و خصوصا مطلقا لأن كل ما صدق عليه الموافقة ، صدق عليه عدم المخالفه ، وبعض ما صدق عليه عدم المخالفه مثل خياطة الثوب ، لم يصدق عليه الموافقة ، مثلا اذا لم يكن حكم خياطة الثوب في القرآن ، فان كان اللازم الموافقة بطل ذلك الشرط ، اّما اذا كان اللازم عدم المخالفه لم يبطل ، لأن الشرط حينئذ لم يكن مخالف ، ولا يبعد ان يراد بالموافقة ، عدم المخالفه ، فكل ما لم يخالف ، موافق ، فحينئذ لم يكن بينهما عموم و خصوص مطلق (٢) قوله (بالخصوص) متعلق بقوله (يخالف) ، (٣) قوله (لعموماته) متعلق بقوله (موافقة) و الضمير في (عموماته) يرجع إلى الكتاب (٤) ، (المرخصة) صفة (العمومات) ، (٥) اي موافقة الشرط لعمومات الكتاب المرخصة (٦) ثم اّن المتصرف بمخالفه الكتاب ، اّما نفس المشروط ، ككون الأجنبي وارثا ، و اّما نفس الالتزام ، كالالتزام بعدم التزوج والتسرى ، فانه مخالف لا باحة التزوج والتسرى الثابتة بالكتاب ، ذهب بعض الأجلة ، اّن المتصرف بالمخالفه ابدا نفس الشرط لكن الاتصال قد يكون من حيث متعلقه ، اي الملتم ، وقد يكون باعتبار نفسه (٧) ككون الوارث اجنبيا

وكون الحرّ أو ولده رقاً (١) و ثبوت الولاء لغير المعتق و نحو ذلك، وأما ان يكون (٢) التزامه ، مثلاً مجرد عدم التسرّى و التزوج على المرأة ليس مخالفًا للكتاب ، وإنما المخالف الالتزام به (٣) فأنه (٤) مخالف لاباحة التسرّى و التزوج الثابتة بالكتاب ، وقد يقال : أن التزام ترك المباح لا ينافي ابنته ، فاشترط ترك التزوج و التسرّى لا ينافي الكتاب ، فينحصر (٥) المراد في المعنى الأول ، وفيه أن ما ذكر لا يوجب الانحصار (٦) فآن التزام ترك المباح وان لم يخالف الكتاب المبيع له (٧) الا أن التزام

(١) فالمراد من كون ولد الحرّ رقاً ، ان يبيع البائع جاريته للمشتري الحرّ ، وشرط على المشتري ان يكون ولدهما رقاً للبائع (٢) اي واما ان يكون المتصف بمخالفة الكتاب التزامه (٣) يرجع الضمير الى عدم التسرّى (٤) اي فآن الالتزام بعدم التسرّى و التزوج مخالف لاباحة التسرّى و التزوج الثابتة بالكتاب (٥) فينحصر المراد من المخالف للكتاب في المعنى الأول الذي هو نفس المشروط والملزم (٦) اي وفيه اولاً انه لانسلم ان التزام ترك المباح ليس مخالفًا للكتاب ، وثانياً بعد التسليم ان ما ذكر لا يوجب الانحصار في المعنى الأول للشرط ، اعني الملزم و المشروط ، لأن التزام فعل الحرام يخالف الكتاب ، فيكفي هذا القسم من الالتزام المخالف للكتاب مصداقاً لهذا المعنى ، وثالثاً ان الرواية المتقدمة كالصريحة في ارادة المعنى الثاني من الشرط ، اعني الالتزام (٧) يرجع الضمير الى المباح

فعل الحرام يخالف الكتاب ، المحرّم له ، فيكفي هذا (١) مصداقاً لهذا المعنى ، مع أنّ الرواية المتقدمة (٢) الدالة على كون اشتراط ترك التزوج والتسرّى مخالفًا للكتاب مستشهدًا عليه بما دلّ من الكتاب على باحتمامها (٣) كالصريحة (٤) في هذا المعنى ، وما سيجيئ من تأويل الرواية ، بعيد (٥) مع أنّ قوله ^{﴿ع﴾} في رواية إسحاق بن عمار : المؤمنون عند شروطهم ، الا شرطاً حراماً ، أو أحل حراماً ، ظاهر ، بل صريح في فعل الشارط (٦) فأنه (٧) الذي يرخص (٨) باشتراطه الحرام الشرعي ويمنع (٩) باشتراطه عن المباح الشرعي ، إذ المراد من التحرير والاحلال ما هو من فعل الشارط (١٠) لا الشارع

(١) اي فيكفي التزام فعل الحرام الذي يخالف الكتاب مصداقاً لهذا المعنى الذي هو كون المتصف بمخالفة الكتاب التزامه (٢) اي مع أنّ الرواية المتقدمة كالصريحة في هذا المعنى الثاني ، اي أنّ الالتزام مخالف للكتاب (٣) يرجع الضمير العتني إلى التزوج والتسرّى (٤) قوله (كالصريحة) خبر (ان)، (٥) اي تأويل الرواية ، بان المراد من مخالفة الكتاب ، هو ترتّب الطلاق على هذه الافعال ، بعيد ، وانما كان التأويل بعيداً ، لأنّ الامام ^{﴿ع﴾} استشهد على كون اشتراط ترك التزوج والتسرّى مخالفًا للكتاب بما دلّ على باحتمامها ، وهو في معنى اعطاء الضابطة لبطلان الشروط المذكور (٦) اي بل صريح في فعل الشارط الذي هو الالتزام (٧) الضمير يرجع إلى الشارط (٨) الضمير الفاعل المستتر يرجع إلى الشارط (٩) يرجع الضمير الفاعل المستتر إلى الشارط (١٠) والحاصل ، أن المراد من التحليل والتحريم في الرواية ، ما هو

و اصرح من ذلك كله المرسل المروى (١) في الغنية : الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه (٢) كتاب او سنة ، ثم أن المراد بحكم الكتاب والسنة الذي يعتبر عدم مخالفة المشروط او نفس الاشتراط (٣) له هو ما ثبت على وجه لا يقبل تغييره بالشرط لأجل تغيير موضوعه بسبب الاشتراط توضيح ذلك ، أن حكم الموضوع (٤) قد يثبت له من حيث نفسه و مجرد ا من ملاحظة عنوان آخر

→ من فعل الشارط ، ولا يكونان من فعله الا بالتزامه بترك المباح و فعل الحرام ، و لازم ذلك كون الشرط في الرواية بمعنى الالتزام ، اذ لو كان بمعنى الملزم و المشروط ، مثل توريث الأجنبي ، لزم جعلهما من فعل الشارع بلحظة ايجابه الوفاء بالشرط (١) فاته صريح في أن المراد من الشرط المذكور هو نفس الشرط ، لا المشروط الذي هو متعلق الشرط (٢) الضمير يرجع إلى الشرط (٣) قوله (نفس الاشتراط) عطف على قوله (المشروط) ، (٤) فلا يخفى ، أن حكم الموضوع قد يثبت له مجرد ا من ملاحظة عنوان آخر ، وقد يثبت له مطلقا ، يعني أن الحكم يثبت له ، سواء عرض له عنوان آخر ، ام لا ، فاللازم على الأول عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم ، وبين ثبوت حكم آخر له ، اذا فرض عروض عنوان لذلك الموضوع ، فآن الاباحة ثابتة مثلا لأكل اللحم مجرد ا عنوان آخر ، بحيث لا ينافي عروض التحرير له اذا حلف على تركه او امر والد بتركه ، فاللازم على الثاني حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم ، وبين ثبوت حكم آخر له ، فآن الحرمة ثابتة لشرب الخمر مطلقا اي سواء عرض له عنوان آخر ، ام لا ، بحيث ينافي ثبوت حكم آخر له ←

طار عليه (١) ولا زم ذلك (٢) من عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم ، و بين ثبوت حكم آخر له ، اذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع، ومثال ذلك (٣) اغلب المباحثات والمستحبات والمكرهات ، بل جميعها ، حيث ان تجويز الفعل والترك انما هو من حيث ذات الفعل ، فلا ينافي (٤) طر عنوان يوجب المنع عن الفعل او الترك ،أكل اللحم ، فان الشرع قد دل على اباحته في نفسه بحيث لا ينافي عروض التحريم له ، اذا حلف على تركه او امر الوالد بتركه ، او عروض الوجوب له (٥) اذا صار مقدمة لواجب او نذر فعله مع انعقاده (٦) وقد يثبت له (٧) لا مع تجربه (٨) عن ملاحظة العنوانات الخارجية الطارئة عليه (٩) ولا زم ذلك (١٠)

→ بالحلف ، او امر الوالد (١) الضمير يرجع الى الموضوع (٢) اشارة الى ثبوت الحكم للموضوع من حيث نفسه و مجرد ا من ملاحظة عنوان آخر (٣) اي مثال ذلك الحكم الثابت للموضوع من حيث نفسه و مجرد ا من ملاحظة عنوان آخر ، اغلب المباحثات والمستحبات والمكرهات (٤) يعني ان تجويز الفعل والترك لا ينافي طر عنوان يوجب المنع عن الفعل او الترك (٥) قوله (عروض الوجوب له) (عطف على قوله (عروض التحريم له) (٦) اي او نذر فعله مع انعقاده حيث كان متعلقه راجحا ، لأن الشرط في انعقاده رجحان متعلقه (٧) قوله (قد يثبت له) (عطف على قوله (قد يثبت له) في قوله (ان حكم الموضوع قد يثبت له)، (٨) يرجع الضمير الى الموضوع (٩) اي على الموضوع (١٠) اي لا زم ذلك الحكم الذي يثبت للموضوع مطلقا ، اي سواء عرض له العنوان الآخر ، او لا حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم للموضوع وبين ثبوت حكم آخر له

حصول التنافى بين ثبوت هذا الحكم ، وبين ثبوت حكم آخر له (١) وهذا نظير اغلب المحرّمات (٢) والواجبات ، فـاـنـ الـحـكـمـ بـالـمـنـعـ (٣) عـنـ الفـعـلـ اوـ التـرـكـ ، مـطـلـقـ ، لـاـمـقـيـدـ بـحـيـثـيـةـ تـجـرـدـ الـمـوـضـوـعـ ، الاـ عـنـ بـعـضـ العـنـوـانـاتـ ، كـالـضـرـرـ وـالـحـرـجـ (٤) فـاـذـاـ فـرـضـ وـرـودـ حـكـمـ آـخـرـ (٥) مـنـ غـيـرـ جـهـةـ الـحـرـجـ وـالـضـرـرـ ، فـلـابـدـ مـنـ وـقـوـعـ التـعـارـضـ بـيـنـ دـلـيلـ الـحـكـمـيـنـ فـيـعـلـمـ بـالـرـاجـحـ بـنـفـسـهـ اوـ بـالـخـارـجـ ، اـذـاـ عـرـفـتـ هـذـاـ ، فـنـقـولـ : الشـرـطـ اـذـاـ وـرـدـ عـلـىـ مـاـ كـانـ مـنـ قـبـيلـ الـأـوـلـ (٦) لـمـ يـكـنـ الـالـتـزـامـ بـذـلـكـ (٧) مـخـالـفـاـ لـلـكـتـابـ ، اـذـ الـمـفـرـوـضـ اـنـهـ لـاـتـنـافـىـ بـيـنـ حـكـمـ ذـلـكـ الشـئـ فـيـ الـكـتـابـ وـالـسـنـةـ وـبـيـنـ دـلـيلـ الـالـتـزـامـ بـالـشـرـطـ وـوـجـوبـ الـوـفـاءـ بـهـ ، وـاـذـاـ وـرـدـ عـلـىـ مـاـ كـانـ

(١) الضمير يرجع الى الموضوع (٢) وـاـنـماـ قـالـ المـصـنـفـ (رهـ) : * اـغـلـبـ لـاـنـ بـعـضـ هـذـهـ الـاـحـکـامـ يـتـغـيـرـ بـسـبـبـ عـنـوـانـ آـخـرـ طـارـعـلـيـهـ ، مـثـلـ حـرـمـةـ اـمـتـنـاعـ الـزـوـجـةـ عـنـ الـخـرـوجـ مـعـ زـوـجـهـاـ الـىـ بـلـدـ آـخـرـ ، فـاـنـهـاـ تـتـغـيـرـ بـالـشـرـطـ فـيـ ضـمـنـ الـعـقـدـ (٣) اـیـ فـاـنـ الـحـكـمـ بـالـمـنـعـ عـنـ الفـعـلـ فـيـ الـمـحـرـمـاتـ اوـ بـالـمـنـعـ عـنـ التـرـكـ فـيـ الـوـاجـبـاتـ مـطـلـقـ شـامـلـ لـصـورـةـ الـاشـتـراـطـ وـعـدـمـهـ (٤) يـعـنـيـ اـنـ اـدـلـةـ الـضـرـرـ وـالـحـرـجـ مـتـقـدـمـةـ عـلـىـ اـدـلـةـ الـمـحـرـمـاتـ وـالـوـاجـبـاتـ لـاـنـ كـلـ وـاحـدـ مـنـ الـحـرـمـةـ وـالـوـجـوبـ يـرـتفـعـ بـالـضـرـرـ وـالـحـرـجـ (٥) فـاـذـاـ فـرـضـ وـرـودـ حـكـمـ آـخـرـ بـالـنـذـرـ وـالـحـلـفـ وـالـشـرـطـ فـيـ ضـمـنـ الـعـقـدـ ، فـلـابـدـ مـنـ وـقـوـعـ التـعـارـضـ بـيـنـ دـلـيلـ هـذـاـ الـحـكـمـ وـبـيـنـ دـلـيلـ الـمـحـرـمـاتـ اوـ الـوـاجـبـاتـ (٦) فـالـمـرـادـ بـالـأـوـلـ ، هـوـ اـنـ يـثـبـتـ الـحـكـمـ لـلـمـوـضـوـعـ مـنـ حـيـثـ نـفـسـهـ (٧) اـشـارةـ الـىـ الشـرـطـ المـذـكـورـ

من قبيل الثاني (١) كان التزامه مخالفًا لكتاب و السنة ، ولكن ظاهر مورد بعض الأخبار المتقدمة (٢) من قبيل الأول (٣) ترك التزوج و ترك التسرى ، فانهما مباحثان من حيث انفسهما ، فلا ينافي ذلك (٤) لزومهما بواسطة العنوانات الخارجية ، كالحلف والشرط و امر السيد والوالد ، و حينئذ (٥) فيجب ، اما جعل ذلك الخبر كاشفا عن كون ترك الفعلين

(١) فالمراد بالثاني ، هو ان يثبت الحكم للموضوع ، لا مع تجده عن ملاحظة العنوانات الخارجية الطارئة عليه (٢) اي من الأخبار المتقدمة رواية ابن مسلم عن ابى حعفر * ع المقدمة فى ص ١٢٣ فانهما تدل على بطلان شرط ترك التزوج و ترك التسرى ، و الحال ان ترك التزوج و ترك التسرى من قبيل الأول ، لأن التزوج و التسرى من المباحثات ، فإذا كان التزوج و التسرى من المباحثات لم يكن شرط تركهما مخالفًا لكتاب ، و الحال ان الرواية المذكورة تدل على بطلان شرط تركهما (٣) فالمراد بالأول ، هو ان يثبت الحكم للموضوع من حيث نفسه و مجرد ا من ملاحظة عنوان آخر طار عليه (٤) اي فلا ينافي مباحثهما لزومهما بواسطة العنوانات الخارجية (٥) يعني حين اذا كان خبر ابن مسلم يدل على ان شرط ترك التزوج و ترك التسرى ، باطل مخالف لكتاب ، و الحال انهما من قبيل الأول ، لأنهما من المباحثات ، فيجب اما جعل ذلك الخبر كاشفا عن كون ترك الفعلين في نظر الشارع من الجائز الذى لا يقبل اللزوم بالشرط ، واما الحمل على ان هذه الأفعال مما لا يجوز تعلق وقوع الطلاق عليها ، فالمخالف لكتاب هو ترتيب الطلاق

في نظر الشارع من الجائز الذي لا يقبل اللزوم بالشرط ، وان كان في انتظارنا نظير ترك أكل اللحم والتصرّف وغيرهما من المباحات القابلة لطروح عنوان التحرّم ، لكن يبعده (١) استشهاد الإمام ببطلان تلك الشروط باباحة ذلك في القرآن ، وهو (٢) في معنى اعطاء الضابطة ببطلان الشروط ، وأما الحمل (٣) على أن هذه الأفعال (٤) مما لا يجوز تعلق وقوع الطلاق عليها ، وأنها (٥) لا توجب الطلاق كما فعله الشارط فالمخالف للكتاب هو ترتّب طلاق المرأة (٦) اذا الكتاب دال على اباحتها (٧) وأنها (٨) مما لا يتربّ عليه حرج ، ولو من حيث خروج المرأة بها عن زوجيّة الرجل ، ويشهد لهذا الحمل ، وان بعد (٩) بعض الأخبار

(١) يعني لكن يبعد ان يكون لترك التزوج وترك التسرّى في نظر الشارع خصوصيّة ، بل ظاهر خبر ابن مسلم ، يدل على أن كُلّ مباح في القرآن كذلك ، لأن الإمام عَلِيًّا استشهد باباحة ذلك في القرآن ببطلان تلك الشروط ، وهذا الاستشهاد في معنى اعطاء الضابطة ببطلان كُلّ شرط يخالف ما أباحه القرآن (٢) الضمير يرجع إلى الاستشهاد (٣) قوله (اما الحمل) عطف على قوله (اما جعل ذلك الخبر) ، (٤) فالمراد من هذه الأفعال ، هو التزوج والتسرّى والهجران (٥) يرجع الضمير إلى هذه الأفعال (٦) اي فالمخالف للكتاب ، هو ترتّب طلاق المرأة على هذه الأفعال (٧) الضمير عائد إلى هذه الأفعال (٨) يعني أن هذه الأفعال مما لا يتربّ عليه حرج على الشارط ، ولو من حيث خروج المرأة بهذه الأفعال المذكورة عن زوجيتها ، لأن هذه الأفعال مباحة ، لا توجب شرط تركها الطلاق (٩) وإنما بعْدَ هذا الحمل ، لأن قوله عَلِيًّا في ←

الظاهرة في وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام ، مثل رواية منصور بن يونس قال : قلت لأبي الحسن ^ع : آن شريكاً لى كان تحته امرأة ، فطلّقها ببيان منه ، فاراد مراجعتها ، فقالت له المرأة : لا والله ، لا اتزوجك ابداً حتى يجعل الله لى عليك ان لا تطلقني ، ولا تتزوج على ، قال (١) وقد فعل ، قلت : نعم ، جعلنى الله فداك ، قال (٢) : بئسما صنع ما كان يدرى ما يقع في قلبه بالليل والنهار ، ثم قال (٣) : أما الآن فقل له : فليتم (٤) للمرأة شرطها ، فآن رسول الله ^ص قال : المسلمين عند شروطهم ، فيمكن حمل رواية محمد بن قيس (٥) على ارادة عدم

→ الجواب ، شرط الله قبل شرطكم بلاحظة الاستدلال بالأيات ، ظاهر في آن شرط الله تعالى ، هي الأحكام المتعلقة بالتزوج والتسرى والهجران ، فيكون شرط الشارط بقرينة المقابلة ، شرط ترك هذه الأفعال فآن ترك هذه الأفعال في الحقيقة ، تحريم من الشارط لما احله الله تعالى ، مع آن الظاهر من حال الشارط تعلق الغرض بترك هذه الأفعال ، لا آن الغرض انشاء الطلاق المعلق ، فأنه اجنبى عن مقصود الزوجين ، فآن مقصودهما ترك هذه الأفعال (١) اي قال الإمام ^ع : و قد فعل شريك (٢) اي قال الإمام ^ع : بئسما صنع شريك ما كان يدرى ما يقع في قلبه بالليل والنهار من ارادة طلاق زوجته او تزوج امرأة اخرى عليها (٣) اي قال الإمام ^ع : أما الآن ، فقل له : فليتم للمرأة شرطها (٤) قوله (فليتم) هو الأمر الغائب ، والضمير المستتر يرجع إلى الرجل الشريك (٥) قال السيد (ره) : لا يخفى ، آن الرواية السابقة كانت لمحمد بن مسلم ، انتهى . وقال المامقانى (ره) : الظاهراته ←

سببية للطلاق بحكم الشرط ، فتأمل . ثم انه لا اشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعي الى القسمين المذكورين (١) وان المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثاني (٢) لا الاول (٣) وانما الاشكال فى تمييز مصداق احد هما عن الآخر فى كثير من المقامات ، منها (٤) كون من (٥) احد ابويه حرّ رقا (٦) فان ما دلّ على انه لا يملك ولد حرّ ، قابل

→ سهوا من قلمه الشريف ، وان الصحيح رواية ابن مسلم بدل محمد بن قيس ، لأنها التى يجرى فيها الحمل الذى ذكره ، انتهى (١) احد هما ان الحكم يثبت للموضع من حيث نفسه مجردًا من ملاحظة عنوان آخر طار عليه ، وثانيهما : ان الحكم يثبت للموضع ، لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الخارجية الطاربة عليه (٢) فالمراد بالقسم الثاني ، هو ان الحكم يثبت للموضع ، لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الخارجية الطاربة عليه (٣) فالمراد بالأول ، هو ان الحكم يثبت للموضع من حيث نفسه و مجردًا من ملاحظة عنوان آخر طار عليه (٤) اي من المقامات (٥) الكلمة (من) موصولة ، و (احد) مبتدأ ، و (حرّ) خبر عنه ، والجملة صلة (من) و قوله (رقا) خبر لـ (كون) ، (٦) فلا يخفى ، ان مورد النزاع هو ان يزوج العولى امته من حرّ ، وشرط عليه فى عقد الزواج ، كون من ولد منهما رقا لمولى الأمة . فان قلنا : ان ما دلّ على انه لا يملك ولد حرّ ، يدلّ على عدم رقية الولد لو خلى وطبعه ، فحيئنذا لا ينافي جعله رقا بالشرط فى ضمن العقد ، وان قلنا : ان ما دلّ على انه لا يملك ، ولد حرّ ، يدلّ على عدم رقية ولد الحرّ مطلقاً ، حتى لا يتغير بالشرط وغيره فحيئنذا يكون اشتراطه رقا ، مخالفًا للكتاب والسنة

لان يراد به عدم رقية ولد الحرّ بنفسه ، بمعنى ان الولد ، ينعقد لوالد و طبعه ، تابعاً لأشرف الأبوين ، فلا ينافي جعله رقاً بالشرط في ضمن عقد ، وان يراد به (١) ان ولد الحرّ لا يمكن ان يصير في الشريعة رقاً ، فاشتراطه (٢) اشتراط لما هو مخالف للكتاب والسنة الدالّين على هذا الحكم (٣) و منها (٤) ارث الممتنع بها ، هل هو قابل للاشتراط في ضمن عقد الممتنع او عقد آخر ، ام لا ؟ (٥) فاًن الظاهر الاتفاق على عدم مشروعية اشتراطه (٦) في ضمن عقد آخر ، وعدم مشروعية اشتراط ارث اجنبيّ آخر في ضمن عقد مطلقاً (٧) فيشكل الفرق حينئذ بين افراد غير الوارث (٨) وبين افراد العقود

(١) قوله (ان يراد به) عطف على قوله (ان يراد به عدم الرقية) (٢) اشتراط ان يكون ولد الحرّ رقاً ، اشتراط لما هو مخالف للكتاب والسنة الدالّين على عدم رقية ولد الحرّ (٣) اشارة الى عدم رقية ولد الحرّ (٤) اي من المقامات (٥) فلا يخفى ، ان الاختلاف وقع في امر واحد وهو ان يشترط ارث الممتنع بها في ضمن عقد الممتنع ، وان الاتفاق وقع في امرتين ، احد هما : الاتفاق على عدم صحة اشتراط ارث الممتنع بها في ضمن عقد آخر ، و الثانيهما : الاتفاق على عدم صحة اشتراط ارث الاجنبي في كل عقد حتى في عقد الممتنع ايضاً (٦) يرجع المصير إلى الارث (٧) اي سواء كان ذلك العقد ممتنع ، ام غيرها (٨) اي ويشكل الفرق بين غير الوارث ، فاًنه ترث الممتنع بها بشرط الارث ، دون سائر الأجانب ، او يشكل الفرق ايضاً بين افراد العقود ، فاًن الممتنع بها ترث اذا شرط الارث في ضمن عقد الممتنع ، دون سائر العقود

و جعل ما (١) حكموا بجوازه (٢) مطلقاً مطابقاً للكتاب وما منعوا عنه مخالفها ، الا ان يدعى ان هذا الاشتراط (٣) مخالف للكتاب الا في هذا المورد ، او ان الشرط المخالف للكتاب منعوه (٤) الا في هذا المورد ، ولكن عرفت وهن الثاني (٥) والأول (٦) يحتاج الى تأمل (٧)

(١) قوله (جعل ما حكموا) عطف على قوله (الفرق) يعني يشكل جعل ما حكموا بجواز ارث المتمتع بها مطلقاً ، اي سواء كان اشتراط الارث في ضمن عقد المتعة ، او في ضمن غيره حتى يكون مطابقاً للكتاب ، و اشتراط ما منعوا عنه ، وهو اشتراط ارث الأجنبي الآخر حتى يكون مخالف للكتاب (٢) الضمير يرجع الى (ما) ، (٣) الا ان يدعى ان اشتراط ارث الأجنبي مخالف للكتاب ، الا في مورد المتمتع بها ، فانه في هذا المورد ليس مخالف للكتاب (٤) اي او يدعى ان الشرط المخالف للكتاب منعوه ، الا في مورد اشتراط ارث المتمتع بها (٥) اي لكن عرفت وهن الثاني في ص ١٢٠ ١١٩ بقوله (فلو اشترط رقية حرّ ، وتوريث اجنبي ، كان فاسدا ، لأن مخالفته الكتاب والستة ، لا يسوغهما شئ ، نعم قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب والستة بأدلة الوفاء ، الى ان قال : لكنه مما لا يرتاب في ضعفه) (٦) فالمراد بالأول ، قوله : ان يدعى ان هذا الاشتراط مخالف للكتاب الا في هذا المورد (٧) ووجه التأمل ، ان دليل الارث مختص بغير الأجنبي ، فاشتراط ارث الأجنبي ، ان كان مخالف له ، كان مخالف في جميع الموارد ، وان لم يكن مخالف له ، لم يكن مخالف في جميع الموارد فلا وجه للتفصيل في الأجنبي بين اشتراط ارث المتمتع بها وغيرها حتى يقال : ان اشتراط ارث المتمتع بها غير مخالف للكتاب ، و اشتراط ارث

و منها (١) أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان في العارية و اشتهر عدم جوازه (٢) في عقد الاجارة ، فيشكل (٣) أن مقتضى ادلة عدم ضمان الأمين ، عدم ضمانه (٤) في نفسه من غير اقادام عليه بحيث لا ينافي اقادامه (٥) على الضمان من اول الأمر ، او عدم مشروعية ضمانه (٦) و تضمينه (٧) ولو بأسباب ، كالشرط في ضمن عقد تلك الأمانة او غير ذلك (٨) و منها (٩) اشتراط ان لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر ، فأنهم اختلفوا في جوازه ، والأشهر على الجواز ، وجماعة على المنع (١٠) من جهة

→ غيرها مخالف للكتاب (١) اي من المقامات (٢) اي و اشتهر عدم جواز اشتراط الضمان في الاجارة (٣) اي فيشكل الفرق بين العارية و الاجارة (٤) قوله (عدم) مضاف الى (ضمانه) خبر لـ (آن) ، قوله : (آن) مقتضى ادلة عدم ضمان الأمين) الى قوله (من اول الأمر) وجه للضمان في العارية و الاجارة ، اذا شرط الضمان فيما (٥) الضمير في قوله (عليه) و (قادامه) يرجع الى (الأمين) ، (٦) قوله (عدم مشروعية ضمانه) عطف على قوله (عدم ضمانه) ، (٧) قوله (تضمينه) عطف على قوله (ضمانه) ، (٨) قوله (عدم مشروعية ضمانه) الى قوله (او غير ذلك) وجه لعدم الضمان في العارية و الاجارة ، اذا شرط الضمان فيما (٩) اي منها اشتراط الزوجة على الزوج في متن عقد النكاح ان لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر ، فأنهم اختلفوا في جوازه وعدمه ، والأشهر على الجواز (١٠) اي وجماعة على المنع من حيث منافات هذا الشرط لمقتضى عقد النكاح لسلطنة الزوج على الاستمتاع بالزوجة في اي زمان و مكان اراد فولاية الاسكان له ، دون غيره ، فالشرط المذبور المقتضى لسلطنة الزوجة →

مخالفته للشرع من حيث وجوب اطاعة الزوج ، وكون مسكن الزوجة و منزليها باختياره ، و اورد عليهم (١) بعض المجوزين ، بـأن هذا (٢) جار فى جميع الشروط السائفة من حيث أن الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلا او ترکا ، و بالجملة ، فموارد الاشكال فى تمييز الحكم الشرعى القابل لتغييره (٣) بالشرط بسبب تغيير عنوانه عن غير القابل (٤) كثيرة (٥) يظهر للمتتبع ، فينبغى للمجتهد ملاحظة الكتاب و السنة الدالين على الحكم الذى (٦) يراد تغييره بالشرط ، و التأمل (٧) فيه حتى يحصل له التمييز و يعرف أن المشروط من قبيل ثبوت الولاء لغير المعتق ، المنافي لقوله *ص* : الولاء لمن اعتق (٨) ، او من قبيل ثبوت الخيار للمتبايعين الغير المنافي لقوله *ع* : اذا افترقا

→ على الامتناع ، مناف لمقتضى العقد ، و من حيث أن هذا الشرط مخالف للكتاب و السنة نظرا الى أن مقتضى الشرط المزبور ، أن جعل ولاية امر الاسكان بيد الزوجة ، كجعل امر الجماع بيدها مخالف لما ثبت في الكتاب ، من أن الرجال قوامون على النساء (١) الضمير يرجع إلى الجماعة المانعين (٢) يعني أن هذا الوجه الذى ذكره المانعون للمنع جار فى جميع الشروط السائفة (٣) القابل لتغييره بالشرط بسبب تغيير عنوانه ، كأغلب المباحات و المستحبات و المكرهات (٤) غير القابل نظير اغاب المحرمات و الواجبات (٥) قوله (كثيرة) خبر لمبدأ مقدم ، وهو قوله (فموارد) مضاد الى (الاشكال) ، (٦) قوله (الذى) صفة لقوله (الحكم) ، (٧) قوله (و التأمل فيه) عطف على قوله (ملاحظة الكتاب) (٨) يعني الحكم فى قوله (الولاء لمن اعتق) غير قابل لتغييره بالشرط

وجب البيع (١) ، او عدمه (٢) لهما في المجلس مع قوله *ع* **البيعان**
بالخيار ما لم يفترقا ، الى غير ذلك من الموارد المتشابهة صورة (٣)
المخالفه حكما ، فان لم يحصل له ، بنى على اصالة عدم المخالفه (٤)
فيرجع الى عموم : المؤمنون عند شروطهم ، والخارج عن هذا العموم
(٥) وان كان هو المخالف واقعا للكتاب والسنّة ، لا ما علم مخالفته

(١) يعني الحكم في قوله (اذا افترقا وجب البيع) قابل للتغيير بالشرط
شرط ثبوت الخيار للمتبايعين ، وايضا الحكم في قوله (البيعان بالخيار
ما لم يفترقا) قابل للتغيير بالشرط ، كشرط عدم الخيار للمتبايعين فـى
المجلس (٢) الضمير يرجع الى الخيار (٣) فـان قوله (الولاء لمن اعتقد)
وقوله (اذا افترقا وجب البيع) متشابهان صورة ، و مختلفان حكما . لأن
حكم الأول غير قابل للتغيير بالشرط ، بخلاف الثاني . فـان حكمه قابل
لتغيير بالشرط ، فـان وجد المجتهد الموارد المتشابهة صورة . المخالفه
حكما ، غير الموارد المذكورة و تأمل حتى يحصل له التمييز . فهو المطلوب
وان لم يحصل له التمييز ، بنى على اصالة عدم المخالفه (٤) يعني وان
لم يحصل للمجتهد التمييز ، وقع في الشك ، بنى على اصالة عدم مخالفه
الشرط لحكم الكتاب والسنّة ، و اذا احرز عدم المخالفه بالأصل ، يرجع
إلى عموم : المؤمنون عند شروطهم (٥) وهم ودفع ، اما الوهم ، فـان
المؤمنون عند شروطهم ، يجري في مورد عدم مخالفه الشرط لحكم الكتاب
والسنّة واقعا ، لا في مورد عدم العلم بالمخالفه ، فالخارج عن هذا
العموم ، هو المخالف لحكم الكتاب والسنّة واقعا ، لا ما علم مخالفته ، و
اما الدفع ، فـان الخارج عن هذا العموم وان كان هو المخالف واقعا ←

الآن البناء على اصالة عدم المخالفة ، يكفي في احراز عدمها (١) واقعاً كما في سائر مجارى الاصول ، ومرجع هذا الأصل (٢) إلى اصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغييره بالشرط ، مثلاً نقول : أن الأصل عدم ثبوت الحكم بسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن ، لا من حيث هو (٣) لو خلّى وطبعه ، ولم يثبت (٤) في صورة الزام الزوج على نفسه

→ للكتاب والسنة ، لا ما علم مخالفته إلا أن البناء على اصالة عدم المخالفة ، يكفي في احراز عدمها واقعاً ، فأن الأصل ينزل الشئ منزلة الواقع ، فيرتب عليه آثار الواقع ، مثلاً وجوب انفاق الزوج على الزوجة مشروط بحياته واقعاً ، فإذا شكنا في حياته ، كفى الاستصحاب في احراز حياته . وصح الانفاق من ماله بهذه الحياة المستحبة ، لأنها نازلة شرعاً مبرلة الحياة الواقعية (١) الشمير يرجع إلى المخالفة (٢) أي لما كان أحراً ، اصالة عدم المخالفة بظاهره غير صحيح ، لأنّه ليس لها حالة ساءة حتى يستصحب . إذ قيل وجود الشرط ، لم يكن شرط حتى يكون موافقاً أو مخالفًا . عدل المصنف (ره) عن التعبير السابق وارجعه إلى اصالة عدم ثبوت الحكم على وجه لا يقبل تغييره بالشرط (٣) قوله (لا من حيث هو . الخ) قيد لثبت الحكم . لا أنه قيد لعدم ثبوت الحكم ، يعني أن ثبوت الحكم بسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن ، إن كان من حيث هو . لو خلّى وطبعه . تغيير بالشرط . وإن كان لا من حيث هو لو خلّى وطبعه ، لم يتغير بالشرط ، فإذا شك ولم يحصل التمييز ، فالأصل عدم ثبوت الحكم بسلط الزوج على الزوجة ، لا من حيث هو ، لو خلّى وطبعه (٤) أي ولم يثبت الحكم بسلط الزوج على الزوجة في صورة الزام →

بعض خصوصيات المسكن ، لكن هذا الأصل (١) إنما ينفع عدم ظهور الدليل (٢) الدال على الحكم في اطلاقه (٣) بحيث يشمل صورة الاشتراط كما (٤) في أكثر الأدلة المتضمنة للأحكام المتضمنة للرخصة والتسليم ، فـان الظاهر سوتها (٥) في مقام بيان حكم الشئ من حيث هو (٦) الذي لا ينافي طرـو خلافه لملزم شرعـي ، كالنذر و شبهـه (٧) من حقوق الله ، والشرط و شبهـه من حقوق الناس ، اما ما كان (٨) ظاهرـه العموم ، قوله : لا يملـك ولـد حرـ ، فلا مجرـى فيه لهذا الأصل ، ثم آن بعض مشايخنا المعاصرـين (٩) بعد ما خـصـ الشرط المخالف للكتاب

→ الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن ، كالزمام الزوج على نفسه ان لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر (١) اشارة الى اصل عدم ثبوت هذا الحكم (٢) اي هذا الأصل ينفع بعد ان لا يكون ظهور الدليل في الاطلاق حتى يشمل صورة الاشتراط ، فاذا كان في الدليل الدال على الحكم ظهورـفي الاطلاق حتى يشمل صورة الاشتراط ، لم ينفع هذا الأصل (٣) قوله (في اطلاقه) متعلق بقوله (ظهورـ)، (٤) قوله (كما في أكثر الأدلة) بيان و مثال لقوله (عدم ظهورـالدليل) يعني اثـرـالأدلةـالمـتـضـمـنـةـ للأـحـكـامـالمـتـضـمـنـةـللـرـخصـةـوـالـتـسـلـيمـ ، ليس لها ظهورـفيـالـاطـلاقـحتـىـ يـشـمـلـصـورـةـالـاشـتـراـطـ ، فـحينـئـذـ يـنـفعـهـ هـذـاـالأـصـلـ (٥)ـالـضمـيرـيـرـجـعـإـلـىـ الأـدـلـةـالمـذـكـورـةـ (٦)ـايـ منـ حيثـ هوـ ، لـوـ خـلـىـ وـ طـبـعـهـ (٧)ـ وـ شـبـهـهـ كالـعـهـدـ وـ الـيـمـينـ (٨)ـيعـنىـ اـمـاـ الدـلـيلـ الـذـىـ كـانـ ظـاهـرـهـ العـمـومـ بـحيـثـ يـشـمـلـصـورـةـالـاشـتـراـطـ ، قولهـ: لاـ يـمـلـكـ ولـدـ حرـ ، فلاـ مجرـىـ فيهـ لـهـذـاـالأـصـلـ (٩)ـ وـ هوـ الفـاضـلـ النـرـاقـىـ عـلـىـ ماـ نـقـلـ

الممنوع عنه في الأخبار (١) بما كان الحكم المشروط (٢) مخالفًا للكتاب
وأن التزام فعل المباح أو الحرام أو ترك المباح أو الواجب ، خارج عن
مدلول تلك الأخبار ذكر (٣) أن المتعين في هذه (٤) الموارد

(١) كصحيحة ابن سنان : من اشترط شرطاً مخالفًا لكتاب الله عز وجلّ
فلا يجوز له ، ولا يجوز على الذي اشترط عليه ، وال المسلمين عند شروطهم
فيما وافق كتاب الله ونحوها (٢) يعني أن الفاضل النراقي ، خصّ
الشرط المخالف للكتاب ، بما كان الحكم المشروط مخالفًا للكتاب ، وجعل
أن مدار المخالفة كون المشروط والعلتزم به مخالفًا ، كما ثبت من الكتاب
والسنة أن الطلاق بيد الزوج ، فيشترط أن لا يكون الطلاق بيده ، وثبت
أن الخمر حرام ، فيشترط أن يكون حلالاً ، لا أن مدار المخالفة نفس
الشرط ، فآن الالتزام بفعل المباح كالالتزام بعدم التسرّى والتزوج على
المرأة ، فهو خارج عن مدلول تلك الأخبار وليس مخالفًا للكتاب ، وكذا
الالتزام بفعل الحرام كالالتزام بشرب الخمر والالتزام بترك المباح أو ترك
الواجب خارج عن مدلول تلك الأخبار (٣) يعني أن الفاضل النراقي بعد
ما خص الشرط المخالف للكتاب ، بما كان الحكم المشروط مخالفًا للكتاب
ذكر أن المتعين في هذه الموارد ملاحظة التعارض بين ما دلّ على حكم
ذلك الفعل ، وبين أدلة وجوب الوفاء بالشرط ، فيجب على مقتضى
التضارض ، مما وجد فيه مرّجح من اجماع ونحوه ، أخذ به ، وما لم يكن
فيه مرّجح ، يعمل بما يقتضيه القواعد والأصول ، وذكر أن المرّجح في
مثل اشتراط شرب الخمر ، هو الاجماع (٤) اشارة إلى فعل المباح أو
الحرام أو ترك المباح أو الواجب

ملاحظة التعارض ، بين ما دلّ على حكم ذلك الفعل ، وما دلّ على وجوب الوفاء بالشرط ، ويرجع الى المرجحات، وذكر ان المرجح في مثل اشتراط شرب الخمر ، هو الاجماع ، قال (١) : وما لم يكن فيه مرجح يعمل فيه بالقواعد والاصول ، وفيه من الضعف ما لا يخفى (٢) مع ان (٣) اللازم على ذلك (٤) الحكم بعدم لزوم الشرط ، بل عدم صحته في

(١) اي قال بعض مشايخنا المعاصرین (٢) اي وفيما ذكره الفاضل النراقی من الضعف ، ما لا يخفى ، ووجه الضعف : ان الشرط المخالف للكتاب ، المنوع عنه في الأخبار ، اعم مما كان المشروط مخالفًا ، او كان الشرط مخالفًا مضافا إلى ان حكمه بالنسبة إلى اشتراط فعل المباح او اشتراط فعل الحرام ، واحتراط ترك المباح او ترك الواجب ليس ب صحيح ، اذ لا يشک احد في عدم ارادة شرط ترك الواجب او فعل الحرام من قوله *ص*: المؤمنون عند شروطهم ، لأن ذلك يوجب هدم التكاليف الوجوبية والتکاليف التحریمية وفتح باب ارتکاب المحرمات وترك الواجبات (٣) قوله (مع ان اللازم ، الخ) بيان لوجه الضعف (٤) اشارة الى قوله (ان المتعين في هذه الموارد ملاحظة التعارض بين ما دلّ على حكم ذلك الفعل ، وما دلّ على وجوب الوفاء بالشرط ، ويرجع الى المرجحات) يعني مع ان اللازم على ما ذكر الحكم بعدم لزوم الشرط ، بناء على عدم افساد الشرط الفاسد للعقد ، بل بعدم صحته ، بناء على افساده لـه لـ انه ان كان متعلق الشرط فعلا ، يجوز تركه ، مثل ان يتـرـطـفـ في نـكـاح امرأة ان يطلق زوجته السابقة ، فـاـنـ طـلـاقـ زـوـجـتـهـ ، فعل يجوز تركه في نفسه مع قطع النظر عن الشرط ، كان اللازم مع تعارض ادلة وجوب ←

جميع موارد عدم الترجيح ، لأن الشرط أن كان فعلاً ، يجوز تركه ، كان
اللازم مع تعارض أدلة وجوب الوفاء بالشرط ، وادلة جواز ترك ذلك
الفعل مع فقد المرجح ، الرجوع الى اصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط ، فلا
يلزم ، بل لا يصح ، وان (١) كان فعل محرم او ترك واجب ، لزم الرجوع
الى اصالة بقاء الوجوب والتحريم الثابتين قبل الاشتراط ، فالتحقيق ما
ذكرنا (٢) من أن من الأحكام المذكورة في الكتاب والسنة ، ما يقبل
التغيير بالشرط ، لتغيير عنوانه أكثر ما ترخص في فعله وتركه ، ومنها
(٣) ما لا يقبله كالتحريم وكثير من موارد الوجوب

→ الوفاء بالشرط ، وادلة جواز ترك الطلاق مع فقد المرحّج ، الرجوع الى اصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط ، فلا يلزم الشرط ، ويبقى العقد صحيحاً ان قلنا بعدم افساد شرط الفاسد ، بل لا يصح ان قلنا باّن الشرط الفاسد مفسد (١) اي وان كان الشرط فعلاً محّرماً ، كما اذا شرط شرب الخمر ، او ترك الواجب كما اذا شرط ترك الانفاق ، لزم الرجوع الى اصالة بقاء الوجوب او التحرير الثابتين قبل الشرط (٢) قال المصنف (ره) فالتحقيق ما ذكرنا ، من اّن من الاحكام المذكورة في الكتاب والسنة ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه لعدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم ، وبين ثبوت حكم آخر له بالشرط ، كأكثر ما ترخص في فعله وتركه نحو اثـر المباحات والمستحبات والمكروحات ، ومنها ما لا يقبل التغيير بالشرط كالتحريم وكثير من موارد الوجوب (٣) الضمير يرجع الى الاحكام المذكورة اي من الاحكام المذكورة في الكتاب والسنة ما لا يقبله ، ولا زم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم ، وبين حكم آخر له ، كالتحريم و ←

وادلة الشروط (١) حاكمة على القسم الأول (٢) دون الثاني (٣) فان اشتراطه (٤) مخالف لكتاب الله ، كما عرفت ، وعرفت حكم صورة الشك ، وقد تفطن (٥) قدس سره لما ذكرنا في حكم القسم الثاني ، وان (٦) الشرط فيه مخالف لكتاب بعض التفطن بحيث كاد ان يرجع (٧) عما ذكره اولا من التعارض (٨) بين ادلة وجوب الوفاء بالشرط ، وادلة حرمة شرب الخمر ، فقال : ولو جعل هذا (٩) الشرط من اقسام الشرط المخالف للكتاب والسنة كما يطلق عليه عرفا ، لم يكن بعيدا ، انتهى (١٠)

→ كثير من موارد الوجوب (١) ادلة الشروط كقوله *ص* : المؤمنون عند شروطهم ، حاكمة على القسم الأول (٢) فالمراد من القسم الأول ، هو ما يقبل التغيير بالشرط (٣) فالمراد بالثاني ، ما لا يقبل التغيير بالشرط (٤) اي اشتراط الثاني مخالف لكتاب الله (٥) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى بعض المشايخ ، اي وقد تفطن النراقي لما ذكرنا في حكم القسم الثاني الذي لا يقبل التغيير بالشرط ، وتفطن ان الشرط فيه مخالف لكتاب ، بحيث كاد ان يرجع عما ذكره اولا من التعارض بين ادلة وجوب الوفاء بالشرط ، وادلة حرمة شرب الخمر (٦) قوله (ان الشرط) عطف على قوله (ما ذكرنا) ، (٧) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى بعض المشايخ (٨) قوله (من التعارض) بيان لـ (ما) ، (٩) اشارة الى شرب الخمر ، يعني قال الفاضل النراقي : ولو جعل شرط شرب الخمر في متن العقد ، من اقسام الشرط المخالف للكتاب والسنة ، كما يطلق الشرط المخالف للكتاب والسنة على شرب الخمر عرفا ، لم يكن بعيدا (١٠) اي انتهى ما ذكره بعض المشايخ

و مما ذكرنا من انقسام الأحكام الشرعية المدلول عليها في الكتاب والسنة على قسمين (١) يظهر لك معنى قوله * ع^٤ في رواية اسحاق بن عمار المتقدمة : المؤمنون عند شروطهم ، الا شرطا حراما ، او احل حراما فان المراد بالحلال والحرام فيها (٢) ما كان كذلك بظاهر دليله حتى مع الاشتراط ، نظير شرب الخمر (٣) وعمل الخشب صنما او صورة حيوان ونظير مجامعة الزوج (٤) التي دل بعض الأخبار (٥) السابقة على عدم ارتفاع حكمها ، اعني الاباحة (٦) متى اراد الزوج ، باشتراط (٧) كونها بيد المرأة ، ونظير التزوج والتسرى والهجر ، هي ~~ث~~ دل بعض تلك الأخبار (٨) على عدم

(١) احد القسمين ، ما قبل التغيير بالشرط ، وثانيهما ، ما لا يقبل التغيير بالشرط (٢) الضمير يرجع الى الرواية (٣) قوله (نظير شرب الخمر ، وعمل الخشب صنما او صورة حيوان) امثلة للحرام الذي لا يقبل الحلية بالشرط (٤) قوله (نظير مجامعة الزوج باشتراط كونها بيد المرأة ونظير التزوج والتسرى والهجر) امثلة للحلال الذي لا يقبل الحرمة بالشرط (٥) فالمراد من بعض الأخبار ، هي رواية محمد بن قيس عن ابي جعفر * ع^٤ ، في من تزوج امرأة واصدقها واشترطت عليه ان بيدها الجماع والطلاق ، قال : خالفت السنة ، ولو لست حقا ليست اهلا له فقضى ان عليه الصداق وبهذه الجماع والطلاق ، وذلك السنة (٦) قوله (اعني الاباحة) تفسير الحكم) في قوله (حكمها) ، (٧) قوله (باشتراط) متعارقا بقوله (ارتفاع) ، (٨) فالمراد من بعض الأخبار الذي دل على عدم ارتفاع اباحتة التزوج ←

ارتفاعاً باحتها (١) باشتراط تركها ، معللاً (٢) بورود الكتاب العزيز بااحتها (٣) أاماً ما كان (٤) حلالاً ، لو خلّى وطبعه ، بحيث لا ينافي حرمته او وجوبه بلاحظة طرّ عنوان خارجي عليه ، او كان حراماً كذلك (٥) فلا يلزم من اشتراط فعله او تركه الا تغيير عنوان الحلال والحرام

→ والتسري والهجر ، ما عن تفسير العياشى عن ابن مسلم عن ابى جعفر ع : قال : قضى امير المؤمنين ع في امرأة تزوجها رجل وشرط عليها وعلى اهلها ان تزوج عليها او هجرها او اتى عليها سرية فهى طالق ، فقال ع : شرط الله قبل شرطكم ، ان شاء وفى بشرطه ، وان شاء امسك امرئته و تزوج عليها و تسري و هجرها ان اتت بسبب ذلك الخ) ، (١) الضمير يرجع الى التزوج والتسري والهجر (٢) اى حيث دل بعض تلك الأخبار على عدم ارتفاع اباحة التزوج والتسري والهجر باشتراط تركها معللاً في بعض الأخبار الذى روى عن ابى جعفر ع بورود الكتاب العزيز بااحتها ، بقوله (قال الله : فانكروا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث ، وقال : او ما ملكت ايمانكم ، وقال : واللاتى تخافون نشوذهن ، الآية (٣) يرجع الضمير الى التزوج والتسري والهجر (٤) أاماً ما كان حلالاً ، لو خلّى وطبعه ، بحيث لا ينافي حرمته او وجوبه بلاحظة طرّ عنوان خارجي عليه كطرو عنوان الشرط والنذر عليه ، او كان حراماً ، لو خلّى وطبعه ، فلا يلزم من اشتراط فعله او تركه ، الا تغيير عنوان الحلال والحرام الموجب لتفيير الحل والحرمة ، فلا يكون حينئذ تحريم حلال ، ولا تحليل حرام (٥) اشارة الى قوله : لو خلّى وطبعه

الموجب للتغيير الحل والحرمة ، فلا يكون حينئذ تحريم حلال ولا تحليل حرام ، الا ترى انه ، لونهى السيد عبده ، او الوالد ولده عن فعل مباح ، اعني مطالبة ماله (١) في ذمة غريمه ، او حلف المكلف على تركه (٢) لم يكن الحكم (٣) بحترمه (٤) شرعا من حيث (٥) طرور عنوان معصية

(١) يعني لونهى الوالد ولده عن مطالبة ماله في ذمة غريمه ، او حلف المكلف على ترك مطالبة ماله ، لم يكن الحكم بحرمة مطالبة المال شرعاً تحريراً لحلال (٢) الضمير يرجع الى مطالبة المال (٣) قوله (لم يكن) جواب شرط لـ (لو) ، (٤) الضمير عائد الى المطالبة (٥) اي من حيث طرور عنوان حنث اليمين على مطالبة المال . * تذكرة ؟ : اعلم انهم اختلقو في آن (حيث) معربة او مبنية ، قال السيوطى : و الزموا اضافة الى الجمل ، اسمية كانت ، او فعلية ، حيث و اذ ، نحو ، جلستُ حيث جَسَ زيد ، و حيثُ زيدُ جالس ، الى ان قال : و شد اضافة * حيث ؟ الى المفرد في قوله : اما ترى حيث سهيل طالعا ، انتهى . و حکى عن القاضى زكريا حكيم ، في قوله : اما ترى حيث سهيل طالعا ، آن * حيث ؟ على هذا ، قيل : معربة ، لأن سبب بنائهما اضافتها الى الجمل ، وهى منتفية ، و قيل : مبنية دائما ، انتهى . و قال فى المغنى : و من العرب من يعرب * حيث و قراءة من قرء (منْ حيْثُ لا يعلمنون) بالكسر ، و تتحتمل لغة البناء على الكسر ، انتهى ، و قال ايضا فى المغنى : و يلزم * حيث ؟ الاضافة الى الجملة ، اسمية كانت ، او فعلية ، و اضافتها الى الفعلية اكثر ، الى ان قال : و ندرت اضافتها الى المفرد ، الى ان قال : قال ابوالفتح فى كتاب التمام : و من اضاف * حيث ؟ الى المفرد اعرىها ←

السيد والوالد ، وعنوان حنت اليمين عليه تحريما (١) لحلال ، فذلـك
 (٢) ترك ذلك الفعل في ضمن عقد يجب الوفاء به ، وكذلك امتناع الزوجة
 (٣) عن الخروج مع زوجها إلى بلد آخر محـرم في نفسه ، وكذلك امتناعها
 (٤) من المـجامـعة ، ولا ينافـي ذلك حلـيـتها (٥) باشتراط عدم اخراجـها
 عن بلدـها ، او باشتراط عدم مـجامـعتـها ، كما في بعض النصوص

→ انتهى . فالمستفاد من قولـهم : ان في * حيثُ اقوالـ ثلاثة : احدـها
 انـها مبنيـة مطلـقا ، اي سـواء اضافـت الى الجـملـة ، اـم الى المـفرد ، وثـانـيها
 انـها مـعـرـية مـطلـقا ، اي سـواء اضافـت الى الجـملـة ، اـم الى المـفرد ، وـثالـثـها
 التـفصـيل بـین اضافـتها الى الجـملـة ، فـهـى حـيـئـة مـبـنيـة ، وـبـین اضافـتها
 الى المـفرد ، فـهـى حـيـئـة مـعـرـية (١) قوله (تحريما) خـبرـ لـقولـه (لم يكن)
 (٢) اي فـذـلـك ترك مـطالـبة المـال في ذـمـة غـرـيمـه في ضـمـن عـقـد يجب الـوـفـاء
 بـه ، فـاـنـ الحـكـم بـحرـمة مـطالـبة مـالـه في ذـمـة غـرـيمـه من حيث طـرـوـ عنـوان وجـوب
 الـوـفـاء بـالـشـرـط ، لم يكن تحريما لـحلـال (٣) اي وكذلك امـتنـاع الزوجـة عن
 الخـروـج مع زـوـجـها إلى بلدـآخـر ، محـرم في نـفـسـه ، ولا يـنـافـي ذلك حلـيـتها
 باشتراطـ عدم اخـراجـها ، فـاـنـ الحـكـم بـحـلـيـة امـتنـاع الزوجـة عن الخـروـج
 معـهـا إلى بلدـآخـر من حيث طـرـوـ عنـوان وجـوب الـوـفـاء بـالـشـرـط ، لم يكن
 محلـلا للـحرـام ، ولا يـنـافـي حرـمة امـتنـاعـها عن الخـروـج مع زـوـجـها إلى بلدـآخـر
 آخـر في نـفـسـه حلـيـة امـتنـاعـها باشتراطـ عدم اخـراجـها عن بلدـها (٤) اي وـكـذـلـك
 كذلك امـتنـاعـ الزوجـة عن المـجامـعة ، محـرم في نـفـسـه ، ولا يـنـافـي ذلك حلـيـتها
 باشتراطـ عدم مـجامـعتـها (٥) الضـميرـ المـثـنـى يـرجـع الى امـتنـاع
 الزوجـة عن الخـروـج وـامـتنـاعـها عن المـجامـعة

و بالجملة ، فتحريم الحلال و تحليل الحرام إنما يلزم (١) مع معارضة أدلة الوفاء بالشرط ، لأدلة اصل الحكم حتى يستلزم وجوب الوفاء مخالفته ذلك و طرح دليله (٢) أما اذا كان دليل ذلك الحكم (٣) لا يفيده الا ثبوته ، لو خلّي الموضوع و طبعه ، فإنه لا يعارضه ما دلّ على ثبوت ضدّ ذلك الحكم اذا طرء على الموضوع عنوان آخر لم يثبت ذلك الحكم له الا مجرد عن ذلك العنوان ، ثم انه يشكل الامر في استثناء الشرط المحرّم للحلال على ما ذكرنا (٤) في معنى الرواية ، باان ادلة حلية اغلب

(١) يعني أنما يلزم تحريم الحلال وتحليل الحرام مع معارضة أدلة الوفاء بالشرط ، لأدلة اصل الحكم الذي لا يقبل التغيير بالشرط ، كحربة شرب الخمر مع قطع النظر عن وجود هذا الاستثناء ، اذ مع ملاحظته يعمل بهذا الاستثناء و يحكم بفساد الشرط ، و حينئذ يعمل بأدلة اصل الحكم (٢) يعني مع ملاحظة هذا الاستثناء لا يطرح دليل اصل الحكم ، فيعمل به ، لأن الشرط فاسد ، لأن اصل الحكم لا يقبل التغيير بالشرط (٣) يعني أما اذا كان دليلاً ذلك الحكم الذي يقبل التغيير بالشرط لغير عنوانه كاباحة اكل اللحم ، فإنه لا معارضه بينه وبين ما دل على ثبوت ضد ذلك الحكم ، اذا طرأ على الموضوع عنوان آخر ، كما لو شرط في ضمن العقد اكل اللحم او نذر ، فحينئذ يكون اكل اللحم واجباً (٤) فالمراد من قوله (ما ذكرنا) هو ما ذكره في ص ١٤٦ بقوله (يظهر لك معنى قوله * ع *) في رواية اسحاق بن عمّار ، الخ) و حاصل الاشكال : أن الاستثناء في طرف المحل للحرام يحتاج اليه ، وفي طرف المحرّم للحلال مستغنی عنه فيكون بلافائدة ، أما الأول ، فلا ينافي اطلاق أدلة المحرمات يقتضي كون ←

المحلّلات ، بل كلّها إنما تدلّ على حلّيتها في انفسها ، لو خلّيت وانفسها ، فلا تنافي حرمتها من أجل الشرط ، كما قد تحرم من أجل النذر و أخيه (١) ومن جهة اطاعة الوالد (٢) والسيّد ، ومن جهة صيرورتها علة للمحرّم (٣) وغير ذلك من العناوين الطارئة لها (٤) نعم (٥)

→ الحكم لا يقبل التغيير بالشرط ونحوه ، فآن اطلاق هذه الأدلة يعارض ما دلّ على نفود الشرط ، والاستثناء رافع للمعارضة ، ويعمل بالاستثناء ، ويحكم بفساد الشرط ، فالمرجع حينئذ اطلاق هذه الأدلة وأما الثاني ، فآن أدلة المباحثات بما هي مباحثات ، لا اقتضاء وعليه فالشرط بالنسبة إلى مثلها نافذ بلا مزاحم ولا معارض ، فلا فائدة للاستثناء بالنسبة إليها (١) أحد هما : العهد ، وثانيهما : اليمين (٢) فآن التزوج مستحب يجوز تركه ، فإذا أمر الوالد به يكون واجباً وتركه حراماً (٣) أي ومن جهة صيرورتها علة للمحرّم ، فتحرم من باب آن مقدمة الحرام ، حرام (٤) الضمير يرجع إلى المحلّلات (٥) وهو دفع ، أما الوهم ، فآن من بين المحلّلات ما هو حلال حتى مع الاشتراط ، كالتزوج والتسرّى ، وهذا يكفي مصداقاً لاستثناء الشرط المحرّم للحلال ، وأما الدفع ، فهو الذي ذكره المصنف (ره) بقوله (نعم ، لو دلّ دليل حلّ شيء ، الخ) وحاصل الدفع : أنه إن أريد ثبوت ما هو حلال حتى مع الشرط بنفس دليله بحيث لولا الاستثناء ، لوقع التعارض بين اطلاقه ، واطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط ، فإنه لو وجد ، يكفي مصداقاً له ولم يكن الاستثناء بلا فائدة ، لكنه لم يوجد ، لأن أدلة المحلّلات قاطبة مسوقة لبيان حكم ذوات الأشياء مجردة عن العناوين الطارئة وإن أردت ←

لو دلّ دليل حلّ شئ ، على الحلّية المطلقة (١) نظير دلالة ادلّة المحرّمات بحيث لا يقبل طرّو عنوان مغيّر عليه اصلاً ، او خصوص الشرط (٢) من بين العناوين ، او دلّ الدليل (٣) من الخارج على كون ذلك الحال كذلك ، كما دلّ بعض الأخبار بالنسبة الى بعض الأفعال كالتسّرّى و التزوّج و ترك الجماع من دون ارادة الزوجة ، كان (٤) مقتضاه فساد اشتراط خلافه ، لكنّ دلالة نفس دليل الحلّية على ذلك (٥) لم توجد في مورد ، والوقوف مع الدليل الخارج الدالّ على فساد الاشتراط يخرج الرواية (٦) عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشك ، اذ مورد الشك

→ ثبوته بدليل خارج غير دليل حلّيته ، فهو ، وان كان موجوداً كالخبر المنقول عن ابى جعفر ع ، ولكن نفس هذا الدليل كاف في فساد هذا الشرط ويرفع اليد به عن عموم وجوب الوفاء بالشرط ، فيكون الاستثناء ايضا بلا فائدة (١) يعني لو دلّ الدليل على الحلّية المطلقة التي لا تقبل التغيير بطرّو عنوان ، سواء كان ذلك العنوان شرطاً ، او غيره ، كان مقتضاه فساد اشتراط خلافه ، لكنّ دلالة نفس دليل الحلّية على ذلك لم توجد في مورد (٢) قوله (خصوص الشرط) عطف على قوله (طرّو عنوان) (٣) قوله (دلّ الدليل) عطف على قوله (دلّ دليل حلّ شئ) ، (٤) قوله (كان) جواب شرط لـ (لو) في قوله (نعم ، لو دلّ) ، (٥) اشارة الى الحلّية المطلقة (٦) اي يخرج الرواية التي قالت : (اـلا احل حراما او حرم حلالا) عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشك ، لأنّ ظاهر الرواية ، ان كلّ حلال لا يقبل الحرمة بالاشتراط ، كما ان كلّ حرام لا يقبل الحلّية بالاشتراط ، وانما يخرج الرواية عن سوقها لبيان ضابطة الشروط ←

حينئذ محكم بصحة الاشتراط ، وورد ورود الدليل (١) على عدم تغيير حل الفعل باشتراط (٢) تركه مستغن (٣) عن الضابطة ، مع ان الامام (٤) علل فساد الشرط في هذه الموارد بكونه محـرما للحلال ، كما عرفت في الرواية التي تقدّمت (٥) في عدم صحة اشتراط عدم التزوج والتسرى معللا بكونه مخالف للكتاب الدال على اباحتها به (٦) نعم لا يرد هذا الاشكال في طرف تحليل الحرام ، لأن أدلة المحـرمات قد علم دلالتها على التحرير على وجه لا يتغيـر بعنوان الشرط والنذر وشبهـهما (٧) بل نفس استثناء الشرط المحلـل للحرام عمـا يجب الوفـاء به دليل على ارادة

→ عند الشك ، لأن مورد الشك حين الاحتياج إلى الدليل الخارجي محكم بصحة الاشتراط ، لأنـه كلـ ما لم يكن دليل خارج على فسـاد الاشتراط ، كان اللازم ، القول بصحـة الاشتراط (١) اي الدليل الخارج (٢) قوله (باشتراط) متعلق بقوله (عدم تغيـر) ، (٣) قوله (مستـغنـ) خـبر لمـبـداً مـقـدـمـ ، و هو قوله (مـورـدـ) ، (٤) قوله (مع ان الـامـام عـلـىـ) دـلـيـلـ آخرـ عـلـىـ انـ الـظـاهـرـ منـ الرـوـاـيـةـ المـتـقـدـمـةـ ، عـدـمـ الـاحـتـيـاجـ إـلـىـ الدـلـيـلـ الـخـارـجـيـ ، وـ اـنـمـاـ يـكـفـيـ وـحـودـ الـحـلـيـةـ فـيـ الـكـتـابـ (٥) تـقدـمـتـ فـيـ صـ ١٢٣ـ عـنـ اـبـنـ مـسـلـمـ عـنـ اـبـيـ جـعـفـرـ عـلـىـ اـبـاحـةـ التـزـوجـ وـ التـسـرىـ وـ الـهـجـرـ ، باـشـتـراـطـ عـدـمـ التـزـوجـ وـ عـدـمـ التـسـرىـ وـ عـدـمـ الـهـجـرـ ، فالـضـمـيرـ الـمـؤـنـثـ فـيـ قـوـلـهـ (ابـاحـتـهـ) يـرـجـعـ إـلـىـ (الـثـلـاثـةـ الـمـذـكـورـةـ فـيـ الـخـبـرـ) وـ الـضـمـيرـ الـمـذـكـرـ فـيـ قـوـلـهـ (بـهـ) يـرـجـعـ إـلـىـ اـشـتـراـطـ عـدـمـ هـمـاـ (٧) كالـعـهـدـ وـ الـيمـينـ وـ اـطـاعـةـ الـوـالـدـ وـ الـمـوـلـىـ

الحرام في نفسه لولا الشرط ، وليس كذلك في طرف المحرم للحلال ، فأننا قد علمنا أن ليس المراد الحلال لولا الشرط ، لأن تحريم المباحات لأجل الشرط فوق حد الاحصاء ، بل اشتراط كل شرط (١) عدا فعل الواجبات (٢) وترك المحرمات ، مستلزم لتحريم الحلال فعلاً أو تركاً ، وربما يتخيل (٣) أن هذا الأشكال مختص بما دل على الإباحة التكليفية قوله : تحل كذا وتباح كذا ، أما الحليّة التي تضمنها الأحكام الوضعية ، كالحكم بثبوت الزوجية (٤) أو الملكية أو الرقية

(١) أي بل اشتراط كل شرط من فعل المباحات وتركها ، مستلزم لتحريم الحلال فعلاً أو تركاً ، فالحلال ما يكون فعله وتركه جائزًا ، فإذا شرط في متن العقد ، فعل ما هو حلال ، حرم تركه ، وإذا شرط في متن العقد ترك ما هو حلال ، حرم فعله (٢) عدا فعل الواجبات وترك المحرمات فإنه إذا شرط عليه في متن العقد ، أن يصلّى ، فإن الشرط صحيح مؤكّد للواجب ، أو شرط أن يترك شرب الخمر ، فإن الشرط أيضاً صحيح مؤكّد لترك الحرام (٣) أي ربما يتخيل في دفع الأشكال الذي أورده المصنف (ره) على استثناء الشرط المحرم للحلال ، لأجل عدم الفائدة في استثنائه أن الأشكال المذكور مندفع ، لأنّه مختص بالاباحة التكليفية الأصلية ، ولا يجري في الإباحة الناشئة عن الأحكام الوضعية ، لأنّها مثل حرم المحرمات ، غير قابل للتغيير بالشرط ، فاشتراط ترك هذا النحو من الحلال يكون من قبيل تحريم الحلال ويكون مصداقاً له ، فلا يكون الاستثناء حينئذ بلا فائدة ، وهذا محصل دفع الأشكال من طرف المتخيّل (٤) يعني فإن الزوجية تضمنت الاستمتاع بالزوجة ونظر إلى أمّها وبنتها

او اضدادها (١) فهـى (٢) احكـام لا تتغـير لعنوان اصلا ، فـان الانتفاع بالملك (٣) في الجملـة و الاستـمتاع بالزوجـة و النـظر الى امـها و بـنـتها من المـباحـات التـى لا تـقبل التـغـير ، ولـذا ذـكر فـي مـثال الصـلح المحـرم للـحلـل ان لا يـنـتفـع بـماـلـه (٤) او لا يـطـأ جـاريـته ، و بـعـارـة اخـرى ، تـرـتـب آثـارـ الملـكـيـة عـلـى الملـك فـي الجـملـة (٥)

→ وـانـ الملـكـيـة تـضـمـنـتـ اـبـاحـةـ التـصـرـفـ فـيـ الملـكـ وـالـاـذـنـ فـيـ التـصـرـفـ وـغـيرـهـماـ ، وـانـ الرـقـيـةـ تـضـمـنـتـ اـبـاحـةـ الاـسـتـخـدـامـ وـاـمـرـ وـنـهـىـ وـالتـزـوجـ فـانـ هـذـهـ اـحـكـامـ لاـتـغـيرـ بـالـشـرـطـ وـغـيرـهـ (١) الضـمـيرـ يـرـجـعـ إـلـىـ الزـوـجـيـةـ وـالـمـلـكـيـةـ وـالـرـقـيـةـ (٢) الضـمـيرـ المؤـنـثـ يـرـجـعـ إـلـىـ الـحـلـيـةـ التـىـ تـضـمـنـهـاـ اـحـكـامـ الـوضـعـيـةـ (٣) فـانـ اـبـاحـةـ الـاـنـتـفـاعـ بـالـمـلـكـ وـاـبـاحـةـ اـسـتـمـتـاعـ بـالـزـوـجـةـ وـاـبـاحـةـ النـظـرـ إـلـىـ امـهاـ وـبـنـتهاـ منـ المـبـاحـاتـ التـىـ تـضـمـنـهـاـ اـحـكـامـ الـوضـعـيـةـ التـىـ لاـتـقـبـلـ التـغـيرـ بـالـشـرـطـ وـغـيرـهـ فـيـ الجـملـةـ (٤) فـانـ الصـلحـ عـلـىـ عـدـمـ الـاـنـتـفـاعـ بـمـالـهـ مـحـرمـ للـحلـلـ الذـىـ تـضـمـنـهـاـ اـحـكـامـ الـوضـعـيـةـ ، فـانـ حـلـيـةـ الـاـنـتـفـاعـ بـمـالـهـ تـضـمـنـهـاـ الملـكـيـةـ ، وـكـذـلـكـ الصـلحـ عـلـىـ عـدـمـ وـطـئـ جـاريـتـهـ مـحـرمـ للـحلـلـ الذـىـ تـضـمـنـهـاـ اـحـكـامـ الـوضـعـيـةـ ، فـانـ حـلـيـةـ وـطـئـ جـاريـتـهـ تـضـمـنـهـاـ مـلـكـيـةـ الـجـارـيـةـ التـىـ هـىـ مـنـ اـحـكـامـ الـوضـعـيـةـ (٥) فالـمـرـادـ مـنـ قـولـهـ (فـيـ الجـملـةـ) اـنـ بـعـضـ المـبـاحـاتـ التـىـ تـضـمـنـهـاـ الملـكـيـةـ اوـ الزـوـجـيـةـ يتـغـيرـ بـالـشـرـطـ فـيـ مـتـنـ العـقـدـ ، كـالـسـكـنـىـ فـيـماـ لـوـ شـرـطـ اـسـكـانـ الـبـاـيـعـ فـيـهـ مـدـدـةـ ، فـانـ اـبـاحـةـ سـكـنـىـ الدـارـ الذـىـ مـلـكـهـاـ المشـتـرـىـ بـالـاشـتـراءـ تـضـمـنـهـاـ اـحـكـامـ الـوضـعـيـةـ ، فـاـذـاـ اـشـتـرـطـ المشـتـرـىـ اـسـكـانـ الـبـاـيـعـ فـيـهـ مـدـدـةـ ، يـكـونـ السـكـنـىـ فـيـ هـذـهـ مـدـدـةـ حـرـاماـ لـلـمـشـتـرـىـ ، وـلـأـجـلـ ذـلـكـ ذـكـرـ المـصـنـفـ(رهـ)ـ →

