المجلد التاسع

من كتاب :

بيان المطالب في شرح المكاسب

لمؤلفه الخير المحتاج الى رحمة الغني عبد الله المامقاني

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

المجلد التاسع

من كتاب :

بيان المطالب في شرح المكاسب

لمؤلفه الحقير المحتاج الى رحمة ربه الخبير عبد الله الباسي

(حقوق الطبع محفوظة للمؤلف)

2264
.1185
.7385
mujallad 9

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

هویة الکتاب

اسم الکتاب : بیان المطالب فی شرح المکاسب
المؤلف : عبدالله الالیاسی
الناشر : **المؤلف**
المطبوع : ۵۰۰ نسخه
المطبعة : **العلمیة - قم**
الطبعة : **الاولی**
التاریخ : ربیع الثانی ۱۴۱۷، المطابق لشهر مهر ۱۳۷۵
السعر : ۴۰۰ ریال

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY PAIR>
32101 032378505

1503
98000023601
R 20000

بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم كن لوليك الحجة بن الحسن صلواتك عليه وعلى آبائه فى هذه الساعة وفى كل ساعة ولياً وحافظاً وقائداً وناصراً ودليلا وعيناً حتى تسكنه ارضك طوعاً وتمتعه فيها طويلا.

مسئلـــــــة

قد عرفت انّ مطلق المرض عيب خصوصا الجنون و البرص و الجـــذام و القرن (١) و لكن يختصّ هذه الأربعة من بين العيوب بانّها لو حدثـت الى سنة من يوم العقد ، يثبت لأجلها التخيير بين الردّ و الأرش ، هذا هو المشهور .و يدلّ عليه ما استفيض عن مولانا ابى الحسن الرضا ﴿ع﴾ ففى رواية علىّ بن اسباط عنه (٢) فى حديث خيار الثلاثـــة (٣) ان احداث السنة تردّ (٤) بعد (٥) السنة ، قلت: و ما احداث السنـــة ؟ قال : الجنون و الجذام و البرص و القرن ، فمن اشترى فحدث فيـه(٦)

---

(١) تقدّم معناه فى ج ٨ ص ٣٦٨ و سيذكره المصنف بقوله : لكـــنّ المعروف انّه عظم فى الفرج كالسن يمنع الوطئ (٢) اى عن ابى الحسـن الرضا ﴿ع﴾ ، (٣) اى فى خيار الحيوان الذى هو ثلاث ايام للمشتـــرى (٤) الضمير المستتر يرجع الى الجارية (٥) عن الوافى (بُعْد السنة) اى بُعْد ايّام السنة و شهورها ، فاذا تمّت السّنة و لم يحدث شئ منها و انّما حدث بعد ذلك ، فلا ردّ ، و البعد الذى بازاء القبل لائم آخـــــر الحديث و الاخبار الاخر ، انتهى . قال فى المجمع : البعد : المسافة انتهى ، يعنى البعد بضمّ الباء و سكون العين و حكى قرائته بتشديـــد الدال من العدّ ، و لا يخفى ما فيه (٦) اى فى المملوك

هذه الاحداث، فالحکم ان یرد علی صاحبه الی تمام السنة من یوم اشتراه . و فی روایة ابن فضال المحکیّة عن الخصال فی اربعة اشیاء خیار سنة ، الجنون و الجذام و القرن و البرص . و فی روایة اخری له عنه ﴿ع﴾ قال : تردّ الجاریة مع اربع خصال من الجنون و الجذام و البرص و القرن و الحدبة (۱) هکذا فی التهذیب . و فی الکافی القرن الحدبة ، الّا انّها تکون فی الصدر تدخل الظهر (۲) و تخرج الصدر انتهی . و مراده (۳) انّ الحدب لیس خامسا لها ، لانّ القرن یرجع الی حدب (۴) فی الفرج ، لکن المعروف انّه عظم فی الفرج کالسن یمنع الوطئ . و فی الصحیح عن محمد بن علیّ ، قیل و هو (۵) مجهول و احتمل بعض کونه (۶) الحلبی عنه ﴿ع﴾ ، قال : یردّ المملوك من احداث السنة من الجنون و البرص و القرن ، قال : قلت : و کیف یردّ من احداث ، فقال : هذا اوّل السنة یعنی المحرّم ، فاذا اشتریت مملوکا