وآثار الزوجية على الزوج كذلك (١) من المباحثات التي لا تتغير عن اباحتها ، وان كان ترتب بعض الآثار قابلاً للتغيير حكمه الى التحرير كالسكنى ، فيما لو اشترط اسكان البايع فيه مدة ، واسكان الزوجة (٢) في بلد اشترط ان لا يخرج اليه او وظيفتها (٣) مع اشتراط عدم وظيفتها اصلاً ، كما هو المنصوص (٤)

→ بقوله : وان كان ترتب بعض الآثار ، الخ (١) اشارة الى قوله (فى الجملة) يعني ترتب آثار الزوجية على الزوج فى الجملة (٢) يعني ان بعض المباحثات التي تضمنها الزوجية يتغير بالشرط فى متن العقد كاسكان الزوجة فى بلد اشترط ان لا يخرج زوجته اليه ، فان اخراج زوجته الى البلد مباح ، وصار حراماً بالشرط (٣) يعني بعض المباحثات التي تضمنها الزوجية يتغير بالشرط ، كالوطئ ، فان وطئ زوجته مباح ، فاذا اشترط عدم الوطئ فى متن العقد ، صار حراماً (٤) يعني ان اشتراط عدم وطئ زوجته منصوص ، وان الشيخ الحر العاملى ، نقل فى الوسائل ج ١٥ ص ٤٥ عن سمعاعة بن مهران عن ابى عبد الله ع قال : قلت له : رجل جاء الى امرأة ، فسألها ان تزوجه نفسها ، فقالت : ازوجك نفسى على ان تلتمس مني ما شئت من نظر و التماس و تناول مني ما ينال الرجل من اهله الا انك لا تدخل فرجك فى فرجى و تلذذ بما شئت ، فانى اخاف الفضيحة ، قال : ليس له منها الا ما اشترط . وعن اسحاق بن عمّار عن ابى عبد الله ع قال : قلت له : رجل تزوج بجارية عاتق على ان لا يقتضىها ، ثم اذنت له بعد ذلك ، قال : اذا اذنت له ، فلا بأس

ولكن الانصاف انه (١) كلام غير منضبط ، فانه كما جاز تغيير اباحة بعض الانتفاعات (٢) كالوطئ في النكاح ، والسكنى في البيع ، الى التحرير لأجل الشرط ، كذلك (٣) يجوز تغيير اباحة سائرها الى الحرمة ، فليس الحكم بعدم تغيير اباحة مطلق التصرف في الملك ، والاستمتاع بالزوجة لأجل الشرط الا للاجماع (٤) او لمجرد الاستبعاد ، والثاني (٥)

(١) يعني ما يتخيّل ، كلام غير منضبط (٢) يعني انه كما يجوز تغيير اباحة بعض الانتفاعات التي تضمنها الأحكام الوضعية كالوطئ في النكاح ، والسكنى في البيع ، الى التحرير ، لأجل الشرط ، كذلك يجوز تغيير اباحة سائر الانتفاعات التي تضمنها الأحكام الوضعية الى التحرير ، لأجل الشرط فانما المانع عن تغيير اباحة سائر الانتفاعات التي تضمنها الأحكام الوضعية الى التحرير هو الاجماع ، فانه مانع عن تغيير اباحة مطلق التصرف في الملك ، واباحة مطلق الاستمتاع بالزوجة الى التحرير ، لأجل الشرط لأن الاجماع مانع عن تغيير الاباحات المذكورة الى التحرير ، لا ان المانع عن تغيير الاباحات المذكورة الى التحرير هو الاستثناء ، فيكون الاستثناء حينئذ بلا فائدة (٣) اي كذلك يجوز تغيير اباحة سائر الانتفاعات التي تضمنها الأحكام الوضعية الى الحرمة (٤) يعني ان الاجماع مانع عن تغيير اباحة مطلق التصرف في الملك وعن تغيير اباحة مطلق الاستمتاع بالزوجة لأجل الشرط ، لا ان المانع عن الاباحات المذكورة هو الاستثناء فيكون الاستثناء حينئذ بلا فائدة (٥) فالمراد من الثاني ، هو مجرد الاستبعاد

غير معتمد به ، والأول (١) يوجب ما تقدّم من (٢) عدم الفائدة في بيان هذه الضابطة ، مع أن هذا العنوان (٣) أعني ، تحريم الحلال وتحليل الحرام ، إنما وقع مستثنى في أدلة انعقاد اليمين ، وورد أنه لا يعین في تحليل الحرام ، وتحريم الحلال ، وقد ورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائمًا ، معللاً بأنه ليس لك أن تحرم ما أحل الله ، و من المعلوم أن اباحة العصير لم يثبت من الأحكام الوضعية ، بل هي من الأحكام التكليفية الابتدائية ، وبالجملة فالفرق بين التزوج والتسري للذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما ، معللاً بأنه (٤) خلاف الكتاب الدال على اباحتهم (٥) وبين ترك الوطئ الذي ورد جواز اشتراطه ، وكذا بين ترك شرب العصير المباح الذي ورد عدم جواز الحلف عليه (٦) معللاً بأنه من تحريم الحلال ، وبين ترك بعض المباحث المتفق على جواز الحلف عليه في غاية الاشكال (٧)

(١) فالمراد من الأول ، هو الاجماع (٢) بيان لـ (ما) ، (٣) قوله (مع أن هذا العنوان ، الخ) اشكال آخر على ما تخيله المتخيل ، وحاصله : أن عنوان تحريم الحلال وتحليل الحرام ، إنما وقع مستثنى في أدلة انعقاد اليمين ايضاً ، مثل وقوعه مستثنى في أدلة الشروط ، وورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائمًا ، والحال أن اباحة العصير ليست من الاباحة التي تضمنها الأحكام الوضعية ، فأنها من الأحكام التكليفية الابتدائية (٤) الضمير يرجع إلى اشتراط تركهما (٥) الضمير المثني يرجع إلى التزوج والتسري (٦) يرجع الضمير إلى ترك شرب العصير (٧) قوله (في غاية الاشكال) خبر لمبدأ مقدم وهو قوله : فالفرق

وريما قيل (١) في توجيه الرواية ، و توضيح معناها (٢) أن معنى قوله :
الـ شرطا حرم حلالا ، او احل حراما (٣) اما ان يكون الا شرطا حرم

(١) اى القائل هو الفاضل النراقي في عوائده على ما نقل (٢) الضمير يرجع إلى الرواية (٣) فلما يخفى ، أن تحريم الحلال و تحليل الحرام على ما فسر بوجوهه ، أحداها : أن التحرير و التحليل المستندين إلى الشرط إنما هو بلحاظ حكمه ، وهو وجوب الوفاء بالشرط ، فالشرط بحكمه محرم للحلال و محلّل للحرام ، لأن الشرط اذا تعلق بترك المباح ، فايجب الوفاء به مرجعه إلى طلب تركه و التحرير للحلال ، و اذا تعلق بفعل الحرام ، فايجب الوفاء به طلب فعل الحرام ، وهو التحليل للحلال ، فالمحرم و المحلّل هو الشارع بايجابه الوفاء دون الشارط و دون شرطه ، هذا الوجه هو الذي ردّه النراقي بقوله : والأول مخالف لظاهر العبارة ، الخ ، وثانيها : أن التحرير و التحليل بلحاظ متعلق الشرط ، وهو المشروط و الملتم بـه فالالتزام بحرمة الحلال محرم للحلال ، و الالتزام بحلية الحرام محلّل للحرام ، نظرا إلى أن فاعل (حرّم) و (أحّل) في قوله (الآ شرطا حرّم حلا أو أحّل حراما) هو الشرط ، وهذا إنما يتحقق مع اشتراط حرمة الحلال أو حلية الحرام ، لا مع اشتراط عدم فعل الحلال ، فإنه لو قال : بعتك هذا الكتاب ، مثلا و شرطت عدم جواز التصرف في المبيع ، او حرمة المبيع او حلية النظر ، او قال : بعتك هذا الكتاب ، و شرطت حلية النظر الى زوجتك ، اي زوجة المشتري ، يكون الشرط حرم الحلال ، او أحّل الحرام ، بخلاف لو قال : بعتك هذا الكتاب ، و شرطت عدم تصرفك في المبيع ، او شرطت النظر الى زوجتك ، فآن الشرط لم يحرم التصرف ←

وجوب الوفاء به (١) الحلال ، واما ان يكون الا شرطا حرم ذلك الشرط
 (٢) الحلال ، والأول مخالف لظاهر العبارة (٣)

→ او لم يحلل النظر الى الزوجة ، وهذا الوجه هو الذى اختاره الفاضل النراقى (ره) ، وثالثها : ما اختاره المصنف (ره) من ان المراد بالحلية وحرمة ، مجرد الترخيص والمنع ، فتوضيحه : ان الشارط حيث التزم بترك التزوج مثلا ، فهو بالتزامه منع نفسه عن التزوج ، وحيث انه التزم بشرب الخمر ، رخص نفسه فى شريه ، فهو ترك عن التزوج ورخصة لشرب الخمر من الشارط فى قبال الترخيص والتحريم من الشارع فهو بالالتزام بترك التزوج حرم حلال الله ، وبالالتزام بشرب الخمر ، احل حرام الله فلا يخفى ، ان استنادهما الى الشارط يجامع مع استنادهما الى الشرط كما فى كل فعل يوجد بالله ،凡 انه ينسب الى الموجب والى الله ايجاده ، وبعبارة اخرى ، الظاهر من ذلك ، ان تحليل الحرام عبارة عن تحليله مع بقائه على حرمه واقعا وظاهرا ، وتحريم الحلال عبارة عن تحريم مع كونه حلالا واقعا وظاهرا ، فان معناه الالتزام بالفعل فى الأول ، والالتزام بالترك فى الثانى ، واما تغيير الحكم بان يجعل الحرام حلالا فى الواقع او يجعل الحلال حراما فى الواقع كما هو مختار النراقى ، فلا يسمى تحليلا للحرام وتحريما للحلال ، بل هو تبدل حكم الحرمة بالحل وحكم الحل بالحرمة (١) الضمير يرجع الى الشرط (٢) فمراد النراقى (ره) من هذا الشرط ، هو المشروط (٣) فالمراد من قوله (ظاهر العبارة) هو ظاهر عبارة الرواية ، لأن الظاهر من عبارة الرواية ، ان الشرط محروم ومحلل ، لا ان وجوب الوفاء بالشرط ، محروم ومحلل

مع مناقضته (١) لما استشهد به الامام ع في رواية منصور بن يونس المتقدمة ، الدالة على وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق والتزوج ، بل يلزم (٢) كون الكل لغوا ، اذ ينحصر مورد : المسلمين عند شروطهم ، باشتراط الواجبات واجتناب المحرّمات ، فيبقى الثاني (٣) وهو ظاهر الكلام (٤) فيكون معناه ، الا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال ، بان يكون المشروط هو حرمة الحلال (٥) ثم قال (٦) : فان قيل (٧) : اذا شرط عدم فعله ، فلا يرضى بفعله ، فيجعله حراما عليه ، قلنا : لا نريـدـ آنـ معنىـ الحرمةـ ، طلبـ التركـ منـ المشـرـطـ ، بلـ

(١) اى مع مناقضة الأول لما استشهد به الامام ع في رواية منصور بن يونس ، لأن وجوب الوفاء بشرط عدم الطلاق والتزوج ، لو كان محـرما للحلال الذى هو الطلاق والتزوج ، لكان هذا الشرط فاسدا ولا يجوز الوفاء به ، و الحال أن الامام ع اجازه ، فليس المراد من قوله : (الـ شرطا حـرـم حـلـلا) هو ما كان وجوب الوفاء به يحرـم الحلـل (٢) اى بل يلزم من ارادـة المعنى الأول ، كون جميع الشروط لـغـوا ، فيـنـحـصـرـ مـسـورـدـ المستثنـى منه باشتراط الواجبات واجتناب المحرـمات ، لـأـنـهـ لاـ يـلـزـمـ مـنـ وجـبـ الـوـفـاءـ بـالـشـرـطـ فـيـ اـشـتـراـطـ الـوـاجـبـاتـ وـاجـتـنـابـ الـمـحـرـمـاتـ تـحـرـيـمـ الـحـلـلـ (٣) فالـمـرـادـ بـالـثـانـىـ ، هو قوله (وـأـمـاـ انـ يـكـونـ الاـ شـرـطاـ حـرـمـ ذـلـكـ الشـرـطـ الـحـلـلـ) ، (٤) اـىـ وـهـوـ ظـاهـرـ كـلـامـ الـامـامـ عـ فيـ روـاـيـةـ اـسـحـاقـ بـنـ عـمـارـ (٥) يـعـنـىـ بـاـنـ شـرـطـ اـنـ يـكـونـ أـكـلـ الـلـحـمـ حـرـاماـ (٦) اـىـ قـالـ الفـاضـلـ النـرـاقـيـ (٧) فـحـاـصـلـ مـاـ قـيـلـ : اـنـهـ اـذـ شـرـطـ دـعـمـ فـعـلـ الـمـبـاحـ كـتـرـكـ أـكـلـ الـلـحـمـ ، فـلـاـ يـرـضـيـ بـفـعـلـهـ ، فـيـجـعـلـهـ حـرـاماـ عـلـيـهـ ، فـاـنـهـ حـرـمـ

جعله (١) حراما ذاتيا ، اى مطلوب الترك شرعا ، ولا شك ان شرط عدم فعل ، بل نهى شخص عن فعل ، لا يجعله حراما شرعا ، ثم قال : فان قيل : الشرط من حيث هو مع قطع النظر عن ايجاب الشارع الوفاء لا يوجب تحليلا و تحريما شرعا ، فلا يحرم ولا يحلل ، قلنا : ان اريد انه لا يوجب تحليلا و لا تحريما شرعا بحكم الشرط ، فهو ليس كذلك ، بل حكم الشرط ذلك (٢) وهذا معنى تحريم الشرط و تحليله ، وعلى هذا ، فلا اجمال في الحديث ، ولا تخصيص (٣) في ذلك ، كالنذر والعقد واليمين فان من نذر ان لا يأكل المال المشتبه ، ينعقد ، ولو نذر ان يكون المال المشتبه حراما عليه شرعا او يحرم ذلك على نفسه شرعا ، لم ينعقد ، انتهى (٤)

→ حلالا بشرط عدم فعله (١) اى بل جعل المباح حراما ذاتيا ، بان يجعل أكل اللحم حراما ، ولا شك ان شرط عدم فعل المباح ، بل نهى شخص عن فعل المباح ، لا يجعله حراما شرعا (٢) اى بل حكم الشرط هو التحليل و التحرير تشريعا ، مع قطع النظر عن ايجاب الشارع ، فيشترط المشترط ان يكون الحلال حراما او الحرام حلالا تشريعا (٣) اى فحينئذ لا يكون قوله (الا شرطا حرم حلالا) قابلا للتخصيص بالرواية التي دلت على جواز شرط عدم وطئ زوجته ، لأن المراد من قوله (الا شرطا حرم حلالا) هو ان يكون المشروط والملتزم به محرما ، فعلى هذا لو شرط ان يكون الوطئ حراما لكان مصداقا للمستثنى وكان محرما للحلال ، بخلاف ان يشترط عدم وطئ زوجته و ترك وطئه ، لأنه لم يكن مصداقا للمستثنى حتى يقال : ان المستثنى خصص بالرواية المذكورة (٤) اى انتهى ما ذكره النراقي (ره) في عوائده

اقول : لا افهم معنى محصلا لاشترط حرمة الشئ او حلّيته (١) شرعا فاًن هذا امر غير مقدر للمشترط ، ولا يدخل تحت الجعل ، فهو داخل في غير المقدر ، ولا معنى لاستثنائه (٢) عما يجب الوفاء به ، لأن هذا لا يمكن عقلا الوفاء به ، اذ ليس فعلا ، خصوصا للمشترط ، وكذلك الكلام في النذر وشبيهه ، والعجب منه قدس سره (٣) حيث لاحظ ظهور الكلام (٤) في كون المحرّم والمحلّ نفس الشرط ، ولم يلاحظ (٥) كون

(١) يعني وان امكن ان يتلفظ المشترط باشتراط حرمة الشئ وحلّيته بان يقول ، ان يكون أكل اللحم حراما ، او شرب الخمر حلالا ، ولكن هذا امر غير مقدر للمشترط ، ولا يدخل تحت جعل المشترط ، فاًن حرمة أكل اللحم وحلّية شرب الخمر ليس تحت قدرة المشترط ، لانه ليس فعلا و عملا للمشترط ، فحينئذ يدخل في غير المقدر (٢) اي لا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به ، لأن المستثنى حينئذ امر غير مقدر ، والمستثنى منه امر مقدر ، لأن شرط كون أكل اللحم حراما وشرب الخمر حلالا ، لا يمكن عقلا الوفاء به ، لأن كون الحلال حراما ، والحرام حلالا ، ليس فعلا للمشترط (٣) الضمير يرجع الى الفاضل النراقي (ره) ، (٤) اي ظهور كلام الامام ع في رواية اسحاق بن عمار ، وهو قوله (الا شرطا حرم حلالا ، او احل حراما) ، (٥) اي ولم يلاحظ النراقي كون الاستثناء لابد من ان يكون من الأفعال التي يعقل الوفاء بها ، لانه اذا لم يعقل الوفاء بها ، لم يكن معنى لاستثنى الامام ع ، لأن المستثنى منه امر مقدر والمستثنى ايضا لابد من ان يكون امرا مقدورا للمشترط

الاستثناء من الأفعال التي يعقل الوفاء بالتزامها ، وحرمة الشئ (١) شرعا لا يعقل فيها الوفاء والنقض ، وقد مثل (٢) جماعة للصلح، المحلل للحرام بالصلح على شرب الخمر، وللمحرم للحلال بالصلح على ان لا يطأ جاريته ولا ينتفع بماله ، وكيف كان ، فالظاهر ، بل المتعين ان المراد بالتحليل والتحريم المستندين الى الشرط ، هو الترخيص (٣) والمنع

(١) حرمة الشئ و حلّيته ، بان يتشرط ان يكون أكل اللحم حراما، او يتشرط ان يكون شرب الخمر حلالا ، لا يعقل فيما الوفاء والنقض ، لأن حرمة أكل اللحم و حلية شرب الخمر ، ليسا في يد المشترط (٢) والمصنف (ره) استشهد لكون المراد من الشرط المحرم للحلال ، والمحلل للحرام فى رواية اسحاق بن عمار ، هو فعل الانسان ، لا المشروط الذى لا يدخل تحت قدرة الانسان ، بقوله (وقد مثل جماعة للصلح ، المحلل للحرام بالصلح على شرب الخمر ، وللمحرم للحلال بالصلح على ان لا يطأ جاريته ولا ينتفع بماله) فأن شرب الخمر ، فعل ، وان عدم الوطئ ، ترك ، فكل واحد منها داخل تحت قدرة الانسان ، ولم يمثلوا للصلح المحلل للحرام ، بالصلح على ان يكون الخمر حلالا ، وللمحرم للحلال بالصلح على ان تكون جاريته حراما عليه ، لأن كل واحد منها لا يدخل تحت قدرة الانسان (٣) اي الترخيص فى فعل الحرام ، كشرط شرب الخمر ، والمنع عن فعل الحلال ، كشرط ترك التسرى . بيانه : ان الشارط حيث التزم بترك التسرى ، فهو بالتزامه حرم نفسه عن التسرى ، وحيث انه التزم بشرب الخمر ، رخص نفسه فى شربه ، فهو حرام ، ورخصة من الشارط دون الشارع ، و الشاهد على صحة هذا المعنى المستند الى الشارط ←

نعم، المراد بالحلال والحرام (١) ما كان كذلك ، بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط ، لا ما كان حلالا ، لو خلى وطبعه ، بحيث لا ينافي عروض عنوان التحريم له ، لأجل الشرط ، وقد ذكرنا ، أن المعيار في ذلك وقوع التعارض (٢) بين دليل حلية ذلك الشئ او حرمة ، وبين وجوب

→ دون الشارع ، قوله تعالى : * يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك * لأن التحريم المستند إلى النبي * ص * لم يكن إلا بخلافه على ترك مقاربة مارية القبطية ، لأن تحريم المقاربة مستند إلى الحالف ، لأجل الحلف على ترك المقاربة ، فإنه لم يخلف أن تكون مقاربته محرومة عليه شرعا حتى يكون التحريم مستندا إلى الشارع . عن تفسير القمي باسناده عن ابن سيار عن أبي عبد الله * ع * في قوله : * يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغى مرضاة ازواجك) قال : أطلعت عايشة وحفصة على النبي * ص * وهو مع مارية ، فقال النبي * ص * : والله لا أقربهما فأمر الله أن يكفر بها عن يمينه (١) فالمراد بالحلال والحرام ، ما كان حلالا مطلقا كالتزوج والتسرى ، وحراما مطلقا كشرب الخمر بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط (٢) اي وقوع التعارض بين دليل حلية ذلك الشئ كقوله تعالى : * إلا على ازواجهم * وبين دليل وجوب الوفاء كقوله * ع * : * المؤمنون عند شروطهم * ووقوع التعارض بين حرمة ذلك الشئ كقوله تعالى : * يسئلونك عن الخمر والميسر ، قل : فيهما اثم كبير * وبين دليل وجوب الوفاء بالشرط ، كقوله * ع * : * المؤمنون عند شروطهم * وهذا التعارض ثابت مع قطع النظر عن وجود الاستثناء ، اذ من مع ملاحظته يعمل بهذه الاستثناء ، ويحكم بفساد الشرط ، ومرجعه إلى ←

الوفاء بالشرط وعدم وقوعه (١) ففي الأول يكون الشرط على تقدير صحته (٢) مغيّراً للحكم الشرعي ، وفي الثاني يكون مغيّراً لموضوعه (٣) فحاصل المراد بهذا الاستثناء (٤) في حديث الصلح والشرط ، إنهم لا يغيّران حكمًا شرعياً ، بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم ، لأجل الوفاء بالصلح والشرط ، كالنذر (٥) وشبيهه ، وأما تغييرهما (٦) لموضوع

→ العمل بأدلة أصل الحكم (١) قوله (عدم وقوعه) عطف على قوله (وقوع التعارض) ، (٢) وإنما قال المصنف (ره) : على تقدير صحته ، لأن بنائه ، أن الشرط المذكور ليس ب صحيح ، لأجل قوله ^{﴿ع﴾} : (اـ شرطا حـرـم حـلـلا ، او اـ حـلـ حـرـاما) فـاـنـ الشرـطـ المـذـكـورـ عـلـىـ تـقـدـيرـ صـحـتـهـ ، مـغـيـرـاـ لـمـوـضـعـ الحـكـمـ للـحـكـمـ الشـرـعـيـ (٣) اـىـ فـيـ الثـانـيـ ، يـكـونـ الشـرـطـ مـغـيـرـاـ لـمـوـضـعـ الحـكـمـ الشـرـعـيـ ، لـاـنـ مـوـضـعـ الـحـلـيـةـ فـيـ قـوـلـهـ (الـلـحـ حـلـلـ) هوـ الـلـحـ ، لـوـ خـلـىـ وـ طـبـعـهـ ، مـعـ دـعـمـ عـنـوانـ طـارـعـلـيـهـ ، فـاـذاـ شـرـطـ دـعـمـ أـكـهـ ، تـغـيـرـ المـوـضـعـ لـاـنـ قـيـدـ ، لـوـ خـلـىـ وـ طـبـعـهـ ، قـدـ زـالـ مـعـ الشـرـطـ (٤) اـشـارـةـ إـلـىـ قـوـلـهـ (اـ شـرـطاـ حـرـمـ حـلـلا ، او اـ حـلـ حـرـاما) فـيـ الشـرـطـ ، وـ إـلـىـ قـوـلـهـ (اـصـلـحـاـ) حـرـمـ حـلـلا ، او اـ حـلـ حـرـاما) فـيـ الـصـلـحـ (٥) يـعـنـيـ اـنـ النـذـرـ وـ شـبـيـهـهـ لـاـ يـغـيـرـانـ حـكـمـ شـرـعـيـ ، بـحـيـثـ يـرـفـعـ الـيـدـ عـنـ ذـلـكـ الـحـكـمـ ، لأـجـلـ الـوـفـاءـ بـالـنـذـرـ وـ شـبـيـهـهـ ، مـثـلاـ اـذـاـ نـذـرـ تـرـكـ التـرـوـجـ ، لـمـ يـحـرـمـ التـرـوـجـ ، اوـ نـذـرـ شـرـبـ الـخـمـرـ ، لـمـ يـحـلـ الـخـمـرـ بـالـنـذـرـ ، لـاـنـ الـحـكـمـ الشـرـعـيـ ثـابـتـ لـمـوـضـعـ مـطـلـقاـ ، بـحـيـثـ لـاـ يـتـغـيـرـ مـوـضـعـهـ بـالـشـرـطـ وـ الـصـلـحـ وـ الـنـذـرـ وـ شـبـيـهـهـ (٦) اـىـ وـ اـمـاـ تـغـيـرـ الـصـلـحـ وـ الـشـرـطـ لـمـوـضـعـ الـأـحـكـامـ الشـرـعـيـةـ فـيـ اـذـاـ كـانـ الـحـكـمـ ثـابـتـ لـمـوـضـعـ ، لـوـ خـلـىـ وـ طـبـعـهـ ، فـيـ غـاـيـةـ الـكـثـرـةـ ، لـاـنـهـ اـذـاـ طـارـعـنـوانـ

الأحكام الشرعية ، ففى غاية الكثرة ، بل هما (١) موضوعان لذلك ، وقد ذكرنا (٢) أن الاشكال فى كثير من الموارد فى تميّز أحد القسمين من الأحكام عن الآخر ، و مما ذكرنا يظهر النظر فى تفسير آخر لهذا الاستثناء (٣) يقرب من هذا التفسير (٤) الذى تكلمنا عليه ذكره (٥) المحقق القمي (٦) صاحب القوانين فى رسالته التى الفها فى هذه المسئلة ، فاته بعد ما ذكر من أمثلة الشرط الغير الجائز

→ الصلح والشرط والنذر وشبهه عليه ، خرج عن كونه لو خلّى وطبعه فإذا تغيّر الموضوع ، تغيّر الحكم أيضاً (١) الضمير يرجع إلى الصلح والشرط (٢) يعني وقد ذكر المصنف (ره) فيما سبق بقوله : وبالجملة فموارد الاشكال فى تميّز الحكم الشرعى القابل لتغييره بالشرط بسبب تغيير عنوانه عن غير القابل ، كثيرة ، فراجع إلى ص ١٣٨ (٣) اشارة الى قوله (الـ شرطا حراما ، او احل حراما) ، (٤) اشارة الى التفسير الذى ذكره النراقي (٥) الضمير المفعول يرجع إلى تفسير آخر (٦) فحاصل هذا التفسير الذى ذكره القمي (ره) : أن اشتراط ترك المباح كلياً وبالمرة يصدق عليه أنه شرط محظوظ للحلال ، بخلاف اشتراط تركه فى الجملة ، ولعل نظر القمي (ره) إلى أن تحريم الحلال ، هو اشتراط ترك ما حلّه الشارع على الوجه الكلى ، حيث أن ما حلّه الشارع ليس عنوانا جزئياً ، لأن أحكام الشرع متعلقة بالطبياع ، فلا بد من انحصر مصداق تحريم الحلال باشتراط ترك تلك الطبياع الكلية ، وهو لا يمكن إلا بترك تمام افرادها ، و اشتراط بعض افرادها ليس تحريما للحلال ، لأنه لم يتعلق حل بذلك البعض في الأدلة

في نفسه (١) مع قطع النظر عن اشتراطه والتزامه ، شرب الخمر (٢) و الزنا و نحوهما من المحرمات ، ومن أمثلة (٣) ما يكون التزامه والاستمرار عليه من المحرمات ، فعل المرجوحات (٤) و ترك المباحات و فعل المستحبات ، كان يشترط تقليم الأظفار بالسن (٥) أبداً ، و أن لا يلبس الخز (٦) أبداً ، ولا يترك النوافل (٧) فآن جعل المكروه أو المستحب واجباً ، و جعل المباح ، حرام ، حرام (٨) الا ببرخصة شرعية حاصلة من

(١) ثم آن الظاهر من كلام القمي (ره) ، أن الشرط المحرم للحلال الذى لا يجوز ، على قسمين : أحدهما ، آن الشرط فى نفسه غير جائز، مع قطع النظر عن اللتزام به ، ومثل له بشرب الخمر و الزنا و نحوهما من المحرمات و ثانيهما ، آن الشرط لا يجوز بلحاظ التزامه و اشتراطه و أما فى حد نفسه يجوز ، ومثل له باشتراط فعل المرجوحات و فعل المستحبات و ترك المباحات أبداً ، لعل نظر المحقق القمي (ره) فى تفسير الاستثناء إلى القسم الثانى ، لا إلى القسم الأول ، فعلى هذا لا يرد عليه اشكال بعض الأعظم ، بآن تخصيصه الشرط المحلل للحرام ، او المحرم للحلال بما إذا كان على نحو القاعدة و العموم ، من دون نظر الى فرد خاص مع وضوح كون شرط شرب خمر خاص ، شرطاً محللاً للحرام ، فلا يجوز (٢) قوله (شرب الخمر) مفعول لقوله (ذكر) ، (٣) قوله (من أمثلة ما يكون) عطف على قوله (من أمثلة الشرط) ، (٤) قوله (فعل المرجوحات) مفعول لقوله (ذكر) ايضاً (٥) فآن تقليم الأظفار بالسن ، مكروه (٦) فآن لبس الخز مباح (٧) فآن النوافل ، مستحبة (٨) قوله (حرام) خبر لـ (آن)

الأسباب الشرعية ، كالنذر و شبهه فيما ينعقد فيه ، ويستفاد ذلك (١) من كلام على ع في رواية اسحاق بن عمار ، من اشترط لا مرئته شرطا فليف لها (٢) به ، فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرام حلالا او احل حراما ، قال قدس سره (٣) فان قلت: ان الشرط كالنذر و شبهه من الأسباب الشرعية المغيرة للحكم ، بل الغالب فيه (٤) هو ايجاب ما ليس بواجب ، فان بيع الرجل ماله او هبته لغيره ، مباح ، واما لو اشترط فى ضمن عقد آخر يصير واجبا ، فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكرته من الأمثلة؟ (٥) قلت: الظاهر (٦) من تحليل الحرام و تحريم

(١) اشارة الى ما ذكره ، من ان الالتزام بفعل المرجوحات و فعل المستحبات و ترك المباحثات ، حرام (٢) الضمير فى قوله (لها) يرجع الى المرأة ، وفى قوله (به) الى الشرط (٣) قوله (قال) خبر لـ (ان) فى قوله (فانه بعد ما) ، (٤) يرجع الضمير الى الشرط (٥) فالمراد من الأمثلة هو فعل المرجوحات و ترك المباحثات و فعل المستحبات ، يعني انه لا فرق بين شرط تقليم الأظفار ، وبين البيع و الهبة للغير ، فانه مع عدم الفرق ، اوجب ان يصح الشرط فى الثاني ، دون الأول ، مع ان كل واحد من البيع و التقليم ، مباح ، احدهما بلا كراهة ، و الآخر مع الكراهة (٦) يعني ان الظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال ، هو تأسيس القاعدة و هو يكون بتعلق الحكم بالحل و الحرمة ببعض الأفعال على سبيل العموم ، بان يشترط مثلا ان لا يشرب العصير ابدا ، فهذا يكون محرما للحلال ، اما اذا اشترط ان يشرب العصير فى شهر شعبان ، فهو ليس محرما للحلال

الحلال ، هو تأسيس القاعدة ، وهو (١) تعلق الحكم بالحلل او الحرمة ببعض الأفعال على سبيل العموم من دون النظر الى خصوصية فرد (٢) فتحريم الخمر (٣) معناه ، منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلّى ، وكذا حلية المبيع (٤) فالتزوج والتسرى امر كلّى حلال ، و التزام تركه (٥) مستلزم لحرميته ، وكذلك جميع احكام الشرع من التكليفية والوضعية وغيرها ، انما يتعلق بالجزئيات باعتبار تحقق الكلى فيها (٦) فالمراد من تحليل الحرام و تحريم الحال المنهى عنه (٧) هو ان يحدث المشترط قاعدة كلية (٨) و يبدع حكما جديدا ، وقد اجيز في الشرع البناء على الشروط الا شرطا اوجب ابداع حكم كلّى جديد ، مثل تحريم التزوج والتسرى ، وان كان بالنسبة الى نفسه فقط ، وقد قال الله تعالى : فانکحوا ما طاب لكم من النساء (٩) و كجعل الخيرة (١٠) فـ

- (١) الضمير يرجع الى تأسيس القاعدة (٢) يعني اذا نظر الى خصوصية فرد ، وشرط عدم شرب هذا العصير الموجود ، فانه لا يأس به (٣) اي تحريم الشارع الخمر (٤) اي تحليل الشارع المبيع والزواج والتسرى ، امر كلّى (٥) اي التزام الشارط ترك كلّ واحد من المبيع والزواج والتسرى مستلزم لتحريم كلّ واحد منها (٦) الضمير يرجع الى الجزئيات (٧) فالمراد من المنهى عنه ، هو في قوله عَ : الا شرطا حرم حلا ، او احل حراما (٨) اي بان يشترط ترك الزواج ابدا و فعل المستحبات ابدا ، فـ ان الأول تحريم للحلال ، والثانية ايجاب للمستحب (٩) سورة النساء آية ٣ (١٠) قوله (كجعل الخيرة في الجماع ، الخ) عطف على قوله (مثل تحريم التزوج)

الجماع والطلاق بيد المرأة ، وقد قال الله تعالى : الرجال قوامون على النساء (١) وفيما لو اشترطت (٢) عليه ان لا يتزوج ، او لا يتسرى بفلانة (٣) خاصة اشكال ، فما ذكر في السؤال من وجوب البيع الخاص الذي يشترط انه في ضمن عقد ليس (٤) مما يجب احداث حكم للبيع ، ولا تبدل حلال الشارع وحرامه ، وكذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب (٥) الى ان قال قدس سره : وبالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترط انه من الشروط الجائزة ليس من باب تحليل حرام ، او تحريم حلال ، او ايجاب جائز على سبيل القاعدة ، بل يحصل من ملاحظة

(١) سورة النساء آية ٣٤ (٢) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى المرأة (٣) ، (فلانٌ وفلانة) يكتفى بهما عن العلم الذي مسمى ممن يعقل ، فلا تدخل * ال * عليها ، وفلانة منوعة من الصرف ، فيقال : جاء فلانٌ ولكن جاءت فلانة و يكتفى بهما ايضا عن العلم بغير العاقل ، فتدخل عليهمما * ال * تقول : ركبَتُ الفلان ، و حلبتُ الفلانة (المنجد) ، (٤) قوله (ليس) خبر لـ (ما) في قوله (ما ذكر) ، (٥) فآن الجماع ، الواجب على الرجل شرعاً مرتّة واحدة في اربعة اشهر ، و شرط نقصانه يكون ازيد من اربعة اشهر ، كان يشترط مثلا ، ان يكون الجماع مرتّة واحدة في تسعة اشهر ، قوله (كذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب) يحتمل ان يكون مثلا لما يجب احداث حكم للجماع ، و يحتمل ان يكون مثلا لما لا يجب احداث حكم للجماع ، فلو شرط ان يكون الجماع مرتّة واحدة في كل ستة اشهر ابدا ، لكان احداث حكم للجماع ، فيكون حراما ، ولو شرط ان يكون مرتّة واحدة في ستة اشهر من هذه السنة ، لم يكن احداث حكم ←

جميع موارده (١) حكم كلى هو (٢) وجوب العمل على ما يشترطانه وهذا الحكم (٣) أيضا من جعل الشارع ، فقولنا : العمل على مقتضى الشرط الجائز ، واجب (٤) حكم (٥) كلى شرعى ، وحصوله (٦) ليس من جانب شرطنا حتى يكون من باب تحليل الحرام ، وعكسه (٧) بل إنما هو (٨) صادر من الشارع ، انتهى كلامه (٩) رفع مقامه ، وللناظر فى مواضع (١٠)

→ للجماع ، فلا يكون حراما (١) الضمير يرجع الى (ما) فى قوله (لما يشترطانه) ، (٢) الضمير يرجع الى الحكم الكلى ، وحاصل هذه العبارة ان وجوب العمل على ما يشترطانه حكم كلى جعله الشارع والتزام ترك العمل على ما يشترطانه ، مستلزم لحرم الحلال ، كما ان حلية التزوج امر كلى ، والتزام تركه مستلزم لحرم الحلال (٣) اشارة الى وجوب العمل على ما يشترطانه (٤) قوله (واجب) خبر لمبتدأ مقدم ، وهو قوله (العمل) ، (٥) قوله (حكم) خبر لمبتدأ مقدم ، وهو قوله (قولنا) (٦) اي حصول وجوب العمل فى الشرط الجائز ليس من جانب شرطنا (٧) فالمراد من العكس ، هو تحريم الحلال (٨) يرجع الضمير الى وجوب العمل (٩) اي انتهى كلام المحقق القمي (ره) ، (١٠) اي احد المarguments ، قوله : جعل المكره والمستحب ، الى قوله : حرام ، فان حرمة المذكورات ليست مسلمة ما لم يقصد التشريع ، وثانيها ، قوله : كالنذر وشبهه ، فان ظهوره عدم الاشكال فى النذر وشبهه ، وان عدم الصحة فى المذكورات مختص بالشرط ، مع انه لا فرق بينهما ، اذ فى النذر ايضا يشترط ان لا يكون محرما للحلال ، و محللا للحلال ، وقد ورد الاستثناء ، اي حرم حلالا او احل حراما فى الحلف الذى هو مثل النذر وشبهه ، وثالثها ، قوله : وـ

من كلامه (١) مجال (٢) فأفهم ، و الله العالم
 الشرط الخامس (٣) : ان لا يكون منافياً لمقتضى العقد ، والا (٤) لم
 يصح لوجهين ، احدهما : وقوع التنافي في العقد المقيد بهذا الشرط
 بين مقتضاه الذي (٥) لا يختلف عنه ، وبين الشرط الملزم لعدم تحققه
 (٦) فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقديره بهذا الشرط (٧) فلا بد (٨)

→ فيما اشترطت على ان لا يتزوج ، او لا يتسرى بفلانة خاصة اشكال ، فان
 مقتضى مبناه عدم الاشكال في صحته ، لانه مما لا يوجب احداث قاعدة كلية
 فهذا يكون مثل شرط بيع ماله الخاص الذي جزم بصحته و وجوبه ، لأجل
 الشرط في ضمن العقد ، و رابعها ، قوله : و بالجملة اللزوم ، الخ ، فانه
 ليس اجمالاً لما ذكره ، بل هو مطلب آخر على ما ذكره السيد لاره (٩) خامسها
 ان تخصيص الحلال والحرام بالكلية ، مخالف لما هو مسلم عند الكل حيث
 انهم مثّلوا للصلاح المحرم للحلال ، بما اذا صالح على ان يطأ حليلته و
 ان لا ينفع بماله ، بل ظاهر النصوص في باب اليمين ، عدم الفرق بين
 الكلية والجزئي ، كما اذا حلف ان لا يتكلّم اباه او امه او اخاه ، على ما قيل
 (١) اي من كلام المحقق القمي (ره) ، (٢) قوله (مجال) مبتدأ مؤخر لخبر
 مقدم وهو قوله (للنظر) ، (٣) اي الامر الخامس من شروط صحة الشرط
 (٤) فالمراد من مقتضى العقد ، هو اثر العقد ، يعني وان كان الشرط
 منافياً لمقتضى العقد ، لم يصح لوجهين (٥) قوله (الذى) صفة لـ
 (مقتضى) مضار الى الضمير (٦) الضمير يرجع الى المقتضى ، بالفتح (٧)
 اشاره الى الشرط الذي يكون منافياً لمقتضى العقد (٨) اي فلا بد اما ان
 يحكم بتساقط كليهما ، فيبطل العقد و الشرط معاً ، لأجل التنافي ←

اما ان يحكم بتساقط كليهما ، واما ان يقدم جانب العقد ، لانه المتبوع المقصود بالذات ، والشرط تابع ، وعلى كل تقدير (١) لا يصح الشرط الثاني : ان الشرط المنافي (٢) مخالف للكتاب والسنة الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه ، فاشتراط تخلفه عنه مخالف للكتاب ، ولذا (٣) ذكر في التذكرة : ان اشتراط عدم بيع المبيع ، مناف لمقتضى ملكيته فيخالف قوله ﴿ص﴾ : الناس مسلطون على اموالهم ، ودعوى (٤) ان

→ واما ان يقدم جانب العقد ، لانه المتبوع المقصود بالذات ، والشرط تابع ومقصود بالعرض ، فيبطل الشرط فقط (١) يعني وعلى تقدير تساقط كليهما ، او على تقدير تقديم جانب العقد ، لا يصح الشرط (٢) يعني ان الشرط المنافي لمقتضى العقد ، مخالف للكتاب والسنة الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه ، مثلا ، فان قوله تعالى : اوفوا بالعقود دال على عدم جواز تخلف العقد عن مقتضاه ، فاشتراط تخلف العقد عن مقتضاه ، مخالف للكتاب (٣) اي ولأجل ان الشرط المنافي مخالف للكتاب والسنة ، ذكر في التذكرة : ان اشتراط عدم بيع المبيع مناف لمقتضى ملكيته ، فيخالف هذا الاشتراط قوله ﴿ص﴾ : الناس مسلطون على اموالهم (٤) ادعاً ودفع ، اما الادعاء ، فان العقد يقتضي المقتضى بالفتح ، والأثر لو خلى وطبعه ، لا مطلقا ، فحيئذ لم يكن وقوع التنافي في العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه ، وبين الشرط الملزم لعدم تتحققه ، فحيئذ لم يكن الشرط المذكور مخالف للكتاب والسنة ايضا ، واما الدفع ، فان هذا الادعاء ليس صحيحا ، لأن دعوى ان العقد لو خلى وطبعه ، يقتضي المقتضى ، بالفتح ، والأثر ، خروج عن محل الكلام ، لأن ←

العقد آنما يقتضى ذلك (١) مع عدم اشتراط عدمه (٢) فيه لا مطلقاً (٣)
خروج (٤) عن محل الكلام، اذ الكلام في ما يقتضيه مطلق العقد وطبيعته
الساربة في كل فرد منه (٥) لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف اطلاقه، و
خلوه عن الشرائط والقيود حتى لا ينافي تخلفه (٦) عنه لقيد يقينه (٧)
وشرط يشترط فيه، هذا كلّه مع تحقق الاجماع (٨) على بطلان هذا
الشرط، فلا اشكال في اصل الحكم (٩) وآنما الاشكال في تشخيص آثار
العقد التي لا يختلف عن مطلق العقد في نظر العرف او الشرع و تميزها
عما يقبل التخلف لخصوصية (١٠) تعتبر العقد، وان اتضح ذلك في
بعض الموارد تكون الأثر كالمفهوم العرفي للبيع (١١) او غرضاً اصلياً

→ الكلام في المقتضى ، بالفتح ، والأثر الذي يقتضيه مطلق العقد و
ما هيته في كل فرد لا ما يقتضيه العقد المطلق ، لو خلّي وطبعه (١) اشارة
إلى المقتضى ، بالفتح (٢) اي مع عدم اشتراط عدم المقتضى في العقد
(٣) اي سواء اشترط عدمه ، ام لا (٤) قوله (خروج) خبر لمبدأ مقدم
وهو قوله (دعوى) ، (٥) الضمير يرجع إلى (ما) ، (٦) اي تخلف العقد
عن المقتضى ، بالفتح (٧) الضمير الفاعل المستتر يرجع إلى القيد ، و
الضمير المفعول إلى العقد (٨) فيكون الاجماع دليلاً ثالثاً على اصل
الحكم (٩) فالمراد بأصل الحكم ، هو أن الشرط المنافي لمقتضى العقد
فاسد (١٠) قوله (لخصوصية) متعلق بقوله (يتخلف) و المراد من
الخصوصية ، هو الشرط (١١) كون الأثر كالمفهوم العرفي للبيع مثل انتقال
العواضين في البيع ، فأن انتقال العوضين مقوم عرفي للبيع

(١) يعني أن اشتراط عدم التصرف اصلاً في المبيع ، و اشتراط عدم الاستمتاع اصلاً بالزوجة حتى النظر ، مخالف لمقتضى العقد (٢) اي يصعب الفرق بين بعض المقامات الذي يجوز الشرط فيه ، وبين بعض المقامات الذي لا يجوز الشرط فيه (٣) و حاصله : أن اشتراط المنع عن البيع او اشتراط المنع عن الهبة يشبهه اشتراط عنته بعد البيع او اشتراط وقفه بعد البيع ، فأن الموضع الأول ، وهو اشتراط المنع عن البيع او اشتراط المنع عن الهبة ، مثل الموضع الثاني ، وهو اشتراط عنته او اشتراط وقفه ، و الحال انهم قالوا : بعدم جواز الاشتراط فى الأول و بجواز الاشتراط فى الثاني (٤) الضمير يرجع الى جواز اشتراط عنته، الخ (٥) يعني وما ذكره في التحرير ، من أن جواز العتق مبني على التغليب لو تم لم يجز في الوقف ، لأن جواز الوقف ليس مبنياً على التغليب والحال انهم قالوا : بجواز اشتراط الوقف بعد البيع

ولده ، فانه شرط مناف كالعتق ليس مبنيا على التغليب ، ولأجل ما ذكرنا وقع في موارد كثيرة الخلاف والاشكال في أن الشرط الفلاني مخالف لمقتضى العقد ، ام لا ، منها (١) اشتراط عدم البيع ، فان المشهور عدم الجواز ، لكن العلامة في التذكرة استشكل في ذلك ، بل قوى بعض من تأخر عنده صحته (٢) ومنها (٣) ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان من جواز الشركة فيه (٤) اذا قال : الربح لنا (٥) ولا خسران عليك لصحيحة رفاعة (٦) في الشركة في الجارية ، قال (٧) : ومنعه (٨) ابن ادريس ، لأنّه مناف لقضية الشركة ، قلنا (٩) : لأنّه مخالف تبعيّة المال

(١) الضمير يرجع إلى الموارد (٢) يرجع الضمير إلى اشتراط عدم البيع (٣) أي من الموارد الكثيرة (٤) الضمير يرجع إلى الحيوان (٥) أي الربح لى ولك ، ولا خسران عليك ، بل الخسران على (٦) عن صحّيحة رفاعة سئلت ابا الحسن *ع* عن رجل شارك آخر في جارية له ، وقال: ان ريحنا فيها ، فلك نصف الربح ، وان كان وضعنا ، فليس عليك شيء ، فقال *ع*: لا ارى بهذا اساسا اذا طابت نفس صاحب الجارية (٧) اي قال صاحب الدروس (٨) اي منع ابن ادريس قوله: اذا قال: الربح لنا ولا خسران عليك ، لأن الشركة تقتضي ان يكون الربح والخسران بنسبة المالين ، فحينئذ يكون الربح لهم والخسران عليهم ، فيكون اشتراط الربح لهم ، والخسران على احدهما ، منافية لمقتضى الشركة (٩) قال صاحب الدروس: قلنا في جواب ابن ادريس: لأنّه مخالف تبعيّة الربح والخسران للمال ، لازمة لمطلق الشركة لو خليت وطبعها ، بل تبعيّة الربح والخسران للمال ، لازمة للشركة المطلقة ولازمة لما هيّتها بحيث ←

لازمة لمطلق الشركة ، بل للشركة المطلقة ، والأقرب (١) تعدى الحكم إلى غير الجارية من البيعات ، انتهى (٢) ومنها (٣) ما اشتهر بينهم من جواز اشتراط الضمان في العارية ، وعدم جوازه (٤) في الإجارة مستدلين ، بــ مقتضى عقد الإجارة عدم ضمان المستأجر ، فاورد عليهم الحق الأردي وتبعد جمال المحققين (٥) في حاشية الروضة بمنع اقتداء مطلق العقد لذلك ، إنما المسلم اقتداء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان ، نظير العارية ، ومنها (٦) اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدتها ، فقد جوزه (٧) جماعة لعدم المانع وللنفع ، ومنعه (٨) آخرون ، منهم فخر الدين في الإيضاح مستدلا ، بــ مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة في الاستمتاع والاسكان

→ لا يتغير مقتضاه بالشرط (١) أى قال صاحب الدروس : والأقرب تعدى الحكم ، أى جواز الشرط المذكور في الشركة إلى غير الجارية من البيعات (٢) أى انتهى ما ذكره في الدروس (٣) أى من الموارد الكثيرة (٤) الضمير عائد إلى اشتراط الضمان (٥) قال جمال المحققين (ره) في حاشية الروضة في كتاب الإجارة في ص ٣ اللمعة في اثناء كلماته ما لفظه : والإجارة ليست بمقتضية لعدم التضمين حتى يفسد الشرط بمنافاته لمقتضى العقد ، والا لنا في جميع الشروط التي لا يقتضيه العقد كفالة شاهدا لما ذكرنا حكمهم في العارية بعدم ضمانها ، الا مع الشرط فالظهور صحة الشرط هيئنا ايضا ، انتهى موضع الحاجة من كلامه (٦) أى من الموارد الكثيرة (٧) يرجع الضمير إلى اشتراط عدم اخراج الزوجة (٨) أى ومنع اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدتها آخرون

وقد بالغ (١) حتى جعل هذا قرينة على حمل النص على استحباب الوفاء و منها : مسئلة توارث الزوجين (٢) بالعقد المنقطع من دون شرط (٣) او معه (٤) وعدم توارثهما مع الشرط (٥) اولا معه (٦) فانهما (٧) مبنية على الخلاف في مقتضى العقد المنقطع ، قال في الإيضاح ، ما ملخصه بعد اسقاط ما لا يرتبط بالمقام ، انهم اختلفوا في أن هذا العقد يقتضي التوارث ، ام لا ، وعلى الأول ، فقيل : المقتضى هو العقد المطلق (٨)

(١) اي وقد بالغ فخرالدين حتى جعل كون هذا الشرط خلاف مقتضى العقد ، قرينة على حمل النص على استحباب الوفاء (٢) فالآقوال في المسئلة ، اربعة ، احدها : أن التوارث ثابت مطلقا ، اي سواء شرط التوارث ، ام لا ، فيكون العقد المنقطع كالعقد الدائم ، وثانيها : أن التوارث ثابت مع شرطه ، بمعنى أن التوارث في العقد المنقطع ثابت مع اشتراط التوارث ، وليس ثبات مع عدمه ، اشار المصنف (ره) إلى القول الأول ، بقوله (من دون شرط) ، والى القول الثاني ، بقوله (او معه) وثالثها : عدم التوارث مع شرط عدم الارث ، بمعنى انهما لا يتوارثان اذا شرط عدم الارث ، اما اذا لم يستشرط عدم الارث ، فهما يتوارثان ، ورابعها : عدم التوارث مطلقا ، اي سواء شرعا عدم الارث ، ام لا ، وأشار المصنف (ره) إلى القول الثالث ، بقوله (مع الشرط) ، والى القول الرابع بقوله (او لا معه) ، (٣) اي من دون شرط التوارث (٤) اي او مع شرط التوارث (٥) اي مع شرط عدم التوارث (٦) اي او لا مع شرط عدم التوارث (٧) الضمير يرجع الى المسئلة (٨) يعني أن المقتضى للتوارث هو العقد المطلق و ماهيته ، فيكون العقد المنقطع كالعقد الدائم ←

من حيث هو هو ، فعلى هذا القول ، لو شرط سقوطه ، لبطل الشرط لأن كل ما تقتضيه الماهية من حيث هي ، فيستحيل عدمه مع وجودها (١) وقيل : المقتضى (٢) اطلاق العقد ، اي العقد المجرد عن شرط نقيضه ، اعني الماهية بشرط لاشئ (٣) فيثبت الارث ما لم يشترط

→ فعلى هذا القول ، لو شرط سقوطه ، لبطل الشرط (١) الضمير عائد الى الماهية (٢) اي وقيل : المقتضى للارث هو اطلاق العقد ، لو خلّى وطبعه ، فيثبت الارث ما لم يشترط سقوطه (٣)، * تذكرة * : فلا يخفى أن الماهية لها ، اربعة اعتبارات ، احدها : هو * الماهية بشرط شئ * كما اذا وجب عتق الرقبة المؤمنة ، اي بشرط كونها مؤمنة ، وثانيها : هو * الماهية بشرط لا * كما اذا كان القصر واجبا في الصلة على المسافر الغير العاصي في سفره ، اي بشرط عدم كونه عاصيا لله في سفره ، فاخذ عدم العصيان ، قيدا في موضوع الحكم ، وثالثها: هو * الماهية لا بشرط * كوجوب الصلة على الانسان باعتبار كونه حرا مثلا ، فان الحرية غير معتبرة لا بوجودها ولا بعدمها في وجوب الصلة ، لأن الانسان بالنظر الى الحرية في وجوب الصلة عليه ، غير مشروط بالحرية ولا بعدمها ، ويسمى هذا القسم الثالث : الابشرط القسمى ، في قبال ، الابشرط المقسمى ورابعها : هو * الابشرط المقسمى * و هو يكون مقسما للاعتبارات الثلاثة قال في المنظومة :

مخلوطة مطلقة مجردة عند اعتبارات عليهم موردة من لا بشرط ، وكذا بشرط شئ و معنى بشرط لا ، استمع الى ص ٩٠ ، فراجع

سقوطه (١) وعلى الثاني (٢) قيل : يثبت (٣) مع الاشتراط ، ويسقط مع عدمه (٤) وقيل (٥) : لا يصح اشتراطه (٦) ، انتهى (٧) ومرجع القولين (٨) الى أن عدم الارث من مقتضى اطلاق العقد (٩) او ماهيته واختار هو (١٠) هذا القول الرابع (١١) تبعاً لجده (١٢) والده قدس سرّهما ، واستدل (١٣) عليه (١٤) اخيراً بما دلّ على أنّ من حدود المتعة ، ان لا ترثها ولا ترثك ، قال (١٥) : فجعل نفي الارث من مقتضى

(١) اي سقوط الارث (٢) فالمراد بالثاني ، هو قوله (ام لا) في الايضاح (٣) اي قيل : يثبت الارث مع اشتراطه ويسقط مع عدم اشتراطه (٤) اي مع عدم اشتراط الارث (٥) اي وقيل : أن العقد يقتضي عدم التوارث ولا يصح اشتراط الارث ، فهو من قبيل الارث الأجنبي (٦) اي اشتراط الارث (٧) اي انتهى ما ذكره في الايضاح (٨) احد القولين ، هو قوله (قيل : يثبت ، الخ) ، وثانيهما ، قوله (وقيل : لا يصح اشتراطه) ، (٩) يعني أنّ مرجع القولين الى أن عدم الارث من مقتضى اطلاق العقد ، فحينئذ يثبت الارث مع اشتراطه ، ولا يثبت مع عدمه او من مقتضى ماهيته ، فحينئذ لا يثبت الارث مطلقاً حتى مع اشتراط الارث (١٠) يرجع الضمير الى فخر المحققين (ره) ، (١١) فالمراد من القول الرابع ، هو قوله (قيل : لا يصح اشتراطه) اي لا يثبت الارث مطلقاً حتى مع الاشتراط (١٢) جده هو الشيخ سعيد الدين يوسف الحلبي (١٣) الضمير المستتر الفاعل يرجع الى فخرالدين (ره) ، (١٤) يرجع الضمير الى القول الرابع (١٥) اي قال فخرالدين في الايضاح

الماهية (١) ، ولأجل صعوبة دفع ما ذكرنا ، من الاشكال (٢) في تعيز مقتضيات ماهية العقد (٣) من مقتضيات اطلاقه ، التجأ المحقق الثاني مع كمال تحرره (٤) في الفقه حتى ثنى (٥) به (٦) المحقق ، فارجع (٧) هذا التمييز عند عدم اتضاح المنافات ، وعدم الاجماع على الصحة او البطلان الى نظر الفقيه (٨) فقال الأول : المراد بمنافي مقتضى العقد ما يقتضى (٩) عدم ترتيب الأثر الذي (١٠) جعل الشارع العقد من حيث (١١) هو هو بحيث يقتضيه ورتب (١٢) عليه على انه اثره وفائده (١٣) التي (١٤) لأجلها وضع ، كانتقال العوضين (١٥) الى المتعاقدين

(١) يعني فجعل نفي الارث من مقتضى الماهية بحيث لا يتغير بالاشترط فلو شرط الارث ، لم يصح الشرط (٢) قوله (من الاشكال ، الخ) بيان لـ (ما) ، (٣) يعني ان مقتضى ماهية العقد لا يتغير بالاشترط و مقتضى اطلاقه يتغير بالاشترط (٤) ، (تَبَرَّ) في العلم : تعمق فيه و توسيع (المنجد) ، (٥) اي سُمِّي المحقق بكمال تحرره ، الثاني (٦) الضمير عائد الى التبخر (٧) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى المحقق الثاني (٨) قوله (الى نظر الفقيه) متعلق بقوله (فارجع) ، (٩) الضمير المستتر الفاعل يرجع الى (ما) ، (١٠) قوله (الذى) صفة لـ (الأثر) ، (١١) قوله (من حيث) متعلق بقوله (جعل) و الضمير الفاعل المستتر في قوله (يقتضيه) يرجع الى العقد ، و الضمير المفعول الى الأثر (١٢) و قوله (رتب) فعل ماض ، عطف على قوله (جعل) يعني رتب الشارع على العقد على ان الأثر ، اثر العقد (١٣) الضمير يرجع الى العقد (١٤) قوله (التي) صفة لـ (الفائدة) ، (١٥) قوله (كانتقال العوضين ، الخ) مثال لأثر العقد

و اطلاق التصرف (١) فيما في البيع ، و ثبوت التوثق في الرهن (٢) و المال (٣) في ذمة الضامن بالنسبة إلى الضمان (٤) و انتقال الحق إلى ذمة المحال عليه في الحوالة (٥) و نحو ذلك ، فإذا شرط عدمها (٦) أو عدم البعض أصلاً نافي (٧) مقتضى العقد ، ثم اعترض (٨) على ذلك

(١) اطلاق تصرف المشترى في المبيع و تصرف البائع في الشمن في البيع (٢) فآن الرهن وثيقة للدين (٣) قوله (المال) عطف على قوله (التوثق) اي ثبوت المال في ذمة الضامن (٤) فآن الضمان هو التعهد بالمال من البرئ ، فآن المال ينقل من ذمة الضممون عنه إلى ذمة الضامن ، قال في المسالك : اعلم أن الضمان عندنا مشتق من الضمن ، لأن يجعل ما كان في ذمته من المال في ضمن ذمة أخرى ، او لأن ذمة الضامن يتضمن الحق فالنون فيه اصلية ، بناء على أنه ينقل المال من الذمة إلى الذمة ، و عند أكثر العامة ، أنه غير ناقل ، وإنما يفيد اشتراك الذمتين ، فاشتقاقه من الضم ، والنون فيه زائدة ، لأن ضم ذمة إلى ذمة ، فيتخير الضممون له في المطالبة (٥) فآن الحوالة : هي التعهد بالمال من المشغول بمثله للمحيل ، ويشترط فيها رضا الثلاثة ، أما رضي المحيل و المحتال فموقع وفاق ، وأما المحال عليه ، فاشترط رضاه هو المشهور (٦) أي إذا شرط عدم الفائدة المرتبة على العقد ، أو عدم بعض الفائدة أبداً نافي مقتضى العقد (٧) قوله (نافي) فعل ماض ، جواب شرط (إذا) (٨) أي ثم اعترض المحقق على الذي ذكره بقوله (فإذا شرط عدم البعض أصلاً نافي مقتضى العقد بقوله (بصحة اشتراط عدم الانتفاع زماناً معيناً)

بصحة اشتراط عدم الانتفاع زماناً معيناً، واجاب (١) بكفاية جواز الانتفاع وقتاً ما في مقتضى العقد، ثم اعترض، بأن العقد يقتضي الانتفاع مطلقاً، فالمنع عن البعض مناف له، ثم قال: ودفع ذلك (٢) لا يخلو عن عسر، وكذا القول (٣) في نحو خيار الحيوان مثلاً، فـ^{فـ}ان ثبوته مقتضى العقد، فيلزم أن يكون شرط سقوطه منافياً له (٤) ثم قال (٥): ولا يمكن (٦) ان يقال: ان مقتضى العقد ما لم يجعل

(١) اى واجاب بكفاية جواز الانتفاع في مقتضى العقد وقتاً ما، لأن المنافي لمقتضى العقد عدم الانتفاع مطلقاً (٢) اشارة الى الاعتراض الأخير، وهو أن العقد يقتضي الانتفاع مطلقاً، فالمنع عن البعض مناف له (٣) اى وكذا لا يخلو عن عسر و اشكال القول في نحو خيار الحيوان مثلاً، فـ^{فـ}ان ثبوته مقتضى العقد، فيلزم أن يكون شرط سقوطه منافياً لمقتضاه، مع أن اشتراط سقوط خيار الحيوان جائز (٤) الضمير يرجع إلى مقتضى العقد (٥) اى قال المحقق الكركي (٦) وهم ودفع، أما الوهم، فإنه يمكن ان يقال: أن مقتضى العقد ما لم يجعل العقد إلا لأجله، كانتقال العوضين، فإذا شرط عدم انتقال العوضين يكون منافياً لمقتضاه، أما الانتفاع منهما، فإنه ليس من مقتضاه، لأنه لم يجعل العقد لأجله، وأما الدفع، فإنه لا يمكن التوهם المذكور، لأن ذلك الذي ذكر من أن العقد جعل للانتقال فقط، لوضح لكان منافياً لمنع اشتراط أن يبيع المشتري المبيع مثلاً لأن الفقهاء منعوا من اشتراط أن لا يبيع المشتري المبيع، فقالوا: أن اشتراط أن لا يبيع المشتري المبيع مناف لمقتضى العقد، فتبين أن مقتضى العقد أعم من انتقال العوضين فيشمل

→ الانتفاع منها ايضاً (١) الضمير يرجع الى (ما)، (٢) قوله (فـان ذلك ، الخ) علة لقوله (لا يمكن ، الخ)، (٣)، (حـسـمـهـ)، (ضـ) حـسـمـاًـ: قطعه مـُسـتـأـصـلـاـ ايـاهـ (اقـرـبـ المـوـارـدـ)، (٤) فالمراد من قوله (كـاشـتـراـطـ عدم ضـمـانـ المـقـبـوضـ بـالـبـيـعـ) هو اشتراط المشترى على البائع عدم كون خسارة المبيع المقبوض عليه ، بل يكون على البائع ، ووجه وضوح كونه منافياً لمقتضى العقد ، آنـ مـقـتـضـىـ عـقـدـ الـبـيـعـ وـقـبـضـ الـبـيـعـ ، كـونـ المـبـيـعـ لـلـمـشـتـرىـ عـلـىـ نـحـوـ الـاسـتـقـرـارـ ، وـمـقـتـضـىـ اـسـتـقـرـارـ الـمـلـكـ ، كـونـ الـخـسـارـةـ عـلـىـ الـمـالـكـ ، فـاشـتـراـطـ كـونـ الـخـسـارـةـ عـلـىـ غـيرـ الـمـالـكـ منـافـيـاـ لـمـقـتـضـىـ الـعـقـدـ (٥) الضمير يرجع الى (ما) يعني وضح آنـ هـذـاـ الشـرـطـ ليس منـافـيـاـ لـمـقـتـضـىـ الـعـقـدـ ، كـاشـتـراـطـ خـيـاطـةـ الثـوـبـ (٦) اـحـدـ النـوعـيـنـ ، ماـ انـعـقـدـ الـاجـمـاعـ عـلـىـ حـكـمـهـ مـنـ صـحـةـ اوـ فـسـادـ ، وـثـانـيـهـماـ ، ماـ وـضـحـ فـيـهـ الـمـنـافـاتـ ، اوـ وـضـحـ مـقـابـلـهـ (٧) اـىـ اـنـتـهـىـ كـلامـ الـمـحـقـقـ الثـانـىـ (٨) قوله : وـضـحـ الـمـنـافـاتـ ، الخـ) اـيـرـادـ عـلـىـ ماـ ذـكـرـهـ الـمـحـقـقـ الثـانـىـ ، فـآتـهـ اـورـدـ عـلـىـ الـمـحـقـقـ الثـانـىـ ، اـوـلـاـ ، بـاـنـ وـضـحـ الـمـنـافـاتـ اـنـ كـانـ بـالـعـرـفـ ←

الانتقال في العوضين، وعدم انتقال المال إلى ذمة الضامن، والمحال عليه ، فلا يتأتّى (١) معه إنشاء مفهوم العقد العرفى ، وان كان (٢) بغير العرف، فمرجعه (٣) إلى الشرع من نص او اجماع على صحة الاشتراط و عدمه (٤) ومع عدمها (٥) وجوب الرجوع إلى دليل اقتضاء العقد لذلك الأثر المشترط عدمه ، فان دلّ (٦) عليه على وجه يعارض باطلاقه او عمومه دليل وجوب الوفاء به (٧) بحيث لو اوجبنا الوفاء به (٨)

→ كاشتراط عدم الانتقال في العوضين ، فلا يتأتّى مفهوم العقد العرفى ، فإذا لم يتأتّى مفهوم العقد ، لم ينعقد العقد من رأس حتى يبحث في المنافى ، وثانياً ، بأنه ان كان وضوح المنافات بغير العرف فمرجعه إلى الشرع من النص والاجماع ، ومع عدمها وجوب الرجوع إلى دليل اقتداء العقد لذلك الأثر المشترط و عدمه ، فان دلّ دليل اقتداء العقد على الأثر على وجه يعارض باطلاقه او عمومه ، كقوله تعالى : الرجال قوامون على النساء ، دليل وجوب الوفاء بالشرط ، كقوله ع⁴ : المؤمنون عند شروطهم ، بحيث لو اوجبنا الوفاء به ، وجب طرح عموم ذلك الدليل او تخصيصه ، حكم بفساد الشرط لمخالفته للكتاب والسنة ، الخ (١)، (تأتى) الأمر^١ : تهياً و تسهيل . - للأمر : ترفق و تقصد (المتجدد) (٢) اسم (كان) مستتر يرجع إلى وضوح المنافاة (٣) يرجع الضمير إلى غير العرف (٤) اي عدم صحة الاشتراط (٥) اي ومع عدم النص والاجماع (٦) يرجع الضمير الفاعل المستتر إلى الدليل ، و يرجع الضمير في قوله (عليه) إلى الأثر (٧) يرجع الضمير إلى الشرط (٨) الضمير يرجع إلى الأثر

وجب طرح عموم ذلك الدليل او تخصيصه (١) حكم (٢) بفساد الشرط
(٣) لمخالفته (٤) حينئذ للكتاب والسنة ، وان دل (٥) على ثبوته
للعقد ، لو خلّى وطبعه ، بحيث لا ينافي تغيير حكمه بالشرط ، حكم بصحة
الشرط ، وقد فهم من قوله تعالى : الرجال قوّامون على النساء ، ان
السلطنة على الزوجة من آثار الزوجية التي لا تتغير ، فجعل اشتراط كون
الجماع بيد الزوجة في الرواية السابقة ، متنافياً لهذا الأثر (٦) ولم
 يجعل اشتراط عدم الارتجاع من البلد منافياً ، وقد فهم الفقهاء من قوله
البيعان بالخيار حتى يفترقا ، فان افترقا وجب البيع ، عدم التنافي (٧)

(١) قوله (تخصيصه) عطف على قوله (طرح) ، (٢) قوله (حكم) جواباً شرط لـ (لو) ، (٣) والحاصل ، ان دلـ دليل اقتضاء العقد ، ان هذا الأثر اثره مطلقاً ، يعني اقتضاه ما هيته يعارض دليل وجوب الوفاء ، حكم بفساد الشرط لمخالفته حينئذ للكتاب والستة (٤) الضمير يرجع الى الشرط (٥) اي وان دلـ دليل اقتضاه العقد على ثبوت الأثر له ، لو خلـ وطبعه ، يعني اقتضاه اطلاق العقد ، حكم بصحة الشرط ، لأن الشرط يقيـد الاطلاق (٦) يعني ان ماهية الزوجية اقتضت سلطنة الزوج على الزوجة ، فيكون اشتراط كون الجماع بيد الزوجة منافياً لهذا الأثر (٧) يعني فهم الفقهاء . عدم التنافـ بين قوله (البـيعان بالـخيـار ، الخـ) وبين قوله * عـ : (المؤمنون عند شروطـهم) واجمعوا على صحة اشتراط سقوطـ خـيار المجلس ، لأنـ خـيار اثـر للـعقد ، لو خـلـ وطبعـه ، بحيث اقتضاه اطلاقـه ، لا مـاهـيـته

فاجمعوا على صحة اشتراط سقوط الخيار الذى (١) هو من الآثار الشرعية للعقد ، وكذا (٢) على صحة اشتراط الخيار بعد الافراق ، ولو شك (٣) فى مؤدى الدليل ، وجب الرجوع الى اصالة ثبوت ذلك الأثر على الوجه الثانى (٤) فيبقى عموم ادلة الشرط (٥) سليما عن المخصص ، وقد ذكرنا هذا (٦) فى بيان معنى مخالفة الكتاب والسنة

(١) قوله (الذى) صفة لـ (ال الخيار) ، (٢) اي وكذا فهموا عدم التنافى بين قوله ﴿ع﴾ : (المؤمنون عند شروطهم) و بين قوله ﴿ع﴾ : (إذا افترقا وجب البيع) فاجمعوا على صحة اشتراط الخيار بعد الافراق ، لأن النزوم اثر للبيع بعد الافراق ، لو خلى و طبعه ، بحيث اقتضاه اطلاقه لا ماهيته (٣) اي ولو شك فى ان مؤدى الدليل الذى اثبت هذا الأثر على العقد وهل ان الأثر اقتضاه ماهية العقد او اقتضاه اطلاقه ؟ و بعبارة اخرى وهل انه اثر للعقد على وجه العموم وعدم التغير ، او انه اثر للعقد ، لو خلى و طبعه ، وجب الرجوع الى اصالة ثبوت ذلك الأثر على الوجه الثانى (٤) فالمراد من الوجه الثانى ، هو انه اثر للعقد ، لو خلى و طبعه (٥) اي فيبقى عموم الأدلة مثل : المؤمنون عند شروطهم ، سليما عن المخصص ، فيحكم بمقتضى الشرط (٦) اي ذكر المصنف (ره) هذا فى ص ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤٠ بقوله : وبالجملة ، فموارد الاشكال فى تميّز الحكم الشرعى القابل للتغيير بالشرط بسبب تغيير عنوانه عن غير القابل كثيرة ، الى ان قال : فان لم يحصل له ، بنى على اصالة عدم المخالفة فيرجع الى عموم : المؤمنون عند شروطهم ، الى ان قال : و مرجع هذا الأصل الى اصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغييره بالشرط

الشرط السادس : ان لا يكون الشرط مجهاً لجهالة توجب الغرر في البيع لأن الشرط في الحقيقة كالجزء (١) من العوضين ، كما سيجيئ بيانه ، قال في التذكرة : وكما أن الجهالة في العوضين مبطلة ، فكذا في صفاتهما (٢) ولو احق المبيع (٣) فلو شرطاً شرطاً مجهاً ، بطل البيع ، انتهى وقد سبق ما يدل على اعتبار تعين الأجل المشروط في الثمن (٤) بل لو فرضنا (٥) عدم سراية الغرر في البيع ، لكي لزومه (٦) في اصل الشرط بناءً على أن المنفي (٧) مطلق الغرر حتى في غير البيع ، ولذا يستندون إليه (٨) في أبواب المعاملات حتى الوكالة ، فبطلان الشرط (٩)

(١) يعني أن الجهالة ، جزء من العوضين موجب للغرر و مفسد للبيع (٢) اي فكذا الجهالة في صفاتهما ، كما اذا علم أن الثمن فضة ، لكن لم يعلم أنها مسکوكة ام لا ، وكما اذا علم أن المثلمن حنطة ، لكن لم يعلم أنها خريفية ، ام ربيعية (٣) فلا يخفى ، أن التبعية على قسمين ، احد هما التبعية الذاتية العرفية ، كتبوعية بياض الدجاجة لها . و تاليهما: التبعية من حيث الشرطية ، حيث أن الشرط من توابع المعاملة (٤) يعني اذا لم يعيّن اجل الثمن ، يكون غرراً مبطلاً (٥) اي بل لو فرضنا عدم سراية الغرر في البيع حتى يكون البيع غريباً ، لكي لزومه في اصل الشرط ، لأن المنفي في قوله *ع*: نهى النبي *ص* عن الغرر ، مطلق شامل للشرط المجهول ايضاً ، فيكون الشرط باطلاً (٦) اي لزوم الغرر (٧) اي المنفي في قوله *ع*: نهى النبي *ص* عن الغرر ، مطلق الغرر (٨) الضمير يرجع الى أن المنفي ، مطلق الغرر (٩) قوله (فبطلان الشرط الخ) فرع لقوله (بل لو فرضنا عدم سراية الغرر في البيع ، الح)

(١) اشارة الى الشرط المجهول (٢) احد الوجهين ، بطلان البيع ايضا لأن جهالة الشرط توجب الجهة في احد العوضين ، وثانيهما : عدم بطلان البيع ، لأن الشرط تابع ، لأن جهالة التابع لا توجب جهالية المتبع (٣) الضمير يرجع الى الشرط (٤) اي من اجل أن جهالة الشرط يستلزم في العقد دائمًا مقداراً من الغرر ، يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامة في موضع من التذكرة (٥) وهو تعليكها على وجه الشرطية ، بان يقول : بعثتها على انّها حامل ، او على انّ لك حملها (٦) وهو تعليكها على وجه الجزئية ، بان يقول : بعثتها وحملها

وقال (١) في باب بيع المملوك: ولو اشتراه وماله ، صح ، ولم يشترط علمه (٢) ولا التفصي من الربا (٣) ان قلنا : انه يملك ، ولو احلناه اشترطا (٤) انتهى ، (٥) والمسئلة محل اشكال وكلماتهم (٦) لا يكاد يعرف التمامها حيث صرحا ، باـن للشرط قسطا من احد العرضين

(١) اي وقال صاحب الدروس في باب بيع المملوك: ولو اشتري الم المملوك وماله ، صح ، ولم يشترط العام بمال الم المملوك ولا التفصي من الربا ، ان قلنا : انه يملك ، لأن ماله تابع ، فلا يلزم في التابع ، العلم به ولا التفصي من الربا ، ولو احلنا ملك الم المملوك ، اشترطا ، اي اشترط العلم بمقدار مال الم المملوك و اشترط التفصي من الربا ، لأن مال الم المملوك ، مال للبائع ، فاته باع شيئاً ، احد هما: الم المملوك ، و ثانياًهما: ماله ، فاذا باع الشيئين لزم العلم بهما ، ولزم عدم كون الشيئين مستلزم للربا (٢) اي العلم بمال الم المملوك (٣) يعني آن الربا يتصور فيما اذا كان مال الم المملوك من جنس الشمن ، مثل اذا اشتري المشتري الم المملوك مع ماله بألف درهم و الحال آن مال الم المملوك كان ايضا الف درهم ، فحينئذ ، ان قلنا : بعدم ملك الم المملوك ، لزم الربا ، لأن معاوضة الف بالف مع الزيادة وهو الم المملوك وان قلنا : بعلكه ، لم يلزم الربا ، لأن ماله تابع (٤) والضمير في قوله (اشترطا) يرجع الى العلم و التفصي (٥) اي انتهى ما ذكره في الدروس (٦) يعني آن بعضهم ذهب الى عدم اشتراط العلم بالشرط ، وبعضهم ذهب الى اشتراط العلم بالشرط حيث صرحا ، باـن للشرط قسطا من احد العرضين ، وـان التراضي على المعاوضة وقع منوطا بهذا الشرط ولا زمه كون الجمالة فيه قادحة

وأن التراضي على المعاوضة وقع منوطاً به (١) ولازمه (٢) كون الجهة
فيه قادحة، والأقوى اعتبار العلم، لعموم نفي الغرر، إلا إذا عد الشرط
في العرف تابعاً غير مقصود بالبيع، كبيض الدجاج (٣) وقد مرّ ما
ينفع هذا المقام في شروط العوضين، وسيأتي بعض الكلام في بيع
الحيوان، إن شاء الله

الشرط السابع: أن لا يكون مستلزمًا لمحال، كما لو شرط في البيع أن
يباعه (٤) على البائع، فآن العلامة قد ذكر هنا أنه مستلزم للدور، قال
في التذكرة: لو باعه شيئاً بشرط أن يباعه أيامه، لم يصح، سواء اتحد
الثمن قدرًا وجنسًا ووصفاً، أو لا، إلا جاء الدور (٥) لأن بيعه (٦)
له يتوقف على ملكيته له

(١) الضمير يرجع إلى الشرط (٢) الضمير يرجع إلى قوله (بأن للشرط
قسطاً من أحد العوضين، الخ)، (٣)، (الدجاج) بالتثليث، والفتح
على: طائر معروف، منه أهلى و منه بري، الواحدة (دجاجة) للذكر و
الانثى، لأن التاء آنما لحقته للدلالة على كونه واحداً من جنس (اقرب -
الموارد)، (٤) الضمير الفاعل المستتر يرجع إلى المشتري، والضمير
المفعول إلى البيع (٥) فتقدير الدور، أن صحة البيع الأول يتوقف على
صحة البيع الثاني، لأن البيع الثاني شرط للبيع الأول على الفرض
بحيث يلزم من عدم الشرط، عدم المشروط، وصحة البيع الثاني يتوقف
على كون المشتري مالكاً، حيث لا يبيع إلا في ملك، ولا يكون مالكاً إلا بعد
صحة البيع الأول، فصحة البيع الأول يتوقف على صحة البيع الثاني، و
صحة البيع الثاني يتوقف على صحة البيع الأول، فهذا دور باطل (٦) ←

المتوقفة (١) على بيعه (٢) فيدور، أما لو شرط أن يبيعه (٣) على غيره فأنه يصح عندنا ، حيث لا منافاة (٤) فيه لكتاب و السنة ، لا يقال : ما التزمه (٥) من الدور ، آت هنا

→ أى لأن بيع المشتري المباع للبائع يتوقف على ملكية المشتري للمباع (١) قوله (المتوقفة) صفة لـ (الملكية) ، (٢) الضمير يرجع إلى البائع (٣) يرجع الضمير الفاعل المستتر إلى المشتري ، والضمير المفعول إلى البائع (٤) حاصله ، أنه لو شرط أن يبيعه على غير البائع لكان صحيحاً حيث أنه لا يجيء الدور ، ولا يكون منافياً لكتاب و السنة (٥) اشكال و دفع ، أما الأشكال ، فإنه لو شرط أن يبيعه على غيره ، جاء الدور أيضاً لأن صحة البيع الأول يتوقف على صحة البيع الثاني ، لأن شرط للبيع الأول ، و صحة البيع الثاني الذي هو البيع على الغير ، يتوقف على البيع الأول ، اشار إلى الأشكال بقوله (ما التزمه من الدور ، آت هنا) وأما الدفع ، فإن صحة البيع الأول ، يتوقف على البيع الثاني الذي هو البيع على الغير ، و صحة البيع الثاني لا يتوقف على صحة البيع الأول لجواز أن يكون البيع الثاني مع فرض عدم صحة البيع الأول ، جارياً على حد التوكيل أو عقد الفضولى ، بخلاف البيع على البائع ، لأنه لو لم يكن البيع الأول صحيحاً ، لم يعقل بيع المشتري المتابع على البائع ، إذ يمتنع أن يباع ملك المالك على نفسه توكيلاً وفضولة ، وإذا فرض عدم صحة البيع الأول ، يعقل بيع المباع على الغير بعنوان كون المشتري وكيلاً عن البائع او فضوليًّا ، فصحة البيع على الغير الذي هو البيع الثاني ، لا يتوقف على صحة البيع الأول ، فلا دور ، وأن توقف صحة البيع الأول ←

لأنا نقول : الفرق ظاهر ، لجواز ان يكون (١) جاريا على حد التوكيل ، او عقد الفضولى . بخلاف ما لو شرط البيع على البائع ، انتهى (٢) وسيأتي تقرير الدور (٣) مع جوابه فى مابالنقد والنسيئة ، وقد صرّح فـى الـدـرـوـس ، باـنـ هـذـاـ الشـرـطـ (٤) باـطـلـ لاـ لـلـدـوـرـ بلـ لـعـدـمـ القـصـدـ (٥) الى

ـ على صحة البيع على الغير الذى هو البيع الثانى . وبالجملة ، بيع مـتـاعـ المـالـكـ عـلـىـ نـفـسـهـ توـكـيـلاـ اوـ فـضـولـةـ ، غـيرـ مـعـقـولـ ، وـ بـعـ مـتـاعـ المـالـكـ عـلـىـ الغـيرـ . مـعـقـولـ توـكـيـلاـ اوـ فـضـولـةـ ، وـ اـشـارـاـتـ دـفـعـ الاـشـكـالـ بـقـوـلـهـ (لـأـنـاـ نـقـولـ : الفـرقـ ظـاهـرـ ، الخـ) ، (١) اـسـمـ (يـكـونـ) مـسـتـترـ يـرـجـعـ السـىـ البيـعـ عـلـىـ الغـيرـ (٢) اـىـ اـنـتـهـىـ ماـ ذـكـرـهـ فـىـ التـذـكـرـةـ (٣) ، *ـ تـذـكـرـةـ *ـ :

فـاعـلـمـ ، اـنـ الدـورـ باـطـلـ ، لـأـنـهـ يـلـزـمـ مـنـهـ مـحـالـاتـ ثـلـاثـةـ ، اـحـدـهاـ : تـوقـفـ الشـئـ عـلـىـ نـفـسـهـ . لـأـنـهـ اـذـاـ تـوقـفـ الإـبـنـ عـلـىـ الأـبـ ، كـانـ الـبـنـ مـتـوقـفـاـ عـلـىـ الأـبـ وـ عـلـىـ جـمـيعـ مـاـ يـتـوقـفـ عـلـىـ الأـبـ ، وـ مـنـ جـمـلةـ مـاـ يـتـوقـفـ عـلـىـ الأـبـ هـوـ الـبـنـ نـفـسـهـ . فـيـلـزـمـ تـوقـفـ الـبـنـ عـلـىـ نـفـسـهـ ، وـ ثـانـيـهـاـ : تـقـدـمـ الشـئـ عـلـىـ نـفـسـهـ ، لـأـنـ الـبـنـ اـذـاـ كـانـ مـعـلـولاـ لـلـأـبـ ، بـكـونـ مـتأـخـراـ عـنـ الأـبـ ، فـاـذاـ كـانـ عـلـةـ لـلـأـبـ . يـكـونـ مـتـقدـماـ عـلـىـ الأـبـ وـ عـلـىـ نـفـسـهـ ، فـيـلـزـمـ تـقـدـمـ الإـبـنـ عـلـىـ نـفـسـهـ . وـ ثـالـثـيـهـاـ : لـزـومـ كـونـ الشـئـ مـوـجـودـاـ وـ مـعـدـوـمـاـ مـعـاـ ، لـأـنـ الـبـنـ الـذـىـ هـوـ الـمـعـلـولـ لـلـأـبـ ، لـوـ كـانـ عـلـةـ لـلـأـبـ ، لـكـانـ مـوـجـودـاـ قـبـلـ نـفـسـهـ ، فـيـكـونـ مـوـجـودـاـ وـ مـعـدـوـمـاـ مـعـاـ ! (٤) يـعـنـىـ اـنـ يـشـتـرـطـ فـىـ الـبـيـعـ اـنـ يـبـيـعـهـ عـلـىـ الـبـيـعـ (٥) وـ حـاـصـلـ ماـ ذـكـرـهـ فـىـ الـدـرـوـسـ ، اـنـ الـبـيـعـ الـذـىـ اـشـتـرـطـ هـذـاـ الشـرـطـ ، لـمـ يـقـصـدـ فـىـ الـحـقـيقـةـ نـقـلـ الـمـتـاعـ عـنـ مـلـكـهـ ، وـ اـلـاـ لـمـ يـشـتـرـطـ هـذـاـ الشـرـطـ ، فـبـطـلـانـهـ لـعـدـمـ القـصـدـ عـلـىـ الـبـيـعـ . لـاـ لـلـدـوـرـ

البيع، ويرد عليه (١) وعلى الدور، النقض بما إذا اشترط البائع على المشتري أن يقف المبيع عليه (٢) وعلى عقبه، فقد صرّح في التذكرة بجوازه، وصرّح بجواز اشتراط رهن المبيع (٣) على الثمن مع جريان الدور فيه

الشرط الثامن: أن يلتزم به (٤) في متن العقد، فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك في التزام المشروط عليه به (٥) على المشهور، بل لم يعلم فيه خلاف عدا ما يتوهّم من ظاهر الخلاف والمختلف، وسيأتي، لأن المشروط عليه (٦) أن أنشأ الزام الشيط على نفسه قبل العقد، كان الزاماً ابتدائياً لا يجب الوفاء به قطعاً، وإن كان اثره مستمراً في نفس الملزم إلى حين العقد، بل إلى حين حصول الوفاء وبعده (٧) نظير بقاء اثر الطلب المنشأ في زمان إلى حين حصول المطلوب، وإن وعد (٨) بايقاع العقد مقرّونا بالتزامه، فإذا ترك ذكره في العقد، فلنـمـ يحصل، ملزم له، نعم يمكن أن يقال: أن العقد إذا وقع مع تواطئهما على الشرط، كان (٩) قيداً معنوياً له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون

(١) الضمير يرجع إلى ما ذكره في الدروس (٢) يعني أن صحة البيع يتوقف على الوقف، وصحة الوقف يتوقف على البيع على ما ذكره العلامة في تقرير الدور (٣) يعني لو باع المتاع بثمن مؤجل، وشرط أن يكون المبيع رهنا على الثمن (٤) يرجع الضمير إلى الشرط (٥) الضمير يرجع إلى الشرط (٦) قوله (لأن المشروط عليه، الخ) علة لقوله (فلو تواطيا عليه قبله، الخ)، (٧) أي بعد حصول الوفاء (٨) قوله (وان وعد) عطف على قوله (أن أنشأ)، (٩) اسم (كان) مستتر يرجع إلى الشريط

الـا مع العمل بذلك الشرط و يكون العقد بدونه تجارة ، لا عن تراضى ، اذ التراضى وقع مقيدا بالشرط ، فـاـنـهـمـ قدـ صـرـحـواـ ، باـنـ الشـرـطـ كـالـجزـءـ منـ اـحـدـ الـعـوـضـينـ ، فـلـاـ فـرـقـ بـيـنـ اـنـ بـقـولـ : بـعـتـكـ العـبـدـ بـعـشـرـةـ ، وـ شـرـطـتـ لـكـ مـالـهـ ، وـ بـيـنـ تـوـاطـئـهـمـ عـلـىـ كـوـنـ مـالـ العـبـدـ لـلـمـسـتـرـىـ ، فـقـالـ : بـعـتـكـ العـبـدـ بـعـشـرـةـ . قـاـصـدـ يـنـ العـشـرـةـ المـقـرـونـ بـكـوـنـ مـالـ العـبـدـ لـلـمـسـتـرـىـ هـذـاـ معـ اـنـ الـخـارـجـ مـنـ عـمـومـ : الـمـؤـمـنـونـ عـنـدـ شـرـوـطـهـمـ ، هـوـ مـاـ لـمـ يـقـعـ الـعـقـدـ مـبـنـيـاـ عـلـيـهـ ، فـيـعـمـ (١) مـحـلـ الـكـلـامـ (٢) وـ عـلـىـ هـذـاـ (٣) فـلـوـ تـوـاطـيـاـ عـلـىـ شـرـطـ فـاسـدـ ، فـسـدـ الـعـقـدـ الـمـبـنـىـ عـلـيـهـ ، وـ اـنـ لـمـ يـذـكـرـ فـيـهـ (٤) نـعـمـ لـوـ نـسـيـاـ الـشـرـطـ (٥) الـمـتـوـاطـئـ عـلـيـهـ . فـاـوـقـعـاـ الـعـقـدـ غـيـرـ بـانـيـنـ عـلـىـ الـشـرـطـ بـحـيـثـ (٦) يـقـدـ اـنـ مـنـ الـعـوـضـ الـمـقـرـونـ بـالـشـرـطـ اـتـجـهـ (٧) صـحـةـ الـعـقـدـ وـ عـدـمـ لـزـومـ الـشـرـطـ ، هـذـاـ وـ لـكـ الـظـاهـرـاـنـ كـلـمـاتـ الـأـكـثـرـ ، عـدـمـ لــزـومـ الـشـرـطـ الـغـيـرـ الـمـذـكـورـ فـيـ مـتـنـ الـعـقـدـ ، وـ عـدـمـ اـجـرـاءـ اـحـكـامـ الـشـرـطـ عـلـيـهـ وـ اـنـ وـقـعـ الـعـقـدـ مـبـنـيـاـ عـلـيـهـ (٨)

(١) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى قوله (المؤمنون عند شروطهم)، (٢) في محل الكلام، ان يقع العقد مع تواطئهما على الشرط (٣) اي وعلى فرض ، اـنـ عـمـومـ : الـمـؤـمـنـونـ عـنـدـ شـرـوـطـهـمـ ، شـاـمـلـ لـتـوـاطـئـهـمـ عـلـىـ الـشـرـطـ قبلـ الـعـقـدـ ، فـلـوـ تـو~اط~ي~ا~ ع~ل~ى~ ش~ر~ط~ ف~اس~د~ ، فـسـدـ الـعـقـدـ الـمـبـنـىـ عـلـيـهـ (٤) الضمير يرجع الى العقد (٥) فالمراد من هذا الشرط المتواطئ عليه هو الشرط الفاسد (٦) قوله (بحيث، الخ) قيد لقوله (بانين على الشرط) لا انه قيد لـ (الـغـيـرـ) ، (٧) قوله (اتجه) جواب شرطـ لـ (لوـ) ، (٨) اي وـانـ وـقـعـ الـعـقـدـ مـبـنـيـاـ عـلـىـ الـشـرـطـ الـغـيـرـ الـمـذـكـورـ فـيـ مـتـنـ الـعـقـدـ

بل في الرياض عن بعض الأجلة (١) حكاية الاجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط ، لا في عقد بعد ما أدعى هو قدس سره الاجماع على أنه لا حكم للشروط اذا كانت قبل عقد النكاح ، و تمنع كلماتهم (٢) في باب البيع والنكاح ، يكشف عن صدق ذلك المحكى ، فترىهم يجوزون في باب الربا (٣) والصرف (٤) الاحتيال في تحليل معاوضة احد المتGANسيين بأزيد منه ببيع الجنس (٥) بمساويه ، ثم هبة الزائد من دون ان يشترط ذلك في العقد ، فان الحيلة لا تتحقق الا بالتوافق على هبة الزائد بعد البيع والتزام الواهب بها (٦) قبل العقد مستمرا الى ما بعده (٧)

(١) (الجليل) ا ج ، أ جلأ و أ جلأ و جلأ (المسجد) ، (٢) قوله (تتبع كلماتهم في باب البيع ، الخ) من كلام المصنف (ره) لا من كلام صاحب الرياض (٣) فمورد الربا ، المتGANسان اذا قدرها بالكيل او الموزن و زاد احدهما على الآخر قدرها (٤) الصرف شرعا ، هو بيع الأثمان و يشترط فيه التقادس في المجلس وعدم جواز التفاضل في الجنس الواحد ، كبيع الذهب بالذهب ، و الفضة بالفضة (٥) قوله (ببيع الجنس) متعلق بـ (الاحتيال) ، (٦) يرجع الضمير الى هبة الزائد (٧) حاصله ، انه لو كان هذا الشرط المقدم الذي هو هبة الزائد مذكورة في متن العقد لكان العقد باطلًا للزوم الربا ، بخلاف كونه غير مذكور في متن العقد بل متواتً عليه قبل العقد ، فلا يجري احكام الشرط الذي ذكر في متن العقد في الشرط الذي ذكر قبل العقد

وقد صرّح المحقق والعلامة في باب المراقبة (١) بجواز أن يبيع الشئ من غيره بثمن زائد مع قصد هما نقله بعد ذلك إلى البايع ، ليخبر بذلك الثمن عند بيته مراقبة (٢) اذا لم يشترط ذلك (٣) لفظا ، و معلوم ان المعاملة لأجل هذا الفرض لا يكون الا مع التواطئ (٤) والالتزام بالنقل

(١) فلا يخفى ، إن المراقبة أحد اقسام البيع بالنسبة الى الاخبار بالثمن الذي هو رأس المال وعدمه ، وهو اربعة ، لأنّه امّا ان يخبر به او لا ، و الثاني المساومة ، والأول ، امّا ان يبيع معه برأس المال ، او بزيادة عليه ، او بنقصان عنه ، والأول : التولية ، والثاني : المراقبة ، والثالث : الموضعية (٢) مثلا ، باع زيد من عمرو فرسا بمائة درهم ، و الحال إن الفرس المذكور يسوى خمسين دراهم ، ثم اشتراه زيد من عمرو ايضا بمائة درهم ، و إنّما جعل البايع ذلك ليخبر بذلك الثمن الذي هو مائة درهم عند بيته مراقبة (٣) يعني اذا لم يشترط نقل الشئ بعد ذلك الى البايع لفظا في متن العقد ، يصح العقد ، فإذا اشترطا هذا النقل لفظا في متن العقد ، يكون العقد باطلًا ، امّا لأجل الدور ، كما علن العلامة (ره) ، او لأجل عدم قصد البيع ، كما عن الشهيد الثاني (ره) و ايضا اذا كان التواطئ قبل العقد بالنقل المذكور بمنزلة ذكر الشرط في متن العقد ، يكون العقد ايضا باطلًا ، فإنّ تصريح العلامة بجواز ان يبيع الشئ من غيره ، الخ ، شاهد على ان المتعاملين ، لو تواطيا على الشرط قبل العقد ، لم يكن ذلك الشرط بمنزلة ذكره في متن العقد (٤) اي مع التواطئ والالتزام قبل العقد بنقل المبيع ثانيا الى البايع الأول

ثانياً ، نعم خص في المسالك ذلك بما إذا وثق البائع (١) باـ المشتري ينقله (٢) اليه (٣) من دون التزام ذلك (٤) و إيقاع العقد (٥) على هذا الالتزام ، لكنه (٦) تقيد لاطلاق كلماتهم خصوصاً مع قولهم : إذا لم يشترطا لفظاً ، وبالجملة ، فظاهر عبارتى الشرائع (٧) والتذكرة ، أن

(١) نعم خص صاحب المسالك ، جواز بيع الشئ من غيره بثمن زائد ، الخ بما إذا وثق البائع باـ المشتري ينقله اليه (٢) الضمير الفاعل المستتر يرجع إلى المشتري ، والضمير المفعول إلى المبيع (٣) اى إلى البائع (٤) اى من دون التزام قصد النقل ثانياً في متن العقد (٥) قوله (٦) اى ايقاع العقد عطف على قوله (الالتزام ذلك) ، (٦) اى لكن ما ذكره في المسالك تقيد لاطلاق كلماتهم ، لأن كلماتهم مثل قولهم (إذا لم يشترطاه ، اى البيع من البائع ثانياً) شاملة لصورة قصد الالتزام في متن العقد و إيقاع العقد عليه وغيره (٧) قال في الشرائع في الجزء الثاني ص ٤١ (ولو كان شرط في حال البيع أن يبيعه ، لم يجز ، وأن كان ذلك من قصد هما ولم يشترطاه لفظاً ، كره) فلا يخفى ، أن عرض المصنف (ره) أن الظاهر ، أن لفظ (ذلك) في كلام المحقق اشار إلى شرط البيع ، فيكون المعنى ، أنه كان شرط البيع ثانياً من البائع الأول من قصد هما ، ولكن لم يتعرض المتعاملان لذلك الشرط في متن العقد ولم يتلفظا به كره ، لا أنه اشارة إلى النقل والبيع المستفاد من قوله (يبيعه) كي يكون المعنى كما نقل عن المسالك ، من أنه لو كان النقل والبيع ثانياً من قصد هما ولكن لم يتلزما به اصلاً و قصداً كره ، والحاصل : أن المتباعين قد يتلزمان بالنقل والبيع ثانياً في متن العقد لفظاً ، وقد يتلزمان و يقصدان ←

الاشتراض والالتزام من قصد هما، ولم يذكره لفظاً، لا أن النقل (١) من قصد هما، فراجع، وأيضاً فقد حکى عن المشهور (٢) أن عقد النكاح المقصود فيه الأجل والمهر المعين، إذا خلّ عن ذكر الأجل ينقلب دائماً، نعم ربما يناسب (٣) إلى الخلاف والمختلف، صحة اشتراض عدم الخيار قبل عقد البيع، لكن قد تقدم في خيار المجلس النظر في هذه النسبة إلى الخلاف، بل المختلف، فراجع، ثم أن هنا (٤) وجهاً آخر

→ في متن العقد من دون لفظ، وقد يقصدان في متن العقد من دون لفظ و من دون التزام قبلى بمعنى أن البايع يطمئن بالمشترى في ما وعد، والمصنف (ره) استظرر من كلام المحقق والعالمة القسم الثاني والمسالك خص بالقسم الثالث (١) لا أن ظاهر عبارتهما، أن النقل و البيع ثانياً من قصد هما في متن العقد من دون لفظ و من دون التزام في متن العقد، كما خص المسالك به (٢) وما حکى عن المشهور، يدل على أن الشرط قبل العقد لا أثر له، لأنهما تواتطاً قبل العقد على العقد المنقطع، فإذا لم يذكر الأجل الذي هو من أركان المنقطع في متن العقد ينقلب دائماً، فإذا أثر الشرط قبل العقد يلزم أن يكون العقد منقطعاً، لا دائماً، و الحال أنه حکى عن المشهور إذا خلّ العقد من ذكر الأجل، ينقلب دائماً (٣) أي ربما يناسب إلى خلاف الشيخ الطوسي و مختلف العالمة، صحة اشتراض عدم الخيار قبل عقد البيع فعلى صحة النسبة، أن كلامهما يدل على صحة الشرط قبل العقد و لزوم الوفاء به (٤) أي ثم، أن هنا، أي في التواتر على الشرط قبل العقد وعدم ذكره في متن العقد وجهاً آخر غير ما ذكر، فإن بعضهم ←

لا يخلو عن وجه ، و هو بطلان العقد الواقع على هذا الشرط ، لأن الشرط من اركان العقد المشروط ، بل عرفت انه كالجزء من احد العوضين ، فيجب ذكره (١) فى الایجاب والقبول ، كأجزاء العوضين . وقد صرّح الشهيد فى غاية المراد بوجوب ذكر الثمن فى العقد وعدم الاستغناء عنه (٢) بذلكه سابقا ، كما اذا قال : بعنى بدرهم ، فقال : بعترك ، فقال المشتري : قبلت ، وسيأتي فى حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك (٣) ان شاء الله تعالى

وقد يتوجه هنا (٤) شرط تاسع ، وهو تنجيز الشرط ببناء على آن تعليقه يسرى الى العقد ، بعد ملاحظة رجوع الشرط الى جزء من احد (٥) العوضين ، فاآن مرجع قوله : بعتك هذا بدرهم على ان تخيط لى ان جاء زيد ، على وقوع المعاوضة بين المبيع وبين الدرهم المقربون بخاطرة

→ ذكر صحة الشرط و العقد ، وبعدهم ذكر صحة العقد دون الشرط ، والوجه الآخر بطلان الشرط و العقد ، وهذا الوجه لا يخلو عن وجاهة (١) الشمير يرجع الى الشرط (٢) اي عن ذكر الثمن (٣) والكلام الذي سيأتي من المسالك هو قوله : ويظهر من المسالك قول ثالث، قال : ولو شرطاً قبل العقد لفظاً ، فإن كان يعلمان بأن الشرط المتقدم لا حكم له فلا اثر له ، والا اتجه بطلان العقد ، الخ (٤) اي قد يتوهם في شروط صحة الشرط ، شرط تاسع وهو تنحیز الشرط ، فلا يصح الشرط اذا كان معلقاً ، بناء على أن تعليقه يسرى الى العقد بعد ملاحظة رجوع الشرط الى جزء من احد العوضين (٥) احتزز بقوله (بعد ملاحظة رجوع الشرط الى جزء من احد العوضين) عن احتمال ملاحظة عدم رجوعه اليه ، اذ

الثوب على تقدير مجئ زيد ، بل يؤدى الى البيع بثمنين على تقدير بين فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجئ زيد وبالدرهم المقرن مع خيطة الثوب على تقدير مجئه ، ويندفع (١) باـن الشرط هو الخиطة على تقدير المجئ ، لا الخيطة المطلقة ، ليرجع التعليق الى اصل المعاوضة الخاصة ، و مجرد رجوعهما ، في المعنى (٢) الى امر واحد لا يوجب البطلان ، ولذا اعترف بعضهم ، باـن مرجع قوله : انت وكيلى اذا جاء رأس الشهر في ان تبيع ، وانت وكيلى في ان تبيع اذا جاء رأس الشهر ، الى واحد مع الاتفاق على صحة الثاني وبطلان الأول ، نعم (٣) ذكر في التذكرة ، انه لو شرط البايع كونه احق بالبيع ، لو باعه

→ عليه لا ريب في عدم سراية تعليقه إلى العقد (١) يعني ويندفع باـن الشرط ، هو الخيطة على تقدير مجئ زيد ، ليرجع التعليق الى الخيطة لا اـن الشرط ، هي الخيطة مطلقة ، ليرجسـع التعليق الى اصل المعاوضة حتى يبطل المعاوضة (٢) وهم ودفع ، اما الوهم ، فـان مرجع اـن الشرط هو الخيطة على تقدير مجئ زيد ، وان الشرط هو الخيطة المطلقة ، في المعنى ، الى امر واحد ، فـيرجع التعليق الى اصل المعاوضة ، واما الدفع ، فـان مجرد رجوعهما في المعنى الى امر واحد لا يوجب البطلان ، ولذا اعترف بعضهم ، باـن مرجع قوله : انت وكيلى اذا جاء رأس الشهر في ان تبيع كتابي ، وانت وكيلى في ان تبيع اذا جاء رأس الشهر ، في المعنى الى امر واحد مع الاتفاق على صحة الثاني لأن الوكالة منجزة ، والبيع معلق ، وبطلان الأول ، لأن الوكالة معلقة بمجيئ رأس الشهر (٣) قوله (نعم) استدرك عن صحة البيع اذا كان ←

المشتري ، ففيه أشكال ، لكن (١) لم يعلم أن وجهه (٢) تعليق الشرط بل ظاهر (٣) عبارة التذكرة ، وكثير منهم في بيع الخيار بشرط رد الثمن كون الشرط ، وهو الخيار ، معلقاً على رد الثمن ، وقد ذكرنا ذلك سابقاً في بيع الخيار

مسئلة ***

في حكم الشرط الصحيح ، وتفصيله : أن الشرط ، أمّا ان يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصي ، كون العبد (٤) كتاباً ، والجارية حاملاً

→ الشرط فيه معلقاً ، يعني نعم ، أشكال العلامة في صحة البيع ، اذا كان شرطه معلقاً حيث قال : انه لو شرط البائع كونه احق بالمباع ، لو باعه المشتري ، ففيه أشكال (١) والمصنف (ره) قال : لكن لم يعلم أن وجهه أشكال العلامة تعليق الشرط ، لعل وجه الاشكال في المسئلة التي ذكرها ، أن ظاهر عبارة الشرط ، أن البائع بعد وقوع البيع من المشتري يكون احق بالمباع ، فيكون مفاد الشرط ، جعل حق كحق الشفعة ، فيخالف الكتاب والسنة ، فيفسد من اجل ذلك ، لا من اجل التعليق ، فيحتمل ان يكون منشأ البطلان رجوع الشرط الى قصر سلطنة المشتري ، فلا يبيع على من عداه ، فيكون كشرط عدم البيع الذي نسب بطلانه الى المشهور (٢) الضمير يرجع الى أشكال العلامة (٣) اي بل ظاهر عبارة التذكرة ، وكثير من الفقهاء ، كون الشرط الذي هو الخيار معلقاً على رد الثمن يعني الظاهر من كلامهم في بيع الخيار بشرط رد الثمن ، أن الشرط المعلق لا يوجب البطلان (٤) كون العبد الشخصي كتاباً ، لأنّه اذا كان المبيع كلّياً ، كما اذا باعه كتاب اللمعة بوصف كذا ، فسلمته لمعة ليست بتلك ←

و نحوهما ، و امّا ان يتعلّق ب فعل من افعال احد المتعاقدين او غيرهما
 (١) كاشتراض اعتاق العبد و خيطة الثوب ، و امّا ان يتعلّق بما هو من
 قبيل الغاية (٢) للفعل ، كاشتراض تملّك عين خاصة و اعتاق مملوك خاص
 و نحوهما ، ولاشكال في انه لا حكم للقسم الأول (٣) الا الخيار مع
 تبيّن فقد الوصف المشروط ، اذ لا يعقل تحصيله (٤) هنا ، فلا معنى
لوجوب الوفاء فيه (٥) و عموم المؤمنون (٦) مختص بغیر هذا القسم (٧)

→ الصفة ، فحينئذ ان المشترى ليس له الخيار ، و امّا له ان لا يقبل
 هذا الفرد ، و يطالب من البائع بتسلیم فرد آخر واحد للصفة المذكورة (١)
 فالظاهر من قوله (غيرهما) جواز اشتراط فعل على غير المتعاقدين فحينئذ
 لا بد من قبول الغير ، لأنّه ايضا طرف لهذه المعاملة (٢) الغاية تسمى
 نتيجة ايضا (٣) اي لا حكم للقسم الأول الذي يتعلق الشرط فيه بصفة من
 صفات المبيع ، الا الخيار بين الفسخ والامضاء مع تبيّن فقد الوصف
 المشروط (٤) اي لا يعقل تحصيل الوصف ، اذ المشروط هو الوصف في
 حال البيع ، و المفروض انه غير موجود ، ولا يمكن ايجاده ، لأنّه ليس
 بفعل ، ولا يمكن ترتيب الآخر ، لأنّه ليس نتيجة وغاية (٥) اي فلا معنى
 لوجوب الوفاء في فقد الوصف المشروط ، لأنّ وجوب الوفاء راجع الى فعل
 من افعال احد المتعاقدين ، فان الوصف ليس فعلا ، او راجع الى ترتيب
 الآثار ، كما اذا كان الشرط من قبيل الغاية ، فان الوصف ليس بغاية
 (٦) اي فعموم : المؤمنون عند شروطهم ، مختص بغیر هذا القسم فحينئذ
 لا دليل على صحة هذا الشرط ، الا الاجماع (٧) اشارة الى القسم الأول

واما الثالث (١) فان اريد باشتراطه الغاية ، اعني الملكية والزوجية ونحوهما ، اشتراط تحصيلهما (٢) بأسبابهما (٣) الشرعية ، فيرجع الى الثاني ، وهو اشتراط الفعل ، وان اريد حصول الغاية بنفس الاشتراط (٤) فان دلّ الدليل الشرعي على عدم تحقق تلك الغاية ، الا بسببيها الشعري الخاص ، كالزوجية والطلاق والعبودية والانعتاق وكون المرهون مبيعا عند انقضاء الأجل ونحو ذلك ، كان الشرط فاسدا ، لمخالفته (٥) للكتاب والسنة ، كما انه لو دلّ الدليل على كفاية الشرط فيه (٦) كالوكالة والوصاية وكون مال العبد وحمل الجارية (٧) وثمر الشجرة (٨) ملكا للمشتري ، فلا اشكال (٩) واما لو لم يدلّ دليل على

(١) فالمراد من الثالث ، هو ان يتصل الشرط بما هو من قبيل الغاية لل فعل (٢) قوله (اشتراط تحصيلهما) نائب الفاعل لقوله (اريد) ، (٣) اشتراط ملكية الكتاب ، يعني ان يبيعه ، واحتراط زوجية المرأة ، يعني ان يزوجه (٤) اي وان اريد حصول الغاية ، اي الملكية والزوجية بنفس الاشتراط ، فان دلّ الدليل الشرعي على عدم تتحقق الغاية ، الا بسببيها الشعري الخاص ، كالزوجية والطلاق والانعتاق ، كان الشرط فاسدا لمخالفته للكتاب والسنة ، لأن الكتاب والسنة جعلا لهذه الغايات اسبابا خاصة ، وشرط ليس من اسبابها (٥) يرجع الضمير الى الشرط (٦) الضمير يرجع الى تتحقق الغاية (٧) يعني باع جارية وشرط ان يكون الحمل ملكا للمشتري في حال كون الحمل مملوكا ، لا حرّا (٨) يعني باع شجرة ، وشرط ان يكون ثمرة الشجرة ملكا للمشتري (٩) قوله (فلا اشكال) جواب شرط (لو) في قوله (لو دلّ)

احد الوجهين (١) كما لو شرط فى البيع كون مال خاص غير تابع لأحد العوضين ، كالأمثلة المذكورة (٢) ملكا لأحد هما ، او صدقة ، او كون العبد الفلانى حراً (٣) و نحو ذلك ، ففى صحة هذا الشرط (٤) اشكال من اصالة عدم تحقق (٥) تلك الغاية الا بما علم كونه سببا لها ، و عموم المؤمنون عند شروطهم (٦) و نحوه ، لا يجرى هنا ، لعدم كون الشرط فعلا ، ليجب الوفاء به ، و من ان الوفاء (٧) لا يختص بفعل ما شرط ، بل

(١) احد الوجهين ، عدم تتحقق تلك الغاية ، الا بسببها الشرعي ، و ثانهما ، كفاية الشرط فى تتحقق الغاية (٢) فالمراد من الأمثلة المذكورة مال العبد ، و حمل الجارية ، و ثمرة الشجرة حيث انها تابعة للمبيع (٣) لعل الفرق بين كون العبد الفلانى حراً ، و بين شرط الانعتاق الذى حكم بعدم صحته ، بلا اشكال ، انه فى هذا الفرض يقصد مجرد الحرية دون عنوان الانعتاق ، فان الانعتاق يحتاج الى صيغة خاصة ، بخلاف مطلق التحرير ، فإنه يمكن ان يقال : يكفى فيه الشرط ايضا (٤) اشارة الى شرط الغاية (٥) قوله (من اصالة عدم تتحقق ، الخ) وجه لصحة هذا الشرط (٦) اشكال و دفع ، اما الاشكال ، فان المؤمنون عند شروطهم و نحوه ، عام شامل لكل شرط الا الشرط الذى علم خروجه ، و حيث لا يعلم خروج هذا الشرط ، فهو داخل تحت العموم ، و اما الدفع ، فان عموم : المؤمنون عند شروطهم ، و نحوه ، لا يجرى هنا لعدم كون الشرط فعلا من افعال المتعاقدين حتى يجب الوفاء به (٧) قوله (من ان الوفاء الخ) وجه لصحة هذا الشرط ، يعني ان الوفاء لا يختص بفعل ما شرط حتى يكون فعلا من افعال المتعاقدين ، بل الوفاء يشمل ترتيب ←

يشمل ترتيب الآثار عليه (١) نظير الوفاء بالعقد ، و يشهد له (٢) تمسك الامام * ع بهذا العموم في موارد كلّها من هذا القبيل (٣) كعدم الخيار للمكاتبنة التي اعانها ولد زوجها على اداء مال الكتابة مشترطاً عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق (٤) مضافاً (٥) الى كافية دليل الوفاء بالعقود في ذلك بعد صيورة الشرط جزء للعقد ، و اما توقف الملك (٦) و شبهه على اسباب خاصة

→ الآثار على ما شرط ، فاذا شرط ملكية كتاب ، كان معنى الشرط ترتيب آثار ملكية الكتاب للمشروط له (١) الضمير يرجع الى (ما) في قوله : ما شرط (٢) اي و يشهد لأن الوفاء يشمل ترتيب الآثار على ما شرط ، تمسك الامام * ع بعموم : المؤمنون عند شروطهم ، في موارد كلّها من هذا القبيل (٣) اي من قبيل ترتيب الآثار (٤) يعني أن الجارية المكاتبنة اذا ادت مال الكتابة ، كانت حرّة وكانت لها الخيار بين البقاء على النكاح ، وبين ابطال النكاح ، فاذا شرط ولد زوجها عليها عدم الخيار ، لم يكن لها الخيار بعد الانعتاق ، فهذا دليل على شمول الشرط لترتيب الآثار فلا يختص بالفعل (٥) قوله (مضافا ، الخ) دليل على صحة الشرط ، اي مضافا الى كافية أوفوا بالعقود في صحة الشرط المذكور بعد كون الشرط جزء للعقد (٦) وهم ودفع ، اما الوهم ، فآن الملك و شبهه يتوقف على اسباب خاصة ، فلا يصح ايجاده بالشرط ، و اما الدفع ، فآن توقف الملك و شبهه على اسباب خاصة ، دعوى غير مسموعة مع وجود افراد من الملك من دون اسباب خاصة اتفق العلماء على صحتها ، كما في حمل الجارية و مال العبد و ثمرة الشجرة وغيرها ، اذ لو كان الملك يتوقف ←

فهـى (١) دعوى غير مسموعة مع وجود افراد اتفق على صحتها (٢) كما فى حمل الجارية ، و مال العبد ، وغيرهما (٣) و دعوى تسویغ ذلك (٤) لكونها توابع للمبیع ، مدفوعة ، لعدم صلاحية ذلك (٥) للفرق مع اـنه (٦) يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابة فى بيع اخـرى (٧) كما يظهر من المحقق الثانى فى شرح عبارة القواعد فى شرائط العوضين وكل مجہول (٨) مقصود بالبیع ، لا يصح بیعه ، و ان انضم الى معلوم

→ على اسباب خاصة ، لم يتحقق الملك فى الأفراد المذكورة ، و الحال اـنه تتحقق الملك بالشرط فى الموارد المذكورة باتفاق العلماء (١) الضمير يرجع الى توقف الملك على اسباب خاصة ، و تأنيثه باعتبار الخبر (٢) يرجع الضمير الى الأفراد (٣) كثمرة الشجرة (٤) اشارة الى حمل الدابة و مال العبد وغيرهما (٥) اى لعدم صلاحية كونها توابع للمبیع للفرق (٦) قوله (مع انه ، الخ) وجه آخر للدفع (٧) و الحال حمل هذه الدابة ليس تابعا لبيع دابة اخـرى (٨) قوله (كل مجہول) عطف على قوله (شرائط العوضين) لأن هذه بعینها عبارة القواعد ، ولم يذكر المصنف كلام المحقق الثانى ، فمقصوده ان المحقق الثانى ذكر فى شرح هذه العبارة ما يظهر منه ما ذكر ، حيث قال المحقق الثانى فى جامع المقاصد ج ١ ص ٢١٢ ، قوله : (و كل مجہول مقصود بالبیع ، لا يصح بیعه و ان انضم الى معلوم ، و يجوز مع الانضمام الى معلوم اذا كان تابعا) وقد صرـح بهذا الضابط فى مختلف فى مسائل ، و مثال ما اذا كان المجمـول تابعا ، الحمل مع اـنه ، و اطلاق العبارة يشمل ما اذا شرط حمل دابة مع بـيع دابة اخـرى ، الا ان يقال : التبعـيـة انـما يتحقق مع الـام ، الى ←

وكيف كان ، فالأقوى صحة اشتراط الغايات التي لم يعلم من الشارع اناطتها باسباب خاصة ، كما يصح نذر مثل هذه الغايات ، بأن ينذر كون المال صدقة ، او الشاة اضحية ، او كون هذا المال لزيد ، وحينئذ فالظاهر عدم الخلاف في وجوب الوفاء بها (١) بمعنى ترتيب الآثار ، وانما الخلاف والشكال (٢) في القسم الثاني ، وهو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل ، والكلام فيه (٣) يقع في مسائل الأولى (٤) : في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي ، ظاهر المشهور هو الوجوب لظاهر النبوى : المؤمنون عند شروطهم (٥) والعلى (٦) : من شرط لا مرئته شرطا فليف لها به ، فان المسلمين عند شروطهم ، الا شرطا حراما ، او حللا حراما ، ويؤكد الوجوب ما ارسل في بعض الكتب من زيادة قوله : الا من عصى الله (٧) في النبوى

→ ان قال : وفي استفادة ذلك من عبارة اصحاب خفاء ، لأنها مطلقة انتهى (١) الضمير يرجع الى الغايات التي لم يعلم من الشارع اناطتها باسباب خاصة (٢) فاذا علم حال القسم الأول والثالث من الشرط ، وبقى القسم الثاني ، فنقول : وانما الخلاف والشكال فيه (٣) يرجع الضمير الى القسم الثاني (٤) اي المسئلة الاولى (٥) فلا يخفى ، ان استفادة الوجوب من النبوى ، مبني على تقدير (يجب) يعني المؤمنون يجب عليهم الثبوت عند شروطهم ، او استعمال الجملة الخبرية في الائشاء (٦) و استفادة الوجوب من العلوي ، مبني على ظهور صيغة الأمر للوجوب (٧) يعني ان في بعض الروايات ، المؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله فالمراد منه ارادة العصيان في العمل بالشرط ، لا العصيان فـى ←

بناء على كون الاستثناء (١) من المشروط عليه، لا من الشارط ، هذا
 كلّه مضافاً (٢) إلى عموم وجوب الوفاء بالعقد ، بعد كون الشرط كالجزء
 من ركن العقد ، خلافاً لظاهر الشهيد (٣) في اللمعة ، و ربما ينسب
 إلى غيره ، حيث قال : أنه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط ، وإنما
 فائدته (٤) جعل العقد عرضة للزوال ، وجهه (٥) مع ضعفه يظهر مما
 ذكره قدس سره في تفصيله (٦) المحكى في الروضة عنه (٧) قدس سره
 في بعض تحقيقاته (٨) وهو (٩) أن الشرط الواقع في العقد اللازم
 أن كان العقد كافياً في تتحققه ولا يحتاج بعده (١٠) إلى صيغة

→ اشتراط الشارط ، فيكون استثناء من المشروط عليه الذي تكليفه الوفاء
 بالشرط وكونه عند شرطه ، لا من الشارط (١) فالمراد من الاستثناء هو
 قوله (الآ من عصى الله) ، (٢) قوله (مضافاً ، الخ) دليل آخر لقول
 المشهور (٣) فإن الشهيد (ره) في اللمعة مخالف لقول المشهور ، حيث
 قال : أنه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط ، وإنما فائدته جعل
 العقد عرضة للزوال عند عدم سلامة الشرط ولزومه عند الاتيان به (٤)
 يرجع الضمير إلى الشرط (٥) أي ووجه ما ذكره الشهيد (ره) مع ضعفه
 (٦) أي في تفصيل الوجه (٧) يرجع الضمير إلى الشهيد (ره) ، (٨) أي
 في تفصيله المحكى في الروضة عنه في بعض تحقيقاته في غير اللمعة ، الضمير
 في تحقيقاته يرجع إلى الشهيد الأول (ره) ، (٩) يرجع الضمير إلى
 التفصيل ، قال في الروضة ج ١ ص ٣٩٢ : وللمصنف في بعض
 تحقيقاته تفصيل ، وهو أن الشرط الواقع في العقد اللازم ، ان كان
 العقد كافياً في تتحققه ، الخ ، فراجع (١٠) الضمير يرجع إلى العقد

فهو (١) لازم لا يجوز الاخلال به (٢) كشرط الوكالة ، وان احتاج بعده (٣) الى امر آخر وراء ذكره في العقد ، كشرط العتق ، فليس بلازم ، بل يقلب العقد اللازم (٤) جائزًا ، وجعل السرفيه (٥) ان اشتراط ما في العقد كاف (٦) في تتحققه (٧) كجزء من الايجاب والقبول ، فهو (٨) تابع لهما في اللزوم والجواز ، واشتراط ما (٩) سيوجد امر منفصل عن العقد ، وقد علق عليه (١٠) العقد ، والمعلق (١١) على الممكن ممكن ، وهو معنى قلب اللازم جائزًا ، انتهى (١٢) قال في الروضة ، بعد حكاية هذا الكلام : والأقوى للزوم

(١) الضمير يرجع الى الشرط (٢) يرجع الضمير الى الشرط (٣) اي بعد العقد (٤) اي بل يقلب شرط العتق ، العقد اللازم جائزًا ، بمعنى ان المشروط عليه ان لم يعتق ، كان للمشروط له الخيار بين الفسخ والامضاء وان اعتق كان العقد لازما (٥) الضمير يرجع الى التفصيل (٦) قوله (كاف) خبر لي (ان) ، و قوله (في تتحققه) متعلق بقوله (كاف) ، (٧) الشرط الذي كان العقد كافيا في تتحققه ، هو مثل شرط الوكالة (٨) الضمير يرجع الى (ما) ، (٩) واشتراط الشرط الذي ليس العقد كافيا في تتحققه وكان امرا منفصلا عن العقد هو مثل شرط العتق (١٠) الضمير يرجع الى الشرط الذي هو امر منفصل عن العقد (١١) فالمراد من المعلق في الفرض ، هو العقد ، والمراد من الممكن ، هو العتق ، يعني العقد المعلق على شرط العتق الممكن ممكن ، وهو معنى ما ذكر ، من ان الشرط المنفصل يجب قلب اللازم جائزًا ، اذ لو لا الشرط المنفصل ، كان العقد لازما (١٢) اي انتهى ←

مطلقاً (١) وان كان تفصيله (٢) اجود مما اختاره هنا ، اقول (٣) : ما ذكره قدس سره في بعض تحقیقاته لا يحسن عده تفصيلاً في محل الكلام مقابلاً لما اختاره في اللمعة (٤) لأن الكلام في اشتراط فعل ساعي وأنه هل يصير واجباً على المشروط عليه ، أم لا ؟ كما ذكره الشهید فی المتن ، فمثل اشتراط كونه وكيلاً (٥) ليس الاً كاشتراط ثبوت الخيار ، او

→ المحکى في الروضة (١) اي سواء كان العقد كافياً في تتحققه ، کشرط الوکالة ، او احتاج بعده الى امر آخر ، کشرط العتق (٢) اي وان كان تفصیل الشهید الأول في بعض تحقیقاته اجود مما اختاره في اللمعة (٣) فلا يخفی ، انه استظره المصنف مما افاده الشهید في اللمعة خصوص شرط الفعل ، لا ما يعم شرط الفعل و النتیجة ، واستظره الشهید الثاني منه ما يعم شرط الفعل و النتیجة ، فلذا اعترض المصنف (ره) على الشهید الثاني بقوله : اقول ، ما ذكره في بعض تحقیقاته ، الخ (٤) حاصل ما ذكره المصنف ، انه ما ذكره الشهید في بعض تحقیقاته ليس مقابلاً لما اختاره في اللمعة ، لأنّه اختار في اللمعة ، انه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط ، و اختيار في بعض تحقیقاته ، انه ان احتاج بعده الى امر آخر ، کشرط العتق ، فليس بلازم ، فانّه اختار في كلام المقامين ان الشرط الذي يتعلّق بالفعل ، لا يجب ، فانّه خارج عن محل الكلام ، لأنّ الكلام الذي ذكر في بعض تحقیقاته في اشتراط فعل ساعي ، وأنّه هل يصير واجباً على المشروط عليه ، أم لا ؟ كما ذكره في اللمعة ، واما اشتراط الوکالة الذي ذكر في بعض تحقیقاته ليس فعلاً من الافعال ، فانّه خارج عن محل الكلام (٥) اي فمثل اشتراط كونه وكيلاً ليس الاً كاشتراط ثبوت ←

عدم ثبوته له ، فلا يقال : إنّه يجب فعله ، او لا يجب ، نعم وجوب الوفاء بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المحقق بنفس العقد ، مما لا خلاف فيه اذ لم يقل احد ، بعدم ثبوت الخيار او آثار اللزوم بعد اشتراطهما (١) في العقد ، وبالجملة (٢) فالكلام هنا في اشتراط فعل يوجد بعد العقد نعم كلام الشهيد في اللمعة اعم منه (٣) ومن كل شرط لم يسلم لمشترطه و مراده تعذر الشرط ، وكيف كان ، فمثل اشتراط الوكالة او الخيار و عدمه خارج عن محل الكلام (٤) اذ لا كلام ولا خلاف في وجوب ترتيب آثار الشرط عليه (٥)

→ الخيار في البيع بعد انقضاء المجلس ، او عدم ثبوت الخيار له في المجلس مثلا ، فلا يقال : إنّه يجب فعله او لا يجب فعله ، لأنّه ليس فعلا من افعال المتعاقدين ، نعم وجوب الوفاء في مثل الوكالة و ثبوت الخيار وعدم ثبوت الخيار ، بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المحقق بنفس العقد مما لا خلاف فيه ، اذ لم يقل احد من العلماء ، بعدم ثبوت الخيار فيما اذا اشترط ثبوت الخيار ، او عدم ثبوت آثار اللزوم فيما اذا اشترط عدم ثبوت الخيار (١) الضمير المثنى يرجع الى الخيار و اللزوم (٢) وبالجملة فالكلام في بعض تحقيقاته وكذا في اللمعة في اشتراط فعل يوجد بعد العقد ، كالعتق ، اما الوكالة فانّها ليست فعلا من افعال المتعاقدين فهو خارج عن محل الكلام (٣) الضمير يرجع الى اشتراط الفعل (٤) انّما كان مثل اشتراط الوكالة و اشتراط الخيار بعد المجلس و اشتراط عدم الخيار في المجلس مثلا خارج عن محل الكلام ، لأنّ محل الكلام هو اشتراط فعل من الافعال وهذه ليست من الافعال (٥) الضمير يرجع ←

ولا (١) في عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار ، ولا فـى أن
المشروط عليه (٢) يجبر على ترتيب الآثار ، وان شئت، قلت : اشتراط
الوکالة من اشتراط الغایات ، لا المبادئ ، و مـا ذكرنا (٣) يظهر رـاـن
تأيـيد القول المشهور ، او الاستدلال عليه (٤) بما في الغـنية من الاجـماع
على لزوم الوفـاء بالعقد غير صحيح ، لأنـه انـما ذكر ذلك (٥) في مـسـئـلـة
اشتراط الخيار ، وقد عرفت خروج مثل ذلك (٦) عن محل الكلام ، نـعـم
في التذكرة (٧) : لو اشترى عبدا بشرط ان يعتقه المشتري صحـ الـبـيعـ وـ

→ الى كـلـ واحدـ من اشتراط الوکالةـ وـ الخيارـ ، وـ عدمـ (١)ـ اـیـ وـ لاـ کـلامـ
وـ لاـ خـلـافـ فيـ عدمـ انفساخـ العـقدـ بـعدـمـ تـرـتـيبـ الآـثـارـ ، بـمعـنىـ آـنـهـ اـذـاـ لمـ
يـترـتـبـ المـشـرـوـطـ عـلـيـهـ الأـثـرـ عـلـيـ شـرـطـ الوـکـالـةـ ، لـمـ يـنـفـسـخـ العـقـدـ (٢)ـ اـیـ وـ لاـ
کـلامـ وـ لاـ خـلـافـ فيـ اـنـ المـشـرـوـطـ عـلـيـهـ يـجـبـ عـلـيـ تـرـتـيبـ الآـثـارـ مـنـ قـبـلـ الـحـاـكـمـ
(٣)ـ اـیـ وـ مـاـ ذـكـرـنـاـ مـنـ اـنـ الـخـلـافـ بـيـنـ المـشـهـورـ وـ بـيـنـ الشـهـيدـ ، هـوـ
شـرـطـ فـعـلـ مـنـ الـأـفـعـالـ ، لـاـ شـرـطـ الغـایـاتـ التـىـ لـاـ خـلـافـ فيـ لـزـومـهاـ ، يـظـهـرـ
اـنـ تـأـيـيدـ القـولـ المشـهـورـ بـماـ فيـ الغـنـيـةـ مـنـ الـاجـمـاعـ عـلـيـ لـزـومـ الـوـفـاءـ
بـالـعـقـدـ ، غـيرـ صـحـيـحـ ، لأنـ صـاحـبـ الغـنـيـةـ ذـكـرـ الـاجـمـاعـ عـلـيـ لـزـومـ الـوـفـاءـ
بـالـعـقـدـ فـيـ مـسـئـلـةـ اـشـتـراـطـ الـخـيـارـ ، وـ قدـ عـرـفـتـ خـرـوجـ مـثـلـ ذـكـرـ عـنـ مـحـلـ
الـکـلامـ ، لأنـ مـحـلـ الـکـلامـ ، هوـ شـرـطـ فـعـلـ مـنـ الـأـفـعـالـ (٤)ـ الضـمـيرـ يـرـجـعـ
إـلـىـ المـشـهـورـ (٥)ـ اـشـارـةـ إـلـىـ الـاجـمـاعـ عـلـيـ لـزـومـ الـوـفـاءـ بـالـعـقـدـ (٦)ـ اـشـارةـ
إـلـىـ اـشـتـراـطـ الـخـيـارـ (٧)ـ ، (نعمـ فـيـ التـذـكـرـةـ ، لوـ اـشـتـرـىـ عبدـاـ ، الـخـ)
يـعـنىـ اـنـ الـاجـمـاعـ الذـىـ اـدـعـاهـ فـيـ التـذـكـرـةـ يـكـونـ مـؤـيـداـ لـقـولـ المشـهـورـ لـاـنـ
کـلامـهـ فـيـ اـشـتـراـطـ الـعـقـدـ ، فـهـوـ فـعـلـ مـنـ الـأـفـعـالـ ، لـاـ غـايـةـ مـنـ الـغـایـاتـ

لزم الشرط، عند علمائنا اجمع ، ثـّانـّ ما ذكره الشهيد قدس سره ، من ان اشتراط ما سيوجد امر منفصل وقد علق عليه العقد ، الخ ، لا يخلو عن نظر (١) اذ حاصله (٢) ان الشرط قد علق عليه العقد في الحقيقة ، و ان كان لا تعلق صورة ، فحاصل قوله : بعـتك هـذا العـبـد عـلـى اـن تـعـتـقـهـ انـالـلتـزـامـ بـهـذـهـ المـعاـوـضـةـ مـعـلـقـ عـلـىـ التـزـامـ بـالـعـتـقـ ،ـ فـاـذـاـ لـمـ يـلـتـزـمـ بـالـاعـتـاقـ ،ـ لـمـ يـجـبـ عـلـىـ المـشـروـطـ لـهـ الـلتـزـامـ بـالـمـعاـوـضـةـ ،ـ وـ فـيـهـ مـعـاـنـيـ (٣)ـ الـلـفـظـيـةـ فـيـ الـعـقـدـ الـمـشـرـوـطـ ،ـ لـاـ يـقـضـيـ هـذـاـ الـمـعـنـيـ (٤)ـ اـيـضاـ ،ـ وـ اـنـ رـجـوعـهـ (٥)ـ اـلـىـ التـعـلـيقـ عـلـىـ الـمـحـتـمـلـ يـوـجـبـ دـعـوـةـ الـجـزـمـ الـمـفـسـدـ لـلـعـقـدـ وـ اـنـ لـمـ يـكـنـ فـيـ صـورـةـ التـعـلـيقـ ،ـ اـنـ (٦)ـ لـازـمـ هـذـاـ الـكـلـامـ اـعـنـ دـعـوـةـ

(١) و حاصل نظره الذى سيذكر ، ان العقد لو كان معلقا على الممكن للزم بطلان العقد ، اذا لم يتحقق المعلق عليه الذى هو الشرط ، لا ان العقد اللازم ينقلب جائزأ (٢) اي حاصل ما ذكره الشهيد (ره) ، (٣) قوله (ان القاعدة اللغوية) عطف على قوله (ان المعروف) ، (٤) فالمراد من (هذا المعنى) هو قوله (فاذا لم يلتزم بالاعتقاق ، لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضة) ، (٥) قوله (ان رجوعه) عطف على قوله (ان المعروف) يعني رجوع الشرط الذى علق عليه العقد الى التعليق على المحتمل ، يعني كان البيع معلقا على الشرط المحتمل وقوعه وعدم وقوعه يوجب عدم الجزم الذى هو المفسد للعقد ، وان لم يكن فى صورة التعليق (٦) قوله (ان) مع اسمها وخبرها ، مبتدأ مؤخر ، و (فيه) خبر مقدم

تعليق العقد على الممکن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط (١) لا انقلابه
جائزًا

الثانية (٢) : في أنه لو قلنا بوجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي
فهل يجبر عليه لو امتنع (٣) ؟ ظاهر جماعة ذلك (٤) وظاهر التحرير
خلافه (٥) قال (٦) في باب الشروط : أن الشرط أن تعلق بمصلحة
المتعاقدين ، كالأجل (٧) والخيار والشهادة (٨) والتضمين (٩) و
الرهن (١٠) واستراتط صفة مقصودة كالكتابة ، جاز (١١) ولزم الوفاء ، ثم
قال (١٢) : إذا باع بشرط العتق ، صحّ البيع والشرط ، فان اعتقه

(١) والحاصل ، أن الشهيد (ره) ذكر بقوله (وقد علق عليه العقد و
المعلق على الممکن ، ممکن ، وهو معنى قلب اللازم جائزًا ، يعني يكون
العقد عند فقد الشرط جائزًا ، والحال أن المصنف يقول : أن العقد
مرتفع عند فقد الشرط (٢) اى المسئلة الثانية من المسائل الراجعة الى
الشرط المتعلق بالفعل (٣) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى المشروط
عليه (٤) يعني أن المشروط عليه يجبر (٥) الضمير يرجع الى الاجبار
يعنى ظاهر التحرير ، خلاف الاجبار (٦) اى قال العلامة في التحرير
(٧) يعني ان يشترط بان يعطى الثمن او المثمن بعد ثلاثة اشهر (٨)
لعلّ المراد من الشهادة ، هو اقامة البينة على أن المبيع راجع الى
البائع ملكا او ولاية او وكالة (٩) يعني ان يكون ضامنا عند مطالبة دائنه
(١٠) يعني بان يشترط البائع بان يرهن المشتري المبيع عند البائع على
الثمن ، او يرهن المبيع او غيره عند اجنبي لأجل دينه (١١) قوله (جاز)
جواب شرط (ان) ، (١٢) اى ثم قال العلامة في التحرير

المشتري (١) والا (٢) ففى اجباره وجهان ، اقربهما ، عدم الاجبار
انتهى (٣) وقال فى الدروس : يجوز اشتراط سائع فى العقد ، فيلزم
الشرط فى طرف المشترط عليه (٤) فان أخل (٥) به ، فللمشترط الفسخ
و هل يملك (٦) اجباره عليه ؟ فيه (٧) نظر ، انتهى (٨) ولا معنى
للزوم الشرط (٩) الا وجوب الوفاء به . وقال فى التذكرة ، فى فروع مسئلة
العبد المشترط عتقه : اذا اعتقد المشترى فقد وفى بما وجب عليه ، الى ان
قال : وان امتنع (١٠) اجبر عليه (١١) ان قلنا : انه حق لله تعالى ، وان
قلنا : انه حق للبائع ، لم يجبر كما فى شرط الرهن (١٢) والكفيل (١٣)

(١) اى فان اعتقد المشترى ، فهو المطلوب (٢) اى وان لم يعتقد
المشتري ، ففى اجبار المشترى وجهان (٣) اى انتهى ما ذكره فى
التحرير (٤) والمراد من المشترط عليه ، هو المشروط عليه (٥) اى وان
أخل المشروط عليه بالشرط ، فللمشترط الفسخ (٦) الضمير الفاعل المستتر
يرجع الى المشترط ، اى هل يملك المشترط اجبار المشروط عليه بالشرط
(٧) اى فى اجباره نظر (٨) اى انتهى ما ذكره فى الدروس (٩) يعني
ان الشهيد (ره) ايضا قال بوجوب الوفاء بالشرط ، لأن قوله (فيلزم الشرط)
معناه يجب الوفاء بالشرط ، ومع ذلك قال : فى اجباره نظر (١٠) اى و
ان امتنع المشترى عن الاعتقاـق اجبر عليه (١١) الضمير يرجع الى الاعتقاـق
(١٢) يعني ان يشترط البائع ان يكون المبيع رهنا عند البائع على الثمن
(١٣) يعني ان يشترط البائع ان يأتي المشترى بكفيل لاحضار المشترى
لاداء الثمن فى وقته ، فلا يخفى ، ان الكفالة هي التعمد بالنفس
اى التزام الكفيل لاحضار المكفول متى طلبه المكفول له ، وان الضمان ←

لكن يتخيّر البائع (١) في الفسخ بعد سلامة ما شرط ، ثم ذكر للشافعى وجهين في الاجبار و عدمه ، إلى أن قال : و الأولى عندى الاجبار في شرط الرهن و الكفيل لو امتنع (٢) كما لو شرط تسلیم الثمن معجلًا ، فأهمل انتهى (٣) و يمكن أن يستظهر هذا القول ، أعني الوجوب تكليفاً مع عدم جواز الاجبار من كُلّ من استدل على صحة الشرط بعموم المؤمنون مع قوله بعد عدم وجوب الاجبار ، كالشيخ في المبسوط ، حيث استدل على صحة اشتراط عتق العبد المبيع بقوله * عَ : المؤمنون عند شروطهم ، ثم ذكر ، أن في اجباره على الاعتقاد لو امتنع ، قولين : الوجوب ، لأنّ عتقه قد استحق بالشرط ، وعدم الوجوب ، وإنما يجعل له الخيار ، ثم قال : والأقوى (٤) هو الثاني ، انتهى ، فإنّ ظهور النبوّي (٥) في الوجوب من حيث نفسه و من جهة القرائن المتصلة (٦) و المنفصلة ، مما لا مساغ

→ هو التعهد بالمال ، أي التزام به من البرئ (١) يعني أن قلنا : أنه حق للبائع ، فإنه يتخيّر بين الفسخ و الامضاء في صورة الامتناع مع كون الشرط شرعاً و لم يكن فاسداً (٢) الضمير الفاعل المستتر يرجع إلى المشروط عليه (٣) أي انتهى ما ذكره في التذكرة (٤) أي الأقوى هو عدم وجوب الاجبار (٥) فالمراد من النبوّي هو قوله : المؤمنون عند شروطهم (٦) لعلّ المراد من القرائن المتصلة هو قوله (اَلَا مَنْ عَصَى اللَّهَ) و من القرائن المنفصلة هو الخبر العلوّي : من اشترط لامرأته شرطاً ، فليف لها به ، فإنّ المسلمين عند شروطهم الا شرطاً حراماً ، او حلّ حراماً ، و عموم : وجوب الوفاء بالعقد