---

(۱) ، (الحَدَبَة) خروج الظهر و دخول الصدر و البطن (اقرب الموارد) و هنا معناها دخول الظهر و خروج الصدر (۲) ، (ادخله) ادخالا : صیّره داخلا (اقرب الموارد) ، (اخرج) الشئَ : ابرزه (اقرب الموارد) فعلی هذا یکون قوله (تدخل الظهر و تخرج الصدر) ، انّ الحدبة صیّرت الظهر داخلا و ابرزت الصدر (۳) ای فمراد ثقة الاسلام الکلینی فی الکافی ، انّ الحدب لیس خامسا لها (۴) ای لانّ القرن یرجع الی خروج شئ فی الفرج یمنع الوطئ (۵) الضمیر یرجع الی محمد بن علیّ (۶) مرجع الضمیر هو محمد بن علیّ ، فالمراد من البعض هو المحقق الأردبیلی علی ما نقل ، حیث قال : انّی اظنّه محمد بن علیّ الحلبی←

فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجّة ، ردّدت (١) على صاحبه . و هذه الرواية لم يذكر فيها الجذام مع ورودها (٢) فى مقام التحديد و الضبط لهذه الامور ، فيمكن ان يدّعى معارضتها لباقى الأخبار المتقدمة (٣) و من هنا استشكل المحقق الأردبيلى فى الجذام و ليس التعارض (٤) من باب المطلق و المقيّد ، كما ذكره فى الحدائق

← فصحيح ، يعنى انّ السند صحيح (١) اى رددت المملوك على صاحبه الذى هو البايع (٢) اى مع ورود الرواية فى مقام التحديد و الضبط لهذه الامور (٣) فانّ الأخبار المتقدمة تدلّ بالمنطوق انّ الجذام من احداث السنة ، و هذه الرواية تدلّ بالمفهوم ، انّ الجذام ليس من احداث السنة ، فيتعارضان ، و من أجل التعارض استشكل المحقق الأردبيلى (ره) فى الجذام حتى يمكن ان يقال : انّه بعد التساقط يرجع الى اصالة عدم كونه من احداث السنة ، قال بعض المحشين : الظاهر انّه سهو من قلم المصنف (ره) لانّ المحقق الأردبيلى لم يستشكل فى الجذام و انّما استشكل فى البرص بعد استشكاله فى القرن (٤) فلا يخفى انّ صاحب الحدائق توهّم انّ التعارض بينهما من باب المطلق و المقيّد ، بمعنى انّ مفهوم الرواية يقول : انّ احداث السنة ثلاثة و منطوق الأخبار المتقدمة يقول : انّ هناك عيبا آخر ايضا ، فيقيّد المفهوم بالمنطوق ، و قال المصنف (ره) : انّ التعارض بينهما ليس من باب المطلق و المقيّد الّا ان يريد صاحب الحدائق انّ التعارض يشبه تعارض المطلق و المقيّد فى وجوب العمل بالأخبار المتقدمة التى لا يجرى فيها احتمال السهو الذى يجرى فى معارضها الذى هى هذه الرواية

ردّا علی الأرد بیلی (ره) الّا ان یرید (۱) انّ التعارض یشبه تعارض المطلق و المقیّد فی وجوب العمل بما (۲) لا یجری فیه احتمال یجری فی معارضه (۳) و هو (۴) هنا احتمال سهو الروای فی ترك ذکر الجذام فانّه (۵) اقرب الاحتمالات المتطرقة فی ما نحن فیه، و یمکن ان یکون الوجه فی ترك الجذام فی هذه الروایة انعتاقها علی المشتری بمجرد حدوث الجذام، فلا معنی للردّ، و حینئذ (۶) فیشکل الحکم بالردّ فی باقی الأخبار، و وجّهه (۷) فی المسالك (۸) بانّ عتقه علی المشتری

---

(۱) الضمیر المستتر یرجع الی صاحب الحدائق (۲) فالمراد بِ (ما) فی قوله (العمل بما) هی الروایات المتقدمة (۳) یرجع الضمیر الی (ما) و تذکیر الضمیر باعتبار لفظ (ما) یعنی وجوب العمل بالروایات المتقدمة التی لا یجری فیها احتمال سهو الراوی الذی یجری فی هذه الروایة التی تعارضها (۴) یرجع الضمیر الی الاحتمال المذکور (۵) الضمیر عائد الی سهو الراوی (۶) ای حین کان لا معنی للردّ بالجذام، فیشکل الحکم بالردّ فی الجذام فی باقی الأخبار المتقدمة (۷) الضمیر المفعول یرجع الی الاشکال (۸) قال فی المسالك ما لفظه: و یمکن حلّه بانّ الحکم بعتقه بالجذام مشروط بظهوره بالفعل کما هو ظاهر النص و لا یکتفی بوجوده فی نفس الأمر، فلا یعتق علی البایع قبل بیعه، لعدم ظهوره و لا بعده قبل الفسخ لعدم ملکه، و عتقه علی المشتری موقوف ایضا علی ظهوره و هو متأخّر عن سبب الخیار، فیکون السابق متقدّما، فیتخیّر فان فسخ عتق علی البایع، و ان اختار الامضاء، عتق علی المشتری، انتهی و الحاصل انّ مادة الجذام سبب للخیار و ظهور الجذام بالفعل سبب ←