لأنكاره ، بل الاستدلال (١) به (٢) على صحة الشرط عند الشيخ و من
تبعه في عدم افساد الشرط الفاسد ، يتوقف (٣) ظاهرا على ارادة
الوجوب منه (٤) اذ لاتنافى بين استحباب الوفاء بالشرط و فساده ، فلا
يدل استحباب الوفاء بالعتق المشروط في البيع على صحته (٥) ثم ان
الصيمرى في غاية المرام قال : لا خلاف بين علمائنا في جواز اشتراط
العتق ، لأنّه غير مخالف للكتاب والسنة ، فيجب الوفاء به ، وقال : هل
يكون (٦) حقا لله تعالى ، او للعبد ، او للبائع ؟ يتحمل الأول ، الى
ان قال : و يتحمل الثالث وهو مذهب العلامة في القواعد و التحرير ، لأنّه
استقرب فيهما عدم اجبار المشتري على العتق ، وهو (٧) يدل على انه
حق للبائع ، وعلى القول ، بأنه حق لله ، يكون المطالبة للحاكم و
يجبره مع الامتناع ولا يسقط باسقاط البائع ، وعلى القول بكونه للبائع
 تكون المطالبة له (٨) و يسقط باسقاطه ولا يجبر المشتري

(١) حاصله : أن القائل بكون الشرط الفاسد غير مفسد ، لا يمكن
الاستدلال لصحة الشروط الصحيحة بعموم ، المؤمنون عند شرطهم ، الامر
ارادة الوجوب منه ، اذ لو اريد منه الاستحباب ، لا يدل على الصحة
لان الشرط الفاسد ايضا مستحب الوفاء (٢) يرجع الضمير الى النبـوـي
(٣) قوله (يتوقف) خبر لمبتدأ مقدم ، وهو الاستدلال (٤) الضمير
يرجع الى النبوى (٥) اي على صحة البيع (٦) اي هل يكون العتق بعد
اشتراطه حقا لله تعالى ، او للعبد ، او للبائع (٧) اي ما ذكره العلامة
من عدم اجبار المشترى على العتق ، يدل على ان العتق بعد اشتراطه
حق للبائع (٨) اي للبائع

و مع الامتناع (١) يتخيّر المشترط بين الامضاء والفسخ ، وعلى القول باّنه للعبد ، يكون هو المطالب بالعتق ، و مع الامتناع (٢) يرافعه الى الحاكم ليجبره على ذلك ، و كسبه (٣) قبل العتق للمشتري على جميع التقادير ، انتهى (٤) و ظاهر استكتشافه (٥) مذهب العلامة قدس سره عن حكمه (٦) بعدم الاجبار (٧) ، ان (٨) كل شرط يكون حقاً مختصاً للمشتري ، لا كلام ولا خلاف في عدم الاجبار عليه (٩) وهو (١٠) ظاهر اول الكلام السابق في التذكرة ، لكن قد عرفت قوله اخيراً (١١) : و الاولى ان له (١٢) اجراءه عليه ، و ان قلنا : انه حق للبائع ، وما ابعد ما بين

(١) اي مع امتناع المشروط عليه الذي هو المشتري في الفرض (٢) اي مع امتناع المشروط عليه (٣) اي كسب العبد قبل العتق للمشتري على جميع التقادير ، اي سواء كان العتق بعد اشتراطه حقاً لله ، او للعبد او للبائع (٤) اي انتهى ما ذكره الصيمرى (٥) الضمير يرجع الى الصيمرى (٦) الضمير يرجع الى العلامة (٧) قوله (بعدم الاجبار) متعلق بقوله (حكمه) ، (٨) قوله (ان كل شرط ، الخ) خبر لقوله (ظاهر استكتشافه) ، (٩) يرجع الضمير الى المشروط عليه (١٠) الضمير يرجع الى حكم العلامة بعدم الاجبار ، يعني حكم العلامة بعدم الاجبار اول الكلام السابق في التذكرة بقوله : و ان قلنا : انه حق للبائع ، لم يجبر كما في شرط الرهن و الكفيل (١١) فالمراد من قوله (اخيراً) هو قوله : و الاولى عندى الاجبار في شرط الرهن و الكفيل ، لو امتنع (١٢) اي و الاولى ، ان للمشروط له اجراء المشروط عليه على الشرط ، و ان قلنا : انه حق للبائع

ما ذكره الصimirى و ما ذكره فى جامع المقاصد و المسالك ، من (١) اتّه
اذا قلنا بوجوب الوفاء ، فلأكلام فى ثبوت الاجبار ، حيث قال (٢) : و اعلم
انّ فى اجبار المشتري على الاعتقاق وجهين ، احدهما : العدم (٣) لأنّ
للبايع طریقا آخر للتخلص ، وهو الفسخ ، والثانی (٤) : له ذلك
لظاهر قوله تعالى : اوفوا بالعقود ، و المؤمنون عند شروطهم الا من
عصى الله ، وهو (٥) الا ووجه ، انتهى (٦) وفي المسالك جعل (٧)
احد القولين ثبوت الخيار و عدم وجوب الوفاء ، مستدلاً له باصالة عدم وجوب
الوفاء ، و القول الآخر ، وجوب الوفاء بالشرط ، واستدلّ له (٨) بعموم
الأمر بالوفاء بالعقد ، و المؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله ، و ظاهره
(٩) وحدة الخلاف فى مسئلتى وجوب الوفاء و التسلط على الاجبار ، كما
انّ ظاهر الصimirى ، الاتفاق على وجوب الوفاء ، بل وعلى عدم الاجبار
(١٠) فيما كان حقا مختصا للبايع ، و الأظهر فى كلمات الأصحاب وجود

(١) بيان لـ (ما) فى قوله (ما ذكره)، (٢) اى قال المحقق الثانى فـ
جامع المقاصد (٣) اى عدم الاجبار (٤) اى الوجه الثانى للشروط له
اجبار المشتري على الاعتقاق (٥) اى الوجه الثانى ، الا وجـه (٦) اى
اىتهى ما ذكره فى جامع المقاصد (٧) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى
صاحب المسالك (٨) يرجع الضمير الى وجوب الوفاء بالشرط (٩) اى
ظاهر صاحب المسالك وحدة الخلاف فى مسئلتي وجوب الوفاء و التسلط
على الاجبار ، يعنى كل من قال : بوجوب الوفاء بالشرط ، قال : بالسلط
على الاجبار ، وكل من قال بعدم التسلط على الاجبار ، قال : بعدم
وجوب الوفاء بالشرط (١٠) بل الاتفاق على عدم الاجبار

الخلاف في المسئلتين (١) وكيف كان ، فالأقوى ما اختاره جماعة ، من أن (٢) للمشروط له اجبار المشروط عليه ، لعموم وجوب الوفاء بالعقد ، و الشرط ، فأن العمل بالشرط ليس الا كتسليم العوضين (٣) فأن المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرن بالشرط فيجب على تسليمه (٤) وما في جامع المقاصد من (٥) توجيهه عدم الاجبار ، بان له (٦) طریقا الى التخلص بالفسخ ، ضعيف (٧) في الغاية ، فأن الخيار انما شرع بعد تعذر الاجبار ، دفعا للضرر (٨) وقد يتوهם ، أن ظاهر الشرط هو فعل الشئ اختيارا ، فإذا امتنع المشروط عليه (٩) فقد تعذر الشرط ، وحضور الفعل منه (١٠) كرهـ

(١) احدهما : وجوب الوفاء ، وثانيهما : الاجبار (٢) قوله (من أن، الخ) بيان له (ما) ، (٣) يعني لو امتنع احد المتعاقدين من تسليم احد العوضين ، اجبر على التسليم ، وكذا لو امتنع المشروط عليه عن العمل بالشرط ، اجبر عليه (٤) اي تسليم الشرط (٥) قوله (من توجيه ، الخ) بيان له (ما) ، (٦) يرجع الضمير الى البائع (٧) قوله (ضعف) خبر لمبدأ مقدم وهو قوله (ما) ، (٨) يعني اذا لم يتذرر الاجبار ، لم تصل النوبة الى الخيار ، فإذا تعذر الاجبار ، ثبت الخيار ، دفعا للضرر المتوجه الى المشروط له (٩) اي فإذا امتنع المشروط عليه عن العمل بالشرط ، فقد تعذر الشرط ، فإذا تعذر الشرط ، ثبت له الخيار ، فليس له الاجبار ، لأن اتيان الشرط اختيارا غير ما اشترط عليه (١٠) يرجع الضمير الى المشروط عليه

غير ما اشترط عليه ، فلا ينفع في الوفاء بالشرط ، ويندفع (١) بـأـنـ المـشـروـطـ هو نفسـ الفـعـلـ معـ قـطـعـ النـظـرـ عنـ الاـخـتـيـارـ وـ الـاجـبـارـ ، وـ اـنـماـ يـعـرـضـ (٢) لـهـ مـنـ حـيـثـ آـنـهـ فـعـلـ وـاجـبـ عـلـيـهـ ، فـاـذـاـ اـجـبـرـ ، فـقـدـ اـجـبـرـ عـلـىـ نـفـسـ الـوـاجـبـ ، نـعـمـ لـوـصـّـحـ باـشـتـراـطـ صـدـورـ الـفـعـلـ عـنـهـ (٣) اـخـتـيـارـاـ وـعـنـ رـضاـ مـنـهـ ، لـمـ يـنـفـعـ اـجـبـارـهـ فـيـ حـصـولـ الشـرـطـ

الـثـالـثـةـ (٤) : فـيـ آـنـهـ هـلـ لـلـمـشـروـطـ لـهـ الـفـسـخـ مـعـ التـمـكـنـ مـنـ الـاجـبـارـ فـيـكـوـنـ مـخـيـرـاـ بـيـنـهـماـ ، اـمـ لـاـ يـجـوزـ لـهـ الـفـسـخـ آـلـاـ مـعـ تـعـدـرـ الـاجـبـارـ ؟ـ ظـاهـرـ الرـوـضـةـ وـغـيرـ وـاحـدـ ، هـوـ الثـانـيـ (٥) وـصـرـيـحـ مـوـضـعـ مـنـ التـذـكـرـةـ ، هـوـ الـأـوـلـ (٦) قـالـ : لـوـ باـعـهـ شـيـئـاـ بـشـرـطـ انـ بـيـعـهـ آـخـرـ ، اوـ يـقـرـضـهـ بـعـدـ شـهـرـ اوـ فـيـ الـحـالـ ، لـزـمـهـ الـوـفـاءـ بـالـشـرـطـ ، فـاـنـ اـخـلـ (٧) بـهـ لـمـ يـبـطـلـ الـبـيـعـ لـكـنـ يـتـخـيـرـ الـمـشـرـطـ بـيـنـ فـسـخـهـ لـلـبـيـعـ وـبـيـنـ الزـامـهـ بـمـاـ شـرـطـ ، اـنـتـهـىـ ، وـلاـ نـعـرـفـ (٨) مـسـتـنـداـ لـلـخـيـارـ مـعـ التـمـكـنـ مـنـ الـاجـبـارـ ، لـمـ اـعـرـفـ مـنـ آـنـ

(١) الضمير الفاعل المستتر يرجع إلى التوهّم (٢) الضمير الفاعل المستتر يرجع إلى الاجبار (٣) أى عن المشروط عليه (٤) أى المسئلة الثالثة من المسائل المتعلقة باشتراط الفعل (٥) فالمراد بالثاني ، هو آنـهـ لاـ يـجـوزـ للمـشـروـطـ لـهـ الـفـسـخـ مـعـ اـمـكـانـ الـاجـبـارـ ، فـاـنـ الـاجـبـارـ مـقـدـمـ عـلـىـ الـفـسـخـ فـاـذـاـ تـعـدـرـ الـاجـبـارـ يـجـوزـ لـهـ الـفـسـخـ (٦) فالمراد بالأول ، آـنـهـ يـجـوزـ لـهـ الـفـسـخـ مـعـ التـمـكـنـ مـنـ الـاجـبـارـ (٧) الضمير الفاعل المستتر يرجع إلى المشترى ، والضمير في قوله (به) يرجع إلى الشرط (٨) قال المصنف (ره) : ولا نعرف مستندًا للخيار ، بين الفسخ والامضاء مع التمكّن من

مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختياراً أو قهراً (١) إلا أن يقال (٢) : أن العمل بالشرط حق لازم على المشروط عليه يجبر عليه (٣) إذا بني المشروط له على الوفاء بالعقد ، وأما إذا أراد (٤) الفسخ ، لا امتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذي وقع (٥) عليه ، فله (٦) ذلك ، فيكون ذلك (٧) بمنزلة تقاييل من الطرفين عن تراضيّهما ، وهذا الكلام (٨) لا يجري مع امتناع أحدّهما عن تسليم أحد العوضين ، ليجوز للأخر فسخ العقد ، لأنّ كلاً منهما قد ملك ما في يد الآخر ولا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه ، فيجبران على ذلك (٩)

- (١) فالمراد من قوله (قهراً) هو أن يكون العمل على طبق الشرط أجباراً
- (٢) أي إلا أن يقال : أن المستند للخيار مع التمكن من الاجبار ، أن المشروط عليه يجبر على العمل على الشرط ، إذا بني المشروط له على الوفاء بالعقد ، وأما إذا أراد الفسخ ، فله ذلك (٣) يرجع الضمير إلى العمل بالشرط (٤) الضمير الفاعل المستتر يرجع إلى المشروط له (٥) الضمير الفاعل المستتر يرجع إلى العقد (٦) فللمشروط له فسخ العقد (٧) أي فيكون امتناع المشروط عليه عن العمل بالشرط ، وفسخ المشروط له بمنزلة تقاييل من الطرفين عن تراضيّهما (٨) وهم دفع أمّا الوهم ، فإنه على هذا يلزم أن يفسخ كلّ واحد من المتعاقدين العقد مع امتناع الآخر عن تسليم أحد العوضين ، والحال أنه لم يقل أحد بالفسخ مع امتناع التسليم ، بل يقولون : باجباره على التسليم ، وأما الدفع ، فهو الذي ذكره المصنف (ره) بقوله : وهذا الكلام لا يجري ، الخ
- (٩) إشارة إلى التسليم

بخلاف الشرط، فآن المشروط حيث فرض فعلاً (١) كالاعتقا، فلا معنى
لتملكه (٢) فإذا امتنع المشروط عليه عنه (٣) فقد نقض العقد، فيجوز
للمشروط له ايضاً نقضه، فتأمل (٤) ثم على المختار من عدم الخيار الا مع
تعدّر الاجبار لو كان الشرط من قبيل الانشاء القابل للنيابة (٥) فهو
يوقعه (٦) الحاكم عنه (٧) اذا فرض تعدّر اجباره، الظاهر ذلك (٨)
لعموم ولاية السلطان على الممتنع، فيندفع ضرر المشروط له بذلك (٩)
الرابعة (١٠) : لو تعدّر الشرط (١١) فليس للمشترط الا الخيار، لعدم
دليل على الأرش، فآن الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بـ - لـ
المقابلة عرفاً و شرعاً اثماً هي بين المالين (١٢) والتقييد امر معنوي

(١) اى فعلم من افعال احد المتعاقدين ، كالاعتقاد (٢) يرجع الضمير الى الفعل المشروط (٣) اى عن الفعل المشروط (٤) لعله اشارة الى ان الفسخ موجب لانحلال العقد ، ومادام الاجبار ممكنا لا ينحل العقد بالفسخ ، لعدم حق الخيار حينئذ (٥) كأن يكون الشرط ان يوقف المشروط عليه الدار ، او يعتق العبد (٦) يرجع الضمير المفعول الى الانشاء (٧) يرجع الضمير الى المشروط عليه (٨) اشارة الى ايقاع الحاكم الانشاء عن المشروط عليه (٩) اى فيندفع ضرر المشروط امه بايقاع الحاكم الانشاء عن طرف المشروط عليه (١٠) اى المسئلة الرابعة (١١) فالمراد بالشرط هنا ، هو الأعم ، اى سواء كان وصفا او نتيجة او عملا (١٢) يعني اذا باع زيد عبده بألف على انه كاتب ، فان العرف يرى ان الألف في مقابل العبد ، لا ان الف في مقابل العبد والكتاب ، و الشارع امضى ما بيد العرف ايضا

لا يعَد مالا وان كانت مالية المال تزيد وتنقص بوجوده (١) وعدمه، وثبتت الأرش (٢) في العيب لأجل النص، وظاهر العلامة، ثبوت الأرش (٣) اذا اشترط عتق العبد، فمات العبد قبل العتق، وتبعه (٤) الصimirي فيما اذا اشترط تدبير العبد (٥) قال (٦) :فإن امتنع من تدبيره (٧) تخير البائع بين الفسخ واسترجاع العبد، وبين الامضاء، فيرجع (٨)

(١) اي بوجود القيد وعدمه (٢) دخل ودفع، اما الدخل، فان المشتري يسترد بعض الثمن اذا كان المبيع معيبا ، فان هذا يدل على ان الثمن بعضه في مقابل الذات وبعضه في مقابل القيد الذي هو وصف الصحة ، واما الدفع ، فهو الذي ذكره المصنف (ره) بقوله : و ثبوت الأرش الخ (٣) ظاهر العلامة ، ثبوت الأرش ، لعل وجهه ، ان الشرط وان لم يكن مقابلا بالغرض في مقام الانشاء الا انه مقابل به في عالم اللب ، لأن الشرط موجب لزيادة القيمة و نقصانها ، و مقتضى هذه ، جواز اخذ الأرش (٤) الضمير المفعول يرجع الى العلامة (٥) فلا يخفى ، انه فرق بين ما ذكره العلامة ، وبين ما ذكره الصimirي ، فان العلامة اثبت الأرش في صورة تعدد الشرط ، والصimirي اثبت الأرش ايضا في صورة امتلاء المشتري عن العمل بالشرط (٦) اي قال الصimirي (٧) اي من تدبير العبد (٨) فيرجع البائع الى المشتري بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقا اي بدون شرط التدبير ، وبين قيمته بشرط التدبير ، مثلا قيمة العبد بدون شرط التدبير ثلاثة آلاف ، ومع شرط التدبير الفان ، والتفاوت بينهما ، الف ، فنسبة ألف الى ثلاثة آلاف ، هو الثالث ، فياخذ البائع من المشتري ، مقدار ثلث الثمن

بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقاً ، وقيمتها بشرط التدبير، انتهى (١) او مراده (٢) بالتفاوت ، مقدار جزء من الثمن ، نسبته (٣) اليه ، كنسبة التفاوت الى القيمة ، لا تمام التفاوت ، لأن للشرط قسطاً من الثمن ، فهو (٤) مضمون به (٥) لا بتمام قيمته (٦) كما نص عليه (٧) في التذكرة ، وضعف في الدروس قول العلامة بما ذكرنا من (٨) أن الثمن لا يقسط على الشروط ، واضعف منه (٩) ثبوت الأرث بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء

(١) اى انتهى ما ذكره الصيمرى (٢) اى مراد الصيمرى بالتفاوت، مقدار جزء من الثمن ، مثلاً أن قيمة العبد بدون شرط التدبير ، ثلاثة آلاف ، ومع شرط التدبير ، الفان ، فالتفاوت بين ثلاثة آلاف ، وبين الألفين ، هو الألف ، ونسبة الألف الى ثلاثة آلاف ، هو الثالث ، فيأخذ البائع من المشتري مقدار ثلث الثمن (٣) يرجع الضمير الى جزء الثمن (٤) يرجع الضمير الى الشرط (٥) الضمير يرجع الى قسط من الثمن (٦) مرجع الضمير هو الشرط ، يعني أن البائع يأخذ من المشتري ، مقدار القسط من الثمن ، لاتمام التفاوت ، مثلاً اذا كان قيمة العبد من دون شرط التدبير ، ثلاثة آلاف ، ومع شرط التدبير ، الفين ، فالتفاوت بينهما ، هو الألف ، ونسبة الألف الى ثلاثة آلاف ، هو الثالث ، فآن مقدار الثالث من الثمن مضمون ، لاتمام التفاوت الذي هو الألف ، مثلاً اذا كان الثمن ، الفان و مائتين ، فأربعة مائة مضمون ، لا الف (٧) اى كما نص العلامة على أن للشرط قسطاً من الثمن (٨) قوله (من أن الثمن) بيان له (ما) (٩) يرجع الضمير الى قول العلامة

بالشرط ، وان لم يتعدّر كما عن الصimirى (١) ولو كان الشرط عملاً من
المشروط عليه ، يعَد مالاً ويقابل بالمال ، كخياطة الثوب ، فتعُذر ، ففي
استحقاق المشروط له لاجرته ، او مجرد ثبوت خيار له ، وجهان ، قال في
التذكرة : لو شرط (٢) على البائع عملاً سائغاً ، تخير المشتري بين
الفسخ والمطالبة به (٣) او بعوضه ان فات وقته وكان مما يتقوّم ، كما لو
شرط تسليم الثوب مصبوغاً ، فأتاه (٤) به غير مصبوغ ، وتلف (٥) في يد
المشتري ، ولو لم يكن (٦) مما يتقوّم ، تخير بين الفسخ والامضاء مجاناً
انتهى . وقال (٧) ايضاً : لو كان الشرط على المشتري

(١) حيث قال الصimirى : فان امتنع من تدبيره ، الى ان قال : فيرجع
بالتفاوت بين قيمته مطلقاً ، وقيمتها بشرط التدبير ، انتهى ، فانه اثبت
الأرش بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء بالشرط ، وان لم يتعدّر (٨) اي
قال في التذكرة : لو شرط المشتري على البائع عملاً ، تخير المشتري بين
الفسخ وبين الامضاء والمطالبة بالصيغة او بعوضه ، ان فات وقته ، كصبح
الثوب الذى فات وقته بتلف الثوب (٩) اي المطالبة بالعمل او بعوض العمل
ان فات وقت العمل (١٠) اي اعطى البائع الثوب بالمشتري غير مصبوغ (١١)
يرجع الضمير الى الثوب (١٢) فلا يخفى ، ان الشرط قد يكون عملاً يقابل
بالمال ، كالخياطة ، وقد يكون عملاً لمالية له ، كالعتق ، فحينئذ لو لم
 يكن الشرط عملاً مما يتقوّم ، تخير المشتري بين الفسخ والامضاء مجاناً
(١٣) اي وقال العلامة في التذكرة ايضاً : لو كان الشرط عملاً من طرف
البائع على المشتري ، مثل ان باع البائع داره بشرط ان يصبح المشتري
له ثوبه ، فتلف الثوب ، تخير البائع بين الفسخ وبين الامضاء بقيمة ←

مثـلـ اـنـ باـعـهـ (ـ1ـ) دـارـهـ بـشـرـطـ اـنـ يـصـبـغـ (ـ2ـ) لـهـ ثـوـبـهـ ، فـتـلـفـ الثـوـبـ ، تـخـيـرـ
(ـ3ـ) الـبـاـيـعـ بـيـنـ الـفـسـخـ وـ الـامـضـاءـ بـقـيـمـةـ الـفـائـتـ ، اـنـ كـانـ (ـ4ـ) مـاـ لـهـ قـيـمـةـ
وـ الـاـ مـجـاـناـ ، اـنـتـهـىـ (ـ5ـ) وـ الـظـاهـرـاـنـ مـرـادـهـ (ـ6ـ) بـمـاـ يـتـقـوـمـ ، مـاـ يـتـقـوـمـ
فـيـ نـفـسـهـ ، سـوـاءـ كـانـ عـمـلاـ مـحـضـاـ ، كـالـخـيـاطـةـ ، اوـ عـيـنـاـ ، كـمـالـ العـبـدـ
المـشـرـطـ مـعـهـ ، اوـ عـيـنـاـ وـ عـمـلاـ ، كـالـصـبـغـ ، لـاـ مـاـ (ـ7ـ) لـهـ مـدـخـلـ فـيـ قـيـمـةـ
الـعـوـضـ ، اـذـ كـلـ شـرـطـ كـذـلـكـ ، وـ مـاـ ذـكـرـهـ (ـ8ـ) قـدـسـ سـرـهـ لـاـ يـخـلـوـعـنـ وـجـهـ
وـ اـنـ كـانـ مـقـضـىـ الـمـعـاـوـذـةـ بـيـنـ الـعـوـضـيـنـ بـأـنـفـسـهـمـاـ كـوـنـ الشـرـطـ مـطـلقـاـ (ـ9ـ)
قـيـدـاـ غـيـرـ قـابـلـ بـالـمـالـ ، فـاـنـ الـمـبـيـعـ هـوـ الـثـوـبـ الـمـخـيـطـ وـ الـعـبـدـ الـمـاصـابـ
لـلـمـالـ ، لـاـ الـثـوـبـ وـ الـخـيـاطـةـ ، وـ الـعـبـدـ وـ مـالـهـ

→ الفائت الذى هو الصبغ (١) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى البايع
و الضمير المفعول الى المشترى (٢) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى
المشتري ، و الضمير فى قوله (له) و (ثوبه) يرجع الى البايع (٣) قوله
(تخيّر) جواب شرط لـ (لو) ، (٤) ان كان الشرط ممّا له قيمة (٥) اى انتهى
ما ذكره العلامة (٦) اى و الظاهر ، ان مراد العلامة بقوله (ما يتقوّم) ما
يتقوّم فى نفسه ، سواء كان عملاً محضاً ، كالخياطة ، او عيناً محضاً ، كمال
العبد المشترط معه ، او عيناً و عملاً ، كالصبغ ، فانّه عمل و عين ، لانّها
المادة التي يصبح بها (٧) فالمراد بـ (ما) فى قوله (لا ماله) هـ و
الشرط (٨) اى ما ذكره العلامة قدس سره ، من ان الشرط ، ان كان مما
يتقوّم ، تخيّر بين الفسخ و الامضاء و المطالبة بعوضه ان فات وقته ، و ان
لم يكن مما يتقوّم ، تخيّر بين الفسخ و الامضاء مجاناً ، لا يخلو عن وجہ (٩)
اى سواء كان مما يتقوّم ، كالخياطة ، و مال العبد ، و الصبغ ، او لم يكن ←

ولذا (١) لا يشترط قبض ما بازاء المال من النقدين (٢) في المجلس لو كان (٣) من احدهما ، وسيجيئ (٤) في المسألة السابعة ، المعاملة مع بعض الشروط ، معاملة الأجزاء الخامسة (٥) : لو تعدد الشرط وقد خرج العين (٦) عن سلطنة المشروط عليه ، بتلف ، او بنقل ، او رهن ، او استيلاد ، فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ (٧) فاذا فسخ ، ففي رجوعه

→ مما يتقوّم ، كالعتق (١) اي ولأجل أن الشرط مطلقاً قيد غير قابل بالمال ، لا يشترط قبض مال العبد الذي كان من النقدين في المجلس اذا جعل العبد و ماله مقابلاً بأحد النقدين ، مثلاً اذا كان للعبد دراهم ، واستشرط البائع عند بيع العبد ان يكون مال العبد للمشتري ايضاً ، فلا يشترط قبض مال العبد في المجلس ، لأن الشرط قيد ، لا مقابل بالمال ، لأنّه لو كان مقابلاً بالمال ، لزم قبض مال العبد و مقابلته في المجلس ، لأنّه يستلزم في بيع النقدين ، القبض في المجلس (٨) قوله (من النقدين) بيان لـ (المال) ، (٩) اسم (كان) مستتر يرجع إلى (ما) ، (١٠) اي وسيجيئ في المسألة السابعة في ص ٢٣٩ بقوله : ولكن قد يكون الشرط ضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة ، الخ (١١) اي المسألة الخامسة (١٢) اي العين المبيعة (١٣) حاصله ، انه اذا باع زيد عبده بألف ، وشرط على المشتري ، ان يخيط ثوبه ، وتلف الثوب قبل الخياطة ، وخرج العبد عن سلطنة المشتري بتلف او بنقل او رهن فالظاهر ، عدم منع خروج العبد عن سلطنة المشتري ، عن فسخ البائع العقد ، فاذا فسخ البائع ، ففي رجوعه على المشتري بالقيمة مطلقاً ←

عليه بالقيمة (١) او بالعين مع بقائهما بفسخ (٢) العقد الواقع عليه من حينه او من اصله (٣) وجوه يأتي في احكام الخيار، ويأتي ، ان الأقوى الرجوع بالبدل جمعا بين الأدلة (٤) هذا كله مع صحة العقد (٥) الواقع باهان لا يكون منافيا للوفاء بالشرط (٦) واما لو كان (٧) منافيا كبيع ما اشترط وقفه على البائع (٨)

→ اي سواء خرج العين عن سلطنة المشتري بتلف او بنقل او رهن او استيلاد ، او بالعين مع بقائهما بانفساخ العقد من حين الفسخ او من الأصل ، وجوه (١) فالمراد بالقيمة ، هو البدل الشامل للمثل في المثلى و القيمة في القيمي (٢) فالمراد بالفسخ ، هو الانفساخ (٣) يعني اذا كان للمبيع منافع بين العقد والفسخ ، فان قلنا : ان الانفساخ من حين الفسخ ، كان المنافع بينهما لمن انتقل اليه ، وان قلنا : انه من الأصل كان المنافع بينهما لمن انتقل عنه (٤) اي ان الأقوى ، الرجوع الى البدل جمعا بين ادلة صحة المعاملات ولزومها الشاملة لما اوقعه المشتري ، و بين ادلة الخيار (٥) فالمراد بالعقد في قوله (مع صحة العقد) هو العقد الثاني الواقع على المبيع (٦) اي باهان لا يكون العقد الثاني الواقع على المبيع منافيا للوفاء بالشرط ، كما اذا باع عبده للمشتري ، بألف بشرط ان يخيط المشتري ثوبه ، فاته اذا باع المشتري العبد ، لم يكن بيده منافيا بالشرط الذي هو خيطة الثوب ، ثم تعدد خيطة الثوب المذكور بتلف وغيره (٧) اسم (كان) مستتر يرجع الى العقد الثاني الواقع على المبيع (٨) قوله (على) في قوله (على البائع) متعلق بقوله (وقفه)

ففي صحته مطلقاً (١) أو مع اذن المشروط له (٢) أو اجازته، أو بطلانه (٣) وجوه، خيرها (٤) أوسطها، فلوباع (٥) بدون اذنه، كان للمشروط له فسخه (٦) والزامه (٧) بالوفاء بالشرط

(١) اي سواء اذن المشروط له بالتصرف قبل العقد الثاني ، ام لا، و سواء اجاز المشروط له بعد تصرف المشروط عليه ، ام لا (٢) اي او منع اذن المشروط له سابقاً على العقد الثاني ، او اجازته لاحقاً على العقد الثاني (٣) اي بطلان العقد الثاني (٤) اي خير الوجوه اوسطها الذي هو صحة العقد مع اذن المشروط له او اجازته (٥) يعني فلوباع المشروط عليه بدون اذن المشروط له ، كان للمشروط له فسخ العقد الثاني من دون فسخ العقد الأول ، والزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط ، ان قلنا باجبار المشروط عليه ، نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه ، وقلنا : ان وجوب الوفاء بالشرط وجوب تكليفي ، فالظاهر صحة العقد الثاني على نحو اللزوم مع فرض عدم فسخ المشروط له العقد الأول ، واما اذا فسخه البائع بختار تخلف الشرط ، ففي افساخ العقد الثاني من حين فسخ العقد الأول ، او من اصله ، او الرجوع الى القيمة ، وجوه (٦) الضمير يرجع الى العقد الثاني ، ويكون اطلاق الفسخ من باب المسامحة ، لأن المفروض بطلان العقد الثاني مع عدم الاذن على ما اختاره المصنف (ره) فيكون المراد ، انه لو باع بدون اذنه ، كان للمشروط له الزامه بالوفاء بالشرط ، فلا يكون للمشروط له مع الزامه بالوفاء ، خيار في العقد الأول لعدم تعدد الشرط ، لانه مع امكان الالتزام بالوفاء بالشرط ، لا تصل النوبة الى الخيار (٧) الضمير يرجع الى المشروط عليه

نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه ، فالظاهر صحة العقد الثاني ، فاذا فسخ المشروط له ، ففى افساخ العقد (١) من حينه (٢) او من اصله او الرجوع بالقيمة ، وجوه (٣) رابعها (٤) التفصيل بين التصرف بالعتق فلا يبطل لبناءه على التغليب ، فيرجع (٥) بالقيمة ، وبين غيره (٦) فيبطل (٧) اختاره (٨) فى التذكرة والروضة ، قال (٩) فى فروع مسئلة العبد المشترط عتقه ، بعد ما ذكر أن اطلاق اشتراط العتق يقتضى عتقه مجانا

(١) اى العقد الثاني (٢) اى حين فسخ العقد الأول (٣) اى وجوه ثلاثة ، احدها : افساخ العقد الثاني من حين فسخ العقد الأول وثانيها : افساخ العقد الثاني من اصله ، وثالثها : الرجوع الى القيمة (٤) اى رابع الوجوه ، التفصيل بين تصرف المشروط عليه بالعتق ، فلا يبطل التصرف بالعتق ، فاذا فسخ العقد ، رجع الى قيمة العبد ، لأن بناء العتق على التغليب ، وبين غيره من التصرفات ، كبيمه ، فحينئذ يبطل تصرف المشروط عليه بفسخ المشروط له العقد الأول ، مثلا اذا باع المشروط عليه العبد المشروط وقفه وفسخ البائع العقد الأول ، لأجل تخلف الشرط ، افسخ العقد الثاني وبطل (٥) اى فيرجع المشروط له بعد فسخ العقد الأول الى قيمة العبد (٦) اى وبين غير التصرف بالعتق (٧) اى فيبطل التصرف الذى هو غير التصرف بالعتق ، فيأخذ المشروط له بفسخ العقد الأول المبيع ، لأنّه يكون تصرف المشروط عليه باطلا و منفسحا بفسخ العقد الأول (٨) الضمير المفعول يرجع الى التفصيل (٩) اى قال العلامة في التذكرة

فلو اعتقد بشرط الخدمة مدة ، تخير المشروط له بين الامضاء و الفسخ (١) فيرجع بقيمة العبد ، قال (٢) بعد ذلك : ولو باعه المشترى او وقفه او كاتبه ، تخير البايع بين الفسخ و الامضاء ، فان فسخ بطلت هذه العقود لوقعها فى غير ملك تام و تخالف (٣) هذه العتق بشرط الخدمة ، لأن العتق مبني على التغليب ، فلا سبيل (٤) الى فسخه ، وهل له (٥) امضاء البيع مع طلب فسخ ما نقله المشترى ؟ فيه احتمال ، انتهى (٦) ومثله (٧) ما فى الروضة ، وقال فى الدروس ، فى العبد المشروط عتقه

(١) يعني فإذا فسخ المشروط له ، لم يبطل العتق بشرط الخدمة ، بل يرجع الى قيمة العبد ، و إنما لم يبطل العتق و يرجع الى القيمة ، لأن العتق ، مبني على التغليب (٢) اى قال العلامه بعد ذلك : ولو باع المشترى العبد المشترط عتقه او وقفه او كاتبه ، تخير البايع بين الفسخ و الامضاء ، فان فسخ المشروط له ، بطلت هذه العقود التي اجريها المشترى لوقعها فى غير ملك تام (٣) اى تخالف هذه العقود بالعتق بشرط الخدمة ، لأن هذه الامور الثلاثة باطلة بمجرد فسخ العقد الأول بخلاف العتق بشرط الخدمة ، فإنه صحيح ، فلا يبطل بفسخ العقد الأول و يرجع الى قيمة العبد بعد فسخ العقد الأول (٤) اى فلا سبيل الى فسخ العتق بشرط الخدمة (٥) اى هل للمشروط له امضاء البيع وعدم فسخه مع طلب فسخ ما نقله المشترى ؟ فيه احتمال (٦) اى انتهى ما ذكره العلامه (٧) اى مثل ما ذكره العلامه فى التذكرة ما فى الروضة من التفصيل بين عتق المشترى ، وبين سائر العقود ، فان البايع اذا فسخ يرجع الى قيمة العبد ، فلا يبطل عتق المشترى بخلاف سائر العقود ←

ولو اخرجه (١) عن ملكه ببيع او هبة او وقف، فللبايع فسخ ذلك كله
انتهى ، و ظاهره ما اخترناه (٢) ويحتمل (٣) ضعيفاً غيره، وفي
جامع المقاصد (٤) : الذي ينبغي ان المشتري من نوع من كل تصرف
ينافي العتق المشترط ، ثم ان هذا الخيار (٥) كما لا يسقط بتلف العين
(٦) كذلك لا يسقط بالتصرف (٧) فيها

→ فانه اذا فسخ ، بطلت سائر العقود (١) الضمير الفاعل المستتر يرجع
الى المشتري ، و الضمير المفعول الى العبد (٢) فالمراد بقوله (ما
اخترناه) هو فسخ العقد الثاني و الزام المشتري بالوفاء بالشرط ، حيث
قال المصنف (ره) : فلو باع بدون اذنه كان للمشروط له فسخه ، الخ)
فالمراد بالفسخ هنا ، هو رد العقد الثاني ، فيكون مراد الدروس من
قوله (فسخ ذلك كله) رد العقود المذكورة (٣) لعل مراد المصنف (ره)
بقوله (ويحتمل ضعيفاً غيره) هو ان يكون مراد الدروس من الفسخ ، هو
فسخ البايع العقد نفسه ، فينفسخ عقد المشتري بالتبع (٤) يعني قال
في جامع المقاصد : الذي ينبغي ان المشتري من نوع من كل تصرف ينافي
العتق المشترط ، فاذا تصرف المشتري تصرفاً ينافي العتق ، بطل (٥)
اشارة الى خيار تخلف الشرط الذي يثبت للمشروط له بتخلف المشروط عليه
(٦) يعني خيار تخلف الشرط لا يسقط بتلف العين التي انتقلت للمشروط
له ، فاذا باع عنبا بكتاب بشرط ان يحيط المشتري ثوبه ، فتلف الكتاب
عند البايع ، فلا يسقط خيار تخلف شرط المشروط له اذا لم يحيط المشتري
ثوبه ، فحينئذ اذا فسخ ، اخذ العنبر ورد الى المشتري قيمة الكتاب (٧)
اى كذلك لا يسقط خيار البايع بتصرفه في العين

كما نبه عليه (١) في المسالك في أول خيار العيب فيما لو اشترط الصحة (٢) على البائع ، نعم اذا دل التصرف (٣) على الالتزام بالعقد لزم العقد و سقط الخيار نظير خيار المجلس و الحيوان (٤) بناء على ما استفيده من بعض اخبار خيار الحيوان (٥) المشتمل على سقوط خياره بالتصرف معللا بحصول الرضا بالعقد ، و اما مطلق التصرف (٦) فلا السادسة (٧) : للمشروط له اسقاط شرطه اذا كان مما يقبل الاسقاط (٨)

(١) يرجع الضمير الى عدم سقوط الخيار بالصرف (٢) يعني صاحب المسالك نبه على عدم سقوط الخيار بالصرف في العين فيما لو اشترط المشتري صحة المبيع على البائع ، فآن تصرف المشتري في المبيع لا يسقط خياره (٣) اي نعم اذا دل تصرف ذي الخيار الذي هو المشروط له على الالتزام بالعقد لزم العقد و سقط خياره (٤) يعني أن خيار المجلس و خيار الحيوان لا يسقطان بالصرف ، الا اذا دل التصرف على الالتزام بالعقد (٥) فالمراد من بعض اخبار خيار الحيوان الذي تقدم في خيار الحيوان ، هي صحيحة ابن رئاب ، فان احدث المشتري فيما اشتري حدثا قبل الثلاثة أيام ، فذلك رضا منه ، فلا شرط له ، فآن المراد من العلة هو قوله : فذلك رضا منه (٦) اما مطلق التصرف ، فلا يسقط الخيار به (٧) اي المسئلة السادسة (٨) يعني اذا كان مما يقبل الاسقاط ، مثل ان يشترط ان يخيط ثوبه ، لا مثل ان يشترط ان يكون مال العبد و حمل الدابة ملكا للمشروط له ، فأنه يجوز للمشروط له ان يسقط الأول ، دون الثاني

لامثل اشتراط مال العبد او حمل الدابة لعموم (١) ما تقدم في اسقاط الخيار، وغيره من الحقوق، وقد يستثنى من ذلك (٢) ما كان حقاً لغير المشروط له، كالعتق، فآن المصحّ به في كلام جماعة كالعلامة ولده و الشهيدين وغيرهم، عدم سقوطه (٣) باسقاط المشروط له، قال في التذكرة : الأقوى عندى أن العتق المشروط اجتمع فيه حقوق، حق لله (٤) و حق للبائع و حق للعبد ، ثم استقرب بناءً على ما ذكره ، مطالبة العبد (٥) بالعتق لowner المشترى ، وفي الإيضاح : الأقوى أنه (٦) حق البائع والله تعالى ، فلا يسقط بالاسقاط ، انتهى . وفي الدرس : لو اسقط البائع الشرط ، جاز ، الا العتق ، لتعلق حق العبد و حق الله تعالى به ، انتهى . وفي جامع المقاصد : أن التحقيق ، أن العتق فيه معنى القرية والعبادة ، وهو حق الله تعالى ، و زوال الحجر (٧) وهو حق للعبد ، و فوات الماليّة على الوجه المخصوص للقرية وهو (٨) حق البائع ، انتهى (٩) أقول : أمّا كونه حقاً للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الأمر المطلوب للشارع ، فهو واضح ، و أمّا كونه حقاً للعبد ، فأنه

(١) قوله (للعموم ، الخ) علّة لقوله (للمشروط له اسقاط شرطه) ، (٢) اي وقد يستثنى من الشرط الذي هو قابل للإسقاط ، الشرط الذي كان حقاً لغير المشروط له ، كالعتق (٣) الضمير يرجع إلى العتق (٤) قوله (حق الله) بدل تفصيلي لقوله (حقوق) ، (٥) قوله (مطالبة العبد) مفعول لقوله (استقرب) ، (٦) يرجع الضمير إلى العتق المشروط (٧) اي زوال الحجر عن العبد و العتق حق للعبد (٨) يرجع الضمير إلى العتق (٩) اي انتهى ما ذكره في جامع المقاصد

ان اريد به مجرد انتفاعه (١) بذلك ، فهذا لا يقتضي سلطنة له (٢) على المشتري ، بل هو (٣) متفرع على حق البائع دائراً معه وجوداً وعدماً ، و ان اريد ثبوت حق على المشتري يوجب السلطة على المطالبة ، فلا دليل عليه (٤) و دليل الوفاء لا يوجب الا ثبوت الحق للبائع ، وبالجملة : فاشترط عتق العبد ليس الا كاشتراض (٥) ان يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل ، او يتصدق به عليه ، ولم يذكر احد ان لزيد المطالبة ، و ممّا ذكر يظهر الكلام في ثبوت حق الله تعالى ، فأنه ان اريد به (٦) مجرد وجوبه (٧) عليه ، لانه وفاء بما شرط العباد بعضهم البعض ، فهذا (٨) جار في كل شرط ، ولا ينافي ذلك سقوط الشروط بالاسقاط ، و ان اريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوباً لله ، كما ذكره جامع المقاصد ، ففيه ان مجرد المطلوبة اذا لم يبلغ حد الوجوب لا يوجب الحق لله على وجه يلزم (٩) به الحاكم ، ولا وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد و القيام بحقوقهم ، وقد عرفت ان

(١) اي مجرد انتفاع العبد بالعتق (٢) الضمير يرجع الى العبد (٣) يرجع الضمير الى انتفاع العبد (٤) يرجع الضمير الى ثبوت حق على المشتري (٥) اي كاشتراض البائع على المشتري ان يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل او يتصدق بالمبيع على زيد (٦) يرجع الضمير الى حق الله (٧) اي مجرد وجوب العتق على المشتري (٨) اي فهذا الحق الذي لله ، جار في كل شرط ، لانه تعالى اوجب الوفاء بالشرط في كل شرط (٩) قوله (يلزم) من باب الافعال ، والضمير في قوله (به) يرجع الى الحق

المطلوب غير هذا (١) فافهم

السابعة (٢) : قد عرفت أن الشرط من حيث هو شرط ، لا يقسط عليه الثمن عند اكتشاف التخلف (٣) على المشهور ، لعدم الدليل عليه (٤) بعد عدم دلالة العقد عرفا على مقابلة أحد العوضين إلا بالآخر، و الشرع لم يزد على ذلك ، اذا امره (٥) بالوفاء ، بذلك المدلول العرفي فتختلف الشرط (٦) لا يقبح في تملك كل منهما ل تمام العوضين هذا ولكن قد يكون الشرط ضمن المبيع (٧) لما هو جزء له حقيقة ، بيان يشتري مركبا ، و يشترط كونه كذا وكذا جزء ، كأن يقول : بعتك هذا الأرض او الثوب او الصبرة (٨) على ان يكون كذا ذراعا او صاعا

(١) اي قد عرفت أن المطلوب غير هذا من كونه حقا للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الأمر المطلوب للشارع (٢) اي المسئلة السابعة (٣) يعني أن الشرط من حيث هو شرط ، لا يقسط على الثمن عند اكتشاف تخلف الشرط ، يعني أن الثمن لا يكون جزئين ، احد هما فى مقابل المبيع ، والآخر فى مقابل الشرط ، حتى يكون تخلف الشرط موجبا لاسترداد المشروط له جزء من الثمن (٤) يرجع الضمير الى التقسيط (٥) اي اذا امر الشرع بالوفاء بذلك المدلول العرفي و هو مقابلة أحد العوضين بالآخر (٦) اي فتختلف الشرط ، لا يقبح في تملك كل منهما ل تمام العوضين من دون ان يقسط الثمن على الشرط (٧) قوله (تضمن) مصدر مضارف الى (المبيع) و خبر لقوله (يكون) ، (٨) مثلا ، ان يقول البائع : بعتك هذه الصبرة على أنها عشرة اصوع ، وقال المشتري : قبلت هكذا

فقد جعل الشرط ترکبه من اجزاء معينة ، فهل يلاحظ حينئذ جانب القيدية ، ويقال : ان المبيع (١) هو العين الشخصية المتصفة بوصف كونه كذا جزء ، فالمختلف هو قيد من قيود العين ، كالكتابة و نحوها فى العبد لا يوجب فواتها الا خيارا بين الفسخ والامضاء بتمام الثمن ، او يلاحظ جانب الجزئية ؟ فان المذكور ، وان كان بصورة القيد (٢) الا ان منشأ انتزاعه (٣) هو وجود الجزء الزائد وعدمه ، فالمبیع في الحقيقة هو كذا و كذا جزء ، الا انه عبر عنه بهذه العبارة (٤) كما لو اخبر بوزن المبيع المعین ، فباعه اعتمادا (٥) على اخباره ، فان وقوع البيع

(١) يعني اذا ظهر المبيع اقل جزء ، كان للمشروط له خيار تخلف الشرط ، لأن المبيع هو العين الشخصية ، فالمختلف هو قيد من القيود كالكتابة في العبد ، فلا يوجب فوات الشرط المذكور ، الا خيارا بين الفسخ والامضاء بتمام الثمن (٢) اي او يلاحظ جانب الجزئية ، فان المذكور بشرط ان يكون عشرة اصوات ، وان كان بصورة الشرط والقيد ، الا منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد وعدمه ، فالمبیع في الحقيقة عشرة اصوات الا عبر البائع او المشتري بهذه العبارة التي هو قوله : بشرط ان يكون عشرة اصوات (٣) الضمير يرجع الى القيد (٤) اي بالعبارة الشرطية (٥) حاصل مضمون هذه العبارات ، انه لو اخبر زيد بوزن المبيع المعین بأنه عشرة اصوات ، فباع زيد المبيع المعین لخالد ، و اشتراه منه خالد من دون وزن ، اعتمادا على اخبار زيد البائع بوزن المبيع المعین فليس معنى العبارات ، انه لو اخبر البائع بوزن المبيع بأنه عشرة اصوات ، فباع المشتري للغير من دون وزن ، اعتمادا على اخبار البائع الأول ، و اثما ←

على العين الشخصية (١) لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفائت ، وبالجملة ، فالفائت عرفاً وفى الحقيقة هو الجزء ، وان كان بصورة الشرط فلا يجرى فيه (٢) ما مرّ من عدم (٣) التقابل الا بين نفس العوضين ، ولأجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باعه ارضاً على انّها جريان (٤) معينة

→ ليس معنى العبارات ما ذكر اخيراً ، لأنّه لا يجوز ان يبيع المشترى الطعام بغير كيل الذى اشتراه من البائع بغير كيل ، اعتماداً على اخبار البائع لأجل رواية ابـان عن محمد بن حمران المتقدمة فى ج ٦ ص ٢٢٦ بقوله
قلت لأبي عبد الله * ع : اشترينا طعاماً ، فزعم صاحبه انه كاله ، فصدقناه
وأخذناه بكيله ، قال * ع : لا بأس ، قلت : أيجوز ان ابيعه كما اشتريته
بغير كيل ، قال * ع : أما انت ، فلا تبعه حتى تكيله (١) يعني اذا باع
ارضاً على انّها عشرة اجرية ، بألف دينار ، ثم انكشف انّها سبعة اجرية
فإنّ وقوع البيع على العين الشخصية التى هي سبعة اجرية ، لا يوجب
عدم تقسيط الثمن الذى هو الف دينار على الفائت الذى ثلاثة اجرية (٢)
يرجع الضمير الى الفائت المذكور (٣) قوله (من عدم التقابل ، الخ) بيان
لـ (ما) ، (٤) قال فى اقرب الموارد : (الجريب) من الأرض والطعام
مقدار معلوم ، ونقل عن قدامة الكاتب ، انه ثلاثة آلاف وستمائة ذراع ، و
كيل : انه عشرة آلاف ذراع ، والوادى مطلقاً ، ج ، اجرية وجريان كرغيف
وأرغفة ورغفان ، انتهى . قال فى المجمع : قدر الجريب من الأرض ، بستين
ذراعاً فى ستين ، الى ان قال : جمع الجريب ، جريان وأجرية ، انتهى

او صبرة على انها اصوع (١) معينة ، و تفصيل ذلك العنوان الذي (٢) ذكره في التذكرة بقوله: لو باع (٣) شيئاً و شرط فيه قدرًا معيناً ، فتبين الاختلاف من حيث الـ **الكم** ، فاقسامه اربعة (٤) لانه (٥) اما ان يكون مختلف الاجزاء (٦) او متفقها ، وعلى التقديرین ، فاما ان يزيد (٧) واما ان ينقص (٨)

فالاول: تبین النقص فی متساوی الأجزاء ، ولا اشكال (٩) فی الخيار

(١) قال آية الله العظمى الخوئي في ج ١ منهاج الصالحين: مقدار الصاع بحسب الكيلو ثلاط كيلوات تقريباً، انتهى (٢) قوله (الذى) خبر لمبدأ مقدم وهو قوله (تفصيل)، (٣) قوله (لو باع ، الخ) مفعول لقوله (ذكر) يعني أن جملة (لو باع شيئاً ، الخ) منصوبة محلًا حتى تكون مفعولة لقوله (ذكر)، (٤) قوله (فاصسامه اربعة) جواب شرط لـ (لو)، (٥) الضمير يرجع إلى الشئ الذي جعل مبيعاً (٦) مختلف الأجزاء مثل الأرض ، و متفقها ، مثل الحنطة (٧) اي فاما ان يزيد المبيع عما شرط فيه قدرًا معيناً ، سواء كان مختلف الأجزاء ، او متفقها ، واما ان ينقص عما شرط فيه قدرًا معيناً ، سواء كان في مختلف الأجزاء ، او متفقها (٨) فلا يخفى أن أول عبارة العلامة التي نقلها المصنف هنا ، هو قوله (لو باع شيئاً) وآخرها قوله (واما ان ينقص) فان ما بعده وهو قوله (فالاول ، الخ) عبارة المصنف (ره)، (٩) اي ولاشكال في الخيار ، وهو خيار تختلف الشرط على تقدير لحاظ جانب القيدية ، و خيار بعض الصفقة على تقدير لحاظ جانب الجزئية

وأنما الاشكال والخلاف في أن له الامضاء بحصة (١) من الثمن او ليس له الامضاء الا ب تمام الثمن ، فالمشهور كما عن غاية المرام ، هو الأول (٢) وقد حكى عن المبسوط والشرايع و جملة من كتب العلامة والسدروس و التنقح (٣) والروضة و ظاهر السرائر و اياضح النافع (٤) حيث اختار ذلك في مختلف الأجزاء ، فيكون كذلك في متساوي الأجزاء بطريق اولى و يظهر من استدلال بعضهم ، على الحكم في مختلف الأجزاء كونه (٥) في متساوي الأجزاء مفروغا عنه ، وعن مجمع البرهان (٦) انه ظاهر القوانين الشرعية ، ووجهه (٧) مضافا الى فحوى الرواية الآتية

(١) مثلا ، باع صبرة على أنها عشرة اصوع بخمسة دنانير ، ثم ظهر أنها ثمانية اصوع ، فنسبة التفاوت الذي هو الاثنان الى العشرة ، هو الخامس ($\frac{1}{5}$) فيسترجع المشترى من الثمن ، خمسه ($\frac{1}{5}$) وهو دينار واحد من خمسة دنانير (٢) فالمراد بالأول ، هو أن له الامضاء بحصة من الثمن (٣) للفضل المقداد (٤) للفاضل القطيفي (٥) قوله (كونه) فاعل لقوله (يظهر) والضمير في (كونه) يرجع الى الحكم (٦) للمحقق الأردبيلي (٧) اي وجه الأول الذي هو أن له الامضاء بحصة من الثمن ، ما اشرنا اليه من أن كون المبيع الشخصي الذي هي الصبرة بمقدار عشرة اصوع ، وان كان بصورة الشرط ، حيث قال : بعتك هذه الصبرة على أنها عشرة اصوع ، الا أن مرجعه الى كون المبيع عشرة اصوع ، كما لو قال البائع والمشترى طعاما فاشتراه المشترى ، فتبّين الغلط في الكيل

في القسم الثاني ، ما اشرنا اليه من (١) أن كون المبيع الشخصي بذلك المقدار و ان كان بصورة الشرط ، الا أن مرجعه الى كون المبيع هذا القدر ، كما لو كاًلاً طعاماً ، فاشتراء ، فتبيّن الغلط في الكيل ، ولا يرتاب اهل العرف في مقابلة الثمن لمجموع المقدار المعين المشترط هنا ، خلافاً لصريح القواعد (٢) و محکي الايضاح ، و قوله (٣) في محکي حواشى الشهيد والميسية (٤) والكافية ، واستوجهه (٥) في المسالك ، و يظهر من جامع المقاصد ايضاً ، لأن المبيع (٦) هو الموجود الخارجي كائناً ما كان ، غاية الأمر ، انه التزم ان يكون بمقدار معين

(١) قوله (من آن ، الخ) بيان لـ (ما) ، (٢) يعني أن صاحب القواعد صرّح بعدم التقسيط ، بمعنى أنه ليس له الامضاء الا بتمام الثمن في صورة عدم الفسخ (٣) الضمير يرجع إلى الخلاف (٤) للشيخ على الميسى و هو المعاصر للمحقق الكركي (٥) يرجع الضمير إلى الخلاف (٦) دليل عدم التقسيط قوله (لأن المبيع هو الموجود الخارجي ، الخ) مثلاً ، لو قال البائع : بعثتك هذه الصبرة بعشرة دراهم على أنها عشرة اصوات ، ظهر أنها ثمانية اصوات ، فإن المبيع بناءً على صريح القواعد و محکي الايضاح وعلى قول من وافقهما ، هو ثمانية اصوات في مقابل عشرة دراهم ، غاية الأمر ، انه التزم على ان تكون الصبرة عشرة اصوات ، فإن العشرة صفة غير موجودة في المبيع ، فواجب الخيار بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن كالكتابة المفقودة في العبد وليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار الذي هو عشرة اصوات في المثال ، لأن ذلك المقدار الذي عشرة اصوات ، غير موجود في الخارج

و هو (١) وصف غير موجود في المبيع ، فاوجب الخيار ، كالكتابة المفقودة في العبد ، وليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار، لانه (٢) غير موجود في الخارج مع ان (٣) مقتضى تعارض الاشارة والوصف غالباً (٤) ترجيح الاشارة عرفاً ، فارجاع قوله : بعثك هذه الصبرة على انّها اصوات عشرة ، الى قوله : بعثك عشرة اصوات موجودة في هذا المكان ، تكلّف (٥)

(١) الضمير يرجع الى مقدار معين (٢) يرجع الضمير الى ذلك المقدار (٣) قوله (مع انّ ، الخ) دليل آخر لعدم التقسيط ، مثلاً لو قال البائع : بعثك هذه الصبرة على انّها عشرة اصوات عشرة دراهم ، فظاهر انّها ثمانية اصوات ، فان قلنا : بترجح الاشارة ، فالثمن لا يقسط ، لأنّ الثمن وقع في مقابل الثمانية ، وان قلنا : بترجح الوصف ، فالثمن يقسط ، لأنّ الثمن وقع في مقابل العشرة ، فالمراد من الاشارة في المثال المذكور هو قوله (هذه الصبرة) والمراد من الوصف هو قوله (على انّها عشرة اصوات) (٤) وانما قال (غالباً) لأنّه قد يقدم الوصف على الاشارة في معاوضة الجنس الريوى ، مثلاً لو وزن الريوى بجنسه ، فطفق في احد هما ، فان قال البائع : بعثك هذه الصبرة على انّها عشرة اصوات بهذه الصبرة التي هي عشرة ، فظاهر انّها ثمانية اصوات ، فحصل الاختلاف بين الوصف و المشار اليه ، لأنّ الوصف هو العشرة ، و المشار اليه هو الثمانية ، لم يبعد تقديم الوصف حتى تكون المعاوضة صحيحة ، كما اختاره المصنف في مسألة التطفيف ، حيث قال : ولو جرت عليه على انه بذلك الوزن يجعل ذلك عنواناً للعرض ، فحصل الاختلاف بين العنوان و المشار اليه ، لم يبعد الصحة (٥) قوله (تكلّف) خبر لمبتدأ مقدم وهو قوله (فارجاع)

والجواب (١) أن كونه من قبيل الشرط مسلم، الا أن الكبri (٢) وهى أن كل شرط لا يوزع عليه الثمن، ممنوعة، لأن المستند فى عدم التوزيع عدم المقابلة عرفا، و العرف حاكم فى هذا الشرط بالمقابلة ، فتأمل (٣) الثاني (٤) : تبّين النص فى مختلف الأجزاء (٥) والأقوى فيه (٦) ما ذكر من التقسيط مع الامضاء، وفaca للأكثر، لما ذكر سابقا من قضايا العرف تكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع، مضافا الى خبر ابن حنظلة : رجل باع ارضا على أنها عشرة اجرية ، فاشترى المشتري منه بحدوده و نقد (٧) الثمن و اوقع صفة البيع و افترقا، فلما مسح (٨) الأرض

(١) اى الجواب عن القول بعدم التقسيط ، اّن كون قوله (على انّها عشرة اصوع) من قبيل الشرط مسلّم (٢) يعني لو استدل على عدم التقسيط باّن قوله (على انّها عشرة اصوع) شرط ، وكل شرط لا يوزّع عليه الثمن فهذا الشرط لا يوزّع عليه الثمن لم يصح ، لأنّ الكبri ممنوعة (٣) لعلّه اشارة الى انّه على فرض الشرطية ، لا يكون فرق بينه وبين سائر الشروط في عدم توزيع الثمن عليه ، لأنّه مأخوذ في البيع بنحو القيد ، وهو ما لا يوزّع عليه الثمن (٤) اى القسم الثاني من الأقسام الأربع (٥) مثلاً باع زيد ارضا معينا على انّها عشرة اجرية ، ظهر انّها ثمانية (٦) يرجع الضمير الى تبيّن النقص في مختلف الأجزاء (٧) نقد فلاناً وفلانين الثمن: اعطاء ايّاه نقداً معيلاً . نقد درهما: اعطاء ايّاه (المنجد) ، (٨) قال في اقرب الموارد: مسح المساح الأرض مسحاً ومساحةً ، ذرعها وقسمها بالمقياس

فإذا هي خمسة أجرية ، قال : فان شاء استرجع فضل ماله و اخذ الأرض
 (١) و ان شاء (٢) رد المبيع و اخذ المال كله ، الا ان يكون له الى
 جنب تلك الأرض ارضون فليوفه (٣) ويكون البيع لازما ، فان لم يكن له
 في ذلك المكان غير الذي باع ، فان شاء المشتري اخذ الأرض واسترجع
 فضل ماله ، وان شاء رد الأرض و اخذ المال كله ، الخبر . ولا بأس
 باشتغاله (٤) على حكم مخالف للقواعد (٥) لأن غاية الأمر على فرض عدم
 امكان ارجاعه (٦) اليها و مخالفة ظاهره للاجماع طرح (٧) ذيل الغير
 المسقط لصدره عن الاحتجاج ، خلافا (٨) للمحكى عن المبسوط

(١) يعني قال الامام ع : فان شاء المشتري امض البيع واسترجع
 من البائع التفاوت بين ثمن ثمن خمسة اجرية ، وبين ثمن عشر اجرية ، و اخذ
 الأرض ان لم يأخذها منه (٢) اي وان شاء المشتري فسخ البيع ورد
 المبيع و اخذ المال كله الذي هو الثمن (٣) اي فليوف البائع القدر
 الناقص الذي هو خمسة اجرية من الأرض المتصلة للأرض المشتراء (٤)
 الضمير يرجع الى خبر ابن حنظلة (٥) وانما كان ذيل الخبر مخالف
 للقواعد ، لأن البيع الذي ذكر في الخبر وقع على المبيع الشخصي ولم
 يقع على المبيع الكلى حتى يجوز تكميل الناقص من الأرض التي كانت في
 جنب الأرض المبيعة (٦) اي ارجاع ما ذكر في الخبر الى القواعد (٧)
 قوله (طرح) مضاف ، خبر (ان) ، (٨) يعني ان المحكى عن المبسوط
 في صورة تبّين النص في مختلف الأجزاء و هو عدم التقسيط ، مخالف
 لقول المصنف ، حيث قال : والأقوى فيه ما ذكر من التقسيط

و جميع من قال في الصورة الاولى (١) بعدم التقسط لما ذكر هناك (٢) من كون المبيع عينا خارجيا لا يزيد ولا ينقص ، لوجود الشرط وعدمه ، و الشرط التزام من البائع بكون تلك (٣) العين بذلك المقدار ، كما لو اشترط حمل الدابة او مال العبد ، فتبين عدمهما ، و زاد بعض هؤلاء ما (٤) فرق (٥) به في المبسوط بين الصورتين ، باّن (٦) الفائت هنا (٧) لا يعلم قسطه (٨) من الثمن ، لأن المبيع مختلف الأجزاء ، فلا يمكن قسمته (٩) على عدد الجريان (١٠) وفيه (١١) أن

(١) وهى صورة تبّين النقص فى متساوی الأجزاء (٢) اشارة الى الصورة الاولى (٣) اي و الشرط التزام من البائع ، مثلا بكون هذه الصورة عشرة اصوات (٤) قوله (ما) فى قوله (ما فرق) مفعول لقوله (زاد) (٥) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى صاحب المبسوط ، و يرجع الضمير فى قوله (به) الى (ما) ، (٦) قوله (باّن) متعلق بقوله (فرق) ، (٧) اشارة الى القسم الثاني ، اي الصورة الثانية (٨) الضمير يرجع الى الفائت (٩) اي قسم الثمن (١٠) و حاصل وجه ما فرق به ، انه فى صورة اختلاف الأجزاء لا يمكن ان يعلم اي مقدار من الثمن وقع بازاء الفائت ، لأن الفائت غير معلوم انه من قبيل اي جزء من اجزاء الأرض الموجودة ، مثلا اذا باع ارضا على اتها عشرة اجرية ، وفرض نقصانها عنها بجريبين ، و المفروض ان بعض تلك الأرض من السهل وبعضا من الحزن ، فلا يعلم ان الجريبين الفائتين من اي قسمين ، فلا يمكن التقسيط (١١) و حاصل قوله (وفيه) ، ان عدم معلومية قسطه ، الخ) ان عدم معلومية قسطه من الثمن لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم ، مثلا اذا ←

عدم معلومية قسطه (١) لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم ، فيمكن التخلص بصلاح او نحوه ، الا ان يدعى (٢) استلزم ذلك جهالة ثمن المبيع في ابتداء العقد ، مع عدم امكان العلم به (٣) عند الحاجة الى التقسيط ، وفيه (٤) منع عدم المعلومية

→ باع ارضا على انها عشرة اجرية ، وفرض نقصانها عنها بجريبين فـ ان عدم معلومية قسط الجريبين من الثمن لا يوجب عدم استحقاق المشتري للأرض الموجودة التي هي ثمانية اجرية ، ويمكن التخلص من حق المشتري من الثمن الذي هو مقابل الجريبين بالصلاح و نحوه (١) الضمير يرجع الى الفائت (٢) حاصل قوله (الا ان يدعى ، الخ) ان عدم معلومية قـ سـ طـ الفائـتـ منـ الثـمـنـ يـسـتـلـزـمـ جـهـالـةـ ثـمـنـ المـبـيـعـ فـيـ اـبـتـدـاءـ الـعـقـدـ ،ـ مـثـلاـ اـذـ باـعـ اـرـضـاـ عـلـىـ اـنـهـاـ عـشـرـةـ اـجـرـيـةـ ،ـ وـ فـرـضـ نـقـصـانـهـاـ عـنـهـاـ بـجـرـيـبـيـنـ ،ـ فـحـيـنـذـ لـمـ يـعـلـمـ حـيـنـ الـعـقـدـ اـنـ اـتـىـ مـقـدـارـ مـنـ الثـمـنـ مـقـابـلـ لـأـرـضـ الـمـوـجـوـدـةـ الـتـىـ هـىـ ثـمـانـيـةـ اـجـرـيـةـ ،ـ وـ لـاـ يـخـفـىـ ،ـ اـنـ الـمـصـنـفـ (رـهـ)ـ لـمـ يـتـعـرـضـ لـرـدـ قـوـلـهـ (اـلـاـ انـ يـدـعـىـ ،ـ الخـ)ـ وـ لـكـنـ الـمـنـاسـبـ اـنـ يـتـعـرـضـ لـرـدـ)ـ ،ـ باـنـ الـلـازـمـ لـيـسـ مـعـرـفـةـ مـاـ يـقـعـ شـمـنـاـ وـ شـمـنـاـ فـيـ الـوـاقـعـ ،ـ وـ اـنـماـ الـلـازـمـ مـعـرـفـةـ مـاـ يـقـعـ شـمـنـاـ وـ شـمـنـاـ حـيـنـ الـعـقـدـ بـحـسـبـ بـنـاءـ الـمـتـعـاـلـيـنـ ،ـ وـ هـىـ عـشـرـةـ اـجـرـيـةـ مـنـ الـأـرـضـ فـيـ مـقـابـلـ عـشـرـةـ دـنـانـيـرـ مـثـلاـ ،ـ فـلاـ جـهـالـةـ فـيـ شـئـ مـنـهـماـ حـيـنـ الـعـقـدـ (٣)ـ اـىـ مـعـ دـمـ اـمـكـانـ الـعـلـمـ بـثـمـنـ المـبـيـعـ الـمـوـجـوـدـ عـنـ الـحـاجـةـ إـلـىـ الـتـقـسـيـطـ (٤)ـ قـوـلـهـ (وـ فـيـهـ مـنـعـ دـمـ الـمـعـلـوـمـيـةـ ،ـ الخـ)ـ رـدـ عـلـىـ قـوـلـهـ (مـعـ دـمـ اـمـكـانـ الـعـلـمـ بـهـ ،ـ الخـ)ـ وـ حـاـصـلـ الرـدـ ،ـ اـنـ المـبـيـعـ بـحـسـبـ فـرـضـ الـمـتـعـاـلـيـنـ عـشـرـةـ اـجـرـيـةـ مـنـ الـأـرـضـ الـمـخـلـفـةـ الـأـجـزـاءـ بـالـسـهـوـلـةـ وـ الـحـزـوـنـةـ ،ـ وـ الـفـائـتـ →

لأن الفائت صفة (١) كون هذه الأرض المعينة المشخصة عشرة أجرية ، و يحصل فرضه (٢) وان كان المفروض مستحيل الواقع بتضاعف كل جزء من الأرض ، لأنّه معنى فرض نفس الخمسة عشرة ، وفرضه (٣) ايضا بصيغة ثلاثة منها ثمانية ، او اربعة تسعه ، او واحد ستة ، او غير ذلك ، وان كان ممكنا الا انه لا ينفع مع فرض تساوى قطاع الأرض (٤) ومع اختلافها (٥)

→ خمسة أجرية من الأرض التي تعينت بأنّها عشرة أجرية ، فكيف يستحيل تقوّمه ، لأن الفائت الذي هو خمسة أجرية جزء كون هذه الأرض المعينة المشخصة عشرة أجرية ، و يحصل فرضه بتضاعف كل جزء من الأرض لأنّه معنى فرض نفس الخمسة عشرة ، فحينئذ يمكن العلم بثمن المبيع الموجود عند تقسيط الثمن على الفائت (١) فالمراد من قوله (صفة) هو الجزء ، لأن المقصود فيما نحن فيه ان يفرض الفائت جزء لا وصفا (٢) اي و يحصل فرض كون هذه الأرض المعينة المشخصة عشرة أجرية بتضاعف كل جزء من الأرض (٣) الضمير يرجع الى قوله (كون هذه الأرض المعينة المشخصة عشرة أجرية) ، (٤) فلا يخفى ، أنّ مورد الاشكال صورة الاختلاف لا صورة التساوى ، لأنّ صورة التساوى لا اشكال فيها ، ولو لم يذكر صورة التساوى كان اولى (٥) و حاصل ما ذكره في الجواب بقوله (الا انّلا ينفع مع فرض تساوى قطاع الأرض ، ومع اختلافها ، الخ) انّ العلم بالثمن عند الحاجة الى تقسيط الثمن على الفائت في صورة الاختلاف ممكن ايضا لأنّه اذا رأى المبيع الموجودة انه مختلف من حيث السهولة والحرونة ، وفرض نقصانه ، فالعقدر الناقص ايضا يؤخذ بوصف الموجود ، مثلا اذا كان نصفه ناقصا يؤخذ ذلك مثل النصف الموجود بحسب القيمة والكيفية ←

فظاهر التزام كونها (١) عشرة مع رؤية قطاعها المختلفة ، او وصفها (٢) له يقضى بلزمون كون كل جزء منها ماضعاً على ما هو عليه من الصفات المرئية او الموصوفة ، ثم أن المحكى عن الشيخ العمل بدليل الرواية (٣) المذكورة ونفى عنه البعد في التذكرة ، معللاً بــان القطعة المجاورة للمبيع اقرب الى المثل من الأرش ، وفيه (٤) مع منع كون نحو الأرض (٥) مثلـياً آن (٦) الفائت لم يقع المعاوضة عليه في ابتداء العقد ، وقسطه (٧)

→ لأن المفروض أنه رأى هذا الموجود بهذه الكيفية و تخيل أنه غير ناقص ، فلو فرض ربع الموجود بوصف ، و ثلاثة ارباعه بوصف آخر يجعل الفائت ايضا كذلك وهذا (١) اى كون الأرض عشرة اجرية (٢) اى وصف البايع الأرض للمشتري (٣) فالمراد من (ذيل الرواية) هو قوله *ع*: الا ان يكون له الى جنب تلك الأرض ارضون ، فليوفه ، و يكون البيع لازما (٤) يرجع الضمير الى التعليل الذى ذكره في التذكرة (٥) انما منع كون نحو الأرض مثليا ، لأن ما لا تتساوى اجزائه لا يكون مثليا (٦) قوله (ان) مع اسمها و خبرها ، مبتدأ مؤخر ، و خبره قوله (فيه) يعني أن الفائت الذى هو الأجرة الخمسة الناقصة ، لم يقع المعاوضة عليه حين العقد حتى اذا فات ، يكون البايع ضامنا لمثله او قيمته ، و مقابل الفائت من الثمن باق في ملك المشتري (٧) الضمير يرجع الى الفائت

من الثمن باق في ملك المشتري ، وليس (١) مضمونا على البائع حتى يقدم مثله على قيمته ، واما الشيخ قدس سره ، فالظاهر استناده في ذلك الى الرواية (٢)

الثالث (٣) : ان يتبيّن الزيادة عما شرط على البائع ، فان دلت القرينة (٤) على ان المراد اشتراط بلوغه (٥) بهذا المقدار ، لا بشرط عدم

(١) اسم (ليس) مستتر يرجع الى الفائت (٢) فان الشيخ قدس سره استند في العمل المذكور الى الرواية ، ولم يذكر علة له حتى يكون مطابقا للقاعدة ، كما ذكر العلامة العلة في التذكرة حتى يكون مطابقا للقاعدة ، فلا يرد على ما ذكره الشيخ ما اورد المصنف على ما ذكره العلامة (٣) اي القسم الثالث من الأقسام الأربع ، ان يتبيّن الزيادة عما شرط على البائع في متساوي الأجزاء (٤) يعني فان دلت القرينة على ان المراد اشتراط بلوغ المبيع بهذا المقدار ، لا بشرط عدم الزيادة ، اي بالنسبة إلى وجود الشرط وعدمه ، مثلا قال : بعثتك هذه الصبرة على اتها عشرة اصوع ، فظهر انها احدى عشرة صاعا ، و دلت القرينة على ان المراد على اشتراط بلوغ الصبرة بهذا المقدار ، لا بشرط عدم الزيادة ، يعني سواء وجد الشرط الذي هو كونها عشرة اصوع ، او لم يوجد ، فالظاهر ان الكل للمشتري ولا خيار للبائع ، لانه اذا دلت القرينة على ان المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار ، لا بشرط عدم الزيادة (٥) الضمير يرجع الى المبيع

الزيادة ، فالظاهر أن الكل للمشتري ، ولا خيار (١) ، وان اريد ظاهره (٢) وهو كونه شرطا للبائع (٣) من حيث عدم الزيادة ، وعليه (٤) من حيث عدم النقيصة ، ففى كون (٥) الزيادة للبائع (٦) وتحير المشتري (٧) للشركة ، او تحير البائع (٨) بين الفسخ والاجازة لمجموع الشيئ

(١) اي ولا خيار للبائع ، لأن المبيع ذات الصبرة ، سواء زادت ام نقصت (٢) يرجع الضمير الى الشرط (٣) اي كونه شرطا لتفع البائع من حيث عدم الزيادة (٤) اي وعلى ضرر البائع من حيث عدم النقيصة (٥) قوله (ففي كون الزيادة) جواب شرط لـ (ان) ، (٦) فوجه كون الزيادة للبائع ان الجزء الزائد لا بد له من سبب مملوك فيه للمشتري ولا سبب هنا الا عقد البيع ، والمفروض ان المبيع هو المقدر بعشرين اصوات ، فالصاع الحادى عشر غير داخل فى المبيع ، فيكون الزائد باقيا فى ملك البائع (٧) ووجه تحير المشتري بين الامضاء والفسخ فى صورة كون الزيادة للبائع ، ان البائع والمشتري يكونان شريكين فى الصبرة التى ظهر انها احدى عشرة صاعا ، فيكون للمشتري الخيار للشركة ، كما اذا اشتري شيئا وظهر له شريك فى ذلك الشئ ، وهذا يسمى خيار الشركة (٨) وقوله (تحير البائع) عطف على قوله (كون الزيادة) ووجه تحير البائع بين الفسخ والاجازة لمجموع الشئ بالثمن ، ان المبيع هو العين الشخصية الموصوفة بكونها مقدارا مخصوصا بالثمن المعين وفوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونها مبيعا ، فيتحير البائع لفوات الوصف بين الفسخ والاجازة لمجموع المبيع بالثمن

(١) قوله (من مقتضى ما تقدّم ، الخ) بيان لقوله (كون الزيادة للبائع
الخ) ، (٢) يرجع الضمير الى المقدار المعين (٣) الضمير يرجع الى
المقدار المعين (٤) قوله (ان) مع اسمها و خبرها ، خبر لـ (ان) فى
قوله (من ان مقتضى) ، (٥) اشارة الى ان يتبيّن الزيادة عما شرط على
البائع (٦) قوله (و من الفرق بينهما ، الخ) بيان لقوله (تخير البائع بين
الفسخ والاجازة ، الخ) ، (٧) يرجع الضمير المثنى الى اشتراط عدم
الزيادة و منزلة الاستثناء (٨) الضمير يرجع الى الشرط (٩) اشارة الى
ان اشتراط عدم الزيادة شرط عرفا ، فيكون البائع مخيّرا بين الفسخ و
الاجازة لمجموع الشئ بالثمن (١٠) اي مضافا الى امكان الفرق بين الزيادة
و النقيصة بورود النص المتقدم في النقيصة ، حيث قال الامام عؑ (١) فان
شاء استرجع فضل ماله و اخذ الأرض ، و ان شاء رد المبيع و اخذ المال
كله (٢) فان الامام عؑ جعله من نقص الجزء ، لا من تخلف الشرط . فلو
لم يكن في النقيصة نص لقلنا ايضا فيها انه من تخلف الوصف (١١) حاصله
ان مقتضى القاعدة في تبيّن الزيادة و النقيصة كونهما من تخلف الوصف ←

من تخلف الوصف لا نقص الجزء او زيادته بورود النص المتقدم في النتيجة وتبقى الزيادة على مقتضى الضابطة ، ولذا (١) اختار الاحتمال الثاني (٢) بعض من قال : بالتقسيط في اطراف النتيجة ، وقد يحكي عن المبسوط القول بالبطلان هنا (٣) لأن البايع لم يقصد ببيع الزائد ، والمشتري لم يقصد شراء البعض ، وفيه تأمل (٤) الرابع (٥) : ان يتبيّن (٦) في مختلف الأجزاء ، وحكمه يعلم مما ذكرنا (٧)

→ لا من نقص الجزء او زيادته الا أن تبّين النتيجة خرج بالنص ويبقى تبّين الزيادة على مقتضى القاعدة (١) اشارة الى أن الفارق بين الزيادة والنتيجة هو النص ، وأن النتيجة خارجة عن القاعدة لأجل النص (٢) فالمراد من الاحتمال الثاني ، هو تخّير البايع بين الفسخ والاجازة لمجموع الشئ بالثمن (٣) اشارة الى تبّين الزيادة (٤) لعله اشارة الى أن البايع ان كان قاصدا لاستثناء الزائد بشرطه وان كان قاصدا للشرط فالمشتري ايضا قاصدا للاستثناء وقادرا للشرط ايضا ، فيحصل التطابق بين الايجاب والقبول وبين قصد هما ، لأن العقد قد جرى على المجموع غاية ما هناك انه قدّره بقدر معين ، فزاد عليه ولا دليل على قدح الزيادة في الصحة (٥) اي القسم الرابع من الأقسام الأربع (٦) اي ان يتبيّن الزيادة عما شرط على البايع في مختلف الأجزاء ، كما اذا باع ارضا على انها عشرة اجرية ، فظهر احد عشر جريبا (٧) فالمراد من قوله (ما ذكرنا) هو انه ان دلت القرينة على أن المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة ، فالظاهر ان الكل للمشتري ولا خيار ، وان اريد ظاهره ، ففي كون الزيادة للبايع او تخّير البايع بين الفسخ والاجازة ←

* * القول في حكم الشرط الفاسد *

الكلام فيه يقع في امور :

الأول (١) : إن الشرط الفاسد لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به ، بل هو داخل في الوعد ، فان كان العمل به مشروعًا (٢) استحب الوفاء (٣) به

→ لمجموع الشئ بالثمن وجهان ، الخ (١) اي الأمر الأول (٢) فلا يخفى ، ان العمل بالشرط الفاسد . قسمان ، احدهما : العمل به مشروع كشرط ترك تزوج امرأة اخرى على الزوجة في متن عقد النكاح ، او شرط ترك اتيان السرية عليها . فانهما شرطان فاسدان لكن العمل بهما مشروع كما في رواية ابن مسلم عن ابي جعفر * ع قال : قضى امير المؤمنين * ع * : في امرأة تزوجها رجل ، و شرط عليها وعلى اهليها ان تزوج عليها امرأة او هجرها او اتى عليها سرية . فهى طالق ، فقال : شرط الله قبل شرطكم ان شاء وفي بشرطه ، و ان شاء امسك امرأة و تزوج عليها و تسري و هجرها ان انت بسبب ذلك الخبر ، فان المراد بالشرط في الرواية ، هو ترك التزوج بأمرأة اخرى على الزوجة و ترك اتيان التسرى عليها و عدم هجرها و ثانيةما : العمل به غير مشروع و حرام ، كشرط شرب الخمر ، فان العمل بهذا الشرط الفاسد ، حرام (٣) انما استحب الوفاء بالشرط الفاسد لأجل ادلة الوفاء بالوعد ، اذا قلنا بعدم فساد اصل العقد ، اما اذا قلنا بفساد اصل العقد بسبب الشرط الفاسد ، فلا يستحب الوفاء به ، لانه اذا لا يبقى العقد لا يبقى الشرط حتى يستحب الوفاء به ، اورد الغروي (ره) على المصنف (ره) بقوله : و ما افاده قدس سره من التقييد بعدم كون الشرط الفاسد مفسدا ، فلا ارى لها وجهها و جيئها ، لأن فساد العقد يـ

على القول بعدم فساد اصل العقد ، ولا تأمل ايضا في أن الشرط الفاسد لأجل الجهالة (١) يفسد العقد لرجوع الجهالة فيه (٢) الى جهالة احد العرضين ، فيكون البيع غررا ، وكذا (٣) لو كان الاشتراط موجبا لمحدود وآخر في اصل البيع ، كاشتراط بيع المبيع من الباي ثانيا ، لأنّه موجب للدور او لعدم القصد (٤) الى البيع الأول ، او للتعبد (٥) من اجل الاجماع او النص ، وكاشتراط (٦) جعل الخشب المبيع صنما ، لأن المعاملة على هذا الوجه اكل للمال بالباطل (٧)

→ يوجب خروج الالتزام المحقق عن كونه شرطا لخروجه عن الضمنية ، لأن طبيعة الالتزام تنعدم بفساد العقد ، انتهى (١) كاشتراط عمل مجهول ، كما اذا قال : بعتك هذا الكتاب بدرهم بشرط ان تخيط لى ثوبها ، فإن الشرط حينئذ مجهول يؤثر في فساد العقد ، فإن وجوده يوجب غررية البيع (٢) يرجع الضمير الى الشرط (٣) اي وكذا لا تأمل ايضا في فساد العقد ، لو كان الاشتراط موجبا لمحدود وآخر في اصل البيع ، كاشتراط بيع المبيع من الباي ثانيا ، لأن وجوده يمنع عن وجود العقد ، لأنّه موجب للدور (٤) اي لا تأمل ايضا في فساد العقد في صورة اشتراط بيع المبيع من الباي ثانيا ، لأجل عدم قصد الباي الى البيع الأول (٥) يعني لا تأمل ايضا في فساد العقد في صورة بيع المبيع من الباي ثانيا ، لأجل التعبد من اجل الاجماع او النص (٦) قوله (كاشتراط جعل الخشب) عطف على قوله : كاشتراط بيع المبيع (٧) فإن تقريب كونه اكل للمال بالباطل ، ان الثمن انما هو بازاء مالية الخشب ، ولا مالية له الا بلحاظ ما فيه من المنافع ، فاذا حصر الباي ←

ولبعض الأخبار (١) وإنما الاشكال فيما كان فساده لا لأمر مخل (٢)
بالعقد ، فهل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد ، أم يبقى
العقد على الصحة ؟ قوله ، حكى أولاً (٣) عن الشيخ والاسكافى و
ابن البراج وابن سعيد ، وثانياًهما ، للعلامة والشهيدين

→ منفعته في المحرم ، انحصر ماليته في المحرم بحسب البنا ، فيكون
الثمن حينئذ بازاء المالية المحرمة وهي بمنزلة عدم المالية في نظر
الشارع ، فيكون البيع باطلًا ، فيكون الثمن بازائه أكلا للمال بالباطل
(١) فالمراد من بعض الأخبار ، هو ما تقدم في ج ١ ص ١٥٥ ، ١٥٦
بقوله : مثل مكاتبة ابن اذينة عن رجل له خشب ، فباعه ممن يتخذه
صلبانا ، قال : لا . ورواية عمرو بن الحريث ، عن التوت ابيعه ممن يصنع
الصلب او الصنم ، قال : لا (٢) يعني أن الشرط المخل بالعقد ، لا اشكال
ولا خلاف بين الشيخ و من تبعه ، والعامة و من تبعه ، كالشرط
المجهول ، فإنما الاشكال والخلاف في شرط لا يكون مخلا بالعقد ، كما
اذا قال : بعثتك هذا الكتاب بدرهم بشرط ان تشرب الخمر ، او قال : بعثتك
هذا الكتاب بدرهم ، بشرط ان تخيط قبائى ، ان جاء زيد ، فهل يكون مجرد
فساد الشرط موجبا لفساد العقد ، أم يبقى العقد على الصحة ؟ قوله
(٣) قال السيد والمأموني والشهيدى قدس سرهم : أن الظاهرين
هذا سهو من القلم ، اذ النسبة بعكس ما ذكره ، فإن الشيخ و من بعده
قائلون بعدم الافساد ، والعامة و من بعده ، قائلون بالافساد

والمحقق الثاني وجماعة ممن تبعهم، وظاهر ابن زهرة في الغنية التفصيل (١) بين الشرط الغير المقدور، كصيرونة الزرع سنبلة والبسر تمرا، وبين غيره من الشروط الفاسدة، فادعى في الأول، عدم الخلاف في الفساد والافساد، ومقتضى التأمل في كلامه، أن الوجه (٢) في ذلك صيرونة المبيع، غير مقدور على تسليمه، ولو صح ما ذكره من (٣) الوجه، خرج هذا القسم (٤) من الفاسد عن محل الخلاف، لرجوعه (٥) كالشرط المجهول إلى ما يجب اختلال بعض شروط العوضين، لكن صريح العلامة في التذكرة وقوع الخلاف في الشرط الغير المقدور، ومثل بالمثاليين المذكورين (٦) ونسب (٧) القول بصحة العقد إلى بعض علمائنا

(١) أى هذا التفصيل بين الشرط الغير المقدور، وبين غيره من الشروط الفاسدة، قول ثالث (٨) أن الوجه في عدم الخلاف في الأول الذي هو أن الشرط الغير المقدور، موجب لفساد العقد، أن الشرط في الحقيقة كالجزء من أحد العوضين، فإن غير مقدوريّة الشرط، يستلزم غير مقدوريّة أحد العوضين، فإذا كان الشرط غير مقدور، صار المبيع الذي هو أحد العوضين غير مقدور (٩) يعني لو صح ما ذكره ابن زهرة من الوجه خرج هذا القسم عن محل الخلاف، فيكون مما لا خلاف فيه من كونه موجباً لفساد العقد لرجوعه إلى اختلال بعض شروط العوضين، كالشرط المجهول . قوله (من الوجه) بيان لـ (ما)، (١٠) اشارة إلى الشرط الغير المقدور (١١) يرجع الضمير إلى الشرط الغير المقدور (١٢) أحد المثاليين صيرونة الزرع سنبلة ، وثانيهما : صيرونة البسر تمرا (١٣) أى نسب العلامة القول بصحة العقد في صورة كون الشرط ، غير مقدور إلى بعض العلماء

و الحق أن الشرط الغير المقدور من حيث هو غير مقدور لا يوجب تعذر التسليم في أحد العرضين، نعم لو اوجبه (١) فهو خارج عن محل النزاع كالشرط المجهول حيث يجب كون المشروط بيع الغرر، و ربما ينسب إلى ابن المتوج البحرياني ، التفصيل (٢) بين الفاسد ، لأجل عدم تعلق غرض مقصود للعقلاء به ، فلا يجب فساد العقد ، كأكل طعام بعينه أو لبس ثوب كذلك ، وبين غيره (٣) وقد تقدم (٤) في اشتراط كون الشرط مما يتعلق به غرض مقصود للعقلاء عن التذكرة وغيرها ، أن هذا الشرط لغو لا يؤثر الخيار ، والخلاف (٥) في أن اشتراط الكفر صحيح ، أم لا ، و عدم الخلاف (٦) ظاهرا في لغوية اشتراط كيل المسلم فيه بمكيال شخصى

(١) أي نعم لو اوجب الشرط الغير المقدور ، تعذر التسليم في أحد العرضين ، فهو خارج عن محل النزاع (٢) وهذا التفصيل الذي نسب إلى ابن المتوج ، قول رابع (٣) فالمراد من (الغير) في قوله (بين غيره) هو الشرط الفاسد الذي تعلق به غرض مقصود للعقلاء (٤) أي وقد تقدم أن هذا الشرط لغو لا يؤثر الخيار ، فإذا كان الشرط لغو لا يجب فساد العقد ، فلا يجب أيضا ثبوت الخيار (٥) و قوله (الخلاف) عطف على قوله (أن هذا الشرط) يعني تقدم الخلاف في أن اشتراط الكفر صحيح أم لا ، بقوله (ولو اشترط كون العبد كافرا ، ففي صحته أو لغويته قوله (أن للشيخ والحل ، الخ) ظاهر القولين التسالم على صحة العقد (٦) قوله (عدم الخلاف) أيضا عطف على قوله (أن هذا الشرط) فالظاهر من لغوية هذا الاشتراط التسالم على صحة العقد و فساد الشرط

معين، وظاهر ذلك (١) كله التسالم على صحة العقد ولو مع لغوية الشرط، ويعيد الاتفاق (٢) على عدم الفساد ، استدلال القائلين بالفساد ، بان للشرط قسطا من الثمن ، فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولا ، نعم (٣) استدال لهم الآخر على الافساد بعدم التراضي (٤)

(١) قوله (ذلك) اشارة الى (ان هذا الشرط لغو، الخ) والى (والخلاف في ان اشتراط الكفر صحيح ، ام لا) والى (وعدم الخلاف، الخ) يعني ظاهر العبارات الثلاثة التسالم على صحة العقد ولو مع لغوية الشرط (٢) اي يؤيد الاتفاق على عدم فساد العقد بفساد الشرط من جهة اللغة ، استدلال القائلين بالفساد ، بان للشرط قسطا من الثمن فيصير الثمن مع الشرط مجهولا ، وقد علم ان جهالة احد العوسيين يوجب فساد العقد ، وانما قال المصنف : ان هذا الاستدلال مؤيد للاتفاق على عدم فساد العقد ، لأن الشرط اذا كان لغو ، لم يكن له قسط من الثمن حتى في نظر هؤلاء القائلين بالافساد ، فحينئذ لا جهالة في الثمن بسبب هذا الشرط الفاسد ، فلا يوجب فساد العقد ، فيكون عدم فساد العقد بفساد الشرط من جهة اللغة اتفاقيا (٣) اي نعم يؤيد عموم محل النزاع والكلام لهذا الشرط اللغوي ، استدال لهم الآخر على الافساد بعدم التراضي مع انتفاء الشرط ، فاذا انتفى الشرط ، لم يتحقق التراضي بالعقد ، فعلى هذا يكون لغوية الشرط مفسدا للعقد من جهة عدم التراضي لأجل انتفاء الشرط (٤) قوله (بعدم التراضي) متعلق بقوله (استدال لهم)

مع انتفاء الشرط ، ر بما يؤيد (١) عموم محل الكلام لهذا الشرط (٢) الا ان الشهيدين من من استدلل بهذا الوجه (٣) وصرح بلغوية اشتراط الكفر ، والجهل بالعبادات بحيث يظهر منه صحة العقد (٤) فراجع ، وكيف كان فالقول بالصحة في اصل المسألة (٥) لا يخلو عن قوّة وفاقا لمن تقدم لعموم الأدلة (٦) السالم عن معارضه ما يخصّصه (٧) عدا وجود احدها : ما ذكره في المبسوط للمانعين (٨) من ان (٩) للشرط قسطا من

(١) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى الاستدلال (٢) اشارة الى كون الشرط لغوا (٣) فالمراد (بهذا الوجه) هو الاستدلال على الافساد بعدم التراضي مع انتفاء الشرط (٤) حاصل هذه العبارات المذكورة ، انه يظهر من الشهيدين صحة العقد مع لغوية الشرط ، كلغوية اشتراط الكفر ، واحتراط الجهل بالعبادات ، مع استدلالهما على الافساد بعدم التراضي مع انتفاء الشرط (٥) فالمراد من (اصل المسألة) هو ما تقدم في ص ٢٥٨ بقوله (فهل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد ، ام يبقى العقد على الصحة ؟ قوله) يعني فالقول بصحة العقد في اصل المسألة المذكورة ، لا يخلو عن قوّة وفاقا لمن تقدم من الشيخ والاسكافي وابن البراج وابن سعيد (٦) كعموم : اوفوا بالعقود ، فان كل واحد من العقد مع الشرط الفاسد والعقد مجرد عن الشرط الفاسد مصداق مستقل للعقد ، فيكون العقد صحيحا مع فساد شرطه ، لأجل عموم الأدلة (٧) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى (ما) و الضمير المفعول الى العموم (٨) اي للمانعين عن صحة العقد مع فساد الشرط (٩) قوله (من ان) بيان لـ (ما)

العوض مجهولا ، فإذا سقط لفساده ، صار العوض مجهولا (١) وفيه (٢)

(١) فلا يخفى ، أن هذا الاستدلال على عدم صحة العقد بفساد الشرط متضمن لا مور ثلاثة ، أحدها : أن الشرط قسط من العوض و مقابل ببعض أحد العوضين ، و ثانيها : أن هذا القسط المقابل ببعض أحد العوضين مجهول للمتعاقدين ، و ثالثها : أن اسقاط هذا القسط المقابل المجهول بسبب الفساد قادح ، فيكون العقد فاسدا بسبب الشرط الفاسد ، مثلاً إذا باعه ثوبا بأحد عشر درهما ، و اشترط البائع أن يعمل للمشتري صليباً فان الدرهم وقع في مقابل الثوب و عمل الصليب ، فإذا لم يعمل الصليب لأنّه غير مشروع ، سقط في مقابله شئ من الدرهم ، و عند ذلك لم يعلم قيمة الثوب ، و اجاب المصنف (ره) عن هذا الاستدلال الذي تضمن اموراً ثلاثة بعد النقض بالشرط الفاسد في النكاح بوجوه ثلاثة ، أحدها : أن الشرط ليس قسطاً من العوض و مقابل ببعض أحد العوضين ، لأن مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن و المثلمن فقط ، وهذا الوجه راجع إلى الأمر الأول ، و هو كون الشرط قسطاً من العوض ، و ثانيها : أنه مع تسليم أن الشرط قسط من العوضين و مقابل ببعض أحد العوضين لا نسلّم الجهة لانضباط النسبة عند العرف كما في باب العرش ، وهذا الوجه الثاني راجع إلى الأمر الثاني ، و هو كون هذا القسط مجهولاً للمتعاقدين و ثالثها : أن الجهة الطاربة ليست قادحة ، و أنما القادح هو الجهل به عند انشاء العقد ، وهذا الوجه الثالث راجع إلى الأمر الثالث ، وهو اسقاط هذا القسط بسبب الفساد قادح (٢) الضمير يرجع إلى الاستدلال الذي ذكره بقوله (أحدها : ما ذكره ، الخ) قوله (فيه) خبره

بعد النقض بالشرط الفاسد في النكاح الذي يكون بمنزلة جزء من الصداق فيجب على هذا سقوط المسمى (١) والرجوع إلى مهر المثل، أولاً : منع مقابلة الشرط (٢) بشئ من العوضين عرفاً ولا شرعاً ، لأنّ مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن والمثمن ، غاية الأمر كون الشرط قيـداً لا أحد هما يكون له (٣) دخل في زيادة العوض ونقصانه ، والشرع لم يحكم على هذا العقد الاّ با مضائه على النحو الواقع عليه (٤) فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين ، ولذا (٥) لم يكن في فقده الاّ الخيار بين الفسخ والامضاء مجاناً ، كما عرفت

→ لمبدأ مؤخر و هو قوله (منع) ، (١) مثلاً اذا تزوج امرأة بخمسين ديناراً و اشترطت عليه في متن عقد النكاح ان يجعل لها العنبر خمراً فأنّ الصداق حينئذ امран ، احد هما : خمسون ديناراً ، و ثانيهما : جعل العنبر خمراً ، فإذا سقط الشرط لأجل فساده ، فيكون المهر مجبراً ولا فيجب على هذا سقوط المسمى والرجوع إلى مهر المثل ، و الحال لم يقل احد بهذه ، فيصبح النكاح ، فيجب ثبوت المسمى (٢) يعني منع مقابلة الشرط بشئ من العوضين ، لأنّ الشرط ليس قسطاً من العوضين عرفاً و شرعاً ، ولا مقابلاً بشئ من العوضين ، لأنّ مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن والمثمن فقط (٣) يرجع الضمير إلى الشرط (٤) فالمراد من النحو الواقع عليه ، هو وقوع المعاوضة بين الثمن والمثمن وعدم مقابلة الشرط بجزء من العوضين (٥) ولأجل انه ليس في مقابل الشرط جزء من العوضين ، لم يكن في فقد الشرط الصحيح الاّ الخيار بين الفسخ والامضاء مجاناً

و ثانياً (١) : منع جهالة ما بازاء الشرط من العوض ، اذ ليس العوض المنضم الى الشرط ، و المجرد عنه الا كالمتصف بوصف الصحة ، و المجرد عنه في كون التفاوت بينهما مضبوطا في العرف ، ولذا (٢) حكم العلامة فيما تقدم بوجوب الأرش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحة بيع المملوك و بلزوم قيمة الصبغ (٣) المشروط في بيع الثوب

(١) قوله (ثانياً) عطف على قوله (أولاً) اي وفيه ثانياً منع جهالة ما بازاء الشرط من العوض ، يعني مع فرض تسليم أن الشرط قسط من العوضين و مقابل بشئ من العوضين ، نمنع الجهالة لانضباط النسبة عند العرف ، اذ ليس العوض المنضم الى الشرط ، و المجرد عنه الا كالمتصف بوصف الصحة ، و المجرد عنه في كون التفاوت بينهما مضبوطا في العرف (٢) اشارة الى عدم جهالة ما بازاء الشرط من العوض ، اي لأجل عدم جهالة ما بازاء الشرط من العوض ، حكم العلامة بوجوب الأرش لو لم يتحقق العتق المشروط في بيع المملوك ، كما اذا باع عبدا بشرط ان يعتقد المشتري ، فاذ لم يعتقد ، كان على المشتري الأرش ، و هو التفاوت بين قيمة العبد الذى بيع بيعا مطلقا ، و بين قيمة العبد الذى بيع بشرط العتق (٣) قوله (بلزوم قيمة الصبغ) عطف على قوله (بوجوب الأرش) يعني ولذا حكم العلامة بلزوم قيمة الصبغ المشروط في بيع الثوب ، مثلا اذا باع ثوبا و شرط البائع على نفسه ان يصبغه ، ثم لم يصبغه ، فحينئذ للمشتري ان يأخذ من البائع قيمة الصبغ

وثالثاً (١) : منع كون الجهة الطارئة على العوض قادحة ، إنما القادح هو الجهل به (٢) عند إنشاء العقد

الثاني (٣) : إن التراضي إنما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص فإذا تعددت الخصوصية ، لم يبق التراضي ، لانتفاء المقيد (٤) بانتفاء القيد ، وعدم بقاء الجنس (٥) مع ارتفاع الفصل ، فالمعاوضة بين الثمن

(١) قوله (وثالثاً) عطف على قوله (أولاً) أى وفيه ثالثاً منع كون الجهة الطارئة ، يعني مع فرض تسليم الجهة ، إن الجهة طارئة ونحن نمنع كون الجهة الطارئة على العوض قادحة ، إنما القادح هو الجهل به عند إنشاء العقد ، بحيث لا يعلم أن العوض الذي يقع عليه العقد ماذا (٢) يرجع الضمير إلى العوض (٣) أى الوجه الثاني من الوجوه التي ذكرت للمانعين عن صحة العقد بفساد الشرط ، إن التراضي إنما وقع على العقد المقيد على الشرط ، فإذا تعدد الشرط لأجل الفساد ، لم يبق التراضي لانتفاء العقد المقيد بانتفاء القيد ، وربما يقال : إن العقد مقيد بحسب إنشاء ، لأن الشرط قيد ، والمقيد ينتفي بانتفاء قيده ، فلا اختصاص الأشكال بخصوص الرضا (٤) فالمراد من المقيد ، هو العقد ، ومن القيد هو الشرط ، يعني أن المرضى به هو المقيد مع القيد ، فإذا انتفى المقيد بانتفاء القيد ، فلا يبقى المرضى به (٥) يعني بعبارة أخرى ، إن التجارة والمعاوضة المؤثرة و الصحيحة هو المركب من العقد والتراضي فإن العقد بمنزلة الجنس ، والترتضى بمنزلة الفصل ، فإذا ارتفع الفصل ارتفع الجنس ، فالمعاوضة و التجارة بين الثمن والثمن مع الشرط الفاسد ارتفعت لأجل عدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل ، والمعاوضة ←

والمثمن بدون الشرط معاوضة أخرى محتاجة إلى تراضٍ جديد وانشاءٍ
جديد ، وبدونه (١) يكون التصرف أكلاً للمال ، لا عن تراضٍ ، وفيه
(٢) منع كون ارتباط الشرط (٣) بالعقد على وجه يحوج انتفائه إلى
معاوضة جديدة عن تراضٍ جديد ، ومجرد الارتباط لا يقتضي ذلك (٤)

→ بين الثمن والمثمن بدون الشرط معاوضة أخرى محتاجة إلى تراضٍ
جديد وانشاءٍ جديد (١) أي وبدون تراضٍ جديد وانشاءٍ جديد يكون
التصرف أكلاً للمال ، لا عن تراضٍ (٢) الضمير يرجع إلى الوجه الثاني
(٣) يعني نمنع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفاءً الارتباط
المذكور إلى معاوضة جديدة ، لأن العرف يرى أن العقد الواحد للقيد
والفائد للقيد متهدان ، لا متغايران ، ويرى أيضاً أن المعقود عليه و
المرتضى به موجود فلا حاجة إلى تجديد المعاوضة بين الثمن والمثمن
بدون الشرط عن تراضٍ جديد ، وبعبارة أخرى ، أن القيد يعني الشرط
في المبيع المطلوب ، قد يكون ركناً ومقوماً للمبيع المطلوب ، كما لو قال :
بعتك هذا الحيوان على أنه ناطق ، فإذاً هو ناهق ، فإن العرف يحكم
بانتفاء المبيع لانتفاء النطق ، فلا يقوم الحمار مقام العبد ، وقد لا يكون
ركناً ومقوماً ، كما لو قال : بعتك هذا العبد على أنه صحيح ، والحال أنه
معيوب ، فإن العرف يحكم بأن العبد نفس المطلوب وإن لم يكن صحيحاً
فيقوم العبد الغير الصحيح ، مقام العبد الصحيح ، ومن هذا القبيل
انتفاء الشرط ، فإن انتفائه لا يوجب بطلان العقد (٤) أي ومجرد ارتباط
الشرط بالعقد ، لا يقتضي الانتفاء عند الانتفاء حتى يحتاج إلى معاوضة
جديدة وتراضٍ جديد ، كما إذا تبيّن نقص أحد العوضين ، فإنه →

كما اذا تبّين نقص احد العوضين ، او انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع كالكتابة والصحة والشروط الفاسدة في عقد النكاح (١) فانه لا خلاف نصاً وفتوى في عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه ، وقد تقدم (٢) ان ظاهرهم في الشرط الغير المقصود للعقلاء في السلم وغيره عدم فساد العقد به ، و تقدم (٣) ايضاً ان ظاهرهم ان الشرط الغير المذكور في العقد لا حكم له صحيحاً كان او فاسداً ، و دعوى (٤) ان الأصل في الارتباط ، هو انتفاء الشئ بانتفاء ما ارتبط به

→ اذا اشتري احد عشر منا من الحنطة باحد عشر درهما ، فظاهر ان ثلاثة امان منه راجع الى الغير ، لا يستلزم ذلك بطلان البيع (١) مثلاً اذا تزوج امرأة بسبعين ديناراً ، و شرطت عليه ان يجعل لها العنبر خمراً ، فانه لا خلاف في عدم فساد النكاح بمجرد فساد الشرط (٢) اي تقدم في ص ١١٧ بقوله : وقد صرّح جماعة ، بأن اشتراط الكيل او الوزن بمكيال معين او ميزان معين من افراد المتعارف لغو ، سواء في السلم وغيره (٣) اي تقدم ايضاً في ص ١٩٥ بقوله : فلو تواطياً عليه قبله ، لم يكفل ذلك في التزام المشروط عليه به على المشهور (٤) وهم ودفع ، اما الوهم ، فان ارتباط القيد و المقيد على قسمين ، احدهما : ان فقد القيد يوجب فقد المقيد ، كما اذا قال : بعتك هذا الحيوان على انه ناطق ، فظاهرناهقا ، و ثانيهما : ان انتفاء القيد لا يوجب انتفاء المقيد كالشروط الفاسدة في عقد النكاح وكالشرط الغير المقصود للعقلاء وغيرهما ، فالاصل في الارتباط هو كونه من القسم الأول ، لأن مجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد كالشروط الفاسدة في عقد النكاح وغيرها ←

و مجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد (١) لأجل الدليل لا يوجد - بـ (٢)
التعدي ، مدفوعة (٣) بـ أن المقصود من بيان الأمثلة (٤) أنه لا يستحيل
التفكيك بين الشرط والعقد ، وأنه (٥) ليس التصرف المترتب على العقد
بعد انتفاء ما ارتبط به في الموارد المذكورة تصرفا (٦) لا عن تراض ، جوزه
الشارع تعبدًا وقهرًا على المتعاقدين (٧) فما هو التوجيه (٨) في

هذه الأمثلة ، هو التوجيه فيما نحن فيه ، ولذا اعترف في جامع المقاصد
بيان في الفرق بين الشرط الفاسد والجزء الفاسد عسرا (١) والحاصل
(٢) أنه يكفي للمستدل بالعمومات ، منع كون الارتباط مقتضيا لكون
العقد بدون الشرط ، تجارة ، لا عن تراض ، مستندا إلى النقض بهذه
الموارد ، وحل ذلك (٣) أن القيود المأخوذة في المطلوبات العرفية

(١) يعني اذا لم يكن العقد فاسدا بفساد جزءه ، لم يكن فاسدا بفساد شرطه ، فان في الفرق بينهما عسرا (٢) اى الحال ، ان القائل بفساد العقد مع فساد شرطه ، استدل بان الارتباط بين العقد والشرط يقتضي كون العقد بدون الشرط ، تجارة ، لا عن تراض ، فيكون العقد مع فساد الشرط فاسدا ، و المستدل بالعمومات لصحة العقد مع فساد الشرط منع كون الارتباط مقتضايا لكون العقد بدون الشرط ، تجارة ، لاعن تراض ، في حال كون هذا المستدل مستندا في المنع المذكور الى النقض بهذه الموارد ، مثل الشروط الفاسدة في عقد النكاح ، و الشرط الغير المقصود للعقلاء ، و الشرط الغير المذكور في متن العقد (٣) اى حل الاشكال الذي هو الارتباط بين العقد و الشرط مقتضايا لكون العقد بدون الشرط ، تجارة ، لا عن تراض ، ان القيود المأخوذة في المطلوبات العرفية ، كاتيان تتن الشطب ، لا الأصرف الصالح للنارجيل ، و المطلوبات الشرعية ، كالغسل بالماء للزيادة ، لا التيمم ، منها ما هو ركن المطلوب كما اذا باع ذهبا ، ظهر نحاسا ، ومنها ما ليس ركنا ، كما اذا باع العبد على انه صحيح ، ظهر معينا ، فان العرف يحكم في المورد الأول بانتفاء المطلوب بانتفاء الشرط ، فيبطل العقد ، و انه يحكم في ←

و الشرعية ، منها (١) ما هو ركن المطلوب ، كون المبیع حیوانا ناطقا ، لا ناهقا ، و كون مطلوب المولى اتیان تتن الشطب ، لا الأصرف الصالح للنارجيل (٢) و مطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة ، لأجل التنظيف فاًن العرف يحكم في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود ، فلا يقوم الحمار مقام العبد ، ولا الأصرف مقام التتن ، ولا التیم مقام الغسل و منها (٣) : ما ليس كذلك ، كون العبد صحيحا و التتن جيّدا ، و الغسل بماء الفرات ، فاًن العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد (٤) نفس المطلوب ، والظاهر أن الشرط (٥) من هذا القبيل ، لا من قبيل الأول (٦) فلا يعد التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفا لا عن تراض ، نعم (٧) غایة الأمر ، ان

→ المورد الثاني بعدم انتفاء المطلوب بانتفاء الشرط ، و بان الفاقد نفس المطلوب ، فلا يبطل العقد (٨) الضمير يرجع الى القيود (٩) قال في المنجد : (النارجيلة) لآلة يدخل بها التنبك ، والعامة تقول : اركية (١٠) يرجع الضمير الى القيود (١١) اي المبیع الفاقد للوصف ، يعني ان العرف يحكم في هذه الموارد ، ان المبیع الفاقد للوصف نفس المطلوب (١٢) اي و الظاهر ، ان الشرط من هذا القبيل ، اي ان الشرط ليس ركنا للمطلوب (١٣) وهو ان يكون الشرط ركنا للمطلوب (١٤) يعني نعم ، اذا قلنا بصحة العقد مع الشرط الفاسد ، لا يبقى العقد على لزومه ، لأن فوات الشرط يوجب الخيار لو كان المشروط له جاهاً بفساد الشرط نظير فوات الجزء الصحيح ، كما اذا اشتري صبرة على انها ثلاثة منا ، فظهر عشرون ، و نظير فوات الشرط الصحيح ، كما اذا اشتري ←

فوات القيد هنا (١) موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلا بالفساد نظير فوات الجزء والشرط الصحيحين، ولا مانع (٢) من التزامه (٣) وإن لم يظهر منه (٤) اثر في كلام القائلين بهذا القول (٥)

الثالث (٦) : رواية عبد الملك ابن عتبة (٧) عن الرضا^ع ، عن الرجل

عبد على أنه كاتب، فظهر غير كاتب، فـ فوات الجزء الصحيح والشرط الصحيح، يوجبان الخيار (١) إشارة إلى الشرط الفاسد (٢) أي ولا مانع من التزام الخيار في العقد في صورة كون الشرط فاسدا ، وإن لم يظهر من الخيار اثر في كلام القائلين بالقول بصحمة العقد مع فساد شرطه، قال السيد (ره) في ص ١٣٨ قوله (وإن لم يظهر منه اثر، الخ) أقول : في الجواهر بعد بيان عدم كون الشرط الفاسد مفسدا ، قال : بل اقصاه ثبوت الخيار للتضرر، ولا بأس بالتزامه هنا مع الجهل بالفساد ، بل لعل القائلين ببطلان الشرط خاصة ، يلتزمون بذلك ، وإن يصرحوا به ولعله لمعلوميته ، انتهى ، أي انتهى ما ذكره في الجواهر (٣) الضمير يرجع إلى الخيار (٤) مرجع الضمير هو الخيار (٥) إشارة إلى القول بصحمة العقد مع فساد الشرط (٦) أي الوجه الثالث من الوجوه التي استدلوا بها على فساد العقد بفساد شرطه رواية عبد الملك (٧) في الوسائل ، ج ١٢ ص ٤٠٩ عن عبد الملك بن عتبة ، قال سئلت أبا الحسن موسى^ع عن الرجل ابتاع منه طعاما أو ابتاع منه متاعا على أن ليس على منه وضيعة ، هل يستقيم هذا وكيف يستقيم وجه ذلك ؟ قال : لا ينبغي ، فلا يخفى أن الشيخ ذكر ، أن الرواية المذكورة عن الرضا^ع ، والحال أنه ذكر في الوسائل ، أن الرواية المذكورة — ن ←

ابتاع (١) منه طعاما او متابعا على ان ليس منه على وضعية (٢) هل يستقيم هذا ، وكيف هنا ، وما حد ذلك ؟ قال : لا ينبغي ، والظاهر (٣) ان المراد ، الحرمة لا الكراهة ، كما في المختلف ، اذ مع صحة العقد (٤)

→ ابى الحسن موسى * ع * ويحتمل ان يكون رواية عبد الملك بن عتبة اثنين ، احد يهما عن ابى الحسن موسى * ع * ، وثانىهما عن الرضا * ع *

(١) قوله (ابتاع) هو المتكلم وحدة (٢) قال في المجمع : (الوضعية) الخسارة والنقيصة ، يعني ان المشتري شرط على البائع ان خسارة المتابع على البائع عند بيع المشتري المتابع بثمن ادنى من الثمن الذى اشتراه به ، لا على المشتري (٣) يعني ان الظاهر من قوله * ع * لا ينبغي هي الحرمة ، لا الكراهة ، و المراد من الحرمة ، هي الحرمة الوضعية ، اعني فساد العقد ، فيدل قوله (لا ينبغي) على فساد العقد المشتمل على الشرط المذكور ، فحينئذ تدل الرواية على ان فساد الشرط موجب لفساد العقد (٤) يعني لو كان المراد من قوله (لا ينبغي) هي الكراهة ، يكون العقد صحيحا ، ومع صحة العقد لا يكون مكروها ، فلا بد من ارجاع الكراهة الى الوفاء بالشرط المذكور في الرواية ، فحينئذ لا وجه لکراهة الوفاء بالشرط المذكور ايضا لما تقدم من استحباب الوفاء به لو كان العمل به مشروع على القول بصحبة العقد المشروط به ، والدليل على عدم كراهة الوفاء بالشرط واستحباب الوفاء به ان كان العمل به مشروع على القول بصحبة العقد المشروط به ، قول امير المؤمنين * ع * : (ان شاء وفـى بشرطه) في رواية ابن مسلم عن ابى جعفر * ع * ، قال : قضى امير المؤمنين * ع * في امرأة تزوجها رجل وشرط عليها وعلى اهلها ان تـزوج ←

لا وجه لكرامة الوفاء بالوعد (١) ورواية الحسين ابن المنذر (٢) قال : قلت لأبي عبد الله ع : الرجل يجيئني ، فيطلب مني العينة (٣) فاشترى المتعال لأجله ، ثم ابى عليه آياه ، ثم اشتريه منه مكانى (٤) قال : فقال : اذا كان هو (٥) بالخيار ، ان شاء باع ، وان شاء لم يبع ، وكنت انت ايضا بال الخيار ان شئت اشتريت ، وان شئت لم تشتري ، فلا بأس (٦)

→ عليها او هجرها او اتى عليها سرقة ، فهو طالق ، فقال ع * : شرط الله قبل شرطكم ، ان شاء وفي بشرطه ، الخ ، فراجع ص ١٢٣ فاذا لم يكن وجه لكرامة الوفاء ، فلابد ان يراد من قوله (لا ينبغي) الحرمة الوضعية ، اعني الفساد ، فعلى هذا رواية عبد الملك تدل على ان الشرط الفاسد ، مفسد للعقد (١) فالمراد من الوعد ، هو الشرط المذكور في رواية عبد الملك (٢) رواية الحسين ابن المنذر ، عطف على رواية عبد الملك (٣) قال في المجمع : (العينة) بالكسر وقد جاء في الحديث ذكرها ، واختلف في تفسيرها ، فقال ابن ادريس في السرائر : العينة معناها في الشريعة ، هو ان يشتري سلعة بثمن مؤجل ، ثم يبعها بدون ذلك الثمن نقدا ، ليقضى دينا عليه ، الى ان قال : مأخذ ذلك من العين ، وهو النقد الحاضر ، انتهى (٤) مثلا باع زيد متعالا للرجل الذي يطلب العينة بتسعين دينارا مؤجلا ، ثم اشتري زيد المتعال المذكور من الرجل الطالب بسبعين دينارا نقدا ، وفائدة هذا العمل هو الفرار من الربا في القرض (٥) يرجع الضمير الى الرجل الطالب (٦) فموضع الشاهد في الرواية ، قوله (ابى عليه آياه ، ثم اشتريه منه مكانى) لأن اشتراه المتعال من اجل المشتري غير دخيل فيما هو المقصود من الفرار ←

قال (١) : فقلت : إن أهل المسجد (٢) يزعمون أن هذا فاسد ، ويقولون أنه ان جاء به (٣) بعد اشهر ، صح ، قال (٤) : إنما هذا تقديم (٥) وتأخير ، لا بأس ، فآن مفهومه (٦) ثبوت البأس اذا لم يكونا او احدهما

→ من الريا في القرض ، إنما ذلك لعدم فعالية المتابع عنده ، فاحتاج إلى الشراء حتى يبيع إلى طالب العينية ، ثم يشتري منه ، فحاصل الرواية أن البايع والمشترى أن كانوا مختارين في ترك المعاملة وعدمه ، فلا بأس في صحة البيع الأول ، وكذا في صحة البيع الثاني ، وإن لم يكونا مختارين في تركها وعدمها ، ففي صحة البيع الأول بأس ، لأجل فساد الشرط ، لأنّه لم يكن فساده الا من جهة الشرط الفاسد ، وهو اشتراط البيع الثاني في متن بيع الأول ، وفي صحة البيع الثاني أيضا بأس (١) اى قال الحسين بن المنذر (٢) فالمراد من (أهل المسجد) هم علماء العامة ، فأنهم يجلسون في المسجد ويفتون الناس ويزعمون أن هذا فاسد ، ويقولون : أنه ان كان اشتراط البايع المتابع المذكور بعد اشهر صح (٣) يرجع الضمير إلى اشتراط البايع المتابع ثانيا (٤) اى قال الإمام ع (٥) يعني إنما هذا الشراء الثاني تقديم ، ان كان في المكان المذكور الذي ذكره بقوله (في مكاني) ، وتأخير ، ان كان بعد اشهر لا بأس لأن الشراء الثاني ان صح في الثاني ، صح في الأول ايضا ، وإن لم يصح في الأول ، لم يصح في الثاني ايضا ، فلا معنى لصحة الثاني وبطلان الأول ، كما يزعمون (٦) اى مفهوم قول الإمام ع حيث قال : اذا كان هو بالخيار ، ان شاء باع ، الخ) يعني مفهومه ثبوت البأس في البيع الأول لأنّه مقيد بالشرط الفاسد ، فيكون باطلأ لأجل فساد شرطه ، وكذا في ←

مختاراً في ترك المعاملة الثانية ، وعدم الاختيار في تركها (١) إنما يتحقق باشتراط فعلها (٢) في ضمن العقد الأول ، والا فلا يلزم (٣) عليها (٤) فيصير الحال ، انه اذا باعه (٥) بشرط ان يبيعه منه او يشريه منه ، لم يصح البيع الأول (٦) فكذا الثاني

→ البيع الثاني ، لأن صحته متوقفة على صحة البيع الأول ، او يكون مفهومه ثبوت الأساس في البيع الثاني ، لأجل فساد البيع الأول اذا لم يكونا او احدهما مختاراً في ترك المعاملة الثانية (١) الضمير يرجع الى المعاملة الثانية (٢) مرجع الضمير ، هي المعاملة الثانية ، يعني عدم الاختيار في ترك المعاملة الثانية ، إنما يتحقق باشتراط فعل المعاملة الثانية في ضمن العقد الأول ، وان لم يتحقق عدم الاختيار باشتراط فعلها في العقد الأول ، فلا يلزم كل واحد منها على المعاملة الثانية (٣) قوله (لا يلزم) فعل مضارع مجھول من باب الافعال (٤) الضمير يرجع الى المعاملة الثانية (٥) اذا باعه بشرط ان يبيع المشتري المtau من البائع ، او بشرط ان يشتري البائع من المشتري ، لم يصح البيع الأول (٦) ، يعني يحتمل ان يكون متعلق الأساس في قوله (فإن مفهومه ثبوت الأساس) هو البيع الأول ، اي ثبوت الأساس في البيع الأول ، فحينئذ اذا شرط ان يبيعه منه او يشريه منه ، ففي البيع الأول بأس ، اي لم يصح البيع الأول ، لانه مقيد بالشرط الفاسد ، فيكون البيع الأول فاسداً أصل فساد شرطه ، فكذا لم يصح البيع الثاني ، لأن صحته متوقفة على صحة البيع الأول ، فإذا لم يصح الأول ، لم يصح الثاني مع انه اذا بطل البيع الأول ، لم ينتقل المtau الى المشتري حتى يملكه ويكون بيعه صحيحاً

او لم يصح الثاني (١) لأجل فساد الأول ، اذ لا مفسد له غيره ، ورواية على ابن جعفر (٢) عن أخيه * ع * ، قال : سئلته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم الى أجل ، ثم اشتراه بخمسة نقداً ، أي حل ؟ قال : اذا لم يشترطاً ورضاها ، فلا بأس (٣) ودلالتها اوضح من الاولى ، والجواب اما عن الاولى (٤) فبظاهره لا ينبغي * في الكراهة ، ولا مانع من كراهة البيع على هذا النحو ، لأن البيع صحيح غير مكروه ، والوفاء بالشرط مكروه ، واما عن الروايتين (٥) فاولاً ، بآن الظاهر من الروايتين بقرينة حكاية فتوى اهل المسجد (٦) على خلاف قول الامام * ع * في الرواية

(١) يعني يحتمل ان يكون متعلق البأس في قوله (فإن مفهومه ثبوت البأس) هو البيع الثاني ، اي ثبوت البأس في البيع الثاني ، فحيئذ اذا شرط ان يبيعه منه او يشتريه منه ، ففي البيع الثاني بأس ، اي لم يصح البيع الثاني لأجل فساد الأول ، لأن صحة الثاني متوقفة على صحة الأول ، فعلى كل واحد من الاحتمالين تدل الرواية على ان الشرط الفاسد موجب لفساد العقد (٢) رواية على ابن جعفر ، عطف على قوله (رواية عبد الملك) ، (٣) ومفهومه انهما اذا شرطاً ورضاها ، ففيه بأس (٤) اي عن رواية عبد الملك (٥) يعني ولا مانع من ان يكون البيع صحيحاً و مكروهاً في صورة شرط عدم الضيعة على المشتري (٦) يعني ، واما الجواب عن الروايتين ، احدهما : رواية الحسين ابن المنذر ، وثانيهما : رواية على ابن جعفر ، فاولاً ، بآن الظاهر من الروايتين هو رجوع البأس في المفهوم الى شراء المتعاقدين المشتري (٧) انما كانت حكاية فتوى اهل المسجد ، قرينة على رجوع البأس في المفهوم الى الشراء ، لأنهم ←

الاولى ، هو رجوع البأس فى المفهوم الى الشراء (١) ولا ينحصر وجہه فساده فى فساد البيع ، لاحتمال (٢) ان يكون من جهة عدم الاختيار فيه (٣) الناشئ عن التزامه (٤) فى خارج العقد الأول ، فاًن العرف لا يفرقون فى الزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين وقوع الشرط فى متن العقد ، او فى الخارج ، فاذا التزم به (٥) احدهما فى خارج العقد الأول ، كان وقوعه (٦) للزومه عليه عرفا ، فيقع لا عن رضا منه ، فيفسد (٧) وثانياً (٨) : باًن غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه

→ يذعمون ، اّن شراء المتاع من المشتري فى المكان ، باطل ، على خلاف قول الامام ظاعن ، فيكون رجوع عدم البأس فى المنطق ، والبأس فى المفهوم الى شراء البائع المتاع من المشتري (١) فالمراد من الشراء هو شراء البائع المتاع ثانياً من المشتري (٢) قوله (لامحتمال ان يكون الخ) علة لقوله (ولا ينحصر وجہه فساده فى فساد البيع الأول) (٣) اي ان يكون فساد الشرط من جهة عدم الاختيار فى البيع الثانى (٤) اي التزام المشروط عليه بالبيع الثانى فى خارج العقد الأول (٥) الضمير يرجع الى الشرط (٦) اي وقوع الشرط (٧) وحاصل الوجه الذى احتملـه المصنف (ره) فى اقتضاء فساد الشرط ، فساد البيع الثانى من جهة عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه فى خارج العقد الأول ، اّن العـرف لا يفرقون فى الزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين وقوع الشرط فى متن العقد ، او فى خارجه ، فلو صدر البيع الثانى بتوهם اللزوم ، كان صادرًا عن غير طيب النفس ، وصار العقد الثانى مكرها عليه ، فيكون فاسداً لأجل عدم طيب النفس (٨) قوله (ثانياً) عطف على قوله (أولاً) يعني ←

بيعه (١) عليه ثانيا ، وهو (٢) مما لا خلاف فيه حتى ممّن قال : بعدم فساد العقد بفساد شرطه ، كالشيخ في المبسوط ، فلا يتعدى منه (٣) إلى غيره ، فلعل البطلان فيه (٤) للزوم الدور ، كما ذكره العلامة ، أو لعدم قصد البيع ، كما ذكره الشهيد قدس سره ، أو لغير ذلك (٥) بل التحقيق ، أن مسألة : اشتراط بيع المبيع ، خارجة عما نحن فيه (٦) لأن الفساد ليس لأجل كون نفس الشرط فاسدا ، لأن (٧) ليس مخالفًا لكتاب و السنة ، ولا منافيا لمقتضى العقد ، بل الفساد في أصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه (٨) لا لفساد ما اشترط ، وقد اشرنا إلى

→ وأما الجواب عن الروايتين فثانيا ، بأن غاية مدلول الرواية فساد البيع الذي يشترط فيه بيع المشتري المبيع على البايع ثانيا ، لأن فساد هذا البيع الأول ليس لأجل فساد شرطه حتى يقال : أن الرواية تدل أن الشرط الفاسد مفسد للعقد ، ولعل بطلان هذا البيع ، للزوم الدور ، أو لعدم قصد البيع الأول ، أو لغيرهما ، بل اشتراط بيع المشتري المبيع على البايع ثانيا ، خارج عن مسألة أن الشرط الفاسد مفسد للعقد أم لا ، لأن فساد البيع الأول فيما نحن فيه مما لا خلاف فيه (١) أي بيع المشتري المبيع على البايع ثانيا (٢) يرجع الضمير إلى فساد البيع المذكور (٣) أي فلا يتعدى من مدلول الرواية إلى غيره (٤) أي في البيع المشروط فيه بيعه عليه ثانيا (٥) أو لغير ذلك ، أي أو للتعبد من أجل الاجماع أو النص (٦) فما نحن فيه ، هل أن الشرط الفاسد مفسد للعقد ، أم لا (٧) الضمير يرجع إلى اشتراط بيع المبيع (٨) أي بل الفساد في أصل البيع الأول ، لأجل نفس هذا الاشتراط ، وبعبارة ←

ذلك في أول المسألة (١) ولعله لما ذكرنا (٢) لم يستند اليها (٣) أحد في مسئلتنا هذه ، والحاصل (٤) أنّى لم أجد لتخصيص العمومات في هذه المسألة ما يطمئن به النفس ، ويدل على الصحة (٥) أيضا جملة من

→ أخرى ، أن اشتراط بيع المبيع على البايع ثانيا ليس شرطا فاسدا حتى يقال : أن هذا الشرط فاسد ، موجب لفساد البيع الأول ، بل فساد البيع الأول لأجل كون البيع مشروطا بعدم مثل هذا الشرط فيه وإن كان هذا الشرط صحيحا في حد نفسه ، لأن محل الكلام ما إذا كان الشرط فاسدا في نفسه ، وهذا الشرط صحيح من حيث هو ، نعم بعد فساد البيع الأول يفسد الشرط لأجل تبعيته للبيع الأول (١) لعل المراد من قوله (وقد اشرنا الى ذلك في أول المسألة) هو ما تقدم في ص ٢٥٨ بقوله (وإنما الاشكال فيما كان فساده ، لا لأمر مخل بالعقد) فأن اشتراط بيع المبيع على البايع ثانيا ، امر مخل بالعقد (٢) فالمراد من قوله (ما ذكرنا) هو أن مسألة اشتراط بيع المبيع ثانيا على البايع خارجة عما نحن فيه (٣) الضمير يرجع إلى الرواية ، يعني لعله لما ذكرنا لم يستند إلى الرواية أحد من الفقهاء في مسئلتنا هذه ، وهي مسألة : أن الشرط الفاسد مفسد للعقد ، أم لا (٤) والحال ، أن العمومات مثل : أوفوا بالعقود ، واحل الله البيع ، شامل لجميع العقود حتى للعقد الذي كان شرطه فاسدا ، يعني أن صحة العقد مع فساد شرطه كان من افراد العمومات ، فالوجوه التي تقدمت ، ليست صالحة لتخصيص العمومات حتى تخرج هذه المسألة عنها (٥) أي ويدل على صحة العقد مع فساد شرطه ، جملة من الاخبار

الأخبار، منها : ما عن المشايخ الثلاثة (١) في الصحيح عن الحلبى عن الصادق * ع ، انه (٢) ذكر أن بريدة كانت عند زوج لها وهى مملوكة فاشترتها عائشة ، فاعتقتها ، فخيرها (٣) رسول الله * ص ، فقال : ان شائت (٤) قعدت عند زوجها ، وان شائت فارقته (٥) وكان مواليهما الذين باعوها اشترطوا (٦) على عائشة ، ان لهم ولائها (٧) فقال * ص : الولاء لمن اعتق (٨) وحملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف

(١) وهم الصدوقي والكليني والطوسى قدس سرّهم (٢) اي ان الصادق * ع ذكر أن بريدة ، الخ (٣) يرجع الضمير المفعول الى بريدة (٤) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى بريدة (٥) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى بريدة ، والضمير المفعول الى الزوج (٦) اي اشتراط موالى بريدة فى البيع على عائشة ، ان لهم ولائها (٧) قال فى الروضة : (الولاء) بفتح الواو ، واصله القراءة الدنو ، و المراد هنا قرب احد شخصين فصاعدا الى آخر على وجه يوجب الارث بغير نسب ولا زوجية ، و اقسامه ثلاثة كما سبق : ولاء العتق وضمان الجريمة والامامة ، و يرث المعتق عتيقه اذا تبرع بعتقه ولم يتبرع المعتق من ضمان جريمهته عند العتق مقارنا له لا بعده على الأقوى ، ولم يخلف العتيق وارثا له مناسبا ، انتهى (٨) و الحال ، ان هذا الخبر يدل على ان اشتراط الموالى على ان لهم الولاء ، فاسد ، لأن الولاء لعائشة التي اعترضها ، لأن قال * ص : الولاء لمن اعتق ، فعلى هذا يكون بيع الموالى بريدة من عائشة صحيحا مع فساد شرطه ، لأن هذا الشرط لنقل الارث عن الوارث الى الغير ، فان وارث بريدة هي عائشة التي اعتذرها

لتعليق فساده (١) في هذه الرواية ، اشارة^٢ (٢) وفي غيرها (٣) صراحة بكونه (٤) مخالفًا للكتاب والسنة ، فالانصاف ، أن الرواية في غاية الظهور (٥) و منها : مرسلة جميل ، وصحيحة الحلبى ، الاولى (٦) عن أحد هما (٧) في الرجل يشتري الجارية ويشترط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب

(١) الضمير يرجع إلى الشرط (٢) يعني حمل الرواية التي ذكر فيها أن الشرط الفاسد ليس مفسدا للعقد ، على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليق فساده في هذه الرواية ، اشارة^٣ ، أما تعليلاً فساده في هذه الرواية ، اشارة^٤ ، فإن قوله *ص^٤ : (الولاء لمن اعتق) مع كونه بياناً لحكم كلّى اشارة ، إلى أن هذا الشرط مخالف للكتاب والسنة ، لأن شرط انتقال الارث عن الوارث إلى غيره مخالف لهما ، وأما تعليلاً فساده في غير هذه الرواية ، صراحة^٥ ، فهو قوله *ص^٤ ، (قضاء الله أحق وشرطه أوثق) حيث قال *ص^٤ في حكاية بريدة لما اشتريها عائشة واشترط مواليمها عليها ولائها: ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل ، فهو باطل قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولااء لمن اعتق (٣) الضمير يرجع إلى هذه الرواية (٤) قوله (بكونه) متعلق بقوله (تعليق فساده) ، (٥) فالانصاف ، أن هذه الرواية في غاية الظهور على صحة العقد مع فساد شرطه (٦) فالمراد من الاولى هي مرسلة جميل (٧) اي الباقر او الصادق عليهما السلام

ولا يورث (١) قال : يفى (٢) بذلك اذا اشترط لهم الا الميراث

(١) فلا يخفى ، آن في الرواية بعد قوله (لا يهب) احتمالات ثلاثة احدها : ان يكون (لاتورث) بالبناء للمفعول ، وثانيةها : ان يكون (لا يورث) بالبناء للفاعل من باب التفعيل ، وثالثها : ان يكون (لا يرث) بالبناء للفاعل من باب حسب يحسب ، ك (وفِيقَ يَفِقُ) وك (وَرِمَ يَرِمُ) فيكون المعنى على الأول : آن الرجل يشترط لأهلهما ان لا يرثها ورثته بعد موته لتكون بعد موته حرّة ، و يؤيد الأول رواية صفوان عن ابن سنان ، قال : سئلت ابا عبد الله ع عن الشرط في الاماء ، لتابع ولا توهب ، قال : يجوز ذلك غير الميراث ، فانهـ تورث ، لأنـ كلـ شـرـطـ خـالـفـ الـكتـابـ ، باطل فراجع الى الوسائل ، ج ١٢ ص ٣٥٣ ، ويكون على الثاني : آن الرجل يشترط لأهلهما ان لا يورث الجارية بعد موته حتى يرثها ورثته ، فلا يخفى آن المعنى على الأول وعلى الثاني يرجع الى معنى واحد ، وهو ان لا يرث الجارية ورثته بعد موته ، ويكون المعنى على الثالث : آن الرجل يشترط لأهلهما انهـ اذا اعـتـقـ الجـارـيـةـ وـمـاتـتـ لـاـ يـرـثـهاـ ، فـالـاحـتمـالـ الثـالـثـ ضـعـيفـ ، فـحـيـنـتـ هـذـهـ الرـوـاـيـةـ عـلـىـ الـاحـتمـالـ الـأـوـلـ وـالـثـانـيـ ، تـدلـ عـلـىـ بـطـلـانـ شـرـطـ عـدـمـ الـأـرـثـ ، لأنـ الـأـمـةـ بـعـدـ مـوـتـ مـوـلـيـهـاـ تـكـوـنـ مـاـ تـرـكـهـ الـمـيـتـ وـيـرـثـهـ وـرـثـةـ الـمـوـلـىـ ، فـشـرـطـ عـدـمـ كـوـنـهـاـ مـيـرـاثـاـ لـلـوـرـثـةـ مـخـالـفـ لـلـكـتـابـ وـالـسـنـةـ ، فـيـكـونـ فـاسـداـ ، فـشـرـطـ عـدـمـ الـبـيـعـ وـعـدـمـ الـهـبـةـ وـعـدـمـ الـأـرـثـ فـيـ عـقـدـ وـاحـدـ مـعـ صـحـةـ الـأـوـلـيـنـ ، وـفـسـادـ الـثـالـثـ ، يـدـلـ عـلـىـ آنـ العـقـدـ صـحـيـحـ مـعـ فـسـادـ شـرـطـ عـدـمـ الـأـرـثـ (٢) اـيـ قـالـ الـأـمـامـ عـ : يـفـىـ المشـتـرـىـ بـهـذـاـ الشـرـطـ وـهـوـعـدـ الـبـيـعـ وـعـدـمـ الـهـبـةـ اـذـاـ اـشـتـرـطـ لـأـهـلـ

فإن الحكم بوجوب الوفاء بالأولين، دون الثالث، مع اشتراط الجميع في العقد لا يكون إلا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه، ولو قلنا (١) بمقالة المشهور من فساد اشتراط عدم البيع والهبة حتى أنه حكم عن كاشف الرموز، أنى لم أجد عاملاً بهذه الرواية، كان (٢) الأمر بالوفاء، محمولاً على الاستحباب، ويتم المطلوب (٣) أيضاً، ويكون (٤) استثناءً شرط

→ الجارية الذين باعواها (١) وهم دفع، أما الوهم، فإن المشهورون باعتبار شرط عدم البيع وعدم الهبة، ف تكون الرواية ساقطة حتى حكم عن كاشف الرموز، أنى لم أجد عاملاً بهذه الرواية، وأما الدفع فإنه لو قلنا بمقالة المشهور بفساد اشتراط عدم البيع وعدم الهبة، كان الأمر بالوفاء، محمولاً على الاستحباب، فمع فساد شرط عدم البيع وعدم الهبة يكون الوفاء بهما مستحبًا ويتم المطلوب أيضًا، فهو صحة البيع مع فساد شرطه (٢) قوله (كان) جواب شرط لـ (لو)، (٣) فالمراد بالمطلوب هو صحة العقد مع فساد شرطه، فوجه تمامية المطلوب، أن استحباب الوفاء بالشرط، إنما هو دخوله في الوعد، وقد تقدم أن الوعد لا يبقى إلا مع صحة العقد (٤) وهم دفع، أما الوهم، فإنه إذا كان كل واحد من شرط عدم البيع وعدم الهبة وعدم الارث باطلًا، فلمذا فرق الإمام ع بين شرط عدم البيع وعدم الهبة، وبين شرط عدم الارث، فابطل الثالث، وقرر الأولين ولو استحباباً، وأما الدفع، فإن الملك في الارث قهري للوارث، فلا معنى لاستحباب أن لا يعطي الارث، لأن الارث ليس في اختيار المستتر، حتى يقال: أنه باختياره يورث أو لا يورث بخلاف الشرطين الأولين، فإن فيهما معنى الاستحباب، فيستحب ←

الاـرث ، لـاـنـ الـمـلـكـ فـيـهـ قـهـرـيـ لـلـوـارـثـ ، لـاـ مـعـنـىـ لـاـسـتـحـبـابـ وـفـاءـ المـشـرـىـ
بـهـ ، مـعـ آـنـ تـحـقـقـ الـاجـمـاعـ عـلـىـ بـطـلـانـ شـرـطـ عـدـمـ الـبـيعـ وـالـهـبـةـ ، مـنـوـعـ
كـمـ لـاـ يـخـفـىـ ، وـالـثـانـيـةـ (١) عـنـ اـبـىـ عـبـدـ اللـهـ ؓ عـ) عـنـ الشـرـطـ فـىـ الـامـاءـ
لـاـ تـبـاعـ وـلـاـ تـورـثـ وـلـاـ تـوـهـبـ ، قـالـ : يـجـوزـ ذـلـكـ (٢) غـيرـ الـمـيرـاثـ ، فـاـنـهـاـ
(٣) تـورـثـ وـكـلـ شـرـطـ خـالـفـ كـتـابـ اللـهـ ، فـهـوـ رـدـ ، الـخـبـرـ ، فـاـنـ قـولـهـ (٤)
فـاـنـهـاـ تـورـثـ ، يـدـلـلـ عـلـىـ بـقـاءـ الـبـيعـ الذـىـ شـرـطـ فـيـهـ اـنـ لـاـ تـورـثـ ، عـلـىـ الصـحـةـ
بـلـ يـمـكـنـ (٥) اـنـ يـسـتـفـادـ مـنـ قـولـهـ ، بـعـدـ ذـلـكـ : كـلـ شـرـطـ خـالـفـ كـتـابـ اللـهـ
عـزـ وـجـلـ ، فـهـوـ رـدـ ، اـىـ لـاـ يـعـملـ بـهـ اـنـ (٦) جـمـيـعـ مـاـ وـرـدـ فـيـ بـطـلـانـ
الـشـرـوـطـ الـمـخـالـفـةـ لـكـتـابـ اللـهـ جـلـ ذـكـرـهـ يـرـادـ بـهـاـ (٧) عـدـمـ الـعـلـمـ بـالـشـرـطـ