موقوف على ظهور الجذام بالفعل ، و يكفى فى العيب الموجب للخيار وجود مادّته (١) فى نفس الأمر ، و ان لم يظهر ، فيكون سبب الخيار مقدّما على سبب العتق ، فان فسخ ، انعتق على البايع ، و ان امضى ، انعتق على المشترى . و فيه اوّلا ، انّ ظاهر هذه الأخبار (٢) انّ سبب الخيار ظهور هذه الأمراض ، لانّه (٣) المعنى بقوله : فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجّة ، و لولا ذلك (٤) لكفى وجود موادّها فى السنة ، و ان تأخّر ظهورها عنها (٥) و لو بقليل ، بحيث يكشف عن وجود المادّة قبل انقضاء السنة ، و هذا (٦) ممّا لا اظنّ احدا

← للعتق ، فان فسخ ، انعتق على البايع ، و ان امضى ، انعتق على على المشترى ، فجمع بين الأخبار المتقدمة و الرواية الأخيرة (١) اى مادّة الجذام (٢) حاصل هذا الايراد الذى اورده المصنف على مبنى الشهيد الثانى (ره) الذى هو تأخّر سبب العتق و هو ظهور الجذام عن سبب الخيار الذى هو مادة الجذام ، و وجه الايراد انّ سبب الخيار ليس الّا ظهور الجذام و ليس شيئا آخر متقدما عليه ، فسبب الخيار و سبب العتق كلاهما ظهور الجذام ، فالمستفاد من هذه الأخبار ، انّ سبب الخيار هو ظهور الأمراض المذكورة ، لا مادّته (٣) الضمير يرجع الى ظهور هذه الأمراض (٤) اشارة الى انّ سبب الخيار ظهور هذه الأمراض لا مادّته (٥) يرجع الضمير الى السنة (٦) اشارة الى كفاية وجود موادها فى السنة ، و ان تأخّر ظهورها عنها ، اى و كفاية وجود مواد الأمراض فى السنة فى كونها سببا للخيار ، و ان تأخّر ظهورها عنها ممّا لا اظنّ احدا يلتزمه ، يعنى لولا انّ سبب الخيار ظهور هذه الأمراض لكفى ←

یلتزمه (١) مع انّه (٢) لو کان الموجب للخیار هی مواد هذه الأمراض کان ظهورها زیادة (٣) فی العیب حادثة فی ید المشتری ، فلتکن مانعة من الردّ لعدم قیام المال بعینه حینئذ ، فیکون فی التزام خروج هذه العیوب من عموم کون النقص الحادث مانعا عن الردّ تخصیص آخر للعمومات (٤)

← وجود موادّها فی السنة فی ثبوت خیار المشتری و ان تأخّر ظهورها عنها ، و لازم ذلك انّه اذا علم بعد انقضاء السنة وجود موادها قبل تمام السنة ، جاز الردّ ، و الحال انّهم لا یلتزمونه ، بل یحکمون بعدم جواز الردّ لو ظهرت بعد انقضاء السنة و لو علم بوجود موادها فی السنة و حکمهم بعدم الرد فی ظهور الأمراض بعد انقضاء السنة و لو مع العلم بوجود موادها فی السنة ، دلیل علی انّ سبب الخیار لیس مادّتها (١) الضمیر المفعول یرجع الی (ما) ، (٢) قوله (مع انّه لو کان الموجب للخیار ، الخ) ایراد آخر ذکره المصنف (ره) فی عقب الایراد الأول (٣) و السیّد (ره) فی حاشیته ردّ ما استفید من عبارة المصنف (ره) بقوله (قوله : کان ظهورها زیادة) اقول فیه : اوّلا انّه لا یعدّ زیادة بل ظهورا لما کان کامنا ، و ثانیا ، نمنع کون مثل هذه الزیادة التی سببها کان موجودا حین العقد مانعا عن الردّ (٤) فالظاهر انّ المراد من العمومات هی العمومات التی تدلّ علی لزوم البیع ، مثل : اوفوا بالعقود ، و نحوه ، و حاصل ما ذکر ، انّ ظهور هذه الأمراض عند المشتری کالجذام و نحوه ، لو کان زیادة فی العین ، لکانت مانعة عن الردّ ، لانّ الزیادة فی العیب عند المشتری مانعة عن الرد کما تقدم ، و لو التزم بخروج هذه ←

. . . . . .