→ على الرجل المشترى أن لا يبيع ولا يهب، لأن البيع وعدم البيع، والهبة وعدم الهبة في اختياره (١) فالمراد من الثانية، هي صحيحة الحلبي، ومن الأولى، مرسلة جميل (٢) أى قال الإمام ع يجوز شرط عدم البيع والهبة، غير شرط عدم الميراث، فآن الاماء تورث لأنها بعد موت المولى تكون من جملة تركه الميت وتكون ميراثا للورثة (٣) يرجع الضمير إلى الاماء (٤) فآن قوله: فأنها تورث، يدل على بقاء البيع على الصحة مع فساد شرط ان لا تورث (٥) أى بل يمكن ان يستفاد من قوله: كل شرط خالف كتاب الله عز وجل، فهو رد، آن جميع ما ورد في بطلان الشروط المخالفة لكتاب الله جل ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط لا بطلان اصل البيع (٦) قوله (آن) مع اسمها وخبرها، نائب الفاعل قوله (يستفاد)، (٧) الضمير يرجع إلى الشروط

لا بطلان اصل البيع، و يؤيده (١) ما ورد في بطلان الشروط الفاسدة في ضمن عقد النكاح ، وقد يستدل على الصحة ، باـن صحة الشرط فرع على صحة البيع، فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفا على صحة الشرط ، لزم الدور، وفيه (٢) ما لا يخفى ، والانصاف، آن المسئلة في غاية الاشكال ولذا (٣) توقف فيها (٤) بعض تبعا للمحقق قدس سره ، ثم على تقدير صحة العقد ، ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله (٥) بفساد الشرط

(١) اي يؤيد ما ذكرناه من آن العقد صحيح مع فساد شرطه ، ما ورد في بطلان الشروط الفاسدة في ضمن عقد النكاح مع الحكم بصحة عقد النكاح لعل نظره قدس سره في ذلك الى الرواية المتقدمة في ص ١٢٣ عن ابن مسلم عن ابى جعفر ع قال : قضى امير المؤمنين ع في امرئة تزوجها رجل شرط عليها وعلى اهلها ، الخ ، والى الرواية المتقدمة في ص ١٢٢ عن محمد بن قيس عن ابى جعفر ع فيمن تزوج امرئة و اشترطت عليه آن بيدها الجماع والطلاق ، الخ ، والى غيرهما (٢) اي (وفيه ما لا يخفى) لأن صحة البيع ليست متوقفة على صحة الشرط، بل صحة البيع متوقفة على عدم مفسد له ، و صحة الشرط ايضا ليس متوقفة على صحة البيع بل صحة الشرط متوقفة على عدم كونه مخالفًا لكتاب و السنة ، وعدم كونه مخالفًا لمقتضى العقد وغير ذلك ، فلا دور (٣) فأجل كون المسئلة في غاية الاشكال ، توقف فيها بعض تبعا للمتحقق (٤) يرجع الضمير الى المسئلة ، وهى آن العقد مع فساد الشرط صحيح ، ام لا (٥) لعل المراد في التقييد بالجهل ، انه لا يكون له الخيار مع العلم بفساد الشرط ، لأن قاعدة الضرر لا تجرى هنا لصدق الاقدام عليه

وجه (١) من حيث كونه في حكم تخلف الشرط الصحيح ، فـأـنـ الـمانـعـ
الـشـرـعـيـ (٢) كالـعـقـلـىـ ، فيـدـلـ عـلـيـ (٣) ما يـدـلـ عـلـىـ خـيـارـ تـخـلـفـ الشـرـطـ
وـلـافـرقـ فـىـ الجـهـلـ المـعـتـبـرـ فـىـ الـخـيـارـ بـيـنـ كـوـنـهـ بـالـمـوـضـوـعـ (٤) اوـ بـالـحـكـمـ
الـشـرـعـيـ ، وـلـذـاـ يـعـذـرـ الـجـاهـلـ بـثـبـوتـ الـخـيـارـ اوـ بـغـورـيـتـهـ ، وـلـكـنـ يـشـكـلـ (٥)
بـاـنـ الـعـمـدـةـ فـىـ خـيـارـ تـخـلـفـ الشـرـطـ هـوـ الـاجـمـاعـ ، وـاـدـلـةـ نـفـيـ الـضـرـرـ قـدـ
تـقـدـمـ غـيرـ مـرـةـ اـنـهـاـ (٦) لـاتـصـلـحـ لـتأـسـيـسـ الـحـكـمـ الشـرـعـيـ اـذـاـ لمـ يـعـتـضـدـ
بـعـملـ جـمـاعـةـ ، لـاـنـ الـمـعـلـومـ اـجـمـالـاـ ، اـنـهـ لـوـعـلـ بـعـمـومـهـاـ (٧)

(١) قوله (وجه) مبتدأ مؤخر ، لخبر مقدم و هو قوله (ففي ثبوت الخيار) ، (٢) فلا يخفى ، أن المانع عن الوصول إلى غرضه المعاملة بالاشترط ، تارة : واقعى قهرى ، كتعذر الشرط ، و أخرى : اختيارى كتختلف المشروط عليه عن العمل بالشرط ، و ثالثة : شرعى ، كحكم الشارع بفساد الشرط ، فالأول مانع عقلى ، وكذلك الثاني ، و الثالث مانع شرعى (٣) يرجع الضمير إلى ثبوت الخيار مع الجهل بفساد الشرط (٤) أي فلا فرق في الجهل المعتبر في الخيار ، بين كونه بالموضع كما أنه لا يعلم أن هذا الشرط فاسد ، أم لا ، أو بالحكم كما أنه يعلم أن هذا الشرط فاسد ولا يعلم أن فساد الشرط موجب للخيار ، أم لا (٥) أي ولكن يشكل الحكم بثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط ، باً العمدة في خيار تخلف الشرط ، هو الاجماع و ادلة نفيضرر ، أمما الاجماع فهو هنا غير محقق ، و أمما ادلة نفيضرر ، فقد تقدم غير مرّة أنها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعي ، اذا لم يعتمد بعمل جماعة (٦) يرجع الضمير إلى ادلة نفيضرر (٧) أي لوعمل بعموم ادلة نفيضرر ، لزم منه تأسيس فقه

→ جدید (١) الضمير يرجع الى العمل بعمومها (٢) كما لو استأجر دارا الى مدة مجهولة مع عدم علمهما بفساد هذه الاجارة ، و خربت الدار ، فآن المستأجر لا يضمن قيمة الدار ، فلا يجري هنا ادلة نفي الضرر وكذا لو شرطا في عقد الاجارة ضمانها ، فسد العقد لفساد الشرط من حيث مخالفته للمشروع ، و مقتضى الاجارة كما في الروضة ، فلا يضمن المستأجر قيمة الدار ايضا لو خربت الدار ، ولا يجري هنا ايضا ادلة نفي الضرر (٣) قوله (مع آن مقتضى تلك ، الخ) اشكال آخر على دلالة ادلة نفي الضرر على الخيار في المقام مع جعله بفساد الشرط ، يعني مقتضى تلك الأدلة نفي الضرر الناشئ عن قصور ، فلا تشمل لنفي الضرر الناشئ عن تقصير (٤) اي وان قام الدليل في بعض المقامات على التسوية بين القاصر والمقصّر ، كما في مورد الجهل بالقصر والاتمام ، والجهل رو الاختات ، وقال بعض الأجلة : لعل من جملة تلك المقامات خيار الغبن فالمراد من (المقام) هو جهل المشتري بالفساد مع فرض صحة ← (٥)

وان كان يسبق خلافه (١) في بادي الانظار
 الثاني (٢) : لو اسقط (٣) المشروط له الشرط الفاسد على القول ب fasade
 لم يصح بذلك (٤) العقد (٥) لانعقاده (٦) بينهما على الفساد ، فلا
 ينفع اسقاط المفسد ، و يحتمل الصحة (٧) بناء على ان التراضي انما حصل
 على العقد المجرد عن الشرط ، فيكون كتراضيهما عليه حال العقد ، وفيه
 (٨) ان التراضي انما ينفع اذا وقع عليه (٩) العقد ، او لحق العقد
 السابق ، كما في بيع المكره والفضولي ، واما اذا طرء الرضا (١٠) على غير

→ العقد ، قال المصنف (ره) في ما تقدم في ص ٢٨٦ بقوله (ففي ثبوت
 الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط، وجه) وقال هنا (فالأقوى في
 المقام عدم الخيار)، (١) الضمير يرجع إلى عدم الخيار (٢) أي الأمر
 الثاني من الأمور المتعلقة بالشرط الفاسد (٣) ليس المراد من الاسقاط
 ما هو ظاهر من كون المورد قابلا للسقوط، فاته مختص بالحقوق، بل
 المراد من الاسقاط ، هو الرضا المتجدد بالعقد المجرد عن الشرط
 الفاسد (٤) اشارة إلى اسقاط الشرط الفاسد (٥) قوله (العقد) فاعل
 لقوله (لم يصح)، (٦) الضمير يرجع إلى العقد (٧) ويحتمل صحة العقد
 بعد اسقاط الشرط الفاسد ، بناء على ان التراضي بعد اسقاط الشرط
 الفاسد ، حصل على العقد المجرد عن الشرط الفاسد (٨) وفيه ان
 التراضي انما ينفع في صحة العقد اذا وقع عليه العقد ، كما في بيع
 المالك الغير المكره ، او لحق التراضي العقد السابق ، كما في بيع المكره
 والفضولي (٩) يرجع الضمير إلى التراضي (١٠) يعني واما اذا طرء
 الرضا على غير ما وقع عليه العقد ، فلا ينفع ، لأن ما وقع عليه العقد ←

ما وقع عليه العقد ، فلا ينفع ، لأن متعلق الرضا لم يعقد عليه ، و متعلق العقد لم يرض به ، و يظهر من بعض مواضع التذكرة ، التردد (١) فى الفساد بعد اسقاط الشرط ، قال (٢) : يشترط فى العمل المشروط على البائع ان يكون محللا ، فلو اشتري العنب على شرط ان يعصره البائع خمرا ، لم يصح الشرط ، والبيع (٣) على اشكال ينشأ من جواز (٤) اسقاط المشتري الشرط عن البائع و الرضا به (٥) خاليا عنه (٦) وهو المانع من صحة البيع و من اقتران البيع (٧) بالمبطل ، وبالجملة ، فهل يتمثل اقتران مثل هذا الشرط بطلان (٨) البيع من اصله بحيث لو رضى صاحبه

→ هي المعاوضة مع الشرط الفاسد ، و الرضا طرء على المعاوضة المجردة عن الشرط الفاسد ، فمتعلق الرضا ، وهي المعاوضة المجردة لم يقع عليه العقد ، و متعلق العقد وهي المعاوضة مع الشرط الفاسد لم يرض به (١) اي يظهر التردد فى فساد العقد بعد اسقاط المشروط له الشرط الفاسد من بعض مواضع التذكرة (٢) اي قال العلامة (ره) ، (٣) اي عدم صحة البيع مطلقا ، اي سواء اسقط الشرط بعد البيع ، ام لا ، على اشكال (٤) قوله (من جواز اسقاط المشتري ، الخ) وجه لصحة البيع ، و الحال ، انه ينشأ احد طرفى الاشكال و هو الصحة من جواز الاسقاط و ينشأ طرفه الآخر و هو عدم الصحة من اقتران البيع بالمبطل (٥) يرجع الضمير الى البيع (٦) الضمير فى قوله (عنده) و (هو) يرجع الى الشرط (٧) قوله (و من اقتران البيع بالمبطل) وجه لعدم صحة البيع (٨) قوله (بطلان) مفعول لقوله (يتمثل)

بأساطه لا يرجع البيع صحيحاً ، او ايقاف البيع (١) بدونه ، فان لم يرض بدونه بطل ، والا صَحْ ، انتهى . ولا يعرف وجه (٢) لما ذكره من احتمال الا يقاف

الثالث (٣) : لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظاً ولم يذكر في العقد فهل يبطل العقد بذلك (٤) بناءً على أن الشرط الفاسد مفسد له ام لا؟ وجهان ، بل قولان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد ، فان قلنا : بأنه لا حكم له (٥) كما هو ظاهر المشهور ، وقد تقدم في الشروط ، لم يفسد (٦) والا فسد (٧) ويظهر من المسالك هنا قول ثالث ، قال (٨) في

(١) ، (ايقاف البيع) عطف على (بطلان البيع) يعني او يثمر اقتران مثل هذا الشرط ايقاف البيع بدون الشرط ، فان لم يرض المشروط له بالبيع بدون الشرط ، بطل ، وان رضى بالبيع بدون الشرط ، صَحْ (٢) اى ولم يعرف وجه معتَد به لما ذكره من احتمال الا يقاف ، لكن وجه بطلان البيع من اصله واضح ، لأن متعلق الرضا لم يعقد عليه ، و متعلق العقد لم يرض به (٣) اى الأمر الثالث من الامور المتعلقة بالشرط الفاسد (٤) اشارة الى ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظاً (٥) يرجع الضمير الى ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظاً (٦) الضمير المستتر يرجع الى العقد (٧) والحاصل ، دوران الصحة و البطلان مدار القول بتأثير الشرط المتقدم الغير المذكور في متن العقد ، و عدمه ، فان قلنا : بالأول فسد العقد ، لأنَّه مثل الشرط الفاسد المذكور في متن العقد ، و ان قلنا : بالثاني ، لم يفسد ، لأنَّ الشرط الغير المذكور في متن العقد لا حكم له (٨) يعني قال الشهيد الثاني (ره) : المراد باشتراط بيع المبيع من ←

مسئلة اشتراط بيع المبيع من البايع : المراد باشتراط ذلك شرطه فى متن العقد ، فلو كان فى انفسهما ذلك ولم يشترطاه ، لم يضرّ ، ولو شرطاه قبل العقد لفظاً ، فان كانوا يعلمون بــ الشرط المتقدم لا حكم له فلا اثر له (١) والا (٢) اتجه بطلان العقد ، كما لو ذكراه فى متنه لأنــهما (٣) لم يقدمــا الا على الشرط ، ولم يتمــ (٤) لهما ، فيبطل العقد انتهى (٥)

→ البايع شرطه فى متن العقد ، فحينئذ يكون العقد باطلاً ، فلو كان فى انفسهما بيع المبيع من البايع ولم يشترطاه فى متن العقد ، لم يضرّ ويصحّ العقد . قوله (ولو شرطاه قبل العقد لفظاً ، الخ) يعني انــ ابتناء صحة العقد وفساده على العلم بفساد الشرط المتقدم وعلى الجهلــ بفساده ، فيصبح العقد فى الأول ، ويفسد فى الثاني ، نظراً الى انه مع علمه بفساد الشرط المتقدم ، لا يوقع العقد مبنيــاً على الشرط ، فــلــذا يصح العقد ، ومع جــهــله بالفساد يوقع العقد مبنيــاً عليه ، فيفسد العقد لــتقــيــد العقد لــبــا بالشرط الفاسد (١) قوله (فلا اثر له) جواب شرطــلــ(انــ)

اــى فلا اثر للشرط الفاسد المتقدم قبل العقد ، فــصح البيع (٢) اــى وانــ لم يعلــما ، بــانــ الشرط المتقدم لا حــكم له ، اــتجــه بــطلــان العــقد ، فهو كما لو ذــكرــاه فى مــتن العــقد (٣) قوله (لــأنــهما) عــلة لــبطــلان العــقد ، اــى لــأنــهما لم يقدمــا على العــقد الاــ على الشرــط معــه (٤) الضــمير المستــتر يرجع الى الشرــط (٥) اــى اــنتــهى ما ذــكرــ فى المســالــك ، فالظــاهر منه التــفصــيل بين عــلمــهما ، بــانــ الشرــط المتــقدم لا حــكم له ، وبين عدم عــلمــهما ، فالعقد فى الأول ليس باطلاً ، وفي الثاني كان باطلاً

وفي (١) باب المراقبة (٢) بعد ذكر المحقق في المسألة المذكورة (٣)
 انه (٤) لو كان من قصد هما ذلك (٥) ولم يشترطاه لفظا ، كره ، قال في
 المسالك : اى لم يشترطاه (٦) في نفس العقد ، فلا عبرة بشرطه قبله
 نعم (٧) لو توهם لزوم ذلك او نسى ذكره فيه مع ذكره قبله ، اتجه الفساد
 انتهى (٨) ثم حكى (٩) اعتراضا على المحقق قدس سره ، وجوابا عنه
 بقوله : قيل عليه (١٠) ان مخالفة القصد لللفظ تقتضي بطلان العقد ، لأن

(١) اى قال صاحب المسالك في باب المراقبة (٢) فلا يخفى ، أن العقد
 باعتبار الاخبار برأس المال وعدمه ، اربعة اقسام ، لأنه اما ان يخبر به
 أولاً ، والثاني : المساومة ، وهي افضل اقسامه ، والأول ، اما ان يبيع
 معه برأس المال ، او بزيادة عليه ، او بنقصان عنه ، والأول : التولي ، و
 الثاني : المراقبة ، والثالث : الموضعية ، كما في المسالك (٣) اى في
 مسألة اشتراط بيع المبيع من البائع (٤) قوله (انه لو كان ، الخ) مفعول
 لـ (ذِكْر) مضار الى فاعله (٥) اشارة الى اشتراط بيع المبيع من البائع
 (٦) الضمير المفعول يرجع الى قوله (اشتراط بيع المبيع من البائع (٧)
 اى نعم ، لو توهם لزوم ذلك الشرط المذكور قبل العقد ، او نسى ذكره
 في العقد مع ذكره قبله ، اتجه الفساد (٨) اى انتهى ما ذكر في المسالك
 (٩) ثم حكى الشهيد الثاني (ره) في المسالك اعتراضا على المحقق قدس
 سره ، وجوابا عن الاعتراض (١٠) اى قيل على المحقق ، ان مخالفة القصد
 للهفظ ، يعني تخلف القصد عن مضمون اللهفظ لكون مضمون اللهفظ حاليا
 عن الشرط ، وتعلق القصد بمضمون اللهفظ مع الشرط ، فيكون العقد
 باطلاقا ، لأن ما وقع عليه العقد لم يقصد ، وما قصد لم يقع عليه العقد

العقود تتبع القصد ، فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ للقصد ، و
أجيب عنه (١) بـأّن القصد وـأّن كان معتبراً في الصحة (٢) فلا يعتبر في
البطلان (٣) لتوقف البطلان (٤) على اللفظ والقصد ، وكذلك الصحة
(٥) ولم يوجد (٦) في الفرض

(١) لعلّ في عبارة المجيب سقطاً قبل قوله (لتوقف البطلان) وهو
(بخلاف المقام) كما في الجواهر ، فراجع إلى ج ٢ ص ٣١٥ فحينئذ
يكون معناه ، أّن قصد مدلول اللفظ معتبر في العقود ، فلا يعتبر القصد
في بطلان العقود ، بل يكفي في بطلان العقود عدم القصد ، كما في
النائم والساهم وغيرهما ، بخلاف المقام ، وهو الشرط الفاسد المبطل
كاشتراط بيع المبيع على البايع ، لتوقف كونه فاسداً و مبطلاً على اللفظ
والقصد ، وكذلك الشرط الصحيح الذي لزم الوفاء به ، لأنّ توقف كون
الشرط صحيحاً على اللفظ والقصد ، والحال أنه لم يوجد اللفظ للشرط
الفاسد في العقد مع وجود القصد في الفرض المذكور في الشرائع حتى
يكون مفسداً ، وهو قوله (أنه لو كان من قصد هما ذلك ولم يشترطاه لفظاً
كره) فعلى هذا يكون العقد صحيحاً في الفرض المذكور ، كما هو مختار
المحقق في الشرائع (٢) أي في صحة العقد (٣) أي في بطلان العقد
(٤) قوله (لتوقف البطلان) علة لمحذوف ، وهو (بخلاف المقام) يعني
لتوقف الشرط الفاسد المبطل للعقد على اللفظ والقصد (٥) يعني و
ذلك الشرط الصحيح الذي يجب الوفاء به ، لأنّ صحته موقوفة على اللفظ
والقصد (٦) الضمير المستتر يرجع إلى (اللفظ) أي لم يوجد اللفظ في
الفرض المذكور في الشرائع ، فإذا لم يوجد اللفظ في الشرط الفاسد ←

ثم قال قدس سره (١) : وفيه منع ظاهر ، فأن اعتبارهما معاً في الصحة يقتضي كون تخلف أحد هما كافياً في البطلان ، ويرشد إليه عبارة الساهي والغالط والمكره ، فأن المتختلف الموجب للبطلان هو القصد خاصة ، والالفاظ موجود ، ثم قال : و الذي ينبغي فهمه (٢)

→ المبطل ، لم يكن البيع باطلًا وإن كان القصد موجوداً (١) ثم قال في المسالك : وفيه منع ظاهر ، الخ . و قوله (وفيه منع ظاهر ، الخ) رد لقوله (واجيب عنه) و حاصل المنع ، أن اعتبار اللفظ والقصد معاً في صحة العقد ، يقتضي كون تخلف أحد هما كافياً في البطلان ، فحينئذ إذا لم يشترط بيع المبيع على البايع لفظاً في متن العقد وقصداته ، يكون هذا العقد باطلًا ، لاصحاحاً ، لأن قصد شرط بيع المبيع من البايع موجود في العقد ، والتلفظ به غير موجود ، فأن تخلف أحد هما كاف في بطلان العقد ، ويرشد إلى كون تخلف أحد هما كافياً في البطلان عبارة الساهي ، فأن المتختلف الموجب للبطلان في الساهي هو القصد ، والالفاظ موجود ، أما المتختلف الموجب للبطلان فيما نحن فيه فهو اللفظ ، والالقصد موجود (٢) فلا يخفى ، أن نظر الشهيد الثاني من قوله (و الذي ينبغي فهمه ، الخ) إلى تصحيح مسئلة (أنه لو كان من قصد هما ذلك ولم يشترطاه لفظاً ، كره) و حاصل كلامه ، أن البيع إنما يبطل إذا كان المشتري ملتزماً ببيع المبيع من البايع ثانياً ، و مجرد قصد المشتري إلى ذلك من دون التزام في متن البيع مع وثيق البايع بأنه يبيعه اختياراً ليس التزاماً و مخرجاً له عن الاختيار ، فلا يكون البيع باطلًا ، لعل السرّ في عدم تقييد العقد به هو الاعتماد و الوثوق على المشتري ، بأنه يفى ←

أنه لابد (١) من قصد هما إلى البيع المترتب عليه اثر الملك للمشتري على وجه لا يلزم (٢) رد (٣) وإنما يفتقر قصد هما لرد (٤) بعد ذلك (٥) بطريق الاختيار، نظرا إلى وثوق البائع بالمشتري أنه (٦) لا يمتنع من رد (٧) إليه بعقد جديد بمحض اختياره و مروته (٨) انتهى كلامه، اقول (٩)

→ من غير حاجة إلى الزامه به في متن العقد (١) يعني أنه لابد من قصد هما إلى البيع المترتب عليه اثر الملك للمشتري حتى يكون المبيع ملكا له على وجه لا يلزم على المشتري رد المبيع ثانيا ، بل لو باع ثانيا ، باع اختيارا ، وذلك لأن لا يشترطا بيع المبيع من البائع في متن العقد (٢) الضمير يرجع إلى المشتري (٣) مرجع الضمير ، هو المبيع المعلوم بالمقام (٤) أي رد المشتري المبيع (٥) أي بعد البيع الأول (٦) أي أن المشتري لا يمتنع من رد المبيع إلى البائع (٧) قال في أقرب الموارد: (المروءة) كسرهولة : مصدر مروءة . و النخوة و كمال الرجلية ، وفي المصباح: المروءة ، آداب نفسانية تحمل مراعاتها الإنسان على الوقوف عند محاسن الأخلاق و جميل العادات ، وقد تقلب الهمزة واوا و تدغم ، فيقال : مُرْوَة انتهى (٨) شرع المصنف (ره) ان يرد التفصيل الذي ذكره في المسالك بقوله (اقول ، الخ) يعني اقول : أن ابتناء صحة العقد و فساده على العلم بفساد الشرط المتقدم وعلى الجهل به حتى يصح العقد في الأول و يبطل في الثاني ، غير صحيح ، لأنهما أوقعوا العقد مجرد عن التلفظ بالشرط على النحو الذي يوقعنا مقتربا بالتلفظ بالشرط ، وفرض عدم التفاوت بينهما في البناء على الالتزام به إلا بالتلفظ بالشرط وعدم فحينئذ ، فإن قلنا : بعدم اعتبار التلفظ في تأثير الشرط الصحيح ←

اذا اوقعنا العقد المجرد على النحو الذي يوقعانه مقتربنا بالشرط وفرض عدم التفاوت بينهما (١) في البناء على الشرط والالتزام به (٢) الا بالتلتفظ بالشرط وعدمه ، فان قلنا (٣) : بغض النظر التلفظ فى تأثير الشرط الصحيح وال fasid ، فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط ، وغيره ، فآن العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الاقدام على العقد مقيدا بالالتزام بما اشترطه (٤) خارج العقد ، بل اقادمه (٥) كاقادام من يعتقد الصحة ، كما لا فرق (٦) في ايقاع العقد fasid بين من يعلم فساده وعدم ترتيب (٧) اثر شرعى عليه ، وغيره (٨) وبالجملة : فالاقدام على العقد مقيدا (٩) امر عرفى يصدر من المتعاقدين ، وان علموا بفساد

→ الفاسد ، فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط ، وغيره ، فـفـ
العالم بالفساد الذى يعتقد عدم الصحة ، لا يمنعه علمه عن الاقدام على
العقد مقيداً بالالتزام بما اشترطاه خارج العقد ، بل اقدام العالم
بالفساد ، كاقدام الجاهل بالفساد الذى يعتقد الصحة ، فالتفصيل بين
علم الفساد والجهل به ، كما فى المسالك ، غير صحيح (١) الضمير المثنى
يرجع الى العقد المجرد والعقد المقتربن (٢) يرجع الضمير الى الشرط
(٣) قوله (فـان قلنا) جواب شرط لـ(إذا)، (٤) يرجع الضمير المستتر
الفاعل الى العالم ، و الضمير المفعول الى (ما) ، (٥) يرجع الضمير الى
العالـم بالفساد (٦) اي كما لا فرق في ايقاع العقد الفاسد بين العالم
بالفساد ، و الجاهل به ، فـفـ العقد الفاسد فـفـ ، سواء كان عالماً به
ام جاهلاً (٧) قوله (عدم ترتيب) عطف على قوله (فساده) ، (٨) قوله
(غيره) عطف على قوله (من يعلم) و الضمير يرجع الى (من يعلم) (٩) ←

الشرط، وأما حكم (١) صورة نسيان ذكر الشرط، فان كان (٢) مع نسيان اصل الشرط، كما هو الغالب (٣) فالظاهر الصحة، لعدم الاقدام على العقد مقيداً (٤) غاية الأمر أنه كان عازماً على ذلك (٥) لكن غفل عنه نعم، لو اتفق ايقاع العقد مع الالتفاتات الى الشرط، ثم طرء عليه النسيان في محل ذكر الشرط كان (٦) كتارك ذكر الشرط عمداً تعويلاً على تواطئهما السابق

الرابع (٢) : لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتمد به عند

→ اي مقيداً بالشرط (١) يعني وأما حكم نسيان ذكر الشرط الذي ذكره في المسالك بقوله (او نسى ذكره فيه مع ذكره قبله، اتجه الفساد) ففيه أن حكم نسيان ذكر الشرط، ان كان مع نسيان اصل الشرط ، فالظاهر الصحة، لعدم الاقدام على العقد مقيداً بالشرط، غاية الأمر أنه كان عازماً على ذلك الشرط، لكن غفل عنه ، وان اتفق ايقاع العقد مع الالتفاتات الى الشرط و البناه على ذكر الشرط الفاسد في متن العقد ، ثم طرء عليه نسيان ذكر الشرط الفاسد في محل ذكر الشرط ، كان كتارك ذكر الشرط عمداً تعويلاً على تواطئهما السابق في انه ان قلنا : ان الشرط البنائي مفسد للعقد ، فهذا ايضاً مفسد ، وان قلنا : انه ليس بمفسد فهذا ايضاً ليس بمفسد (٢) اسم (كان) مستتر يرجع الى نسيان ذكر الشرط (٣) يعني ان نسيان الذكر يلزم نسيان الأصل غالباً (٤) اي مقيداً بالشرط (٥) اشارة الى الشرط (٦) قوله (كان) جواب شرط (لو) (٧) اي الأمر الرابع من الامور المتعلقة بالشرط الفاسد

العقلاء (١) فظا هر كلام جماعة من القائلين ب fasad الشرط الفاسد كونه لغويا غير مفسد للعقد . قال في التذكرة ، في باب العيب : لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء ولا يزيد به المالي ، فإنه لغو لا يوجب الخيار ، وقد صرّح في موضع آخر ، في باب الشروط ، بصحّة العقد ولغويّة الشرط ، وقد صرّح الشهيد بعدم ثبوت الخيار اذا اشترط كون العبد كافرا ، فبيان مسلما و مرجعه الى لغويّة الاشتراط ، وقد ذكرها في السلم ، لغويّة بعض الشروط ، كاشتراط الوزن بميزان معين ، ولعل (٢) وجه عدم قدح هذه الشروط ، أن الوفاء بها لما لم يجب شرعا ولم يكن في تخلفها او تعدّرها خيار خرجت عن قابلية تقييد العقد بها ، لعدم عدّها كالجزء من احد

(١) مثلا اذا اشترطا الكيل او الوزن بمكيال معين او ميزان معين من افراد المتعارف ، فحينئذ هذا الشرط فاسد ، لأجل عدم تعلق غرض معتبر به عند العقلاء ، فلا يخفى ، ان هذا الشرط الملتم به في متن العقد اذا لم يكن فيه غرض عقلائي ، فمعناه ان العقلاء لا يرون التزاما اعتباريا عندهم لأن الالتزام والعقد والعهد كالملكية والزوجية اعتبارات عرفية عقلانية فإذا لم يكن انشاء الالتزام ، التزاما اعتباريا عند العقلاء ، فيكون لغويا (٢) لعل وجه عدم كون هذه الشروط مبطلا للعقد ، أن الوفاء بها لما لم يجب شرعا ، ولم يكن في تخلفها خيار خرجت عن قابلية تقييد العقد بها عرفا و شرعا ، وبعبارة أخرى ، أن الشرط اللغو لما كان اجنبيا عن مقاصد العقلاء ، لم يعقل تقييد العقد به لعدم القصد به حتى يعقل

العوضين، ويشكل (١) بـأّن لغويتها (٢) لـاتـنـافـي تـقـيـيدـ العـقـدـ بـهـاـ فـيـ نـظـرـ الـمـتـعـاقـدـيـنـ ، فالـلـازـمـ أـمـاـ بـطـلـانـ العـقـدـ ، وـأـمـاـ وجـبـ الـوـفـاءـ (٣) كـمـاـ إـذـ جـعـلـ بـعـضـ الثـمـنـ مـاـ لـاـ يـعـدـ مـاـلـاـ فـيـ الـعـرـفـ

* الكلام في احكام الخيار *

الخيار موروث بـأـنـوـاعـهـ ، بلاـ خـلـافـ بـيـنـ الـأـصـحـابـ ، كـمـاـ فـيـ الـرـيـاضـ وـظـاهـرـ الـحـدـائـقـ ، وـفـيـ التـذـكـرـةـ : أـنـ الـخـيـارـعـنـدـنـاـ مـوـرـوـثـ ، لـأـنـهـ مـنـ الـحـقـوقـ كـالـشـفـعـةـ (٤)ـ وـالـقـصـاصـ فـيـ جـمـيعـ اـنـوـاعـهـ (٥)ـ وـبـهـ (٦)ـ قـالـ الشـافـعـيـ الـأـ فـيـ خـيـارـ الـمـجـلـسـ ، وـأـدـعـىـ فـيـ الـغـنـيـةـ ، الـاجـمـاعـ عـلـىـ اـرـثـ خـيـارـ الـمـجـلـسـ وـالـشـرـطـ ، وـاسـتـدـلـ عـلـيـهـ (٧)ـ مـعـ ذـلـكـ ، بـأـنـهـ حـقـ لـلـمـيـتـ ، فـيـوـرـثـ ، لـظـاهـرـ

(١) وـيـشـكـلـ بـأـنـ لـغـوـيـةـ الشـرـوـطـ المـذـكـورـةـ وـأـنـهـ لـيـسـ عـقـلـائـيـةـ ، لـاـ يـسـتـدـعـيـ عـدـمـ صـدـورـهـاـ مـنـ عـاقـلـ لـغـرـضـ شـخـصـيـ ، كـاشـتـراـطـ كـوـنـ الـعـبـدـ كـافـرـاـ ، لـوـ فـرـضـ أـنـ هـذـاـ الشـرـطـ لـغـوـعـنـدـ الـعـقـلـ ، كـمـاـ عـنـ الشـهـيـدـ (رـهـ)ـ فـحـيـئـذـ أـنـ لـغـوـيـتـهـاـعـنـدـ الـعـقـلـ ، لـاـ تـنـافـيـ تـقـيـيدـ العـقـدـ بـهـاـ فـيـ نـظـرـ الـمـتـعـاقـدـيـنـ فالـلـازـمـ أـمـاـ بـطـلـانـ العـقـدـ ، انـ قـلـنـاـ : أـنـ الشـرـطـ الـفـاسـدـ مـفـسـدـ ، وـأـمـاـ وجـبـ الـوـفـاءـ بـالـشـرـطـ ، كـمـاـ إـذـ جـعـلـ بـعـضـ الثـمـنـ مـاـ لـاـ يـعـدـ مـاـلـاـ فـيـ الـعـرـفـ ، كـالـعـقـرـبـ (٢)ـ يـرـجـعـ الضـمـيرـ إـلـىـ الشـرـوـطـ المـذـكـورـةـ (٣)ـ اـىـ وجـبـ الـوـفـاءـ بـالـشـرـوـطـ (٤)ـ وـهـوـ اـسـتـحـقـاقـ الشـرـيكـ الـحـصـةـ الـمـبـيـعـةـ فـيـ شـرـكـتـهـ (٥)ـ يـرـجـعـ الضـمـيرـ إـلـىـ الـخـيـارـ (٦)ـ يـرـجـعـ الضـمـيرـ إـلـىـ أـنـ الـخـيـارـ مـوـرـوـثـ (٧)ـ اـىـ وـاسـتـدـلـ فـيـ الـغـنـيـةـ عـلـىـ اـرـثـ خـيـارـ الـمـجـلـسـ وـالـشـرـطـ ، بـأـنـ الـخـيـارـ حـقـ لـلـمـيـتـ ، فـيـوـرـثـ ، لـظـاهـرـ الـقـرـآنـ ، كـآـيـةـ : اـوـلـىـ الـأـرـحـامـ بـعـضـمـ اـوـلـىـ بـعـضـ ، وـغـيرـهـاـ

القرآن . و تبعه (١) بعض من تأخر عنـه ، و زيد عليه (٢) الاستدلال بالنبوي : ما ترك الميت من حق فلوارثه ، اقول : الاستدلال على هذا الحكم (٣) بالكتاب و السنة الواردـين في ارث ما ترك المـيت ، يتوقف على ثبوت اـمرين

اـحدـهما : كونـ الخيار حقـا لاـ حـكـما شـرـعـيا (٤) كـاجـازـةـ العـقـدـ الفـضـولـيـ وـ جـواـزـ الرـحـوـعـ فـىـ الـهـبـةـ وـ سـائـرـ الـعـقـودـ الـجـائـزـةـ ، فـاـنـ الـحـكـمـ الشـرـعـىـ مـاـ لـاـ يـورـثـ ، وـ كـذـاـ مـاـ تـرـدـ دـ بـيـنـهـماـ (٥) لـلـأـصـلـ (٦) وـ لـيـسـ فـىـ الـأـخـبـارـ مـاـ يـدـلـ عـلـىـ ذـلـكـ عـدـاـ مـاـ دـلـ عـلـىـ اـنـتـفـاءـ الـخـيـارـ بـالـتـصـرـفـ مـعـلـلاـ بـاـنـهـ رـضـاـ (٧) كـمـاـ تـقـدـمـ فـىـ خـيـارـ الـحـيـوانـ ، وـ التـمـسـكـ بـالـاجـمـاعـ عـلـىـ سـقـوـطـهـ

(١) الضمير المفعول يرجع الى صاحب الغنية ، يعني تبعـهـ فـىـ الاـسـتـدـلـالـ بـظـاهـرـ الـقـرـآنـ ، بـعـضـ مـنـ تـأـخـرـ عـنـهـ (٢) اـىـ وـ زـيدـ عـلـىـ مـاـ ذـكـرـ مـنـ الاـسـتـدـلـالـاتـ ، الاـسـتـدـلـالـ بـالـنـبـوـيـ (٣) فـالـمـرـادـ مـنـ (ـهـذـاـ الـحـكـمـ) هـوـ الـمـوـرـثـ الـمـحـمـولـ لـلـخـيـارـ (٤) فـالـفـرـقـ بـيـنـ الـحـقـ وـ الـحـكـمـ ، فـاـنـ بـعـضـ الـحـقـوقـ يـورـثـ وـ يـسـقـطـ بـالـسـقـاطـ ، بـخـلـافـ الـحـكـمـ ، فـاـنـهـ لـاـ يـورـثـ وـ لـاـ يـسـقـطـ بـالـسـقـاطـ ، كـاجـازـةـ العـقـدـ الفـضـولـيـ ، وـ جـواـزـ الرـجـوـعـ فـىـ الـهـبـةـ ، وـ جـواـزـ الرـجـوـعـ فـىـ سـائـرـ الـعـقـودـ الـجـائـزـةـ ، فـاـنـهـاـ اـحـكـامـ شـرـعـيـةـ ، فـلـذـاـ لـاـ تـورـثـ وـ لـاـ تـسـقـطـ بـالـسـقـاطـ (٥) يـرجـعـ الضـمـيرـ المـثـنـىـ إـلـىـ الـحـقـ وـ الـحـكـمـ (٦) اـىـ اـلـأـصـلـ فـىـ مـاـ تـرـدـ دـ بـيـنـهـماـ عـدـمـ الـاـنـتـقـالـ إـلـىـ الـوـارـثـ (٧) اـىـ لـيـسـ فـىـ الـأـخـبـارـ مـاـ يـدـلـ عـلـىـ اـنـ الـخـيـارـ حـقـ عـدـاـ مـاـ دـلـ عـلـىـ اـنـتـفـاءـ الـخـيـارـ بـالـتـصـرـفـ ، مـعـلـلاـ بـاـنـهـ رـضـاـ ، فـاـنـهـ ظـاهـرـ فـىـ كـوـنـ الرـضـاـ مـسـقطـاـ ، وـ الـحـدـمـ لـاـ يـسـقـطـ بـهـ

بala سقاط ، فيكشف عن كونه حقا ، لا حكما ، مستغنى عنه بقيام الاجماع على نفس الحكم

الثاني (١) : كونه حقا قابلا للانتقال ، ليصدق انه مما ترك الميت بان لا يكون (٢) وجود الشخص و حياته مقوما له ، والا (٣) فمثل حق الجلوس فى السوق والمسجد و حق التولية و النظارة ، غير قابل للانتقال ، فلا يورث ، و اثبات هذا الأمر بغير الاجماع ايضا مشكل ، و التمسك (٤) فى

(١) اي الأمر الثاني ، كون الخيار حقا قابلا للانتقال ، لأن بعض الحقوق ليس قابلا للانتقال ، حق الحضانة و حق الولاية و حق السكنى فى المدارس الموقوفة ، و نظائرها ، و انما نحتاج الى اثبات كون الخيار حقا لأجل ان يصدق انه مما تركه الميت حتى يورث (٢) قوله (بان لا يكون الخ) تفسير لكون الخيار حقا قابلا للانتقال ، يعني لا يكون وجود شخص صاحب الحق و حياته مقوما لهذا الحق (٣) يعني و ان كان وجود الشخص مقوما له ، فيكون حق الجلوس فى السوق والمسجد و حق التولية و النظارة ، غير قابل للانتقال ، فلا يورث ، و اثبات كون الخيار حقا قابلا للانتقال باستصحابه حقا كون الخيار و عدم انقطاعه بموت ذى الحق اشكال لعدم احراز الموضوع ، بل للقطع بارتفاع الموضوع ، فإن الحق الشخصي كان قائما بشخص ذى الحق ، وقد ارتفع ، فكيف يستصحب الحق مع ذلك

ذلك (١) باستصحاب بقاء الحق وعدم انقطاعه بموت ذي الحق، اشكال (٢) لعدم احراز الموضوع، لأن الحق لا يتحقق الا بالمستحق، وكيف كان ففى الاجماع المنعقد على نفس الحكم (٣) كفاية، ان شاء الله تعالى بقى الكلام فسى، آن ارث الخيار ليس تابعاً لارث المال فعلاً (٤) فلو فرض استغراق دين الميت (٥) لتركته، لم يمنع (٦) انتقال الخيار الى الوارث، ولو كان الوارث (٧) ممنوعاً لنقصان فيه (٨) كالرقية، او القتل للمورث، او الكفر، فلا اشكال في عدم ارث، لأن الموجب لحرمانه (٩)

(١) اشارة الى كون الخيار حقاً قابلاً للانتقال (٢) قوله (اشكل) خبر لمبتدأ مقدم، وهو قوله (التمسك)، (٣) فالمراد من (الحكم) هو ارث الخيار، يعني آن الاجماع منعقد على آن الخيار موروث (٤) معنى تبعية ارث الخيار لارث المال فعلاً، آن المال اذا يورث، يورث الخيار، ومعنى عدم تبعية ارث الخيار لارث المال فعلاً، آن المال اذا لا يورث في بعض الموارد يورث الخيار، كما لو فرض استغراق دين الميت لتركته فحينئذ لا يورث المال، لكن يورث الخيار (٥) آن استغراق الدين لتركته الذي يمنع عن انتقال المال الى الورثة، لا يمنع عن انتقال الخيار الى الورثة (٦) يرجع الضمير المستتر الفاعل الى الاستغراق (٧) اي ولو كان الوارث ممنوعاً عن الارث، لنقصان فيه ، كالرقية و نحوها، فلا اشكال في عدم ارث الخيار ، لأن الموجب لحرمانه من المال ، موجب لحرمانه من سائر الحقوق (٨) يرجع الضمير الى الوارث (٩) اي لحرمان الوارث

من المال ، موجب لحرمانه منسائر الحقوق ، ولو كان حرمانه (١) من المال لتعبد شرعى ، كالزوجة الغير ذات الولد ، او مطلقا بالنسبة الى العقار (٢) وغير الاكبر من الاولاد بالنسبة الى الحبوة (٣) ففي حرمانه من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقا ، او عدم حرمانه كذلك وجوه (٤)

(١) يرجع الضمير الى الوارث ، يعني لو كان حرمان الوارث من المال لتعبد شرعى ، لالنقص فى المال بسبب الدين المستغرق ، ولا النقص فى الوارث بسبب الكفر وغيره ، كالزوجة الغير ذات الولد ، او مطلقا ، اى سواء كانت ذات الولد او غيرها بالنسبة الى العقار ، وكغير الاكبر من الاولاد بالنسبة الى الحبوبة ، ففي حرمانه من الخيار مطلقا ، او عدم حرمانه كذلك وجوه اربعة ، بل اقوال ثلاثة (٢) قال في المجمع : (العقارات) كسلام ، وهو كل ملك ثابت له اصل ، كالدار والأرض والنخل والضياع ، ومنه قولهم : ماله دار ولا عقار ، وجمع العقار ، عقارات (٣) ، (الحبوبة) ما يعطى للولد الاكبر اى اكبر الذكور ان تعددوا ، والا فالذكر ، من تركه ابيه من ثيابه وخطامه وسيفه ومصحفه ، زيادة على غيره من الوراث (٤) اى في حرمانه من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقا ، او عدم حرمانه كذلك وجوه اربعة ، احداها : حرمانه مطلقا ، وثانيةها : عدم حرمانه مطلقا ، وثالثها التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلان الى الميت او منتقلان عنه ، فيترت في الاول دون الثاني ، ورابعها : عدم جواز الارث في صورة الاول ، والاشكال في غيرها

بل اقوال (١) ثالثها (٢) : التفصيل (٣) بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلة الى الميت او عنه ، فيirth فى الأول (٤) صرّح به فخرالدين فـى الا يضاح ، وفسـر به عبارة والده (٥) كالسيـد العميد (٦) وشيخـنـا الشهـيد فى الحواشـى . ورابعـها (٧) : عدم الجواز فى تلك الصـورة ، و الا شـكـال فى غـيرـها ، صـرـحـ بهـ (٨) فى جـامـعـ المـقـاصـدـ ، وـ لمـ اـجـدـ منـ جـزمـ بـعدـمـ الـارـثـ مـطـلقـاـ (٩) وـ انـ اـمـكـنـ تـوجـيهـهـ (١٠) باـنـ ماـ يـحـرمـ مـنـهـ هـذـاـ

(١) يعني الأقوال ثلاثة ، و آنما كانت الوجوه أربعة ، والأقوال ثلاثة لأنّه لم يوجد قول ، بعدم الارث مطلقا . كما صرّح المصنف به بقوله : ولم اجد من جزم بعدم الارث مطلقا (٢) الضمير يرجع الى الوجوه ، لا الى الأقوال لأنّ الأقوال ثلاثة (٣) يعني التفصيل بين المال المنتقل الى الميت ، بـانـ اشتـرىـ المـيـتـ حـالـ حـيـاتـهـ الـأـرـضـ وـ السـيفـ ، وـ بيـنـ المـالـ المـنـتـقـلـ عـنـ المـيـتـ ، بـانـ باـعـ المـيـتـ حـالـ حـيـاتـهـ الـأـرـضـ وـ السـفـ ، فيـرـثـ الزـوـجـةـ وـ الـولـدـ الأـكـبـرـ ، الـخـيـارـ فـىـ الـأـوـلـ دـوـنـ الثـانـىـ (٤) فالـمـرـادـ منـ الـأـوـلـ ، اـنـتـقـالـ المـالـ إـلـىـ المـيـتـ (٥) اي وـ فـسـرـ بهـ عـبـارـةـ وـ الدـهـ الـتـىـ يـنـقـلـهـاـ المـصـنـفـ (رهـ) فـىـ صـ ١٣ـ بـقـولـهـ : قالـ فـىـ القـوـاعـدـ : الـخـيـارـ مـورـوثـ بـالـحـصـصـ ، الـخـ (٦) يعني أنّ السيـدـ العـيـمـ وـ الشـهـيدـ اـيـضاـ فـسـرـاـ بهـ عـبـارـةـ العـلـامـةـ فـىـ القـوـاعـدـ (٧) اي رـابـعـ الـوـجـوهـ ، عدمـ جـواـزـ الـارـثـ فـىـ صـورـةـ الـأـوـلـ ، وـ هوـ اـنـتـقـالـ ماـ يـحـرمـ الـوارـثـ عـنـهـ الـمـيـتـ ، وـ الاـشـكـالـ فـيـماـ اـنـتـقـلـ عـنـ الـمـيـتـ (٨) الضـمـيرـ يـرـجـعـ إـلـىـ الـمـيـتـ (٩) عدمـ الـارـثـ مـطـلقـاـ ، هوـ الـوـجـهـ الـأـوـلـ ، وـ لمـ يـجـدـ المـصـنـفـ منـ جـزمـ بـهـ (١٠) الضـمـيرـ يـرـجـعـ إـلـىـ عـدـمـ الـارـثـ مـطـلقـاـ ، يعني تـوجـيهـهـ باـنـ ماـ يـحـرمـ مـنـهـ هـذـاـ الـوارـثـ ، كـالـأـرـضـ ، انـ كانـ قدـ اـنـتـقـلـ عـنـ <

الوارث ان كان قد انتقل عن الميت ، فالفسخ لا معنى له ، لأنّه لا ينتقل اليه (١) بازاء ما ينتقل عنه من الثمن شيئاً (٢) من المثلث ، وبعبارة أخرى الخيار (٣) علاقة لصاحبها فيما انتقل عنه توجب سلطنته (٤) عليه (٥) ولا علاقة هنا (٦) ولا سلطنة ، وان كان (٧) قد انتقل الى الميت ، فهوباقي الورثة ، ولا سلطنة لهذا المحروم ، وال الخيار (٨) حق فيما انتقل

→ الميت ، بان باع الميت الأرض حال حياته ، فالفسخ لا معنى له ، لأنّه لا ينتقل الى الوارث شيئاً من المثلث بازاء شيئاً من الثمن ، لأنّه اذا فسخ في هذه الصورة تنتقل الأرض الى الورثة والزوجة محرومة عنها ، فلامعنى للفسخ في هذه الصورة (١) الضمير في قوله (اليه) و (عنده) يرجع الى الوارث (٢) قوله (شيء) فاعل لقوله (لا ينتقل) ، (٣) يعني الخيار علاقة لصاحبها فيما انتقل عنه ، كالأرض المباعة ، توجب سلطنته عليه بان يستردّه الى نفسه ، والحال لا علاقة هنا ولا سلطنة ، لأنّ الزوجة لا سلطنة لها ان يسترد الأرض الى نفسها (٤) الضمير يرجع الى صاحب الخيار (٥) يرجع الضمير الى (ما) في قوله (فيما) ، (٦) اشارة الى كون ما يحرم منه الوارث متنقلًا عن الميت (٧) قوله (ان كان ، الخ) عطف على قوله (ان كان قد انتقل عن الميت) يعني انّ ما يحرم عنه هذا الوارث ان كان قد انتقل الى الميت ، بان اشتري الميت حال حياته ارضاً ، فهوباقي الورثة ، لأنّ الزوجة ليست لها حق الأرض فيها حتى تفسخ ، لأنّها لغير الزوجة (٨) يعني انّ الخيار حق فيما انتقل عنه بان يستردّه الى نفسه بعد احراز تسلّطه على ما وصل بازاء ما انتقل عنه ، والحال انه ليس له على ما وصل تسلط حتى يرده و يسترد ما انتقل عنه ، لأنّ ما وصل اليه ارض ، فلا ←

عنه بعد احراز سلطته (١) على ما وصل بازائه (٢) ولكن يرد (٣) ذلك (٤) بما في الايضاح ، من أن الخيار لا يتوقف على الملك ، كخيار الأجنبي فعمومات الارث (٥) بالنسبة إلى الخيار ، لم يخرج عنها الزوجة ، وان خرجت عنها (٦) بالنسبة إلى المال ، والحال (٧) : أن حق الخيار ليس تابعا للملكية ، ولذا قوى بعض المعاصرین (٨) ثبوت الخيار في الصورتين ، ويضعفه (٩) أن حق الخيار علقة في الملك المنقول إلى

→ تسلط للزوجة ان يرد الأرض حتى يسترد ثمنها (١) يرجع الضمير الى صاحب الخيار (٢) مرجع الضمير هو (ما) في قوله (فيما انتقل عنه) (٣) اي لكن يرد ذلك التوجيه المتقدم ، لعدم الارث مطلقا ، بما في الايضاح ، من أن الخيار لا يتوقف على الملك ، كخيار الأجنبي ، فإذا جعل الخيار لأجنبي ثبت له الخيار وان لم تكن له سلطنة الملكية ، وكذلك الزوجة فيما نحن فيه ، فأنها ترث الخيار وان لم تكن لها سلطنة الملكية على الأرض (٤) اشارة الى التوجيه المتقدم (٥) فعمومات الارث قوله تعالى (و اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض) و كحديث نبوى (ما ترك الميت من حق ، فلوارثه) بالنسبة إلى الخيار ، لم يخرج عنها الزوجة وان خرجت عنها بالنسبة إلى الأرض (٦) الضمير يرجع إلى العمومات (٧) اي حاصل الرد ، أن حق الخيار ليس تابعا للملكية و متوقفا عليها ولذا قوى بعض المعاصرین ، ثبوت الخيار في الصورتين ، اي صورة انتقال الأرض عن الميت ، و صورة انتقالها إلى الميت (٨) فالمراد من (بعض المعاصرین) هو صاحب الجواهر ، كما عن بعض (٩) فلا يخفى أن التضعيف متوجه إلى حاصل الرد الذي هو ثبوت الخيار فـ →

الغير من حيث التسلط (١) على استرداده إلى نفسه، أو إلى من هو (٢) منصوب من قبله (٣) كما في الأجنبي، وبعبارة أخرى (٤) ملك لتملك المعرض لنفسه، أو لمن نصب عنه، وهذه العلاقة لا تنتقل من الميت إلا إلى وارث يكون كالميت في كونه مالكاً لأن يملك، فإذا فرض أن الميت باع أرضاً بثمن، فالعلاقة المذكورة آنما هي لسائر الورثة دون الزوجة، لأنها بالخيار، لا ترد شيئاً من الأرض إلى نفسها، ولا إلى آخر، هي من قبله

→ الصورتين، كما هو قول صاحب الجوادر(ره) ونتيجة التضعيف مع قوله (نعم، لو كان الميت، الخ) هو الوجه الثالث، أي ارث الخيار في صورة انتقال الأرض إلى الميت، وعدم ارث في صورة انتقالها عن الميت (١) أي من حيث تسلط ذي الخيار على استرداد الملك المنتقل إلى نفسه، أو إلى من هو منصوب من قبله، كما في الأجنبي، فإن الأجنبي الذي هو صاحب الخيار، مسلط على استرداد الملك إلى من هو منصوب من قبله (٢) يرجع الضمير إلى صاحب الخيار (٣) الضمير يرجع إلى (من)، (٤) ومن نصب عنه، وهذه العلاقة لا تنتقل من الميت، إلا إلى وارث يكون كالميت في كونه مالكاً لأن يملك المال المنتقل إلى الغير لنفسه، فالزوجة ليست كذلك بالنسبة إلى الأرض المنتقلة إلى الغير، لأنها بعد الفسخ لا تملك شيئاً من الأرض، فلا يثبت لها الخيار في الأرض المنتقلة عن الميت

لتكون كالأجنبي المجعلول له ، نعم (١) لو كان الميت قد انتقلت اليه الأرض، كان الثمن (٢) المدفوع الى البايع متزلزا في ملكه (٣) فيكون في معرض الانتقال الى جميع الورثة و منهم الزوجة ، فهو ايضا مالكة لملك حصتها من الثمن، لكن فيه (٤) ما ذكرنا سابقا ، من أن الخيار حق فيما انتقل عنه بعد احراز التسلط على ما وصل بازائه ، و عبر عنه في جامع المقاصد، بلزوم تسلط الزوجة على مال الغير، و حاصله (٥) أن الميت إنما كان له الخيار و العلقة فيما انتقل عنه من حيث تسلطه على

(١) اي نعم ، لو كان الميت قد انتقلت اليه الأرض كان للزوجة حق الخيار ، لأن الثمن بعد الفسخ ينتقل الى جميع الورثة و منها الزوجة فنتيجة التضعيف المذكور مع قوله (نعم ، لو كان الميت قد انتقلت اليه الأرض ، الخ) هو الوجه الثالث ، و هو ثبوت الخيار في صورة انتقال الأرض الى الميت (٢) ، (كان الثمن ، الخ) جواب شرط لـ (لو) (٣) يرجع الضمير الى البايع (٤) قوله (لكن فيه ما ذكرنا سابقا ، الخ) ابطال قوله (نعم ، لو كان الميت ، الخ) و رد له (٥) اي حاصل قوله (لكن فيه ما ذكرنا ، الخ) أن الميت إنما كان له الخيار و التسلط على استرداد الثمن من حيث تسلطه على رد الأرض التي في يده ، و هذا التسلط لا ينتقل الا الى من هو كذلك من ورثته ، و الزوجة ليست كذلك ، لأنها بالفسخ لا تتسلط على الأرض المنتقلة الى الميت لتردها و تسترد الثمن ، فلا يثبت لها الخيار في صورة انتقال الأرض الى الميت ، و الحاصل ، أن نتيجة التضعيف المتقدم بلحاظ ابطال الاستدراك المذكور ، وهو قوله (نعم لو كان الميت ، الخ) و رد له بقوله (لكن فيه ما ذكرنا ، الخ) هو الحرمان ←

رّد ما في يده لتملك ما انتقل عنه بازائه (١) فلا تنتقل هذه العلاقة إلا إلى من هو كذلك من ورثته ، كما مرّ نظيره في عكس هذه الصورة (٢) وليس الزوجة كذلك (٣) وقد تقدم في مسئلة ثبوت خيار المجلس للوكيل أن أدلة الخيار مسوقة لبيان سلطة ذي الخيار على صاحبه من جهة تسلطه على تملك ما في يده ، فلا يثبت بها (٤) سلط الوكيل على ما وصل إليه لموكله (٥) وما نحن فيه كذلك ، و يمكن (٦)

→ مطلقا ، الذي هو الوجه الأول (١) الضمير يرجع إلى (ما) في قوله (ما في يده) ، (٢) فالمراد من (هذه الصورة) هي صورة انتقال الأرض إلى الميت ، فالمراد من عكسها ، هي صورة انتقال الأرض عن الميت فالمراد من قوله (ما مرّ نظيره) هو أن حق الخيار علقة في الملك المنتقل إلى الغير من حيث التسلط على استرداده إلى نفسه . . . فاذا فرض أن الميت باع أرضاً بثمن ، فالعلاقة المذكورة ، إنما هي لسائر الورثة دون الزوجة ، لأنها بالخيار لا ترد شيئاً من الأرض إلى نفسها ولا إلى آخر هي منصوبة من قبله (٣) أي ليست الزوجة كسائر الورثة في رد الأرض إلى المشتري واسترداد الثمن منه (٤) الضمير يرجع إلى أدلة الخيار (٥) يعني أن الوكيل لا يثبت له التسلط على تملك ما في يده حتى يتسلط برد ما في يده ويسترد ما في يد الطرف الآخر ، والزوجة كذلك بالنسبة إلى الأرض المنتقلة إلى الميت (٦) فلا يخفى ، أن المصنف (ره) ذكر في التضعيف المذكور الاستدراك ، ثم رد الاستدراك ، ثم دفع الرد ، فذكر الاستدراك بقوله (نعم ، لو كان الميت ، الخ) ثم ذكر رد الاستدراك بقوله (لكن فيه ما ذكرنا ، الخ) ثم ذكر دفع الرد بقوله (و ←

دفعه (١) بان ملك بايع الأرض للثمن لما كان متزللا وفي معرض
الانتقال الى جميع الورثة ، اقتضى (٢) بقاء هذا التزلزل بعد موت ذي
ال الخيار ثبوت حق للزوجة ، وان لم يكن لها تسلط على نفس الأرض ، و
الفرق (٣) بين ما نحن فيه وبين ما تقدم في الوكيل ، ان الخيار هناك

→ يمكن دفعه ، الخ) ، (١) الضمير يرجع الى (ما ذكرنا) في قوله (لكن
فيه ما ذكرنا ، الخ) اي ويمكن دفعه ، بان الميت اذا اشتري الأرض من
البائع ، فان ملك البائع للثمن متزلل وفي معرض الانتقال الى جميع
الورثة ، فاذا كان ملكه للثمن متزللا ، اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت
ذى الخيار ثبوت حق للزوجة ، وان لم يكن لها تسلط على نفس الأرض
على هذا ، فترت الزوجة الخيار في صورة انتقال الأرض الى الميت
فيثبت الوجه الثالث الذي ذكر في الاستدراك ، وحاصل الدفع ، هو
دفع الرد الذي ذكره بقوله (لكن فيه ما ذكرنا ، الخ) واثبات الاستدراك
الذي ذكره بقوله (نعم ، لو كان الميت ، الخ) فنتيجة التضعيف المتقدم
ايضا بلاحظ ما ذكره في دفع الرد بقوله (و يمكن دفعه ، الخ) هو الوجه
الثالث الذي ذكره في الاستدراك بقوله (نعم ، لو كان الميت ، الخ) ، (٢)
قوله (اقتضى) جواب شرط لـ (لما) ، (٣) اي والفرق بين ما نحن فيه وبين
ما تقدم في الوكيل ، واضح ، لأن الخيار و تزلزل ملك الطرف الآخر هناك
كان متوقفا على تسلط الوكيل على ما في يده ، والحال انه ليس له
السلط على ما في يده ، أما تزلزل ملك الطرف الآخر هنا ، فهو ثابت
على كل حال ، اي سواء قلنا : بثبوت الخيار للزوجة ، ام لا ، لأن باقى
الورثة لو ردوا الأرض واستردوا الثمن ، شاركتهم الزوجة فيه ، فحينئذ ←

و تزلزل ملك الطرف الآخر (١) و كونه (٢) في معرض الانتقال إلى موكل الوكيل ، كان (٣) متوقعاً على سلط الوكيل على ما في يده ، و تزلزل ملك الطرف الآخر هنا (٤) و كونه (٥) في معرض الانتقال إلى الورثة ثابت على كل حال ، ولو لم نقل بثبوت الخيار للزوجة ، فإن باقي الورثة لسو ردوا الأرض واستردوا الثمن ، شاركتهم الزوجة فيه (٦) فحق الزوجة في الثمن المنتقل إلى البائع ثابت ، فلها استيفائه (٧) بالفسخ ، ثم أن ما ذكر (٨) وارد على فسخ باقي

→ حق الزوجة في الثمن المنتقل إلى البائع ثابت ، فلها استيفاء حقها بالفسخ (١) قوله (تزلزل ملك الطرف الآخر) عطف على قوله (الخيار) (٢) قوله (كونه) عطف على قوله (الخيار) و الضمير فيه يرجع إلى ملك الطرف الآخر (٣) قوله (كان) خبر لـ (أن)، (٤) اشارة إلى ما نحن فيه (٥) قوله (كونه) عطف إلى (تزلزل ملك الطرف الآخر)، (٦) أي في الثمن (٧) يرجع الضمير إلى الحق (٨) ثم أن ما ذكره في مقام دفع الرد المذكور لثبت الخيار للزوجة في صورة انتقال الأرض إلى الميت ، وارد وجار في صورة انتقال الأرض عن الميت ، بان يقال : أن تزلزل ملك الطرف الآخر و كونه في معرض الانتقال إلى الورثة ، ثابت على كل حال ، أي سواء ثبت الخيار للزوجة ، أم لا ، لأن لم يباقي الورثة فسخ المعاملة و رد الثمن واسترداد الأرض و ان لم يكن لها نصيب من الأرض ، فعلى هذا يثبت ارثها في هذه الصورة أيضا ، كما يثبت ارثها في صورة انتقال الأرض إلى الميت ، فحينئذ يثبت الوجه الثاني من الوجوه الأربع ، وهو عدم حرمانها

عن ارث الخيار مطلقا

الورثة للأرض (١) المبيعة بثمن معين تشتراك فيه الزوجة ، الا (٢) ان يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ ، الا في مقدار حصتهم من الثمن ، فيلزم تبعيض الصفة ، فما اختاره في الإيضاح من التفصيل (٣) مفسراً به (٤) عبارة والده في القواعد لا يخلو (٥) عن قوة . قال في القواعد : الخيار موروث بالحصص ، كالمال من أي نوعه (٦) كان الا الزوجة غير ذات الولد في الأرض ، على أشكال ، اقربه ذلك (٧)

(١) يعني فسخ باقي الورثة للأرض التي باعها الميت بثمن معين تشتراك في الثمن ، الزوجة (٢) فالمراد من قوله (الا ان يلتزم ، الخ) ان ما ذكر في صورة انتقال الأرض إلى الميت ، ليس وارداً وجاري في صورة انتقال الأرض عن الميت حتى يثبت ارث للزوجة أيضاً في هذه الصورة حيث قال المصنف (ره) : الا ان يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ في تمام الأرض ، وإنما لهم ذلك في المقدار من الأرض القابل لحصتهم من الثمن وليس لهم التسلط على رد حصتها من الأرض ، فيلزم تبعيض الصفة في مقام فسخ باقي الورثة ، فإذا لم يكن ما ذكر وارداً وجاري في صورة انتقال الأرض عن الميت ، وكان وارداً وجاري فقط في صورة انتقال الأرض إلى الميت ، فيثبت القول الثالث ، فلذا قال المصنف (ره) : فما اختاره في الإيضاح ، لا يخلو عن قوة (٣) قوله (من التفصيل) بيان له (٤) ، (٥) يرجع الضمير إلى التفصيل (٥) قوله (لا يخلو) خبر لمبدأ مقدم وهو قوله (ما) ، (٦) يرجع الضمير إلى الخيار (٧) فلا يخفى ، أن صاحب الإيضاح والسيد العميد حملأ قول العلامة (اقربه ذلك ، الخ) على أن الأقرب ارث الزوجة إذا اشتري الميت الأرض بختار ، لأنها حينئذ تفسخ ، فترت →

ان اشتري بخيار لتراث من الثمن ، انتهى (١) وقال (٢) في الايضاح :
 ينشأ الاشكال من عدم ارثها (٣) منها ، فلا يتعلق (٤) بها (٥) فلا ترث
 من خيارها ، ومن آن الخيار (٦) لا يتوقف على الملك ، كالاجنبي ، ثم فرع
 (٧) المصنف (٨) آنه

→ من الثمن ، ولكن حمل المحقق الثاني في جامع المقاصد قول
 العلامة (و اقربه ذلك ، الخ) على آن الأقرب من هذا الاشكال ، عدم ارث
 الزوجة ان كان الميت قد اشتري الأرض بخيار ، فارادت الفسخ لتراث من
 الثمن ، فقال ايضاً : فآن المتبدراً أن المشار إليه بقوله (ذلك) هو عدم
 الارث الذي سيقت لأجله العبارة ، ففهم ارادة الارث منها ارتكاب لما
 لا يدل عليه دليل ، انتهى (١) اى انتهى ما ذكره في القواعد (٢) قال
 في الايضاح : ينشأ الاشكال الذي ذكره العلامة بقوله (على اشكال) من
 عدم ارثها منها ، فلا يتعلق ارثها بالأرض ، فلا ترث الزوجة من خيارها
 ومن آن الخيار لا يتوقف على الملك ، ك الخيار الأجنبي ، فترث الزوجة من
 الخيار (٣) قوله (من عدم ارثها ، الخ) دليل على عدم ارثها (٤) يرجع
 الضمير المستتر الى ارثها (٥) الضمير يرجع الى الأرض (٦) قوله (من
 آن الخيار ، الخ) دليل على ارثها (٧) قوله (ثم فرع المصنف ، الخ)
 عبارات الايضاح في شرح قول العلامة (اقربه ذلك ، الخ) الا آنه قدّم في
 الشرح ما كان في القواعد متأخراً ، وآخر فيه ما كان فيها متقدماً ، لأن
 قوله (اقربه ذلك) كان في القواعد متقدماً ، وهو آخره في الشرح ، وأن
 قوله (ان اشتري بخيار لتراث من الثمن) في القواعد متأخر ، وهو في
 الشرح قدّمه (٨) فالمراد من (المصنف) هو العلامة (ره)

لو كان الموروث (١) قد اشتري بخيار، فالأقرب ارثها (٢) من الخيار لأن لها حقاً في الثمن، ويحتمل عده (٣) لأنها لا ترث من الثمن إلا بعد الفسخ، فلو علل بارثها دار (٤) والأصح (٥) اختيار المصنف لأن الشراء (٦) يستلزم منعها (٧) من شئ نزله الشارع منزلة جزء من التركة، وهو (٨) الثمن، فقد تعلق الخيار بما ترث منه (٩) انتهى (١٠) وقد حمل (١١) العبارة على هذا المعنى السيد العميد الشارح

(١) فالمراد من (الموروث) هي الأرض (٢) اي ارث الزوجة (٣) الضمير يرجع إلى الارث (٤) بيان الدور: أن ارث الثمن موقوف على الفسخ، والفسخ موقوف على ثبوت الخيار، فثبتوت الخيار موقوف على كون الثمن موروثاً وفيه، أن ارث الثمن موقوف على الفسخ فعلاً، والخيار لا يتوقف إلا على كون الثمن موروثاً شأنها، فلا دور (٥) اي والأصح اختيار المصنف (ره) و هو ارث الزوجة من الخيار في صورة انتقال الأرض إلى الميت، لأن الثمن من حيث هو مع قطع النظر عن الشراء كان جزء من التركة موروثاً للزوجة و شراء الأرض يستلزم منعها من ذلك، فلو قلنا: بثبتوت الخيار لها لا يلزم تعلق الخيار بغير الموروث، و حاصل غرض الإيضاح: أن ارث الثمن موقوف على الخيار، لكن الخيار لا يتوقف إلا على كون الثمن موروثاً شأنها فلا دور (٦) اي شراء الأرض (٧) اي منع الزوجة (٨) يرجع الضمير إلى الشئ (٩) الضمير يرجع إلى (ما)، (١٠) انتهى ما ذكره في الإيضاح في شرح عبارة والده (١١) يعني أن السيد العميد الشارح لكتاب القواعد حمل عبارة العلامة على هذا المعنى، وهو ارث الزوجة من الخيار في صورة انتقال الأرض إلى الميت

للكتاب، واستظهر خلاف ذلك (١) من عبارة جامع المقاصد، فأنه (٢) بعد بيان منشأ الاشكال على ما يقرب من الايضاح، قال : فالأقرب من هذا الاشكال عدم ارثها (٣) ان كان الميت قد اشتري ارضا بخيار، فارادت الفسخ لتراث من الثمن، واما اذا باع ارضا بخيار، فلاشكال حينئذ بحاله، لأنها اذا فسخت في هذه الصورة ، لم ترث شيئا ، وحمل الشارحان (٤) العبارة على ان الأقرب ارثها اذا اشتري بخيار ، لأنها حينئذ تفسخ ، فترت من الثمن ، بخلاف ما اذا باع بخيار، وهو (٥) خلاف الظاهر ، فان المتبادر ان المشار اليه بقوله ذلك (٦) هو عدم الارث الذي سيقت لأجله (٧) العبارة ، مع انه (٨) من حيث الحكم

(١) قوله (ذلك) اشارة الى المعنى الذي حمل السيد العميد عبارة القواعد عليه ، وفسر الايضاح عبارة والده به ، وهو ارث الزوجة من الخيار في صورة انتقال الأرض الى الميت ، والمراد من خلاف هذا المعنى الذي استظهره من عبارة جامع المقاصد ، هو عدم ارث الزوجة من الخيار في صورة انتقال الأرض الى الميت (٢) يرجع الضمير الى جامع المقاصد (٣) اي عدم ارث الزوجة من الخيار (٤) قوله (وحمل الشارحان ، الخ) عبارة جامع المقاصد ، اي حمل صاحب الايضاح والسيد العميد عبارة القواعد على ان الأقرب ارثها اذا اشتري بخيار ، لأنها حينئذ تفسخ فترت من الثمن (٥) يعني وحمل الشارحين عبارة القواعد على ان الأقرب ارثها ، خلاف الظاهر (٦) فالمراد من (ذلك) هو ما ذكر في عبارة القواعد بقوله (اقرئه ذلك) ، (٧) يرجع الضمير الى عدم الارث (٨) يرجع الضمير الى حمل الشارحين

غير مستقيم ايضا ، فان الأرض حق لباقي الوراث استحقوها بالموت، فكيف تملك الزوجة ابطال استحقاقهم لها (١) و اخراجها (٢) عن ملكهم ، نعم (٣) لو قلنا : ان ذلك يحصل بانقضاء مدة الخيار ، استقام ذلك (٤) و ايضا (٥) فأنّها اذا ورثت في هذه الصورة ، وجب ان ترث في ما اذا باع

(١) الضمير يرجع الى الأرض (٢) في قوله (اخراجها) اضافة المصدر الى مفعوله مع حذف الفاعل ، اي اخراج الزوجة الأرض عن ملكهم (٣) قوله (نعم ، لو قلنا ، الخ) ايضا عبارة جامع المقاصد ، يعني نعم ، لو قلنا : ان ملك الميت للأرض و ملك بايع الأرض للثمن يحصل بانقضاء الخيار كما حكى عن الشيخ الطوسي (ره) ، ان ملكية العوضين لا يحصل الا بانقضاء الخيار ، استقام ما ذكره الشارحان ، من ان الأقرب ارث الزوجة من الخيار اذا اشتري بخيار ، لأن الأرض لم تنتقل الى الميت ، والثمن لم ينتقل الى بايع الأرض في زمان الخيار ، فحينئذ تفسخ الزوجة و ترث من الثمن (٤) اشارة الى ما ذكره الشارحان ، من ان الأقرب ارث الزوجة من الأرض اذا اشتري بخيار (٥) اعتراض في جامع المقاصد على الشارحين ايضا بقوله (وايضا ، فأنّها اذا ورثت ، الخ) يعني ما ذكره الشارحان غير صحيح لأن الزوجة اذا ورثت في صورة انتقال الأرض الى الميت ، وجب ان ترث من الخيار في صورة انتقال الأرض عن الميت بطريق اولى ، والحال انّهما لا يقولان بارثها في هذه الصورة

الميّت ارضا بخيار، بطريق اولى (١) لأنّها ترث حينئذ من الثمن واقصى (٢) ما يلزم من ارثها من الخياران تبطل حقّها من الثمن، وهو (٣) اولى من ابطال ارثها حقّ غيرها (٤) من الأرض التي اختصوا بملكها

(١) وانما كان بطريق اولى ، لأن الثمن انتقل الى الميّت، والزوجة ترث منه ولها حقّ في ان تتصرف في الثمن باه تفسخ وتردّ الثمن واستردت الأرض (٢) قال في جامع المقاصد ايضاً (اقصى ما يلزم، الخ) حاصل هذه العبارة ، أن ارث الزوجة من الخيار في صورة انتقال الأرض عن الميّت مبطل لحقّها ، لأنّه بالفسخ ينتقل الثمن إلى الطرف الآخر، وتنتقل الأرض إلى سائر الورثة ، فحينئذ تكون الزوجة محرومة من الأرض مع بطلاً حقّها من الثمن ايضاً ، أمّا ارثها من الخيار في صورة انتقال الأرض إلى الميّت، فهو مبطل لحقوق سائر الورثة ، لأنّه بالفسخ تنتقل الأرض من الورثة إلى الطرف الآخر، وينتقل الثمن إلى الورثة، وانما كان الا بطّال في الصورة الاولى ، اولى من الصورة الثانية ، لأنّ الا بطّال في الثانية ابطال لحقوق راجعة إلى سائر الورثة ، فاذا دار الأمر بين ابطال حقّ واحد راجع إلى نفسها ، وبين ابطال حقوق راجعة إلى سائر الورثة ، فالاول اولى بالارتكاب من الثاني (٣) الضمير يرجع إلى ابطال حقّها من الثمن (٤) فالمراد من (غيرها) هو سائر الورثة ، يعني أن ارثها من الخيار في صورة انتقال الأرض إلى الميّت مبطل لحق سائر الورثة من الأرض التي اختصوا بملكها

ثم قال (١) : والحق أن ارثها من الخيار في الأرض المشتراء ، مستبعد جداً ، وابطال حق قد ثبت لغيرها يحتاج إلى دليل ، نعم (٢) قوله : لتراث من الثمن ، على هذا التقدير (٣) ، يحتاج إلى تكليف زيادة تقدير (٤) بخلاف ما حمل (٥) عليه ، انتهى (٦) وقد تقدم ما يمكن (٧) أن

(١) ثم قال في جامع المقاصد (والحق ، الخ) وحاصل ما قال ، أن ارث الزوجة من الخيار في الأرض التي اشتراها الميت ، مستبعد جداً ، وابطال حق الورثة من الأرض التي اشتراها الميت يحتاج إلى دليل وهو هنا مفقود (٢) قال في جامع المقاصد (نعم ، قوله : لتراث من الثمن الخ يعني ، نعم قول العلامة (لتراث من الثمن) على هذا التقدير الذي فسرت قوله به ، يحتاج إلى تكليف زيادة تقدير ، بخلاف ما حمل الشارحان عليه (٣) فالمراد من (هذا التقدير) هو الذي فسر قول العلامة به بقوله (فإن المبادر ، أن المشار إليه ، بقوله ذلك هو عدم الارث الذي سيقت لأجله العبارة) (٤) لعل المراد من زيادة التقدير في صورة عدم الارث هو ما ظهر من كلامه حيث قال (فارادات الفسخ لتراث من الثمن) ، (٥) يرجع الضمير في قوله (حمل) إلى الشارحان ، وفي قوله (عليه) إلى (ما) (٦) أي انتهى ما ذكره في جامع المقاصد (٧) فالمراد بما تقدم ، هو مما تقدم في ص ٣١ (٨) بقوله (ويمكن دفعه ، بأن ملك بايع الأرض ، الخ) والمراد من هذا الكلام هو قول جامع المقاصد (ابطال حق قد ثبت لغيرها ، يحتاج إلى دليل) يعني وقد تقدم ما يمكن أن يقال على رد هذا الكلام الذي ذكره جامع المقاصد ، وحاصل هذه العبارة : أن جامع المقاصد يقول (ابطال حق قد ثبت لغيرها ، يحتاج إلى دليل) ←

يقال على هذا الكلام ، ثم أن الكلام في ثبوت الخيار لغير مستحق الحبوة من الورثة (١) اذا اشتري الميت ، او باع بعض اعيان الحبوة بخيار ، هو (٢) الكلام في ثبوته للزوجة في الأرض المشتراء (٣) والمبيعة

مسألة *

في كيفية استحقاق كلّ من الورثة للخيار مع أنه شئ واحد غير قابل للتجزئة و التقسيم ، وجوه (٤)

الأول : ما اختاره بعضهم من استحقاق كلّ منهم خياراً مستقلاً ، كمورثه بحيث يكون له الفسخ في الكلّ ، وان اجاز الباقيون (٥)

→ والمصنف يقول : والدليل على الإبطال المذكور ثابت بما تقدم من أن ملك بايع الأرض للثمن لما كان متزللاً وفي معرض الانتقال إلى جميع الورثة اقتضى بقاء هذا التزلل بعد موت ذي الخيار ثبوت حق الزوجة ، وان لم يكن لها سلطان على نفس الأرض (١) قوله (من الورثة) بيان لـ (الغير) ، (٢) يرجع الضمير إلى (الكلام) في قوله (أن الكلام) (٣) اي في الأرض التي اشتراها الميت او باعها (٤) اي وجوه ثلاثة ، بل وجوه اربعة ، بناء على أن الوجه الثالث يتصور على وجهين (٥) فلا يخفى ، ان في قوله (وان اجاز الباقيون) احتمالين ، احدهما : كون المتقدم من الفسخ والاجازة نافذا ، بمعنى أنه اذا سبق احدهما بالفسخ او الامضاء لم يبق خيار حتى يستوفيه اللاحق ، وثاناهما : أن الفسخ نافذ ، وان تقدمت الاجازة على الفسخ ، وظاهر كلام المصنف فيما يأتي هو الثاني

نظير حد القذف (١) الذى لا يسقط بعفو بعض المستحقين، وكذلك
(٢) حق الشفعة على المشهور. واستند فى ذلك (٣) الى أن ظاهر
النبوى المتقدم (٤) وغيره : ثبوت الحق (٥) لكل وارث ، لتعقل (٦)
تعدد من لهم الخيار، بخلاف المال الذى لا بد من تنزيل مثل ذلك على
ارادة الاشتراك، لعدم تعدد الملاك شرعا لمال واحد، بخلاف محل
البحث (٧)

الثانى (٨) : استحقاق كل منهم خيارا مستقلا فى نصيه

(١) القذف: هو الرمى بالزنا او اللواط ، مثل قوله: زنيت او لطت ، و
حده ثمانون جلدة ، مثلا اذا مات المقدوف عن وارثين ، وعفى احدهما
دون الآخر ، لم يسقط الحد عن القاذف (٢) اذا مات الشفيع عن
وارثين ، وعفى احدهما دون الآخر ، لم يسقط حق الشفعة على المشهور
(٣) اشارة الى (ما اختار بعضهم) ، (٤) اى المتقدم فى ص ٣٠١
ترك الميت من حق ، فلوارثة) ، (٥) قوله (ثبوت الحق) خبر (ان) (٦)
اى لتعقل تعدد من لهم الخيار ، بمعنى ان يكون لكل واحد من
استقلال فى فسخ الكل ، بخلاف المال ، فانه لا يعقل ان يكون كل واحد
من الورثة مستقلا فى اخذ المال ، بل ارث الورثة من المال ، كان بنحو
الاشتراك (٧) فالمراد من (محل البحث) هو كيفية استحقاق كل من
الورثة للخيار مع انه شئ واحد (٨) اى الوجه الثانى

فله الفسخ فيه (١) دون باقى الحصص ، غاية الأمر مع اختلاف الورثة فى الفسخ والامضاء ببعض الصفقة على من عليه الخيار ، فيثبت له (٢) الخيار ووجه ذلك (٣) أن الخيار لما لم يكن قابلا للتجزئة ، وكان مقتضى ادلة الارث ، كما سيجيئ ، اشتراك الورثة فيما ترك مورثهم ، تعين (٤) ببعضه بحسب متعلقه (٥) فيكون نظير المشتريين لصفقة (٦) واحدة اذا قلنا بشبوب الخيار لكل منها (٧)

الثالث (٨) : استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار ، فيشتراكون فيه (٩) من دون (١٠) ارتكاب تعدده بالنسبة الى جميع المال

(١) اي في نصيبه (٢) الضمير يرجع الى (من) ، (٣) اشارة الى الوجه الثاني (٤) قوله : (تعين) جواب شرطٍ (المَا) يعني أن الخيار لما لم يكن قابلا للتجزئة ، تعين ببعضه بحسب متعلقه الذى هو المال ، ثمناً كان او ثمناً ، فحينئذ يكون لكل واحد من الورثة الفسخ في نصيبه (٥) فآن متعلق الخيار ، هو المال ، ثمناً كان او ثمناً (٦) قال في المجمع : و كانت العرب اذا وجب البيع ضرب احد هما يده على يد صاحبه ، ثم استعملت الصفقة في العقد ، فقيل : بارك الله لك في صفقة يدك ، انتهى (٧) يعني يكون لكل واحد من المشتريين الفسخ في حصته ، اذا قلنا بشبوب الخيار لكل واحد منها في حصته (٨) اي الوجه الثالث (٩) يرجع الضمير الى الخيار (١٠) فاته بقوله (من دون ارتكاب تعدده بالنسبة الى جميع المال) يرد الوجه الأول ، و بقوله (ولا بالنسبة الى حصة كل منهم) يرد الوجه الثاني

ولا بالنسبة إلى حصة كل منهم ، لأن مقتضى أدلة الارث في الحقوق الغير القابلة للتجزئة ، والآموال القابلة لها أمر (١) واحد ، وهو (٢) ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة ، إلا أن التقسيم في الأموال لما كان أمراً ممكناً ، كان مرجع اشتراك المجموع في المجموع إلى اختصاص كل منهم بحصة مشاعية ، بخلاف الحقوق ، فأنها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها ، فلا يجوز لأحد هم الاستقلال بالفسخ ، لا في الكل ، ولا في حصته (٣) فافهم (٤) وهنا (٥) معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع وهو (٦) إن يقوم (٧) بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة (٨) في ضمه ، لا من حيث كونه مجموعاً ، فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر ، لتحقق الطبيعة في الواحد (٩)

(١) قوله (أمر) خبر (آن)، (٢) الضمير يرجع إلى (أمر واحد)، (٣) فلا يخفى ، أن حاصل الوجه الثالث ، أنه لو فسخ أحدهم ، واجاز ، الآخر لغى الفسخ وإن كان الفسخ متقدماً (٤) لعله إشارة إلى أن ذلك يستلزم بطلان حق الشخص الذي يريد الفسخ ، لأنه يجب عدم جواز أعمال حقه لا في الكل ، ولا في حصته (٥) قوله (هنا) إشارة إلى الوجه الثالث يعني في الوجه الثالث معنى آخر (٦) الضمير يرجع إلى المعنى الآخر (٧) يرجع الضمير المستتر إلى الخيار (٨) أي من حيث تتحقق طبيعة الوارث في ضمن المجموع (٩) حاصل المعنى الآخر الذي ذكره المصنف (ره) ، أن الخيار يقوم بطبيعة الوارث في ضمن مجموع الورثة ، فيكونون المجموع مصادقاً لطبيعة الوارث ، وكذلك كل واحد من الورثة يكونون مصادقاً لطبيعة الوارث أيضاً ، فيكون الخيار لمجموع الورثة لتحقق ←

وليس له (١) الاجازة بعد ذلك (٢) كما أنه لو اجاز الآخر، لم يجز الفسخ بعده، لأن الخيار الواحد اذا قام بماهية الوارث (٣) واحدا كان او متعددا، كان امضاء الواحد كفسخه ماضيا، فلا عبرة بما يقع متأخرا عن الآخر، لأن الأول قد استوفاه (٤) ولو اتحدا زمانا (٥) كان ذلك كالامضاء و الفسخ من ذي الخيار بتصرف واحد، لا أن الفاسخ متقدّم، كما سيجيئ في احكام التصرف (٦) ثم انه لا ريب في فساد

→ الطبيعة في ضمه و يكون الخيار ايضا لـكل واحد منهم لتحقق طبيعة الوارث في ضمن كل واحد منهم، فيجوز لـكل واحد منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر قبله، والاستقلال بالاجازة ما لم يفسخ الآخر قبله لتحقق الطبيعة في الوارث الواحد ، وان الخيار الواحد اذا قام بماهية الوارث واحدا كان او متعددا، كان امضاء الواحد كفسخه نافذا و ماضيا فلا عبرة بما يقع متأخرا عن الآخر (١) الضمير يرجع الى الآخر (٢) اي بعد الفسخ (٣) ماهية الوارث ، اي طبيعة الوارث (٤) الضمير المفعول يرجع الى حق الخيار (٥) يعني لو اتحدا الفسخ و الاجازة زمانا كان ذلك كالامضاء و الفسخ من ذي الخيار بتصرف واحد ، كما لو اشتري عبدا بجارية مع الخيار، فقال : اعتقتهما ، وقد تعرض لهذا الفرع في ج ١ ص ٢ (٦) اي كما سيجيئ عدم تقدم الفاسخ على المجيز في ج ١ ص ٢ في احكام التصرف بقوله (وفيه، انه لا دليل على التقاديم في مثل المقام مما وقع الاجازة و الفسخ من طرف واحد دفعة ، الخ) فلا يخفى ، ان محصل الوجه الأول ، هو تقديم الفسخ على الاجازة و ان وقع الاجازة قبل الفسخ ، و محصل الوجه الثاني ، ان لـكل واحد من الورثة الفسخ في نصيبه لا في ←

مستند الوجه الأول المذكور (١) له، لمنع ظهور النبوى وغيره (٢) فى ثبوت ماترك لكلى واحد من الورثة، لأن المراد بالوارث فى النبوى وغيره مما افرد فيه لفظ الوارث، جنس (٣) الوارث المتحقق فى ضمن الواحد والكثير، وقيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه الأربع المتقدمة (٤) كما لا يخفى على المتأمل، وأما ما ورد فيه لفظ الورثة (٥) بصيغة الجمع

→ باقى الحصص، غاية الأمر مع اختلاف الورثة فى الفسخ والامضاء يثبت للطرف الآخر الخيار لبعض الصفة، ومحصل الوجه الثالث، أن المجموع ان اتفق على الفسخ، انفسخ، والا فلا، ومحصل الوجه الرابع انه يجوز لكلى واحد منهم الاستقلال باستيفاء الخيار بالفسخ او الامضاء من دون حاجة الى انضمام باقى، فان سبق احدهم باستيفائه بفسخ او امضاء، لم يبق خيار حتى يستوفيه اللاحق، فيكون عمل اللاحق فسخا كان او اجازة، لغوا، وان اتحد ازواجا كان ذلك كلاماً ولفظاً ولفسخ بتصرف واحد (١) قوله (المذكور) صفة لـ (مستند) مضاف الى الوجه، والضمير فى قوله (له) يرجع الى الوجه الأول (٢) اي وغيره من ادلة الارث (٣) فالمراد من الجنس هو الطبيعة (٤) اي وقيام الخيار بالجنس الوارث يتأتى على الوجوه الأربع المتقدمة، وقضية هذا هو الاجمال فعلى هذا لا يكون النبوى ظاهرا فى الوجه الأول، وكذا غيره مما افرد فيه لفظ الوارث (٥) فلا يخفى، ان فى لفظ * العلماُ * فى قول المولى : اكرم العلماُ ، احتمالات اربعة ، احدها : ان يراد منه جنس الجمع ولم ينسلاخ عنه معنى الجمعية ، فحينئذ ان العبد ان اكرم لهم ، اطاع ولم يعص ، وان اكرم ثلاثة منهم وترك اكرام باقى ، اطاع ولم يعص ←

فلا يخفى ، أن المراد به (١) أيضاً جنس الجمع أو جنس الفرد أو الاستغرار القابل للحمل على المجموعي والافرادي ، والأظهر هو الثاني (٢) كما في نظائره ، هذا كلّه مع قيام القرينة العقلية (٣) واللفظية على

→ ايضاً ، لأنّ المراد ايجاد طبيعة الجمع ، فهو حاصل باكرام الكل و باكرام ثلاثة ايضاً ، وإنْ اكرم فرداً منهم لم يطع اصلاً ، لأنّ المراد منه جنس الجمع لا جنس الفرد ، وثانيها : ان يراد منه جنس الفرد ، وإنْ انسلاخ منه معنى الجمعية وبقى ارادة الجنس ، فحينئذ لأنّ العبد إنْ اكرم كلّهم ، اطاع ولم يعص ، وإنْ اكرم فرداً منهم و ترك اكرام الباقي اطاع ولم يعص ايضاً ، لأنّ المراد منه ايجاد الطبيعة فهو حاصل باكرام كلّهم و باكرام فرد منهم ايضاً ، وثالثها : ان يراد منه الاستغرار المجموعي فحينئذ ، لأنّ العبد إنْ اكرم ثلاثة منهم و ترك اكرام الباقي ، اطاع بالنسبة الى اكرام الثلاثة ، وعصى بالنسبة الى ترك اكرام الباقي ، وإنْ اكرم فرداً منهم ، لم يطع اصلاً ، لأنّ المراد منه الاستغرار المجموعي ، لا الاستغرار الافرادى ، ورابعها : ان يراد منه الاستغرار الافرادى فحينئذ ، لأنّ العبد إنْ اكرم فرداً منهم و ترك اكرام الباقي ، فانّه اطاع بالنسبة الى اكرام الفرد ، وعصى بالنسبة الى ترك اكرام الباقي ، وفي لفظ الورثة ايضاً احتمالات اربعة التي ذكرها المصنف (ره) بقوله (أنّ المراد به ايضاً أمّا جنس الجمع او جنس الفرد ، الخ) ، (١) الضمير يرجع الى لفظ الورثة (٢) فالمراد من الثاني ، هو جنس الفرد ، فحينئذ يكون مجملاً مردداً بين الوجوه الأربع ، ولا يكون لفظ الورثة ظاهراً في الوجه الأول (٣) والمصنف (ره) ذكر لفساد الوجه الأول ، دليلين ←

عدم ارادة ثبوته لكل واحد مستقلا في الكل ، أمّا الأولى (١) فلان المفروض ان ما كان للميت و تركه للوارث حق واحد شخصي ، و قيامه (٢) بالاشخاص المتعددان اوضح استحالة ، و اظهر بطلانا من تجزيه (٣) و انقسامه على الورثة ، فكيف يدعى ظهور ادلة الارث فيه (٤) و أمّا الثانية (٥) فلان مفاد تلك الأدلة (٦) بالنسبة الى المال المتزوك و الحق المتزوك شئ واحد ، ولا يستفاد منها (٧) بالنسبة الى المال الاشتراك ، وبالنسبة الى الحق التعدد ، الا مع استعمال الكلام في معنيين هذا ، مع آن (٨)

→ احدهما : ما ذكره بقوله (بمنع ظهور النبوى وغيره ، الخ) و ثانهما : قوله (مع قيام القرينة العقلية ، الخ) ، (١) فالمراد من (الاولى) هي القرينة العقلية (٢) يرجع الضمير الى حق واحد (٣) الضمير يرجع الى حق واحد ايضا (٤) يرجع الضمير الى قيام حق واحد بالأشخاص المتعددين (٥) فالمراد من (الثانية) هي القرينة اللفظية (٦) يعني آن مفاد ادلة الارث بالنسبة الى المال المتزوك و الحق المتزوك ، شئ واحد ، ولا يستفاد من ادلة الارث بالنسبة الى المال الاشتراك بان يكون الورثة مشتركين في المال بحسب حصة كل واحد منهم ، وبالنسبة الى الحق ، التعدد ، بان يكون كل واحد منهم مستقلا في فسخ الكل الا مع استعمال الكلام في المعنيين ، وهذا خلاف الظاهر من الأدلة (٧) الضمير يرجع الى الأدلة (٨) قوله (مع آن مقتضى ثبوت ، الخ) دليل ثالث لفساد الوجه الأول ، و حاصله : آن مقتضى ثبوت ، ما كان للميت لكل من الورثة ان يكون الورثة كالوكلاء المستقلين ، فيمضي السابق من اجازة احدهم او فسخه ، فلا يؤثر اللاحق ، فاذا اجاز احدهم سابقا ←

مقتضى ثبوت، ما كان للميت لـ(١) من الورثة ان يكونوا كالوكـلاء المستقلين، فيمضي السابق من اجازة احدهم او فسخه (٢) ولا يؤثر اللاحق، فلا وجہ لتقدم الفسخ على الاجازة على ما ذكره (٣) واما الوجه الثاني (٤) فهو، وان لم يكن منافيا لظاهر ادلة الارث من ثبوت مجموع المتزوج لمجموع الوارث ، الا ان تجزية الخيار (٥) بحسب متعلقه (٦) كما تقدم مما لم يدل عليه ادلة الارث ، اما ما كان منها (٧) كالنبيوي، غير متعرض للقسمة ، فواضح ، واما ما (٨) تعرض فيه للقسمة ، كآيات قسمة

→ لم يصح فسخ اللاحق ، واذا فسخ احدهم سابقا لم تصح اجازة اللاحق ، كما هو قضية الوجه الرابع، فلا وجہ لتقدم الفسخ على الاجازة كما هو قضية الوجه الأول على ما ذكره البعض (١) قوله (لـ٢) متعلق بقوله (ثبوت)، (٢) يرجع الضمير الى احدهم (٣) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى البعض الذى اختار الوجه الأول ، و الضمير المفعول يرجع الى (ما)، (٤) اى الوجه الثاني من الوجوه الأربع (٥) اى الا ان تجزية الخيار و تبعضه بحسب متعلق الخيار الذى هو المال ، كما تقدم مما لم يدل عليه ادلة الارث (٦) فالضمير يرجع الى الخيار ، والمراد من المتعلق ، هو المال ، لأن الخيار يتعلق بالمال ، ثمنا كان او مثمنا (٧) يرجع الضمير الى ادلة الارث (٨) يعني واما ما تعرض فيه للقسمة كآيات قسمة الارث بين الورثة ، قوله تعالى : فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلَا يَبُوئُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ سـ٤ آية ١١ وغيرها ، فغاية ما يستفاد منها ثبوت القسمة فى المال الذى يحصل باعمال حق الخيار ، فيقسم بينهم العين ←

الارث بين الورثة ، فغاية ما يستفاد منها (١) في المقام بعد ملاحظة عدم انقسام نفس المتوفى (٢) هنا ثبوت القسمة (٣) فيما يحصل باعمال هذا الحق او اسقاطه (٤) فيقسم بينهم العين المستردّة بالفسخ او ثمنها (٥) الباقي في ملكهم بعد الاجازة على طريق الارث (٦) واما ثبوت الخيار لكل منهم مستقلا في حصته ، فلا يستفاد من تلك الأدلة ، فالمتيقن (٧) من مفاذها (٨) هو ثبوت الخيار الواحد الشخصي للمجموع ، فان اتفق المجموع على الفسخ انفسخ (٩) في المجموع ، والا فلا دليل على الانفساخ في شئ منه ، ومن ذلك (١٠) يظهر ان المعنى الثاني (١١)

→ المستردّة بالفسخ ، او اسقاطه ، فيقسم بينهم ثمن العين الباقي في ملكهم على طريق الارث (١) الضمير يرجع الى الآيات (٢) اي بعد ملاحظة عدم انقسام نفس حق الخيار المتوفى من قبل الميت هنا (٣) قوله (ثبت القسمة) خبر لمبدأ مقدم ، وهو قوله (فغاية) مضافة الى (ما) (٤) يرجع الضمير الى الحق (٥) الضمير يرجع الى العين (٦) قوله (على طريق الارث) متعلق على قوله (فيقسم) ، (٧) اي فالمتيقن من مفاذ الأدلة ، هو الوجه الثالث ، وهو ثبوت الخيار الواحد الشخصي للمجموع ، فان اتفق المجموع على الفسخ انفسخ في المجموع ، وان لم يتفق المجموع على الفسخ ، فلا دليل على الانفساخ في شئ منه (٨) الضمير يرجع الى الأدلة (٩) الضمير المستتر يرجع الى العقد (١٠) اشارة الى ان مفاذ الأدلة ، هو ثبوت الخيار الواحد الشخصي للمجموع (١١) فالمراد من الوجه الثاني ، هو الذى ذكره فى ص ٣٢٣ بقوله : وهنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع ، الخ

للوجه الثالث، وهو قيام الخيار بالطبيعة المتحققة في ضمن المجموع
أيضا لا دليل (١) عليه، فلا يؤثر فسخ أحدهم وإن لم يجز الآخر ، مع
أن هذا المعنى (٢) أيضا مخالف لأدلة الارث، لما عرفت (٣) من أن
مفادها (٤) بالنسبة إلى المال و الحق ، واحد ، ومن المعلوم (٥) أن
المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق في ضمن المجموع، ثم أن ما ذكرنا
(٦) جاري في كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج كونه (٧) على
خصوص واحد من الوجوه (٨) المذكورة

(١) قوله (لا دليل عليه) خبر لـ (أن) في قوله (أن المعنى الثاني) و
الضمير في قوله (عليه) يرجع إلى المعنى الثاني (٢) اشارة إلى المعنى
الثاني للوجه الثالث (٣) أي لما عرفت في ص ٣٢٧ بقوله (واما الثانية
فلان مفاد تلك الأدلة بالنسبة إلى المال المتزوك و الحق المتزوك ، شئ
واحد) من أن مفадها بالنسبة إلى المال و الحق ، واحد ، فلا يستفاد
منها بالنسبة إلى الحق ، التعدد ، وبالنسبة إلى المال ، الاشتراك (٤)
قوله (من أن مفادها ، الخ) بيان لـ (ما) ، (٥) أي ومن المعلوم أن المالك
للمال ليس هو الطبيعة المتحققة في ضمن المجموع حتى يكون كل واحد
منهم بالنسبة إلى المال مستقلًا ، كما هو قضية الوجه الرابع ، بل كلهم
بالنسبة إلى المال مشتركون على طريق الارث (٦) يعني أن ما ذكرنا من
أن المتيقن من مفاد الأدلة ، هو ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع
وإن اتفق المجموع على الفسخ ، انفسخ في المجموع ، و إلا فلا ، جاري
في كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج على خصوص واحد من
الوجوه الأربع المذكورة (٧) الضمير يرجع إلى الحق (٨) أي الوجوه ←

نعم، لوعم ذلك (١) من دليل خارج اتبع ، كما في حد القذف ، فأن النص قد دل على أنه (٢) لا يسقط بعفو أحد الشريكين ، وكذا حق القصاص ، فإنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين ، لكن مع دفع الآخر (٣) مقدار حصة الباقي من الديمة إلى أولياء المقتض منه (٤) جمعا بين الحقيقين ، لكن (٥) يبقى الاشكال في حكم المشهور من غير خلاف يعرف بينهم ، وان احتمله (٦) في الدروس ، من أن أحد الورثة اذا اعفى عن

→ الأربعة المتقدمة (١) يعني لوعم كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة في حق ثبت لمتعدد من دليل خارج ، اتبع ، كما في حد القذف وحق القصاص ، مثلا اذا قتل الحارت والد بكر وزيد ، فعفى بكر حقه ، فلزمزيد ان يقتض من الحارت في صورة عدم عفوه ، لكنه اذا قتله لأجل القصاص ، يجب ان يدفع الى ورثة الحارت نصف الديمة ، لأن المقتض من حق القصاص نصفه (٢) الضمير يرجع الى حد القذف (٣) فالمراد من (الآخر) هو المقتض الذى يريد ان يقتض من الجانى الذى هو المقتض منه (٤) فالمراد من (المقتض منه) هو الجانى ، سواء كان قاتلا ، ام لا (٥) قال المصنف (ره) قبل هذا (ثم ، ان ما ذكرنا جار في كل حق ثبت لمتعدد ، الخ) ثم قال هنا (لكن يبقى الاشكال ، الخ) يعني لكن ، أن المشهور حكموا في الشفعة بخلاف ما ذكرنا ، من أن المتيقّن من مفادها ، هو ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع ، لأنهم حكموا ، با أن أحد الورثة اذا اعفى عن الشفعة كان للأخر الأخذ بكل المبيع ، فإن الظاهر أن حكمهم بذلك ليس لأجل دليل خارجي ، و الفرق بينه وبين ما نحن فيه ، مشكل (٦) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى ←

الشفعه كان للآخر الأخذ بكل المبيع ، فآن الظاهر أن قولهم بذلك ليس لأجل دليل خارجي ، والفرق بينه (١) وبين ما نحن فيه ، مشكل . يمكن ان يفرق بالضرر (٢) فانه لو سقطت الشفعه بعفو احد الشريكين تضرر الآخر بالشركة ، بل لعل هذا هو (٣) السر فى عدم سقوط حدى القذف والقصاص بعفو البعض ، لأن الحكم فيما (٤) التشفي ، فابطالهما بعفو احد الشركاء اضرار على غير العافى ، وهذا غير موجود فيما نحن فيه ، فتأمل (٥) ثم آن ما احترناه من الوجه الأول (٦) هو مختار العلامة في القواعد بعد ان احتمل الوجه الثاني (٧)

→ صاحب الدروس ، والضمير المفعول الى حكم المشهور (١) الضمير يرجع الى حق الشفعه (٢) اي و يمكن ان يفرق بين ما نحن فيه ، وبين حق الشفعه ، لأنه لو سقطت الشفعه بعفو احد الشريكين تضرر الآخر بالشركة ، لأن تبدل شريكه الأول الى شريك آخر لا يعلم حاله ضرر بخلاف ما نحن فيه (٣) اي لعل هذا هو السر فى عدم سقوط حد القذف عن القاذف بعفو احد ورثة المقدوف وعدم سقوط حق القصاص عن الجانى بعفو احد ورثة المجنى عليه (٤) يرجع الضمير المثنى الى حد القذف والقصاص (٥) لعله اشاره الى ورود مثله فى ما نحن فيه ايضا ، لأنه اذا لم يفسخ احد الورثة ، واراد الباقون الفسخ ، فمنعهم عن الفسخ ضرر عليهم خصوصا فيما كان الامضا ضررا على الجميع (٦) فالمراد من (الوجه الأول) هو الوجه الأول من الوجه الثالث ، وحاصل الوجه الأول من وجهى الثالث ، انه متى فسخ احد هم واجاز الآخر ، لغى الفسخ (٧) فالمراد من الوجه الثاني الذى احتمله العلامة في القواعد ، هو الوجه ←

ولده (١) في الإيضاح والشهيد (٢) في الدروس والشهيد الثاني (٣) في المسالك، وحكي (٤) عن غيرهم، قال في القواعد (٥) : وهل للورثة التفريق ؟ فيه نظر، أقربه المنع، وان جوزناه (٦) مع تعدد المشتري، وزاد (٧) في الإيضاح بعد توجيهه المنع با أنه لم يكن لمورثهم إلا خيار واحد، انه (٨) لا وجه لاحتمال التفريق، وقال في الدروس في باب خيار العيب: لو جوزنا لأحد المشترين (٩) الرد، لم نجوزه لأحد

→ الثاني من الوجوه الأربع المذكورة (١) قوله (ولده) عطف على قوله (العلامة) يعني الوجه الأول مختار ولده في الإيضاح (٢) قوله (الشهيد) عطف على قوله (العلامة) يعني الوجه الأول هو مختار الشهيد في الدروس (٣) قوله (الشهيد الثاني) عطف على قوله (العلامة)، (٤) الضمير المستتر يرجع إلى الوجه الأول (٥) اي قال في القواعد : وهل للورثة التفريق، اي الوجه الثاني من الوجوه الأربع ؟ فيه نظر، اي فيه احتمالان، احدهما : التفريق، وثانيهما : منع التفريق، وقال بعد احتمال التفريق بقوله (و فيه نظر) : أقربه المنع، اي منع التفريق، وهو الوجه الأول من وجهي الثالث (٦) يرجع الضمير إلى التفريق (٧) اى زاد بعد توجيهه المنع الذي ذكره العلامة بقوله (أقربه المنع) با أنه لم يكن لمورثهم إلا خيار واحد، انه لا وجه لاحتمال التفريق حتى يكون لكل واحد منهم خيار مستقل في نصيبيه (٨) قوله (انه لا وجه لاحتمال التفريق) فاعل قوله (زاد)، (٩) كما لو اشتري رجلان متاعا بخيار، ثم اراد احدهما الفسخ دون الآخر، جوز الشهيد (ره) له الفسخ والرد، ولم يجوز الفسخ والرد لأحد الوارثين

الوارثين عن واحد ، لأن التعدد طار (١) على العقد ، سواء كان الموروث خيار عيب أو غيره ، انتهى (٢) وفي المسالك بعد المنع عن تفرق المشتريين في الخيار ، هذا (٣) كله فيما لو تعدد المشتري ، أما لو تعدد مستحق المبيع مع اتحاد المشتري ابتداء ، كما لو تعدد وارث المشتري الواحد ، فإنه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفة ، والتعدد طار مع احتماله (٤) انتهى (٥) وظاهر التذكرة في خيار المجلس ، الوجه الأول (٦) من الوجوه المتقدمة ، قال : لو فسخ بعضهم واجاز الآخر فالأقوى أنه ينفسخ في الكل كالمورث ، لو فسخ في حياته في البعض واجاز في البعض ، انتهى (٧) ويحتمل (٨) أن لا يريد بذلك أن لكل منها

(١) يعني تعدد الخيار طار على العقد ، لأنّه كان حين العقد خيار واحد لواحد ، فإذا مات صاحب الخيار وانتقل الخيار إلى الورثة ، حصل التعدد بعد العقد ، بخلاف ثبوت الخيار للمشتريين ، فأنّه ثبت لهم التعدد من حين العقد (٢) اى انتهی ما ذكره في الدروس (٣) اشارة إلى المنع عن التفرق (٤) اى مع احتمال التفرق (٥) اى انتهی ما ذكره في المسالك (٦) وهو استحقاق كلّ واحد منهم خيارا مستقلا كموثراته بحيث يكون له الفسخ في الكل (٧) اى انتهی ما ذكره في التذكرة (٨) اى و يحتمل ان يريد العلامة بقوله (لو فسخ بعضهم و اجاز الآخر فالأقوى انه ينفسخ في الكل) ان لكلّ منهما ملك الفسخ في الكل كما هو مقتضى الوجه الأول ، بل يحتمل ان يريد بذلك ، انه يملك الفسخ في البعض و يسرى في الكل نظير فسخ المورث في البعض ، مثلا فسخ المورث في نصف المبيع دون نصفه الآخر ، فيسرى هذا الفسخ ←

ملك الفسخ في الكل ، كما هو مقتضى الوجه الأول (١) بل يملك الفسخ في البعض ، ويسرى في الكل ، نظير فسخ المورث في البعض ، وكيف كان (٢) فقد ذكر في خيار العيب ، انه لو اشتري عبدا ، فمات ، وخلف وارثين ، فوجدا به عيبا لم يكن لأحد هما رد حصته خاصة للتشخيص ، انتهى (٣) وقال في التحرير (٤) : لو ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب ، فرضي احدهما سقط حق الآخر من الرد دون الأرش ، والظاهر (٥) أن خيار العيب وخيار المجلس واحد ، كما تقدم (٦) عن الدروس

→ الى الكل ، فيكون الكل منفسا (١) اي مقتضى الوجه الأول من الوجه الأربع (٢) وكيف كان مراد العلامة في خيار المجلس ، فقد كان كلامه في خيار العيب موافقا لكلامه في القواعد ، حيث ذكر بقوله (انه لو اشتري عبدا ، الخ) يعني كلامه في خيار العيب موافق لكلامه في القواعد وكلامه في القواعد موافق لما اختاره المصنف ، فكلامه في خيار العيب موافق لما اختاره المصنف وهو الوجه الأول من وجهي الثالث ، وحاصل الوجه الأول ، انه متى فسخ احدهم واجاز الآخر ، لغى الفسخ (٣) اي انتهى كلام العلامة (ره) ، (٤) عرض المصنف (ره) من نقل كلام العلامة في التحرير ، افاده موافقته لكلامه في القواعد ، وكلامه في القواعد موافق لما اختاره المصنف (ره) وهو الوجه الأول من وجهي الثالث (٥) والظاهر ان خيار العيب وخيار المجلس واحد ، وان ذكر في التحرير حكم خيار العيب (٦) اي كما تقدم عن الدروس ، ان حكم خيار العيب وخيار المجلس واحد ، حيث قال : سواه كان الموروث خيار عيب او غيره

فلعله (١) رجوع عما ذكره في خيار المجلس ، ثم أنه (٢) ربما يحمل ما في القواعد وغيرها من (٣) عدم جواز التفريق على أنه لا يصح بعض المبيع من حيث الفسخ والاجازة ، بل لا بد من الفسخ ، او الاجازة في الكل ، فلا دلالة فيها (٤) على عدم استقلال كل منهم على الفسخ في الكل

(١) اي فلعل ما ذكره في التحرير في خيار العيب ، رجوع عما ذكره في خيار المجلس ، يعني المستفاد من كلام العلامة (ره) في خيار المجلس هو الوجه الأول من الوجوه الأربع ، وهو استحقاق كل واحد منهم خيارا مستقلا ، كمورثه بحيث يكون له الفسخ في الكل وان اجاز الباقون ، والمستفاد من كلامه في التحرير في خيار العيب هو الوجه الأول من وجهي الثالث ، وهو استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار ، فلا يجوز لأحد هم الاستقلال بالفسخ ، لا في الكل ولا في حصته ، وحاصله ، انه متى فسخ احد هم واجاز الآخر ، لغى الفسخ ، وعلى هذا فلعل ما ذكره في التحرير في خيار العيب رجوع عما ذكره في خيار المجلس (٢) ثم أنه ربما يحمل ما في القواعد وغيرها ، وهو عدم جواز التفريق على أنه لا يصح بعض المبيع من حيث الفسخ والاجازة ، وحاصل هذه العبارة ، ان بعض العلماء حمل عبارة القواعد على الوجه الأول من الوجوه الأربع ، يعني ان مراد العلامة (ره) من عدم جواز التفريق ، عدم صحة بعض المبيع من حيث الفسخ والاجازة ، بل لا بد من الفسخ او الاجازة في الكل ، فان فسخ احد هم واجاز الآخر ، قدم الفسخ على الاجازة (٣) قوله (من عدم الخ) بيان (ما) ، (٤) يرجع الضمير الى (ما) وتأنيث الضمير باعتبار المعنى ، اي في العبارة التي كان في القواعد

و حينئذ ، فان فسخ احدهم ، و اجاز الآخر ، قدّم الفسخ على الاجازة ، و ينسب تقديم الفسخ الى كل من منع من التفريق ، بل في الحدائق تصريح الأصحاب بتقديم الفاسخ من الورثة على المميز ، ولازم ذلك (١) الاتفاق على انه متى فسخ احدهم انفسخ في الكل ، وما ابعد (٢) بين هذه الدعوى ، وبين ما في الرياض ، من قوله : ولو اختلفوا ، يعني الورثة قيل : قدّم الفسخ ، وفيه نظر (٣) لكن الأظهر في عبارة القواعد ما ذكرنا (٤) وان المراد بعدم جواز التفريق ان فسخ احدهم ليس ماضيا مع عدم موافقة الباقيين ، كما يدل عليه (٥) قوله فيما بعد ذلك في باب خيار العيب : اما لو اورثا خيار العيب ، فلا اشكال في وجوب توافقهما (٦)

(١) اي ولازم تصريح الأصحاب بتقديم الفاسخ على المميز على ما ادعاه في الحدائق ، الاتفاق على انه متى فسخ احدهم انفسخ في الكل ، وان اجاز الباقيون (٢) اي وما ابعد بين دعوى صاحب الحدائق ، الاجماع على تقديم الفاسخ ، وبين ما ذكره في الرياض بقوله (قيل : قدّم الفسخ) فوجه المبعد ، ان صاحب الحدائق نسب تقديم الفاسخ ، الى الاجماع وصاحب الرياض نسبه الى (قيل) ، (٣) قوله (فيه نظر) هو كلام صاحب الرياض (٤) فالمراد من قوله (ما ذكرنا) هو الوجه الأول من وجهي الثالث (٥) الضمير يرجع الى قوله : ان المراد بعدم جواز التفريق ان فسخ احدهم ، الخ (٦) فلا يخفى ، ان قوله (اما لو اورثا خيار العيب ، فلا اشكال في وجوب توافقهما) هو قول العلامة (ره) و قوله (فان المراد ، الخ) هو قول المصنف (ره)

فإن المراد بوجوب التوافق، وجوبه الشرطى ، و معناه (١) عدم نفوذ التخالف، ولا ريب أن عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الاجازة من أحد هما مع فسخ صاحبه، بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون اجازته لفسخ صاحبه (٢) وهو المطلوب ، واصرح منه ما تقدم من عبارة التحرير (٣) ثم التذكرة (٤) نعم (٥) ما تقدم (٦) من قوله (٧) فـى الزوجة غير ذات الولد :اقرئه ذلك (٨) ان اشتري بخيار لترت من الثمن

(١) اى معنا وجوبه الشرطى (٢) و حاصله ، انه اذا اجاز احد هم و فسخ الآخر ، لزم البيع ، فيكون الفسخ لغوا ، و هو المطلوب الذى ذكرناه (٣) و حاصل ما تقدم من التحرير ، انه لو رضى احد هما بالبيع سقط حق الآخر من الرد ، لأن فسخ احد هما مع اجازة الآخر ، لغو (٤) فالمراد مما تقدم من التذكرة هو قوله (فقد ذكر فى خيار العيب ، انه لو اشتري عبدا ، فمات ، و خلف وارثين ، فوجدا به عيبا لم يكن لأحد هما رد حصته خاصة للتشخيص) فان المستفاد من قوله (لم يكن لأحد هما رد حصته خاصة) انه لو فسخ احد هما و اجاز الآخر ، لكان الفسخ لغوا (٥) شرع المصنف (ره) ان يذكر بقوله (نعم ، ما تقدم ، الخ) ان بعض عبارات القواعد و ان كان موافقا لما ذكرنا ، لكن بعض عباراتها مخالف لما ذكرنا ، و هو قوله (اقرئه ذلك ان اشتري بخيار لتراث من الثمن) فاته يدل على ان فسخ الزوجة فقط كاف فى استرجاع تمام الثمن لتراث منه (٦) اى تقدم فى ص ٣١٣ بقوله (اقرئه ذلك ، الخ) ، (٧) الضمير يرجع الى العلامة (٨) قوله (اقرئه ذلك لتراث من الثمن) مقول لقول العلامة

قد يدل (١) على أن فسخ الزوجة فقط كاف في استرجاع تمام الثمن لتراث منه، إذ استرداد مقدار حصتها (٢) موجب للتفريق الممنوع عنه (٣) وعند غيره، وكيف كان (٤) فمقتضى أدلة الارث ثبوت الخيار للورثة على الوجه الثالث الذي اختربناه، وحاصله (٥) أنه متى فسخ أحدهم واجاز الآخر، لغى الفسخ. وقد يتوهם (٦) استلزم ذلك بطلان حق شخص عدم اعمال الآخر حقه، ويندفع، بأن الحق إذا كان مشتركا، لم يجز اعماله (٧) إلا برضاء الكل، كما لو جعل الخيار لأجنبيين على سبيل التوافق

(١) قوله (قد يدل) خبر لمبدأ مقدم وهو قوله (ما)، (٢) سؤال وجواب، أما السؤال، فلعل مراد العلامة من قوله (اقرئه ذلك، الخ) أن الزوجة تفسخ في حصتها، لا في الكل، وأما الجواب، أن استرداد مقدار حصتها موجب للتفريق الممنوع عنه وعند غيره، وأشار المصنف إلى الجواب بقوله إذ استرداد مقدار حصتها، الخ (٣) الضمير يرجع إلى العلامة (٤) أي وكيف كان مراد العلامة وغيره، فمقتضى أدلة الارث من الكتاب والسنة الوارد بين في ارث ماترك الميت ثبوت الخيار للورثة على الوجه الثالث الذي هو الوجه الأول من وجهي الثالث (٥) أي حاصل الوجه الثالث (٦) أي قد يتوهם استلزم الوجه الثالث بطلان حق شخص، لأنه لو كان مع اجازة أحدهم، فسخ الآخر لغوا، لكن حق الفاسخ باطلًا، ويندفع، بأن الحق إذا كان مشتركا، لم يجز اعماله، فإن حق الخيار مشترك بين الورثة فلا يجوز الفسخ إلا برضاء الكل، كما لو جعل الخيار لأجنبيين على سبيل التوافق، فإنه لا يجوز الفسخ لأحد هما إلا برضاء الآخر (٧) الضمير يرجع إلى الحق

* فرع *

اذا اجتمع الورثة كلام على الفسخ فيما باعه مورثهم ، فان كان عين الثمن موجودا في ملك الميت ، دفعوه الى المشتري ، وان لم يكن (١) موجودا اخرج من مال الميت ، ولا يمنعون (٢) من ذلك (٣) وان (٤) كان على الميت دين مستغرق للتركة ، لأن المحجور (٥) له الفسخ بخياره ، وفي اشتراط ذلك (٦) بمصلحة الديان وعدمه ، وجهان . ولو كان مصلحتهم (٧) في الفسخ ، لم يجبروا الورثة عليه (٨) لأنّه حق لهم ، فلا يجبرون على اعماله ، ولو لم يكن للميت مال (٩) ففي وجوب دفع الثمن من مالهم

(١) اي وان لم يكن الثمن موجودا ، اخرج من مال الميت (٢) يعني ولا يمنع الورثة من الفسخ وان كان على الميت دين مستغرق للتركة ، لأن ثبوت الدين المستغرق لا يمنع من فسخ الورثة (٣) اشارة الى الفسخ (٤) ان) في قوله (وان كان) وصليمة (٥) اي لأن المحجور عن التصرف في المال ، له الفسخ بخياره ، فإن المحجور منع عن التصرف في امواله لا في حقوقه ، فإن للورثة الفسخ ، وان كان على الميت دين مستغرق (٦) اشارة الى فسخ الورثة (٧) اي ولو كان بمصلحة الديان في الفسخ لا يجوز لهم احبار الورثة على الفسخ ، لأنّه حق لهم ، فلا يجبرون شرعا على اعماله (٨) الضمير يرجع الى الفسخ (٩) اي ولو باع الميت في حال حياته داراً ، واتلف الثمن ، ثم مات ، ولم يكن له مال حين الموت وفسخ الورثة ، في وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص ، مثلا فإن الا بن الذي يرث الثلاثين ، يدفع ثلثي الثمن من ماله ، والبنت التي ترث الثالث ، تدفع ثلث الثمن من مالها ، وهكذا وجهان ، احد هما : عدم ←

بقدر الحصص ، وجهان ، من انه (١) ليس لهم الا حق الفسخ كالأجنبي (٢) المجعل له الخيار او الوكيل المستناب في الفسخ والامضاء و انحلال العقد (٣) المستلزم لدخول المبيع في ملك الميت يوفى عنه دينه ، و خروج الثمن من ملكه في المعين و اشتغال ذمته ببدلته فـى الثمن الكلى ، فلا يكون (٤) مال الورثة عوضا عن المبيع

→ وجوب دفع الثمن من مالهم ، لأنـه بالفسخ ينتقل المال الى الميت ويصير الثمن دينا على الميت ، فيكون المشتري واحدا من الغرماء و يقسمون المبيع على نسبة الديون ، و ثانـيهما : وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص ، لأنـه بالفسخ ينتقل المبيع الى الورثة ، فحينئذ لا بد ان يدفعوا الثمن من مالـهم ، ذكر المصنف دليل الوجه الأول بقوله (من انه ليس لهم الا حق الفسخ ، الخ) و دليل الوجه الثاني بقوله (و من انـهم قائمون الخ)

(١) قوله (من انه ، الخ) دليل لوجه عدم وجوب دفع الثمن من مالـهم (٢) يعني انـ الأجنبي الذى جعل له الخيار ، اذا فسخ ، لا يجب عليه دفع الثمن من مالـه ، لأنـ مقتضى انحلال العقد ، الرجوع الى الميت و كذلك الوكيل المستناب في الفسخ والامضاء ، فـاـنه اذا فسخ ، فليس عليه وجوب دفع الثمن من مالـه ، لأنـ مقتضى انحلال العقد حينئذ ، الرجوع الى الموكـل الميت (٣) يعني اذا لم يكن للورثة الا حق الفسخ ، فـاـنـهم اذا فسخوا ، انـحلـ العقد ، فـاـنـ انـحلـله يستلزم دخـولـ المـبيعـ فيـ مـلكـ المـيتـ يـوفـىـ عـنـهـ دـيـونـهـ (٤) ايـ فـلاـيـكـونـ مـالـ الـورـثـةـ عـوـضـاـ عـنـ المـبـيعـ ، اـذـ لاـ عـلـاقـةـ بـيـنـ مـالـهـ وـ بـيـنـ المـبـيعـ ، كـماـ لـاعـلـاقـةـ بـيـنـ مـالـ الـأـجـنـبـيـ المـجـعـولـ لهـ الـخـيـارـ ، اـلـاـ عـلـىـ وـجـهـ يـكـونـ مـالـ الـورـثـةـ وـفـاءـ عـنـ دـيـنـ ←

الا على وجه كونه (١) وفاءً لدين الميت، وحينئذ ، فلا اختصاص له (٢)
بالورثة على حسب سهامهم ، بل يجوز للغير اداء ذلك الدين ، بل لو
كان للميت غرماءً ضرب المشترى (٣) مع الغرماء ، وهذا غير اشتغال ذم
الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع ، ومن ائتم (٤) قائمون مقام
الميت في الفسخ برد الثمن او بدله و تملك المبيع ، فاذا كان المبيع
مردودا على الورثة من حيث ائتم قائمون مقام الميت ، اشتغلت ذممهم
بشنفه من حيث ائتم نفس الميت ، كما ان معنى ارشتم (٥) لحق الشفعة
استحقاقهم لتملك الحصة بشمن من مالهم ، لا من مال الميت

→ الميت، و حينئذ ، لا اختصاص له بالورثة على حسب سهامهم ، بل يجوز للغير اداء ذلك الدين (١) الضمير يرجع الى مال الورثة (٢) يرجع الضمير الى الوفاء (٣) اي بل لو كان للميت غرماً ضرب المشتري مبلغ الغرماً في المبيع الذي انتقل الى الميت، فيكون المشتري واحداً من الغرماء في تقسيم المبيع بنسبة الديون (٤) قوله (و من انهم ، الخ) دليل لوجه وجوب دفع الثمن من مال الورثة ، يعني أن الورثة قائمون مقام الميت في الفسخ برد الثمن ان كان باقياً ، و بدلها ان كان تالفاً ، و تملك المبيع من المشتري ، فإذا كان المبيع مردوداً على الورثة اشتغلت ذممهم بثمنه فوجب عليهم دفع الثمن من مالهم على حسب سهامهم (٥) يعني أن معنى ارث الورثة لحق الشفعة استحقاقهم لتملك الحصة المبوبة في شركة الميت بثمن من مالهم ، لا من مال الميت

ثُمَّ لَوْ قَلَنَا (١) بِجُوازِ الْفَسْخِ لِبَعْضِ الْوَرَثَةِ وَإِنْ لَمْ يَوْافِقْهُ الْبَاقِي وَفَسَخَ فِي اِنْتِقَالِ الْمُبَيْعِ إِلَىِ الْكُلِّ أَوْ إِلَىِ الْفَاسِخِ ، وَجَهَانَ ، مَا ذَكَرْنَا (٢) مِنْ مُقْتَضَىِ الْفَسْخِ ، وَمَا ذَكَرْنَا (٣) أَخِيرًا مِنْ مُقْتَضَىِ النِّيَابَةِ وَالْقِيَامِ (٤) مَقْامَ الْمَيِّتِ ، وَأَظْهَرَ فِي الْفَرْعَانِ (٥) هُوَ كُونُ لَوْلَيَّةِ الْوَارِثِ ، لَا كُولَيَّةَ الْوَلِيِّ (٦) أَوْ الْوَكِيلِ فِي كُونِهَا لَا سْتِيفَاءَ حَقَّ لِلْغَيْرِ ، بَلْ هِيَ لَوْلَيَّةَ سْتِيفَاءَ حَقٌّ مُتَعَلِّقٌ بِنَفْسِهِ (٧) فَهُوَ (٨) كَنْفُسُ الْمَيِّتِ ، لَا نَائِبٌ عَنْهُ فِي الْفَسْخِ

(١) قَوْلُهُ (ثُمَّ) ، لَوْ قَلَنَا : بِجُوازِ الْفَسْخِ لِبَعْضِ الْوَرَثَةِ ، إِلَّا (الخ) فَرْعَ آخِرَ (٢) قَوْلُهُ (مَا ذَكَرْنَا مِنْ مُقْتَضَىِ الْفَسْخِ) دَلِيلُ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، وَهُوَ اِنْتِقَالُ الْمُبَيْعِ إِلَىِ الْكُلِّ (٣) قَوْلُهُ (وَمَا ذَكَرْنَا ، إِلَّا) دَلِيلُ الْوَجْهِ الثَّانِي ، وَهُوَ اِنْتِقَالُ الْمُبَيْعِ إِلَىِ الْفَاسِخِ (٤) فَلَا يَخْفِي أَنْ قَوْلُهُ (الْقِيَامِ) تَفْسِيرٌ لِـ(النِّيَابَةِ) فَلِيُسَّ الْمَرَادُ مِنِ النِّيَابَةِ مَعْنَاهَا الظَّاهِرُ ، بَلْ الْمَرَادُ مِنْهَا ، هُوَ الْقِيَامُ لَا نَوْجَهَ الْأَوَّلِ نِيَابَةً ، دُونَ الْوَجْهِ الثَّانِي ، لَا نَوْرَاثَ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي قَائِمًا مَقْامَ الْمَيِّتِ فِي الْفَسْخِ ، فَيَنْتَقِلُ الْمُبَيْعُ إِلَىِ الْفَاسِخِ (٥) أَحَدُ الْفَرْعَانِينَ مَا تَقْدِمُ فِي ص ٣٤٠ بِقَوْلِهِ (إِذَا اجْتَمَعَ الْوَرَثَةُ كُلُّهُمْ ، إِلَّا) وَثَانِيهِمَا : قَوْلُهُ (ثُمَّ لَوْ قَلَنَا بِجُوازِ الْفَسْخِ لِبَعْضِ الْوَرَثَةِ ، إِلَّا) ، (٦) يَعْنِي لَوْ كَانَ لَوْلَيَّةُ الْوَارِثِ كُولَيَّةَ الْوَلِيِّ أَوْ الْوَكِيلِ فِي صُورَةِ الْفَسْخِ ، اِنْتَقِلُ الْمُبَيْعُ إِلَىِ الْمَيِّتِ فِي صُورَةِ الْفَسْخِ ، وَلَوْ كَانَ لَوْلَيَّهُ وَلَوْلَيَّهُ اِسْتِيفَاءَ حَقٌّ مُتَعَلِّقٌ بِنَفْسِهِ اِنْتَقِلُ الْمُبَيْعُ إِلَىِ الْوَارِثِ ، فَمَرَادُ الْمَصْنُفِ (رَه) مِنْ لَوْلَيَّةِ الْوَارِثِ فِي الْفَرْعَانِ ، هِيَ لَوْلَيَّةَ اِسْتِيفَاءَ حَقٌّ مُتَعَلِّقٌ بِنَفْسِهِ لِيَنْتَقِلُ الْمُبَيْعُ بِفَسْخِ الْوَارِثِ إِلَىِ الْفَاسِخِ (٧) الضَّمِيرُ يَرْجِعُ إِلَىِ الْوَارِثِ (٨) يَرْجِعُ الضَّمِيرُ إِلَىِ الْوَارِثِ أَيْضًا

و من هنا (١) جرت السيرة باًن ورثة البايع ببيع (٢) خيار رد الثمن يردّون مثل الثمن من اموالهم ، ويستردون المبيع لأنفسهم من دون ان يلزموا باداء الديون منه (٣) بعد الارخاج ، والمسئلة تحتاج الى تنقیح زائد

مسئلَة *

لو كان الخيار لأجنبي (٤) ومات ، ففي انتقاله إلى وارثه (٥) كما في التحرير ، أو إلى المتعاقدين ، أو سقوطه (٦) كما اختاره غير واحد من المعاصرین ، وربما يظهر (٧) من القواعد ، وجوه (٨) من أنه (٩) حق تركه الميت ، فلوارثه (١٠) ومن أنه (١١) حق لمن اشترط له

(١) اي من اجل آن ولاية الوارث ، هي ولاية استيفاء حق متعلق بنفسه جرت السيرة المتشرعاً ، باًن ورثة البايع الذي باع شيئاً واشترط الخيار لنفسه مدة باًن يردّ الثمن فيها ويرتّجع المبيع يردّون مثل الثمن من اموالهم ، ويستردّون المبيع لأنفسهم من دون ان يلزم الورثة باداء الدين من المبيع (٢) قوله (ببيع) متعلق بـ (البايع) ، (٣) الضمير يرجع إلى المبيع (٤) يعني لوجعل المتعاقدان خيار الفسخ للأجنبي ومات ، ففي انتقال الخيار إلى وارث الأجنبي ، أو إلى المتعاقدين ، أو سقوط الخيار (٥) يرجع الضمير إلى الأجنبي (٦) الضمير يرجع إلى الخيار (٧) الضمير المستتر الفاعل يرجع إلى السقوط (٨) قوله (وجوه) مبتدأ مؤخر له خبر مقدم ، وهو قوله (ففي انتقاله) ، (٩) قوله (من أنه حق تركه الميت ، الخ) دليل للوجه الأول ، وهو انتقاله إلى وارث الأجنبي (١٠) يرجع الضمير إلى الأجنبي (١١) قوله (و من أنه حق لمن اشترط له) ←

من المتعاقدين ، لأنّه (١) بمنزلة الوكيل الذي حكم في التذكرة بانتقال خياره (٢) إلى موكله دون وارثه (٣) ومن أن ظاهر العمل (٤) أو محتمله مدخلية نفس الأجنبي ، فلا يدخل في ما تركه ، وهذا (٥) لا يخلو عن قوّة ، لأجل الشك في مدخلية نفس الأجنبي ، وفي القواعد (٦) : لو

→ دليل للوجه الثاني ، وهو انتقال الخيار للمتعاقدين (١) الضمير يرجع إلى الأجنبي (٢) يرجع الضمير إلى الوكيل (٣) الضمير يرجع إلى الوكيل (٤) قوله (و من أن ظاهر العمل ، الخ) دليل للوجه الثالث ، وهو سقوط الخيار بموت الأجنبي ، يعني أن ظاهر جعل الخيار للأجنبي مدخلية نفس الأجنبي في الخيار ، فإذا مات سقط الخيار لفوت محل الخيار ، فحينئذ لا يدخل الخيار في عموم ما تركه الميت ، فلوارثه ، هذا بالنسبة إلى ظاهر جعل الخيار للأجنبي ، أمّا بالنسبة إلى محتمل جعل الخيار للأجنبي ، فإن المحتمل مدخلية نفس الأجنبي أيضا ، لأنّ الشك في مدخلية نفس الأجنبي هو الشك في انتقال الخيار إلى الغير ، فالقدر المتيقن هو ثبوته للأجنبي ، والشك في انتقاله إلى غيره ، فالأصل عدم الانتقال إلى الغير ، سواء كان متعاقدين ، أم وارث الأجنبي (٥) أي سقوط الخيار بموت الأجنبي ، لا يخلو عن قوّة ، لأنّ الشك في مدخلية نفس الأجنبي في الخيار هو الشك في انتقاله إلى الغير ، فإنّ القدر المتيقن هو ثبوته للأجنبي بجعل المتعاقدين ، والشك في انتقاله إلى غيره بعد الموت ، فالأصل عدم الانتقال إلى الغير ، سواء كان متعاقدين ، أم وارث الأجنبي (٦) أي قال في القواعد ص ١٤٣ سطر آخر (ولوشرط المتعاقدين الخيار لعبد أحدهما ، ملك المولى الخيار) بما ذكره ←

جعل الخيار لعبد احدهما ، فالخيار لモلاه (١) ولعله (٢) لعدم نفوذ فسخه ، ولا اجازته بدون رضا مولاه ، و اذا امره ب احدهما (٣) اجبر شرعا عليه ، فلو امتنع (٤) فللمولى فعله عنه (٥) فيرجع الخيار بالأخرة له (٦) لكن هذا (٧) يقتضي ان يكون عبد الأجنبي كذلك (٨) مع انه قال (٩) : لو كان العبد لأجنبي

→ المصنف مضمون لهذه العبارات (١) قوله (لモلاه) آخر مضمون كلام العلامة في القواعد (٢) قوله (لعله لعدم نفوذ فسخه ، الخ) كلام للمصنف لا كلام العلامة ، يعني لعل خيار العبد لモلاه لأجل عدم نفوذ فسخ العبد ، ولا اجازته بدون رضا مولاه (٣) الضمير المثنى يرجع الى الفسخ والاجازة (٤) يعني فلو امتنع العبد من امره ب احدهما ، فللمولى فعله عنه (٥) يرجع الضمير في (فعله) الى احدهما ، وفي (عنه) الى العبد (٦) الضمير يرجع الى المولى (٧) اي لكن هذا الذي ذكره العلامة (ره) ، في انه لو جعل الخيار لعبد احدهما ، فالخيار لモلاه ، يقتضي ان يكون عبد الأجنبي كذلك ، مع انه قائل ، انه لو كان العبد لأجنبي ، فالخيار ليس لモلاه ، فيظهر من قوله الأخير ، وهو قوله (لو كان العبد لأجنبي ، لم يملك مولاه) فساد الوجه المذكور و هو قوله (لو جعل الخيار لعبد احدهما ، فالخيار لモلاه) ، (٨) اي كعبد احد المتعاقدين (٩) اي قال العلامة في القواعد ص ١٤٤ سطر ١ (ولو كان العبد لأجنبي ، لم يملك مولاه ، ولا يتوقف على رضاه ، اذا لم يمنع حقاً للمولى) انتهى ما ذكره في القواعد ، و حاصله : ان عبد الأجنبي مستقل في الخيار ، ولا يتوقف على رضا المولى ، اذا لم يمنع اعمال

لم يملك مولاه (١) ولا يتوقف على رضاه (٢) اذا لم يمنع حقاً للمولى
فيظهر (٣) من ذلك فساد الوجه المذكور نقضاً و حلاً ، فافهم

*** مسئلة ***

و من احكام الخيار سقوطه بالتصريف بعد العلم بالخيار ، وقد مر ببيان ذلك في مسقطات الخيار ، والمقصود هنا بيان أنه ، كما يحصل اسقاط الخيار و التزام العقد بالتصريف ، فيكون التصرف اجازة فعلية (٤) كذلك يحصل الفسخ (٥) بالتصريف ، فيكون فسخاً فعلياً ، وقد صرّح في التذكرة

→ الخيار حقاً للمولى ، و الا توقف على رضاه (١) اي لم يملك مولى العبد خياره (٢) اي ولا يتوقف اعمال الخيار على رضا مولاه الاجنبي ، اذا لم يمنع حقاً للمولى ، و الا توقف على رضاه ، كما اذا جعل المتعاقدان الخيار لعبد الاجنبي ، بان يجيء الى المكان الفلانى و يعمل الخيار ، فـان ذهابه الى المكان المذكور يمنع عن حق المولى ساعة من اليوم مثلاً (٣) اي فيظهر من قوله (الأخير) وهو قوله (لو كان العبد لأجنبي ، الخ) فساد الوجه المذكور ، وهو قوله (لو جعل الخيار لعبد احدهما ، فالخيار لモلاه) نقضاً و حلاً ، اما فساده نقضاً ، فانتقاده بخيار عبد الاجنبي ، واما فساده حلاً ، فلما ذكره في خيار عبد الاجنبي بقوله (لم يملك مولاه) ولا يتوقف على رضاه (٤) يعني فيكون التصرف اجازة بالفعل ، لا بالقول كما اذا اشتري زيد جارية بـألف درهم ، ثم قبل الجارية في زمان خياره فـان التقبيل في زمان الخيار ، اجازة فعلية مسقطة لخياره (٥) اي كذلك يحصل الفسخ بالتصريف ، فيكون فسخاً فعلياً ، كما اذا باع زيد جارية بخيار ، ثم قبل الجارية في زمان خياره ، فـان تقبيلها في زمانه فسخ فعلى

بأن الفسخ كالاجازة قد يكون بالقول ، وقد يكون بالفعل . وقد ذكر جماعة ، كالشيخ و ابن زهرة و ابن ادريس و جماعة من المؤذنون كالعلامة وغيره قدس الله اسرارهم ، أن التصرف ان وقع فيما انتقل عنه (١) كان فسخا ، وان وقع فيما انتقل اليه (٢) كان اجازة ، وقد عرفت في مسئلة الاسقاط ، أن ظاهر الأكثر أن المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا ، وقد دل عليه الصحيحه (٣) المتقدمة في خيار الحيوان المعللة للسقوط ، بأن التصرف رضا بالعقد ، فلا خيار ، وكذا النبوى (٤) المتقدم ، ومقتضى ذلك (٥) منهم أن التصرف فيما انتقل عنه إنما يكون فسخا اذا كان مؤذنا بالفسخ ليكون (٦) فسخا فعليا ، وأما (٢) ما لا يدل على اراده الفسخ

(١) الضمير يرجع إلى صاحب الخيار (٢) أي إلى صاحب الخيار (٣) فهى صحيحه ابن رئاب : (فإن أحدث المشترى فيما اشتري حدثاً قبل الثلاثة أيام ، فذلك رضا منه ، ولا شرط له ، الخ) فهى متقدمة في ج ٢ ص ١٨٨
 (٤) فالمراد بالنبوى هو ما تقدم في ج ٢ ص ١٩٤ من روایة عبد الله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جعفر عن أبيه * ع *
 قال : قال رسول الله * ص * في رجل اشتري عبدا بشرط الى ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط ، قال : يستحلف بالله ما رضيه ، ثم هو برئ من الضمان (٥) يعني مقتضى قوله وهو (أن التصرف ان وقع فيما انتقل عنه كان فاسخا) إنما يكون فسخا اذا كان مؤذنا بالفسخ و دالا على الرضا بلزوم العقد ليكون فسخا فعليا ، كالفسخ القولي (٦) اسم (يكون) مستتر يرجع إلى التصرف (٢) وأما التصرف الذي لا يدل على الرضا بلزوم العقد وعلى اراده الفسخ ، فلا وجه لانفساخ العقد به ، وان قلنا : بحصول ←

فلاوجه لانفساخ العقد به (١) و ان (٢) قلنا بحصول الاجازة به (٣) بناء على حمل الصحيحة (٤) المتقدمة على سقوط الخيار بالتصريف تعبدـا شرعياً من غير ان يكون فيه (٥) دلالة عرفية نوعية على الرضا بلزوم العقد كما تقدم نقله (٦) عن بعض ، الا ان يدعى (٧) الاجماع على اتحاد ما يحصل به الاجازة و الفسخ ، فكلـ ما (٨) يكون اجازة لورود على ما فى يده ، يكون فسخا اذا ورد منه (٩) على ما فى يد صاحبه (١٠) وهذا الاتفاق (١١)

→ الاجازة بالتصريف الذى لا يدلـ على الرضا بلزوم العقد بناء على حمل الصحيحة المتقدمة على سقوط الخيار بالتصريف تعبدـا شرعياً و ان لم يكن فيه دلالة عرفية نوعية على الرضا بلزوم العقد (١) يرجع الضمير الى التصرف (٢)، (ان) فى قوله (وان قلنا) وصلية (٣) اى بالتصريف (٤) اى صحيحة ابن رئاب المتقدمة فى ج ٢ ص ١٨٨ (٥) اى فى التصرف (٦) اى كما تقدم نقل القول باـ سقوط الخيار بالتصريف تعبدـ شرعى لأجل الصحيحة (٧) فمحصل الكلام ، ان التصرف الذى لا يدلـ على الرضا بلزوم العقد ، لم يكن فسخا ، و ان كان هذا التصرف اجازة لتعبدـ شرعى الا ان يدعى الاجماع على اتحاد التصرف الذى يحصل به الاجازة و الفسخ ، فكلـ تصرف يكون اجازة فى ما انتقل اليه ، يكون فسخا فيما انتقل عنه (٨) اى فكلـ تصرف يكون اجازة لورود التصرف على ما انتقل اليه ، يكون فسخا اذا ورد على ما انتقل عنه (٩) الضمير يرجع الى ذى الخيار (١٠) فالمراد من الصاحب ، هو الطرف الآخر (١١) اجاب المصنف (ره) عن هذا الاجماع بقوله (و هذا الاتفاق و ان كان الظاهر تحققـ ، الا انـ اكثـ كلمات هولـ)

و ان كان الظاهر تحققه (١) الا ان اكثراً كلامات هؤلاء كما عرفتها في سقوط خيار الشرط بالتصريف، يدل (٢) على اعتبار الدلالة على الرضا في التصرف (٣) المسقط ، فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ في التصرف (٤) الفاسخ ، و يدل عليه (٥) كثير من كلماتهم في هذا المقام ايضا . قال في التذكرة : اما العرض على البيع والاذن فيه (٦) والتوكيل (٧) والرهن (٨) غير المقipوض بناء على اشتراطه (٩) فيه

→ الخ) و حاصل الجواب ، ان اكثراً هؤلاء اعتبروا في باب الاجازة التصرف الدال على الرضا ، ولا بد لهم بمقتضى المقابلة ان يقولون في باب الفسخ ايضا كذلك ، فاذا اعتبروا ، ان التصرف الدال على الرضا مسقط ، ولا بد لهم ان يقولوا ، ان التصرف الدال على الرضا ، فاسخ (١) الضمير يرجع الى الاتفاق (٢) قوله (يدل) خبر (ان) في قوله (ان اكثراً كلامات هؤلاء) ، (٣) اي في التصرف الذي هو المسقط ل الخيار (٤) اي في التصرف الذي هو الفاسخ للعقد (٥) اي و يدل على اعتبار الدلالة على الرضا في التصرف ، كثير من كلماتهم في مقام الفسخ ايضا (٦) اي و الاذن في البيع (٧) اي و التوكيل في البيع (٨) و الرهن الذي لم يقبض عليه المرتهن بناء على اشتراط القبض في الرهن ، و ائماً يتم الرهن بالقبض على قول البعض ، و حاصله : ان البائع الذي هو صاحب الخيار مثلا اذا رهن المثمن ، كان فسخا للعقد و ان لم يقبضه المرتهن ، و ان المشتري الذي هو صاحب الخيار مثلا اذا رهن المثمن ، كان اجازة مسقطا ل الخيار (٩) يرجع الضمير في (اشتراطه) الى القبض ، وفي قوله (فيه) الى الرهن

والهبة الغير المغوضة (١) فالأقرب (٢) إنها (٣) من البائع فسخ ، و من المشترى اجازة ، لدلالتها على طلب المبيع (٤) واستيفائه (٥) وهذا هو الأقوى (٦) و نحوها (٧) جامع المقاصد ، ثم إنك قد عرفت الاشكال في كثير من امثالهم المتقدمة للتصرفات (٨) الملزمة ، كركوب الدابة في طريق الرد (٩) و نحوه مما لم يدل على الالتزام اصلا ، لكن الأمر هنا (١٠)

(١) فلا يخفى ، أن الهيئة المغوضة لازمة ، والهبة الغير المغوضة من العقود الجائزه (٢) قوله (فالأقرب) جواب شرطٍ (اما) ، (٣) الضمير يرجع إلى الأمور المذكورة (٤) أي دلالة الأمور المذكورة من طرف البائع على طلب المبيع ، لأنّه بهذه الأمور يفسخ العقد ليطلبها (٥) أي دلالة الأمور المذكورة من طرف المشترى على استيفاء المبيع ، لأنّه بهذه الأمور يسقط الخيار ليستوفيه (٦) قوله (وهذا هو الأقوى) من تتمة كلام العلامة ربه ، (٧) أي نحو العبارات المذكورة ، عبارة جامع المقاصد (٨) قوله (للتصرفات) متعلق بقوله (امثلهم) ، (٩) من امثالهم ، ركوب الدابة في الطريق فيما إذا اشتري دابة ، ثم أراد ردّها ، فركبها في طريق الرد فاتهم قالوا : أن هذا الركوب تصرف مسقط لل الخيار ، و نحو الركوب ، قوله : اسقني او ناولني الثوب ، مما لم يدل على الالتزام اصلا (١٠) أي والأمر في التصرف فيما انتقل عنه سهل ، بناءً على أن صاحب الخيار إذا تصرف فيما انتقل عنه تصرف لا يجوز شرعاً إلا من المالك ، دل ذلك التصرف بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعاً ، على ارادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف ليقع التصرف في ملكه ، اذ لو لم يكن ارادة الانفساخ قبل التصرف لكان التصرف تصرفًا في ملك الغير ، فيكون حراما ، فلأجل ←

اسهل ، بناء على أنّ ذا الخيار اذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفًا لا يجوز شرعا ، الا من المالك او باذنه ، دل ذلك (١) بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح (٢) شرعا ، على ارادة

→ صون المسلم عن الفعل الحرام ، يقال : أن تصرفه دال على ارادة الانفاسخ قبل التصرف (١) اشارة الى التصرف (٢) فلا يخفى ، ان اصالة الصحة في فعل الغير المسلم في الجملة من الاصول المجمع عليها فتوى و عملا بين المسلمين ، فلا عبرة في موردها باصالة الفساد ، والمدارك التي ذكرت لها ، هي الأدلة الأربع ، قال في الفرائد في ص ٤١٤ : اما الكتاب فمنه آيات ، منها قوله تعالى : وقولوا للناس حسنا ، بناء على تفسيره بما في الكافي من قوله *ع*: لا تقولوا الا خيرا حتى تعلموا ما هو ... و منها ، قوله تعالى : اجتنبوا كثيرا من الظن ان بعض الظن اثم ... و منها ، قوله تعالى : اوفوا بالعقود ، بناء على ان الخارج من عمومه ليس الا ما علم فساده ، لانه المتيقن ، وكذا قوله تعالى : الا ان تكون تجارة عن تراض ... لكن لا يخفى ما فيه من الضعف ، و اضعف منه دعوى دلالة الآيتين الاولتين ، و اما السنة ، فمنها ما في الكافي عن امير المؤمنين *ع*: ضع امر اخيك على احسنه حتى يأتيك ما يقلبك عنه ولا تظنن بكلمة خرجت من اخيك سوءاً وانت تجد لها في الخير سبيلا ، و منها ، قول الصادق *ع* لمحمد بن الفضل : يا محمد كذب سمعك و بصرك عن اخيك ، فان شهد عندك خمسون قسامه ، انه قال : و قال : لم اقل فصدقه و كذبهم ، و منها ، ما ورد مستفيضا : ان المؤمن لا يتهم اخاه و انه اذا اتهم اخاه انما الا يمان في قلبه كanimيات الملح في الماء و ان ←

→ من اتّهم اخاه ، فلا حرمة بينهما ، وانّ من اتّهم اخاه ، فهو ملعون ملعون . . . الثالث : الاجماع القولى والعملى ، اما القولى ، فهو مستفاد من تتبع فتاوى الفقهاء في موارد كثيرة ، فانّهم لا يختلفون في ان قول مدعى الصحة في الجملة مطابق للأصل . . . واما العملى ، فلا يخفى على احد ان سيرة المسلمين في جميع الأعصار ، على حمل الأعمال على الصحيح ، وترتيب آثار الصحة في عباداتهم ومعاملاتهم ، ولا اظن احدا ينكر ذلك الا مكابرة ، الرابع : العقل المستقل الحاكم ، بأنه لوم يبين على هذا الأصل ، لزم اختلال نظام المعاد والمعاش ، انتهى كلامه رفع في أعلى العليين مقامه * تذكرة ٤ : لعل المراد في رواية محمد بن الفضل من تكذيب خمسين قسامه ، هو التكذيب في سمعهم وبصرهم ، بمعنى ، أن تصدق الأخ هو الحكم بان قوله مطابق للواقع المستلزم لتكذيب القسامه بالنسبة إلى الواقع ، يعني ان قولهم ليس مطابقا للواقع مع الحكم بتصديق اعتقادهم ، مثلا اذا قال خمسون قسامه : ان زيدا قال : اللهم العَن بکرا ، وقال زيد : لم اقل هكذا ، بل قلت : اللهم ارحم بکرا ، فحينئذ فصدق زيدا وکذبهم ، لأن تصدق زيد بالنسبة إلى الواقع ، مستلزم لتكذيبهم بالنسبة إلى الواقع ، فلا يلزم من تكذيبهم بحسب الواقع تكذيبهم بحسب الاعتقاد ، فيجب تصدقهم بحسب الاعتقاد ، فلا يخفى ، ان الرواية مخصصة بما دل على اعتبار البينة العادلة في التداعي وفي غيره ، كما اذا شهدت البينة العادلة على ان زيدا شرب الخمر ، وزيد قال :انا لم اشرب الخمر ، سمع قول البينة ، لا قول زيد ، كما انه لا يخفى ايضا ، ان →

انفساخ العقد (١) قبل هذا التصرف ، قال في التذكرة (٢) : لو قبل الحرارة بشهوة او باشر فيما دون الفرج ، او لمس بشهوة ، فالوجه عندنا انه يكون فسخا ، لأن الاسلام يصون صاحبه عن القبيح ، فلو لم يختبر الامساك لكان مقدما على المعصية ، انتهى . ثم نقل (٣) عن بعض الشافعية ، احتمال عدم نظرا الى حدوث هذه الامور عمن تردد في الفسخ والاجازة ، وفي جامع المقاصد (٤) عند قول المصنف قدس سره

→ تكذيب خمسين قسامه فيما لم يحصل العلم من قولهم ، والا فلا اشكال في وجوب تصديقهم ، فلا يخفى ايضا ، أن القسامه بالفتح في اللغة اسم من يخبر عن شئ مع الحلف عليه ، كما عن القاموس ، وفي عرفهم يطلق على البينة العادلة ، كما في الرسائل ، وعن المصنف (ره) : أن عبارة القاموس وان كانت ظاهرة في الاخبار مع الحلف ، الا أنه يمكن ان يستفاد منها بالتأمل أنها يطلق على المخبر عن شئ على سبيل الجزم بحيث لا يأبى عن الحلف عليه (١) قوله (على ارادة انفساخ العقد) متعلق بقوله (دل)، (٢) يعني ما ذكره في التذكرة شاهد على أن التصرف المذكور فيما انتقل عنه فسخ بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح ، فلذا قال العلامة : لأن الاسلام يصون صاحبه عن القبيح ، فلو لم يختار صاحب الخيار بتقبيل الحرارة وغيره ، الفسخ حتى يملك الحرارة ، لكان مقدما على المعصية (٣) اي ثم نقل العلامة عن بعض الشافعية ، احتمال عدم الفسخ ، نظرا الى حدوث هذه الامور عمن تردد في الفسخ والاجازة (٤) يعني أن ما ذكره في جامع المقاصد شاهد على أن التصرف المذكور فيما انتقل عنه فسخ بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح ، حيث قال →

و يحصل الفسخ بوطئ البائع و بيعه و عتقه و هبته (١) قال (٢) لوجوب صيانة فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد اليه (٣) سبيل ، و تنزيل فعله (٤) على ما يجوز له (٥) فعله مع ثبوت طريق الجواز ، انتهى . ثم أن اصالة حمل فعل المسلم (٦) على الجائز

→ لوجوب صيانة فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد اليه سبيل ، فـان ارادة الفسخ من التصرفات المذكورة الموجب للفسخ سبيل حتى تقع فى ملکه (١) قوله (و هبته) آخر كلام العلامة فى القواعد (٢) اى قال صاحب جامع المقاصد (٣) يرجع الضمير الى الفعل (٤) قوله (تنزيل فعله) عطف على قوله (وجوب صيانة) يعني لتنزيل فعل المسلم على الفعل الحالى الذى يجوز لل المسلم فعله مع امكان ثبوت طريق الجواز ، مثلا اذا بـاع المسلم جارية بـخيار ، ثم وطئ الجارية فى زمان الخيار ، ينزل وطئ البائع على الوطئ الحالى الذى يجوز للبائع المسلم فعله مع امكان ثبوت طريق الجواز ، كما ذكر ، و اما مع عدم امكان ثبوت طريق الجواز ، فلا ، كما اذا وطئ الجارية بعد انقضاء مـدة الخيار (٥) يرجع الضمير فى قوله (لـه) الى المسلم وفي قوله (فعله) الى (ما) ، (٦) سؤال وجواب ، اما السؤال هل كان اصل الصحة اマارة من الامارات الشرعية ، سواء كان بمعنى حمل فعل المسلم على الوجه الحسن الجائز دون القبيح الحرام ، او بمعنى حمله على الصحيح التام دون الغاـضـ الناقـصـ ، او كان اصلا من الاصول العملية ، وعلى تقدير كونه اـمـارـةـ ، فـهلـ يكون مـثـبـتـاهـ حـجـةـ كالـبـيـنـةـ وـ نـحوـهاـ اـمـ لاـ ، مثلا اذا سمعنا من مسلم كلاما وعلمـناـ اـجـمـالـاـ اـنـهـ اـمـاـ سـلامـ وـ اـمـاـ شـتمـ ، فالـأـصـلـ الصـحـةـ بـمـعـنـىـ حـمـلـهـ عـلـىـ الـوـجـهـ الـحـسـنـ الـجـائـزـ دونـ ←

من باب الظواهر (١) المعترضة شرعاً ، كما صرّح به جماعة كغيرها (٢) من الامارات الشرعية ، فيدلّ (٣) على الفسخ ، لا من الاصول التعبدية حتى

→ القبيح الحرام ، هل هو يثبت أنه قد سلم علينا ، فيجب علينا جواب سلامه ، ام لا ، و اذا صدر من مسلم شراء شيئاً و علمنا اجمالاً انه امما اشتراه بالختير الذي لا يملك ، او بهذا الفرس المعين الشخصى من امواله ، فأصل الصحة فى شرائه بمعنى حمله على الصحيح التام الواحد ل تمام الأجزاء و الشرائط ، هل هو يثبت أنه قد اشتراه بهذا الفرس الشخصى ، و انه قد خرج فعلاً عن ملكه و تركته ، ولا حق لوارثه فيه ابداً ام لا ، واما الجواب ، فهو الذى ذكره المصنف (ره) بقوله (ثم ان اصالة حمل فعل المسلم على الجائز ، الخ) فحاصل الجواب ، ان اصالة حمل فعل المسلم على الجائز امارة من الامارات الشرعية ، تثبت اللوازم الشرعية و العقلية و العادية ، وعلى هذا فان تصرف البايع فيما انتقل عنه يثبت اراده الفسخ الذي هو من اللوازم العقلية ، لأنّه اذا كان تصرفه جائزاً ولم يكن حراماً كان تصرفه في ملكه (١) يعني فعل المسلم ظاهر في الجواز ، كما ان صيغة الأمر ظاهرة في الوجوب و صيغة النهي ظاهرة في النهي (٢) الضمير يرجع إلى اصالة حمل فعل المسلم ، و قوله (من الامارات الشرعية) بيان لـ (الغير) ، (٣) يعني اذا كانت اصالة حمل فعل المسلم على الجائز من الامارات الشرعية ، فيدلّ تصرف البايع فيما انتقل عنه على الفسخ

يقال ، انّها لا تثبت ارادة المتصرف للفسخ ، لما تقرّر ، من انّ الاصول التعبّدية لا تثبت الا اللوازم الشرعية لمجاريها ، وهنا كلام مذكور (١) في الاصول ، ثم انّ مثل التصرف (٢) الذي يحرم شرعاً الا على المالك ، او مأذونه التصرف (٣) الذي لا ينفذ شرعاً الا من المالك ، او مأذونه وان لم يحرم (٤) كالبيع

(١) يعني في اثبات اصالة حمل فعل المسلم اللوازم العقلية والعادية كلام و اشكال مذكور في الاصول ، و اشار المصنف (ره) إلى الكلام والاشكال في الرسائل في ص ٤٢ . في الأمر الخامس بقوله : الخامس ، انّ الثابت من القاعدة المذكورة ظاهراً اي اصالة الصحة في فعل الغير ظاهراً الحكم بوقوع الفعل بحيث يتربّط عليه الآثار الشرعية المترتبة على العمل الصحيح ، أمّا ما يلازم الصحة من الامور الخارجية عن حقيقة الصحيح ، فلا دليل على ترتّبها عليه ، فلو شدّ في انّ الشراء الصادر من الغير كان بما لا يملك كالخمر والخنزير ، او بعين من اعيان ماله ، فلا يحكم بخروج تلك العين من تركته ، بل يحكم بصحة الشراء و عدم انتقال شيء من تركته إلى البائع لا اصالة عدمه (٢) انّ مثل التصرف الذي يحمل على الحسن الجائز دون القبيح الحرام التصرف الذي يحمل على الصحيح التام دون الفاسد الناقص ، كالبيع ، فانّ بيع ما انتقل عنه يحمل على الصحيح التام ، فانّ بيعه يدلّ على ارادة الفسخ ، وكذا الاجارة والنكاح (٣) قوله (التصريف) خبر (انّ) ، (٤) يعني انّ انشاء ملكية ما انتقل عنه بقوله (بعث) ليس تصرفًا في ملك الغير ، حتى يقال : انه حرام ، او ليس بحرام ، وكذلك تزويج الأمة التي انتقلت عنه ، ليس تصرفًا في امة الغير ، حتى يقال : انه

والاجارة والنکاح (١) فان هذه العقود وان حلت لغير المالك لعدم عدها (٢) تصرف فى ملك الغير، الا انها (٣) تدل على ارادة الانساخ بها (٤) بضميمة اصالة عدم الفضولية ، كما صرّح بها (٥) جامع المقاصد عند قول المصنف والاجارة والتزویج فى معنى البيع (٦) والمراد بهذا الأصل (٧) الظاهر، فلا وجه لمعارضته باصالة عدم الفسخ مع انه (٨)

→ حرام، او ليس بحرام ، كالوطئ والتقبيل بشهوة (١) اى تزویج الأمة المنتقلة عنه (٢) يرجع الضمير الى العقود المذكورة (٣) يعني الا ان العقود المذكورة اذا صدرت من البائع فيما انتقل عنه ، تدل على ارادة الفسخ بها بضميمة اصالة عدم الفضولية (٤) الضمير يرجع الى العقود المذكورة (٥) يرجع الضمير الى دلالة العقود المذكورة على ارادة الفسخ (٦) قوله (والاجارة والتزویج فى معنى البيع) كلام المصنف، اى العلامة فان صاحب جامع المقاصد قال فى كتابه فى ص ٢٤٦ قوله (والاجارة والتزویج فى معنى البيع) اما الاجارة ، فلانها تملیک الممنوعة ، والأصل فيها ان لا تكون فضوليّة ، والنکاح لا يقصر عن الاجارة (٧) اى والمراد بأصل عدم الفضولية ، هو الظاهر ، فحيثند لا وجه لمعارضة الظاهر الذى هو اصل عدم الفضولية باصالة عدم الفسخ ، لأن الظاهر كان دليلا فلا يعارضه الأصل (٨) يعني مع انه لو اريد من اصالة عدم الفضولية ، اصالة عدم قصد العقد عن الغير ، اى الأصل العملى حتى يكون من الاصول التعبدية ، فهو حاكم على اصالة عدم الفسخ ، فوجه الحكومة : ان الشك فى الفسخ ناش من الشك فى قصد العقد عن الغير فضولا ، فاذا دفع هذا القصد بالأصل المذكور ، لم يبق شك فى الفسخ ، لأن اصل عدم →

لو اريد به (١) اصالة عدم قصد العقد عن الغير، فهو (٢) حاكم على اصالة عدم الفسخ ، لكن الانصاف (٣) انه لو اريد به (٤) هذا (٥) لم يثبت به (٦) ارادة العاقد للفسخ ، وكيف كان، فلا اشكال (٧) في اناطة الفسخ بذلك عندهم كالاجازة بدلالة (٨) التصرف عليه (٩) و يؤيده (١٠) استشكالهم (١١)

→ قصد العقد عن الغير سبب مقدم على اصل عدم الفسخ المسبب (١) الضمير يرجع الى اصل عدم الفضولية (٢) الضمير يرجع الى اصل عدم قصد العقد عن الغير (٣) اي لكن الانصاف ، انه لو اريد بأصل عدم الفضولية ، الأصل العملي التعبدى دون الظهور ، لم يثبت الفسخ ايضا لأن ارادة العاقد الفسخ كانت من اللوازم العقلية ، لأصل عدم قصد العقد عن الغير، لا من اللوازم الشرعية (٤) يرجع الضمير الى اصل عدم الفضولية (٥) قوله (هذا) اشارة الى اصل عدم قصد العقد عن الغير اي الأصل العملي التعبدى (٦) الضمير يرجع الى اصل عدم قصد العقد عن الغير، اي الأصل العملي التعبدى (٧) وكيف كان، فلا اشكال في اناطة الفسخ بتصرف البائع فيما انتقل عنه عند العلماء بدلالة التصرف عليه ، لأن ذا الخيار اذا تصرف فيما انتقل عنه تصرف ، لا يجوز شرعا الا من المالك ، دل ذلك التصرف على ارادة الفسخ ، كاناطة الاجازة بالتصرف فيما انتقل اليه بدلالة التصرف على الاجازة (٨) قوله (بدلالة) متعلق بقوله (اناطة الفسخ)، (٩) الضمير يرجع الى الفسخ (١٠) الضمير المفعول يرجع الى ما ذكر، وهو اناطة الفسخ بذلك عندهم ، كالاجازة بدلالة التصرف عليه (١١) اي يؤيده استشكالهم في بعض افراد التصرف ←

في بعض افراده (١) من حيث دلالته (٢) بالالتزام على الالتزام بالبيع او فسخه (٣) و من حيث امكان (٤) صدوره عن تردد في الفسخ ، كما ذكره في الايضاح (٥) و جامع المقاصد (٦) في وجه اشكال القواعد

→ من حيث الشك في دلالة بعض افراد التصرف بدلالة الالتزام العرفي على الالتزام بالبيع اذا تصرف فيما انتقل عنه او على الالتزام بفسخه اذا تصرف فيما انتقل اليه (١) الضمير يرجع الى التصرف (٢) يرجع الضمير الى بعض افراد التصرف (٣) اي فسخ البيع (٤) قوله (من حيث امكان) عطف على قوله (من حيث دلالته) يعني يؤيد هذه استشكالهم في بعض افراد التصرف من حيث امكان صدور هذا الفرد من التصرف عن تردد في الفسخ (٥) اي كما ذكر كل واحد من منشأى الاشكال في الايضاح في وجه اشكال القواعد ، قال في القواعد (والعرض على البيع والاذن فيه كالبيع على اشكال) وقال في الايضاح على ما حكي ، ينشأ من دلالتهم (اي العرض على البيع والاذن فيه) بالالتزام على الالتزام بالبيع ، فيكون من البايع فسخاً . . . و من المحتمل صدورهما عن تردد في الفسخ والاجازة ، انتهى (٦) قوله (جامع المقاصد) عطف على قوله (الايضاح) يعني كما ذكر كل واحد من منشأى الاشكال في جامع المقاصد في وجه اشكال القواعد ، قال في القواعد (والعرض على البيع والاذن فيه كالبيع ، على اشكال) وقال في جامع المقاصد : ومنشأ الاشكال من دلالته بالالتزام على الرضا بالبيع من طرف المشتري ، فيكون اجازة ، و عدمه من طرف البايع ، فيكون فسخاً . . . و من ان احدهما (اي العرض على البيع والاذن فيه) لا يقتضي ازالة الملك ولا ينافي التردد في →

في كون العرض على البيع والاذن فيه (١) فسخا ، و ممّا ذكرنا يعلم انه لوقع التصرف فيما انتقل عنه نسيانا للبيع ، او مسامحة في التصرف في ملك الغير ، او اعتمادا على شهادة الحال (٢) بالاذن ، لم يحصل الفسخ بذلك (٣)

مسئلة *

هل الفسخ يحصل بنفس التصرف ، او يحصل قبله متصل به ؟ و بعبارة اخرى ، التصرف سبب (٤) او كاشف ، فيه وجهان ، بل قوله ، من ظهور كلماتهم (٥) في كون نفس التصرف فسخا او اجازة ، و انه (٦) فسخ فعلى في مقابل القول ، و ظهور اتفاقهم (٧) على ان الفسخ ، بل مطلق الاعشاء لا يحصل بالنسبة ، بل لا بد من حصوله بالقول او الفعل

→ الفسخ والاجازة ، واحدهما (اي الفسخ والاجازة) لا يتحقق بالمحتمل ، انتهى كلامه ، فراجع ص ٢٤٦ الى جامع المقاصد (١) اي في البيع (٢) يعني لوقع التصرف من البائع فيما انتقل عنه اعتمادا على شهادة الحال بالاذن في التصرف ، كما اذا كان المشتري قد يقنه لم يحصل الفسخ بذلك التصرف (٣) اشارة الى التصرف المذكور (٤) يعني اذا كان التصرف سببا ، يحصل الفسخ بنفس التصرف ، و اذا كان كاشفا يحصل الفسخ قبل التصرف في حال كون الفسخ متصل به (٥) قوله (من ظهور كلماتهم) الى قوله (بل لا بد من حصوله بالقول او الفعل) دليل على ان التصرف سبب (٦) قوله (انه فسخ فعلى) عطف على قوله (كون نفس) ، (٧) قوله (ظهور اتفاقهم) عطف على قوله (ظهور كلماتهم)

و ممّا عرفت من التذكرة (١) وغيرها من تعليل (٢) تحقق الفسخ ببيانه فعل المسلم عن القبيح ، و من المعلوم أنه لا يصان عنه (٣) الا اذا وقع الفسخ قبله (٤) و الا لوقع الجزء الأول منه (٥) محّرما ، و يمكن (٦) ان يحمل قولهم ، بكون التصرف فاسحا على كونه (٧) دالاً عليه (٨) و ان لم يتحقق به (٩) و هذا المقدار (١٠) يكفي في جعله مقابلا للقول ، و يؤيد له (١١) ما دلّ من الأخبار المتقدمة (١٢) على (١٣) كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد و سقوط الخيار (١٤) و ان (١٥) اعتبار كونه مكشوفا عنه

(١) قوله (ممّا عرفت من التذكرة ، الخ) دليل على أن التصرف كاشف (٢) قوله (من تعليل ، الخ) بيان لـ (ما) ، (٣) الضمير يرجع إلى القبيح (٤) اى قبل التصرف (٥) اى من التصرف (٦) اى و يمكن ان يحمل قولهم بكون التصرف فاسحا ، على كون التصرف دالاً عليه ، حتى يكون الفسخ قبل التصرف (٧) قوله (على كونه) متعلق على قوله (يحمل) ، (٨) الضمير يرجع إلى الفسخ (٩) اى و ان لم يتحقق الفسخ بالتصرف (١٠) سؤال و جواب ، اما السؤال ، فآن ظاهر الفقهاء ، ان الفسخ الفعلى الذي جعلوه مقابلا للفسخ القولي ، هو كونه بنفسه فاسحا ، لا انه كاشفا عن الفسخ ، و اما الجواب ، فهو الذي ذكره المصنف بقوله (و هذا المقدار يكفي ، الخ) يعني هذا المقدار و هو كون الفعل دالاً على الفسخ ، يكفي في جعله مقابلا للفسخ القولي (١١) الضمير المفعول يرجع إلى أن التصرف كاشف (١٢) فالمراد من (الأخبار المتقدمة) هي صحيحة ابن رئاب وغيرها المتقدمة في مسقطات خيار الحيوان (١٣) قوله (على) متعلق بقوله (دلل) (١٤) قوله (سقوط الخيار) عطف على قوله (الالتزام) ، (١٥) اى في ←

بالتصـرف، وقد عـرفت (١) هـناك (٢) التـصـريح بـذلك (٣) من الدـرـوس وـصـرـحـ بهـ فيـ التـذـكـرـةـ اـيـضاـ حـيـثـ ذـكـرـ (٤) آـنـ قـصـدـ المـتـبـاعـينـ لـأـخـذـ عـوـضـىـ الـصـرـفـ قـبـلـ التـصـرفـ رـضـاـ بـالـعـقـدـ ، فـمـقـضـىـ الـمـاـقـابـلـةـ ، هوـ كـرـاهـةـ العـقـدـ باـطـنـاـ ، وـعـدـمـ الرـضـاـ بـهـ هوـ الـمـوجـبـ لـلـفـسـخـ اـذـاـ كـشـفـ عـنـهـ (٥) التـصـرفـ ، وـيـؤـيدـهـ (٦) آـنـهـ ذـكـرـواـ آـنـهـ لـاـ تـحـصـلـ الـاـجـازـةـ بـسـكـوتـ الـبـاـيـعـ ذـىـ الـخـيـارـ (٧) عـلـىـ وـطـئـ الـمـشـتـرـىـ مـعـلـلاـ (٨) بـاـنـ السـكـوتـ لـاـ يـدـلـ

→ قوله (وان اعتبر) وصلية ، يعني وان اعتبر كونه مكشفا عنه بالتصـرف وـكانـ الـتـصـرفـ كـاـشـفـاـ عـنـهـ (١) اـىـ وـقـدـ عـرـفـتـ مـنـ الدـرـوسـ فـىـ سـقـوـتـ الـخـيـارـ بـالـتـصـرفـ فـىـ بـاـبـ مـسـقـطـاتـ الـخـيـارـ ، التـصـريحـ بـاـنـ الرـضـاـ مـنـاطـ سـقـوـتـ الـخـيـارـ (٢) اـشـارـةـ إـلـىـ سـقـوـتـ الـخـيـارـ بـالـتـصـرفـ فـىـ بـاـبـ مـسـقـطـاتـ الـخـيـارـ (٣) اـشـارـةـ إـلـىـ آـنـ الرـضـاـ مـنـاطـ سـقـوـتـ الـخـيـارـ (٤) يـعـنـىـ حـيـثـ ذـكـرـ فـىـ التـذـكـرـ آـنـ قـصـدـ المـتـبـاعـينـ لـأـخـذـ عـوـضـىـ الـصـرـفـ وـارـادـتـهـ قـبـلـ التـصـرفـ رـضـاـ بـالـعـقـدـ اـذـاـ كـشـفـ عـنـهـ التـصـرفـ ، فـمـقـضـىـ الـمـاـقـابـلـةـ بـيـنـ الـعـقـدـ وـفـسـخـهـ هوـ كـرـاهـةـ الـعـقـدـ باـطـنـاـ ، وـعـدـمـ الرـضـاـ بـهـ هوـ الـمـوجـبـ لـلـفـسـخـ اـذـاـ كـشـفـ عـنـ الـفـسـخـ التـصـرفـ ، فـاـنـ كـلـامـ الـعـلـامـةـ (رـهـ) فـىـ التـذـكـرـ ظـاهـرـ فـىـ آـنـ التـصـرفـ كـاـشـفـ ، لاـ سـبـبـ (٥) الضـمـيرـ يـرـجـعـ إـلـىـ الـفـسـخـ (٦) الضـمـيرـ المـفـعـولـ يـرـجـعـ إـلـىـ آـنـ التـصـرفـ كـاـشـفـ وـعـدـمـ الرـضـاـ مـوجـبـ لـلـفـسـخـ (٧) (ذـىـ الـخـيـارـ) صـفـةـ لـ (الـبـاـيـعـ) ، (٨) يـعـنـىـ عـدـمـ حـصـولـ الـاـجـازـةـ بـسـكـوتـ الـبـاـيـعـ مـعـلـلـ فـىـ كـلـامـهـمـ ، بـاـنـ السـكـوتـ لـاـ يـدـلـ عـلـىـ الرـضـاـ بـالـعـقـدـ ، فـاـنـ هـذـاـ الـكـلـامـ مـنـهـمـ ظـاهـرـ فـىـ آـنـ الـعـبـرـةـ فـىـ الـفـسـخـ وـالـاـجـازـةـ ، هوـ الرـضـاـ ، اـذـاـ كـشـفـ عـنـهـ التـصـرفـ

على الرضا ، فآن هذا الكلام ظاهر في أن العبرة بالرضا ، وصرح في المبسوط ، بأنه لوعم رضاه (١) بوطئ المشتري ، سقط خياره ، فاقتصر (٢) في الاجازة على مجرد الرضا ، وأما ما اتفقا عليه (٣) من عدم حصول الفسخ بالنسبة ، فمرادهم بها نية الانفساخ ، اعني الكراهة الباطنية لبقاء العقد ، والبناء (٤) على كونه منفسحا من دون ان يدل عليهما بفعل مقارن له (٥) ، وأما مع اقترانها (٦) بالفعل ، فلا قائل بعدم

(١) الضمير يرجع إلى البائع (٢) أي واقتصر في المبسوط في اجازة العقد على مجرد الرضا به (٣) شبهة وازالة ، أما الشبهة ، فآن الفقهاء اتفقا على عدم حصول الفسخ بالنسبة ، فكيف كان مجرد الرضا اجازة ، و مجرد الكراهة الباطنة فسخا ، وأما الإزالة ، فهو الذي ذكره المصنف بقوله (واما ما اتفقا عليه ، الخ) وحاصله ، أن مراد الفقهاء من عدم حصول الفسخ بالنسبة ، هي النية المجردة عن الفعل الدال عليها ، أما مع اقترانها بالفعل الدال عليها ، كما اذا قبل الجارية التي انتقلت عنه فلا قائل بعدم تأثيرها فيما يكفي فيه الفعل ، اي فيما لا يحتاج إلى اللفظ كما اذا باع جاريته بخيار ، ثم قبلها ، او وطئها في زمان الخيار ، فآن كل واحد منها يكفي في انفساخ البيع ، أما اذا اراد ان يتزوج الجارية للغير في زمان الخيار ، فلابد ان يتزوجهها بالقول ، حتى يفسخ البيع لأن النكاح لا يحصل بالفعل (٤) قوله (البناء) عطف على قوله (الكراهة) (٥) يرجع الضمير إلى النية (٦) يعني وأما مع اقتران النية بالفعل فلا قائل بعدم تأثيرها فيما يكفي فيه الفعل ، كما اذا باع جاريته بخيار ثم نوى الانفساخ وطئها ، فحينئذ يفسخ البيع ، ولا قائل بعدم ←

→ تأثيرها ، واما فيما لا يكفى فيه الفعل ، بل يحتاج فيه الى اللفظ ، كما اذا اراد ان يزوج الجارية للغير فى زمان الخيار ، فلا بد من ان يزوجها بالقول ، لا بالفعل ، لأن النكاح لا يحصل بالفعل (١) قوله (اذ كل ما الح) علة لقوله (مع اقترانها بالفعل) ، (٢) قوله (من الانشاءات) بيان لـ (ما) ، (٣) الضمير يرجع الى (ما) ، (٤) الضمير ايضا يرجع الى (ما) يعني كل ما يكفى فيه الفعل من الانشاءات ، فهو من قبيل تأثير النية مع اقترانها بالفعل (٥) فلا يخفى ، ان هنا فعل مجرد عن النية ، ونـية مجرد عن الفعل ، ونـية مقتربة بالفعل ، وما اتفق الفقهاء عليه من عدم حصول الفسخ بالنسبة ، هي النـية المجردة ، وكلام المصنف (ره) انـها تكفى ، هي النـية المقتربة بالفعل ، فليس ما ذكره المصنف (ره) مخالفـا لاتفاقـهم ، ويدلـ على انـ الفعل ليس سببا للفـسخ ، بل كان كاشفـا ، انـ الفـعل لا انشـاء فيه ، فالمنـشـأ يحصل بـارادـته وـنـيـته المتـصلة بالـفعـل ، لا بنفسـ الفـعل ، لـعدـم دـلـالة الفـعل عـلى الفـسـخ ، فلا يـخفـى ، انـ السـيد (ره) اوردـ على المـصنـف (ره) بـقولـه (قولـه : لأنـ الفـعل ، لا انشـاء فيه ، الخـ اقولـ : لم افهمـ الفـرق بينـ الفـعل وـ القـول فيـ امكانـ الاـنشـاء بهـما ، وـعدـم الدـلـالة منـوعـ ، بلـ المـفـروضـ الدـلـالة ، وـ الاـ فـكيفـ يكونـ كـاـشـفاـ ، وـلاـ يـجـبـ انـ يكونـ دـالـاـ علىـ الاـنشـاء ، وـ الاـ فالـقولـ ايـضاـ كـذـلـكـ ، اـذـ كـوـنـهـ اـنشـاءـ ، اوـ اـخـبارـاـ ، اـنـماـ يـسـتـفـادـ مـنـ الـخـارـجـ ، لاـ مـنـ نفسـ الـلـفـظـ ، كـماـ لاـ يـخـفـىـ ، ثـمـ →

فالمنشأ يحصل بارادته (١) المتصلة بالفعل ، لا بنفس الفعل ، لعدم دلالته (٢) عليه ، نعم يلزم من ذلك (٣) ان لا يحصل الفسخ باللفظ اصلا ، لأن اللفظ ابدا مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ ، وقد ذكر العلامة في بعض مواضع التذكرة (٤) أن اللازم بناء على القول بتضمن الوطئ للفسخ ، عود الملك (٥) الى الواطى مع الوطئ او قبيله ، فيكون (٦) حلالا ، هذا وكيف كان ، فالمسئلة ذات قولين (٧) ففي التحرير ، قوى جهة الوطئ الذي يحصل به الفسخ (٨) و أن الفسخ يحصل بأول جزء منه (٩) فيكشف عن عدم الفسخ قبله و هو (١٠)

→ أن لازم ما ذكره كون الملكية او الا باحة في المعاطات حاصلة بالارادة المتصلة ، ولا قائل به ، انتهى (١) يرجع الضمير الى المنشئ بصيغة اسم الفاعل (٢) الضمير يرجع في قوله (دلالته) الى الفعل ، وفيه (عليه) الى الانشاء (٣) اي نعم يلزم من أن الانساخ يحصل بالارادة لا بالفعل ، بل الفعل كاشف أن لا يحصل الفسخ بالقول اصلا ، لأن اللفظ مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ (٤) يعني أن المستفاد من كلام العلامة في بعض مواضع التذكرة ، أن القصد هو الفاسخ مع اقترانه بالفعل (٥) ، (عود الملك) خبر (أن) ، (٦) اسم (فيكون) مستتر يرجع الى الوطئ (٧) احدهما : أن الفسخ يحصل بنفس التصرف ، و الثانيهما : أنه يحصل بالقصد مع اقترانه بالفعل (٨) يعني المستفاد من كلام العلامة في التحرير ، أن الفسخ يحصل بنفس الوطئ لا يقصد الفسخ مع اقترانه بالوطئ (٩) اي من الوطئ (١٠) اي وحصول الفسخ بنفس الوطئ لازم كل من قال ، بعدم صحة عقد الواهب ، كما ←

لازم كل من قال : بعدم صحة عقد الواهب الذى (١) يتحقق به الرجوع كما فى الشرائع (٢) وعن المبسوط (٣) والمهذب (٤) والجامع (٥) والحكم فى باب الهمبة والخيار ، واحد (٦)

→ اذا وهب زيد كتاباً لبكر ، ثم باع الكتاب الموهوب ، فمن قال : بعدم صحة بيع الواهب الكتاب ، قال : أن البيع وقع في ملك الغير ، فلا يصح البيع ، اذ لو كان الرجوع بالقصد مع اقترانه ببيع الموهوب ، كان اللازم ان يقول : بصحمة عقد الواهب ، لا بعدم صحته (١) قوله (الذى) صفة لـ (العقد) يعني عقد الواهب ليس ب صحيح وان يتتحقق به الرجوع (٢) قال المحقق في الجزء الثاني من الشرائع ص ٢٣١ : لوهب فاقبض ، ثم باع من آخر ، فان كان الموهوب له رحما ، لم يصح البيع ، وذا ان كان اجنبياً وقد عوض ، اما لو كان اجنبياً ولم يعوض ، قيل : يبطل ، لأنّه باع ما لا يملك ، وقيل : يصح ، لأنّ له الرجوع ، والأول اشبه انتهى ، فهو اختيار عدم صحة عقد الواهب (٣) يعني أن عدم صحة عقد الواهب حكى عن المبسوط والمهذب والجامع (٤) المذهب لابن فهد (٥) الجامع ليحيى بن سعيد (٦) والحكم في باب الهمبة والخيار واحد يعني اذا قيل : أن الرجوع يحصل بنفس البيع في بيع الواهب ، فلا بد من ان يقال : أن الفسخ يحصل بنفس الوطئ ، فحينئذ يكون بيع الواهب باطل ، ووطئ البائع الجارية المبيعة بالخيار حراما ، لأن كل واحد منها وقع في ملك الغير ، اذا قيل : أن الرجوع في بيع الواهب يحصل قبل بيعه بالقصد ، فلا بد من ان يقال : أن الفسخ في وطئ البائع يحصل قبل وطئه بالقصد ، فحينئذ يكون بيع الواهب صحيحا →

و توقف الشهيد في الدروس في المقامين (١) مع حكمه (٢) بصحة رهن ذى الخيار، وجزم الشهيد والمحقق الثانيان (٣) بالحل، نظرا إلى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن، ثم أنه لو قلنا: بحصول الفسخ قبيل هذه الأفعال، فلا إشكال في وقوعها في ملك الفاسخ، فيترتب عليهما آثارها، فيصبح بيته وسائر العقود الواقعة منه على العين لمصادفتها (٤) للملك، ولو قلنا: بحصوله بنفس الأفعال، فينبغي عدم صحة التصرفات المذكورة، كالبيع والعتق من حيث عدم مصادفتها (٥) لملك العاقد التي (٦) هي شرط لصحتها (٧) وقد يقرر المانع (٨) بما في التذكرة عن بعض العامة

→ ووطئ البائع ذى الخيار حلاً ، لأن كل واحد منهما وقع في ملكهما (١) أحد المقامين: عقد الواهب، وثانيهما: ووطئ البائع ذى الخيار (٢) اي مع حكمه بصحة رهن ذى الخيار، كما اذا باع دارا بخيار، ثم رهنها البائع ذو الخيار (٣) اي جزم الثانيان بحل ووطئ ذى الخيار في زمان الخيار نظرا إلى حصول الفسخ قبل الوطئ بالقصد المقارن له (٤) الضمير يرجع إلى الأفعال (٥) يرجع الضمير أيضا إلى الأفعال (٦) التي صفة لـ (المصادفة)، (٧) يرجع الضمير إلى الأفعال (٨) يعني وقد يقرر المانع الذي يمنع عن التصرفات المذكورة في زمان الخيار كالبيع ووطئ، بما في التذكرة عن بعض العامة، من أن الشئ الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد، بمعنى أن الفسخ استرجاع للملك والبيع للغير اخراج عن الملك، ولا يعقل الارجاع عن الملك، الا بعد الإدخال في الملك، فكيف يكون الارجاع والإدخال في عرض واحد

من آن الشئ (١) الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد ، كما آن التكبيره
 الثانية (٢) في الصلاة بنية الشروع يخرج بها عن الصلاة ولا يشرع بها
 (٣) في الصلاة ، و باـن البيع (٤) موقوف على الملك الموقوف على الفسخ
 المتأخر عن البيع ، و اجاب (٥) في التذكرة عن الأول ، بمنع عدم صحة
 حصول الفسخ والعقد لشئ واحد بالنسبة الى شيئين ، و اجاب الشهيد
 عن الثاني ، بمنع الدور التوقفى (٦) و آن الدور (٧) معنى

→ بانشاء واحد (١) قوله (من آن الشئ ، الخ) بيان لـ (ما) ، (٢) آن
 التكبيره الثانية في الصلاة بنية الشروع ليست صحيحة ، بدعوى آن المبطل
 والمزيل ، لا يكون مصححا لشئ آخر (٣) يرجع الضمير الى التكبيره
 الثانية (٤) قوله (باـن البيع) عطف على قوله (بما في التذكرة) يعني
 قد يقرر المانع الذي يمنع عن التصرفات المذكورة في زمان الخيار بلزوم
 الدور ، بمعنى آن بيع المبيع في زمان الخيار موقوف على الملك ، و
 الملك موقوف على الفسخ ، و الفسخ موقوف على البيع ، فيكون الفسـخ
 موقوفا على البيع ، و البيع موقوفا على الفسخ ، فهذا دور باطل (٥)
 و حاصل ما اجاب به العلامة (ره) : آن الممنوع هو كون البيع تمليك كتاب
 لزيد ، و فسخا لذلك التملك في زمان واحد ، لأن الفعل لا يعقل ان
 يكون تمليكا و فسخا لذلك التملك ، و أما اذا كان البيع تملك الكتاب
 لزيد ، و فسخا لملكه بكر ، فلا مانع منه (٦) فالمراد من الدور التوقفى
 هو كون احدهما علة لآخر (٧) لعل مراد الشهيد من آن الدور معنى
 آن البيع و الفسخ المحقق للملك معلومان لعنة واحدة ، و الفسخ و البيع
 الحقيقي متلازمان ، لا كل واحد منهما علة لآخر . توضيحه: آن الموقوف ←

وقال في الإيضاح (١) : أن الفسخ يحصل بأول جزء من العقد ، و زاد (٢) في باب الهمبة ، قوله : فيبقى المحل قابلاً لمجموع العقد ، انتهى . وقد يستدل (٣) للصحة ، بأنه اذا وقع العقد على مال الغير ، فملكه بمجرد العقد كاف ، كمن باع مال غيره ، ثم ملكه . اقول (٤) : ان قلنا : بان

→ على الملك هو البيع الحقيقي المعتبر عنه النقل والا نتقال عرفاً و شرعاً دون البيع الانشائى ، فالعقد المتضمن للبيع الانشائى سبب لأمررين احد هما : الفسخ المحقق للملك ، و ثانيهما : البيع الحقيقي العرفى فالفسخ والبيع معلومان لعلة واحدة وهو البيع الانشائى ، ويحتمل ان يكون مراده ، انهما معلومان للارادة (١) فلا يخفى ، أن ما ذكره فى الإيضاح ايضاً جواب عن الدور ، بمعنى أن الفسخ المتحقق للملك موقوف على أول جزء من العقد ، و تمام العقد موقوف على الفسخ المتحقق للملك فليس الفسخ موقوفاً على العقد و العقد موقوفاً على الفسخ حتى يكون دوراً (٢) اي و زاد فخر المحققين في الإيضاح في باب الهمبة ، فيبقى المحل اى المبيع قابلاً لمجموع العقد ، اى ل تمام العقد (٣) يعني استدل بعضهم لصحة التصرف المقصود به الفسخ باند راجه تحت عنوان ، من باع مال الغير ، ثم ملك ، بمعنى أن صاحب الخيار اذا باع الكتاب الذى انتقل عنه ، وقال : بعث الكتاب ، فأنه بقوله : بعث الكتاب ، باع مال الغير ، فيكون فضولياً ، لأن مناط الفضولية هو عدم وقوع الانشاء في ملك المنشئ و مقارن بيعه مال الغير ملكه ، فيكون من قبيل من باع مال الغير ثم ملكه (٤) قوله (اقول : ان قلنا : بان المستفاد ، الخ) ايراد على ما ذكره في الإيضاح

في آنّه هل يحصل الفسخ بالتصرف او قبله متصلًا به ٣٢١

المستفاد من ادلة توقف البيع و العتق على الملك ، نحو قوله : لا بيع الا في ملك ، ولا عتق الا في ملك ، هو (١) اشتراط وقوع الانشاء في ملك المنشئ (٢) فلا مناص عن القول (٣) بالبطلان ، لأنّ صحة العقد حينئذ

(١) قوله (هو) ضمير فصل ، و (اشتراط) خبر له (آن)، (٢) قوله (المنشئ) اسم الفاعل (٣) اي فلا مناص عن القول ببطلان العقد في صورة بيع صاحب الخيار ما انتقل عنه ، لأنّ صحة العقد حين اشتراط وقوع الانشاء في ملك المنشئ يتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع اجزاء العقد لقع جميع اجزاء العقد في ملك العاقد ، فاذا فرض العقد او جزء من اجزائه فسخا ، كما فرض في الا يوضح كان سببا و مقدما على تملك العاقد ، لأنّ المسبب الذي هو الملك ، انما يحصل بالجزء الأخير من سببه ، لأنّه بدون تمام السبب لا يحصل المسبب ، والا لزم تقدم المسبب على السبب ، فحينئذ أنّ العقد لا يكون صحيحا ، لأنّ صحته مشروط بتقدم الملك على العقد ، والحال أنّ تملك العاقد متاخر عن العقد ، لأنّ سبب للتملك ، و حاصله : أنّ مقتضى الظرفية الحقيقة تقدم الظرف على المظروف ، ولا زمه تقدم الملك على الانشاء بجميع اجزائه حتى يقع الانشاء بجميع اجزائه في ملك المنشئ ، فحينئذ أنّ حصول الفسخ بتمام العقد لم يصح العقد ، لعدم تقدم الملك على العقد ، و أنّ حصول الفسخ بجزئه الأول لم يصح العقد ايضا ، لأنّ الجزء الذي لا يتجزى ، غير موجود ، لأنّ كلّ جزء قابل للقسمة ، فلا يتعيّن جزء للاولية حتى يكون ما عداه واقعا في

ملك المنشئ

يتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع أجزاء العقد ، لتقع فيه (١) فاذا فرض العقد او جزء من اجزائه فسخا ، كان سببا لتملك العاقد مقدما (٢) عليه ، لأن المسبب أنما يحصل بالحجز الأخير من سببه (٣) فكل ما فرض جزء من العقد قابل للتجزئة سببا للتملك ، كان التملك متاخرا عن بعض ذلك الجزء ، والا (٤) لزم تقدم وجود المسبب على السبب ، والجزء (٥) الذي لا يتجزى ، غير موجود (٦)

(١) اي في الملك (٢) اي كان العقد او جزئه سببا مقدما على الملك (٣) الضمير يرجع الى المسبب (٤) يعني وان لم يكن التملك متاخرا عن بعض ذلك الجزء ، لزم تقدم وجود المسبب على السبب (٥) وهم ودفع اما الوهم ، فان العقد يتجزى الى اجزاء ، فان الفسخ المحقق للملك يحصل بأول جزء من اجزاء العقد ، فيكون البيع واقعا في ملك العاقد وان كان الجزء الأول منها وقع قبل ملكه ، واما الدفع ، فهو الذي ذكره المصنف (ره) بقوله (والجزء الذي لا يتجزى ، غير موجود) وحاصله : ان الفسخ بجزءه الأول لا يصح ، لأن الجزء الذي لا يتجزى ، غير موجود ، فكل جزء قابل للقسمة ، فلا يتعين جزء للأولية حتى يكون ما عداه واقعا في ملك العاقد (٦)، **﴿اذكرا﴾** ان الحكم استدلوا على نفي الجزء الذي لا يتجزى ، بوجوه ، احدها : ما ذكره في شرح التجريد ، بقوله : تقريره (اي تقرير الدليل الأول) **انا اذا** فرضنا جوهرا متوسطا بين جوهريين فاما ان يحجبهما عن التماس ، او لا ، و الثاني باطل ، والا لـ **لزم** التداخل ، والأول يوجب الانقسام ، لأن الطرف الملaci لأحد هما مغاير للطرف الملaci الآخر

فلا يكون (١) سببا ، مع أن (٢) غاية الأمر حينئذ المقارنة بينه وبين التملك ، وقد عرفت ، أن الشرط بمقتضى الأدلة (٣) سبق التملك على جميع أجزاء العقد قضاء لحق الظرفية ، وأما (٤) دخول المسئلة فيمن باع شيئا ثم ملكه ، فهو (٥) بعد فرض القول بصحته (٦) يوجب اعتبار

(١) اسم (فلا يكون) مستتر يرجع إلى الجزء الذي لا يتجزى (٢) مع أنه لو فرض وجود الجزء الذي لا يتجزى ، لم ينفع المستدل الذي هو صاحب الإيضاح أيضا ، لأن غاية الأمر حينئذ المقارنة بينه وبين التملك ، فلا يندفع اشكال عدم صحة عقد العاقد ، لأنك قد عرفت ، أن الشرط بمقتضى الأدلة سبق التملك على جميع أجزاء العقد قضاء لحق الظرفية لأن الطرف هو الملك ، والمظروف هو البيع ، كما في قوله (لا بيع إلا في الملك) فمقتضى الظرفية الحقيقة تقدم الطرف على المظروف ، ولا زمه تقدم الملك على الائتمان بجميع أجزائه (٣) ومن الأدلة قوله: لا بيع إلا في الملك (٤) قوله (وأما دخول المسئلة ، الخ) جواباً مما استدل به بعضهم لصحة التصرف المقصد به الفسخ من ادراج المسئلة تحت عنوان ، من باع مال الغير ، ثم ملكه ، وحصل الجواب ، أن ما نحن فيه لو كان من قبيل من باع شيئا ثم ملكه ، اوجب اعتبار اجازة العاقد ثانية ، بناءً على ما ذكر في الفضولى من توقف العقد المذكور على الإجازة ، إلا ان يقال : أن المتوقف على الإجازة بيعه للملك ، وأما بيعه لنفسه نظير بيع الغاصب فلا يحتاج إلى الإجازة بعد العقد ، فحينئذ يكون بيع العاقد ما انتقل عنه فضوليًا ، ويكون من قبيل من باع شيئا ثم ملكه (٥) يرجع الضمير إلى قوله (دخول) ، (٦) أي بعد فرض القول بصحة ، من باع شيئا ثم ملكه

اجازة العاقد ثانياً، بناءً على ما ذكرنا في مسألة الفضولي، من توقف لزوم العقد المذكور (١) على الاجازة، الا ان يقال : أن المتوقف على الاجازة عقد الفضولي و بيعه للمالك ، و أمّا بيعه لنفسه نظير بيع الغاصب ، فلا يحتاج إلى الاجازة بعد العقد ، لكن (٢) هذا على تقدير القول به و الأعماض عمّا تقدم في عقد الفضولي ، لا يجري في مثل العتق الغير القابل للفضولي ، و ان قلنا (٣) : أن المستفاد من تلك الأدلة (٤) هو عدم وقوع البيع في ملك الغير، ليؤثر في نقل مال الغير بغير اذنه ، فالمنوع (٥) شرعاً تمام السبب في ملك الغير، لا وقوع بعض أجزائه في ملك الغير و تمامه في ملك نفسه (٦) لينقل بتمام العقد

(١) اي العقد الذي اجرأه على ملك الغير قبل ان يملكه (٢) يعني لكن كون ما نحن فيه نظير بيع الغاصب لنفسه على تقدير القول بصحته و الأعماض عن الاشكال الذي تقدّم في عقد الفضولي ، لا يجري في مثل العتق الغير القابل للفضولي ، لأن القائل بصحة التصرف فيما نحن فيه لا يفرق بين العقد و الايقاعات، مع أنه لا فضولي في الايقاعات (٣) قوله (٤) فالمراد من الأدلة هو قوله (لا بيع الا في ملك) و (لا عتق الا في ملك)، (٥) يعني فالمنوع شرعاً في قوله (لا بيع الا في ملك) هو تمام أجزاء السبب في ملك الغير ، لا وقوع بعض أجزاء السبب في ملك الغير و تمامه في ملك العاقد لينقل العاقد إلى المشتري بتمام العقد الملك الذي انتقل إلى العاقد ببعض العقد (٦) الضمير يرجع إلى العاقد

الملك الحادث ببعضه (١) فلا مانع (٢) من تأثير هذا العقد لانتقال ما انتقل الى البايع بأول جزء منه (٣) وهذا (٤) لا يخلو عن قوة ، اذ لا دلالة في ادلة اعتبار الملكية في المبيع ، الا على اعتبار كونه (٥) مملوكا قبل كونه مبيعا ، والحصر (٦) في قوله : لا بيع الا في ملك ، اضافي بالنسبة الى البيع في ملك الغير او في غير ملك ، كالمحابات الأصلية (٧)

(١) الضمير يرجع الى العقد (٢) اي فلا مانع من صحة هذا العقد و تأثيره لانتقال المبيع الى المشتري الذي انتقل الى البايع العائد بأول جزء من العقد (٣) الضمير يرجع الى العقد (٤) اي القول بأنه لا مانع من صحة هذا العقد و تأثيره لانتقال المبيع الى المشتري الذي انتقل الى البايع بأول جزء من العقد ، لا يخلو عن قوة ، اذ لا دلالة في اعتبار الملكية في المبيع قوله (لا بيع الا في ملك) الا على اعتبار كونه مملوكا للعقد قبل كونه مبيعا ، و من المعلوم ، ان كونه مملوكا فيما نحن فيه يحصل بأول جزء من العقد ، و كونه مبيعا يحصل ب تمام العقد (٥) الضمير يرجع الى المبيع (٦) وهم ودفع ، اما الوهم ، فان ظاهر قوله (لا بيع الا في ملك) ان تمام اجزاء العقد يلزم ان يكون في ملك البايع ، فاذ كان بعض اجزاء العقد في ملك الغير ، وبعضه في ملك البايع ، لا يكون البيع في ملك البايع ، فلا يكون صحيحا ، واما الدفع ، فان الحصر في قوله (لا بيع الا في ملك) اضافي بالنسبة الى البيع في ملك الغير ، فلا يعم المستثنى منه البيع الواقع بعضه في ملك الغير و تمامه في ملك البايع فالمراد من المستثنى منه ، هو البيع الذي وقع تمام اجزائه في ملك الغير (٧) مثلا اذا باع سمة في الماء ، وقع بعض اجزاء العقد قبل اخذ

فلا يعم المستثنى منه البيع الواقع بعضه فى ملك الغير و تعاشه فى ملك البايع هذا ، مع انه يقرب (١) ان يقال : ان المراد بالبيع هو النقل العرفى الحال من العقد ، لا نفس العقد ، لأن العرف لا يفهمون من لفظ البيع الا هذا (٢) المعنى المأخذ فى قوله : بعث ، و حينئذ فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد و النقل ، و التملك العرفى يحصل بتمامه (٣) فيقع النقل فى الملك ، و كذا الكلام فى العتق وغيره من التصرفات القولية ، عقدا كان او ايقاعا ، ولعل هذا (٤) معنى ما فى الا يضاح ، من ان الفسخ يحصل بأول جزء ، و بتمامه يحصل العتق

→ السمة ، وبعضها الآخر بعد الأخذ ، يكون العقد صحيحا، و يصدق ان البيع وقع فى ملك البايع (١) قوله (مع انه يقرب ان يقال ، الخ) وجه آخر لصحة بيع العاقد ، يعني مع انه يقرب الى صحة بيع العاقد ، ان يقال : ان المراد بالبيع فى قوله (لا بيع الا فى ملك) هو النقل العرفى الذى هو الأثر الخارجى الحال من العقد ، لا ان المراد بالبيع نفس العقد ، لأن العرف يفهمون من لفظ البيع هذا المعنى الذى هو النقل الخارجى المأخذ فى قوله : بعث ، و حينئذ ، فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من اجزاء العقد ، و النقل و حصول الأثر فى الخارج يحصل بتمام العقد ، فيقع البيع العرفى الذى هو حصول الأثر فى الخارج فى ملك العاقد (٢) اشارة الى النقل العرفى (٣) الضمير يرجع الى العقد (٤) قوله (هذا) اشارة الى احد الوجهين ، لا الى الوجه الآخر ، لأن كلام الا يضاح قابل للحمل على كل من الوجهين

نعم التصرفات (١) الفعلية المحققة للفسخ . كالوطئ و الأكل و نحوهما لا وجه لجواز الجزء الأول منها (٢) فان ظاهر قوله تعالى : الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم ، اعتبار وقوع الوطئ فيما اتصف بكونها مملوكة فالوطئ المحصل للفسخ لا يكون بتمامه حلالا ، و توهם (٣) ان الفسخ اذا

(١) نعم التصرفات الفعلية ، كالوطئ ، لا وجه لحلية الجزء الأول منها لأن الجزء الأول وقع في ملك الغير ، فيكون الجزء الأول من التصرفات الفعلية حراما ، فان ظاهر قوله تعالى في س ٢٣ آية ٤ : الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم ، اعتبار وقوع الوطئ فيما اتصف بكونها مملوكة فالوطئ المحصل للفسخ لا يكون بتمامه حلالا ، لأن الجزء الأول منه حرام وغيره حلال (٢) يرجع الضمير الى التصرفات (٣) وهم ودفع ، أمـا الوهم ، فان الفسخ اذا جاز بحكم الخيار ، جاز كل تصرف يحصل به الفسخ ، قوله كان او فعلـا ، وبعبارة اخرى ، أن المستفاد من ادلـة الخيار ، سلطنة صاحبه على الفسخ ، و مقتضى هذا جوازه بمعنى عدم حرمتـه ايضا ، فـان ظاهر قوله : لك الخيار ، اي لك الفـسخ ، انه لا مانع منه من حيث التكليف ايضا ، لا مجرد انه اذا حصل يكون صحيحا ، واما الدفع ، فـان معنى جواز الفـسخ لأجل الخيار ، هو الجواز الوضـعـى بمعنى ان صاحب الخيار اذا فـسخ في زمان الخيار ، كان فـسخـه صحيحا لا آنـ معنى جواز الفـسخ ، هو التـكـلـيفـى ، اي الـابـاحـةـ ، فـحيـيـنـدـ اذا وـطـئـ في زـمانـ الخيارـ ، يكونـ الفـسـخـ صـحـيـحاـ ، وـالـوطـئـ حـرـاماـ وـانـ كانـ بـأـوـلـ

جاز بحكم الخيار، جاز كلّ ما يحصل (١) به، قوله كان أو فعلًا، فاسد فانّ معنى جواز الفسخ لأجل الخيار، الجواز الوضعي، اعني الصحة، لا التكليفي، فلا ينافي تحريم ما يحصل به الفسخ، كما لا يخفى، مع انه (٢) لوفرض دلالة دليل الفسخ على اباحة ما يحصل (٣) به تعين (٤) حمل ذلك (٥) على حصول الفسخ قبيل التصرف جمعاً بينه (٦) وبين ما دلّ (٧) على عدم جواز ذلك التصرف، الا اذا وقع في الملك، وبالجملة فما (٨) اختاره المحقق والشهيد الثانيان في المسألة، لا يخلو عن قوّة وبه يرتفع الاشكال عن جواز التصرفات تكليفاً (٩) ووضعاً

(١) الضمير المستتر يرجع الى الفسخ، والضمير في قوله (به) يرجع الى (ما)، (٢) قوله (مع انه، الخ) وجه ثان لدفع التوهّم، حاصله، انه لو فرض دلالة دليل الفسخ على الحكم التكليفي، اي الاباحة ايضاً، تعين حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف جمعاً بين دليل الفسخ وبين ما دلّ على عدم جواز ذلك التصرف، الا اذا وقع في الملك، كقوله: لا وطئ الا في ملك (٣) يرجع الضمير المستتر الفاعل الى الفسخ، والضمير في قوله (به) الى (ما)، (٤) قوله (تعين) جواب شرط لـ (لو)، (٥) اشارة الى دلالة دليل الفسخ على الاباحة (٦) يرجع الضمير الى دليل الفسخ الدال على الاباحة (٧) كقوله (لا وطئ الا في ملك) فاته يدلّ على عدم جواز ذلك التصرف، اي الوطئ الا اذا وقع في الملك (٨) فما اختاره المحقق والشهيد الثانيان، وهو حلّ التصرف نظراً الى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن له، لا يخلو عن قوّة (٩) جواز التصرف تكليفاً، هو ان وطئ ذي الخيار في زمان الخيار يكون كله حلالاً، لأنّ الفسخ حصل ←

و هذا (١) هو الظاهر من الشيخ في المبسوط حيث جوز للمتصارفين تباعي الندين ثانياً في مجلس الصرف ، وقال : أن شروعهما في البيع قطع لخيار المجلس ، مع أن الملك (٢) عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقق (٣) هنا (٤) بالبيع المتوقف على الملك ، لكنه (٥) في باب الهبة لم يصح البيع الذي يحصل به الرجوع فيها ، معللاً بعدم وقوعه (٦) في الملك

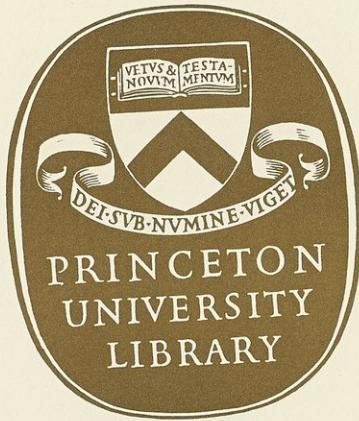
→ بالقصد المقارن له ، وجواز التصرف وضعا ، هو أن بيع ذي الخيار في زمان الخيار يكون صحيحا ، لأن تمام أجزاء العقد يقع في ملكه ، لأن الفسخ حصل بالقصد المقارن له (١) قوله (هذا) اشارة الى ما اختاره المحقق والشهيد الثانيان (٢) سؤال وجواب ، أما السؤال ، فإن الملك عند الشيخ (ره) يحصل بانقضاء الخيار ، فمادام الخيار باقيا ، لم يحصل الملك ، والحال أنه قال هنا ، بجواز بيع كل منها ما انتقل اليه في زمان الخيار ، مع أن البيع متوقف على الملك ، مما الوجه في تجويهه بيعهما في زمان الخيار ، وأما الجواب ، فإن الملك عند الشيخ يحصل بانقضاء الخيار وباسقاط الخيار ايضا ، فإن قصد المتباعين و شروعهما البيع يسقط الخيار ويحصل الملك لكل واحد منها قبل البيع بالقصد و الشروع ، وقع بيع كل منها في ملكه (٣) قوله (المتحقق) صفة لـ انقطاع الخيار (٤) اشارة الى بيعهما في زمان خيار المجلس (٥) اي لكن الشيخ (ره) في باب الهبة لم يصح البيع الذي يحصل به الرجوع في الهبة ، معللاً بعدم وقوع البيع في الملك (٦) الضمير يرجع الى البيع

الصفحة

الموضع

في أن بعض العيب يختص إلى السنة	٢
في عيوب مفرقة	١٥
في الأرش	١٧
في كيفية معرفة الأرش	٥٣
في تعارض المقومين	٥٨
في الشروط	٩٦
في شروط صحة الشرط	١٠٤
في اعتبار القدرة في الشرط	١٠٩
في اعتبار أن يكون الشرط فيه غرض معتمد به	١١٢
في اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب والسنة	١١٩
في اعتبار عدم منافاة الشرط لمقتضى العقد	١٢٣
في أن الشرط لا بد أن لا يكون غررياً	١٨٩
في أن الشرط لا بد أن لا يكون مستلزمًا للمحال	١٩٢
في أن الشرط لا بد من أن يذكر في متن العقد	١٩٥
في اعتبار التجيز في الشرط	٢٠١
في حكم الشرط الصحيح	٢٠٣
في وجوب الوفاء بالشرط	٢٠٩
في جواز الإجبار وعدمه	٢١٦
في ثبوت الخيار عند تعدد الإجبار	٢٢٣
في ثبوت الخيار عند تعدد الشرط	٢٢٥
في تعدد الشرط	٢٣٠

الموضوع	الصفحة
فى اسقاط حق الشرط ٢٣٦	٢٣٦
فى عدم تقسيط الثمن على الشرط ٢٣٩	٢٣٩
فى تبّين النقص فى متساوى الأجزاء ٢٤٢	٢٤٢
فى تبّين النقص فى مختلف الأجزاء ٢٤٦	٢٤٦
فى تبّين الزيادة عما شرط على البائع ٢٥٣	٢٥٣
فى حكم الشرط الفاسد ٢٥٦	٢٥٦
فى ذكر الشرط الفاسد قبل العقد ، لا فى متن العقد ٢٩١	٢٩١
فى فساد الشرط لأجل عدم غرض معتمد به عند العقلاء ٢٩٨	٢٩٨
فى احكام الخيار ٣٠٠	٣٠٠
فى أن ارث الخيار ليس تابعا لارث المال ٣٠٢	٣٠٢
فى كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار ٣٢١	٣٢١
فيما اذا اجتمع الورثة على الفسخ ٣٤٠	٣٤٠
فيما اذا كان الخيار لأجنبي ، ومات ، ومات ، ومات ٣٤٤	٣٤٤
و من احكام الخيار سقوطه بالتصرف ٣٤٧	٣٤٧
فى أنه هل يحصل الفسخ بالتصرف ، او قبله متصلا به ٣٦١	٣٦١
الفهرس الموضوعى ٣٨٠	٣٨٠



Sidney Rheinstein

Class of 1907

Fund for the Advancement
of Social Justice and
International Understanding

Princeton University Library



32101 048394926