. . . . . .

← العيوب من عموم كون النقص الحادث عند المشترى مانعا عن الردّ لكان تخصيصا آخر للعمومات غير تخصيص العمومات بالردّ بالعيب السابق و بعبارة اخرى ، انّه كان لعمومات لزوم البيع ، مثل : اَوْفوا بالعقود تخصيص ، و هو انّ ظهور العيب موجب لتسلط المشترى على الردّ ، و لو قلنا : انّ الزيادة على العيب السابق عند المشترى ايضا موجبة للردّ ، كان هذا تخصيصا آخر للعمومات المذكورة غير التخصيص السابق ، مع انّه لو قلنا : انّ الزيادة عند المشترى موجبة للردّ و ليست مسقطة للردّ ، لكان تخصيصا لعموم آخر و هو عموم : انّ النقص الحادث عند المشترى مانع عن الردّ و مسقط له ، فيكون المعنى ، انّ كلّ نقص حدث عند المشترى مسقط للردّ و مانع عنه الّا زيادة مرض الجذام و البرص و نحوهما التى هى النقص الذى حدث عند المشترى ، و الحال انّ الشهيدى (ره) استفاد من كلام المصنف (ره) غير ما ذكرنا ، حيث قال (قوله : تخصيص آخر للعمومات) اقول : مراده من العمومات ، ما دلّ على انّ العيب الحادث بعد العقد و القبض على المشترى ، فلا يوجب الخيار على البايع حتى يوجب خيار الردّ ، و لا يخفى انّ مقتضى هذه الأخبار الواردة فى احداث السنة ، انّ حدوثها فى السنة عند المشترى يكون على البايع و يوجب الردّ ، فيكون تخصيصا لتلك العمومات الدالة على عدم كونها على البايع ، فلو قلنا : بانّ زيادتها عند المشترى كأصل حدوثها عنده ليس عليه حتى تكون مانعة عن الردّ كزيادة سائر العيوب الموجبة للخيار ، بل على البايع ايضا ، فلا يمنع عن الرد بأصلها ، فيكون ←

و ثانیا (١) انّ سبق سبب الخیار لا یوجب عدم الانعتاق بطروّ سببه، بل ینبغی ان یکون الانعتاق القهری سببه مانعا شرعیّا بمنزلة المانع العقلی عن الردّ کالموت، و لذا (٢) لو حدث الانعتاق بسبب آخر غیر الجذام فلا اظنّ احدا یلتزم عدم الانعتاق الّا بعد لزوم البیع، خصوصا مع بناء العتق علی التغلیب. هذا و لکن رفع الید (٣) عن هذه الأخبار الکثیرة المعتضدة (٤) بالشهرة المحققة

← هذا تخصیصا آخر لتلك العمومات الدالة علی کون زیادة العیب عند المشتری علیه، فیمنع عن الردّ، لا علی البایع حتی لا یمنع عنه، انتهی (١) ای و ثانیا انّ سبق سبب الخیار الذی هو مادة الجذام علی سبب الانعتاق، لا یوجب عدم انعتاق المملوك بطروّ سببه الذی هو ظهور الجذام عند المشتری، بل ینبغی ان یکون سبب الانعتاق القهری الذی هو ظهور الجذام مانعا شرعیّا عن الردّ بمنزلة المانع العقلی، کالموت (٢) ای و لأجل کون سبب الانعتاق القهریّ مانعا شرعیّا لو حدث الانعتاق بسبب آخر عند المشتری، مثل العمی و الاقعاد، فلا اظنّ احدا یلتزم عدم الانعتاق الّا بعد لزوم البیع، مثلا لو اشتری عبدا معیوبا، ثمّ عمی العبد او اقعد عند المشتری، انعتق العبد علی المشتری، و ان کان له خیار العیب، فلا یلزم ان یکون الانعتاق علی المشتری بعد لزوم البیع (٣) ای و لکنّ رفع الید عن الأخبار الکثیرة الدالة علی انّ الجذام من اسباب الردّ اذا ظهر عند المشتری فی طول السنة، مشکل، لانّ العبد اذا ظهر جذامه عند المشتری، فله الردّ، لأجل الأخبار الکثیرة (٤) ﴿ المعتضدة ﴾ صفة لقوله ﴿ الأخبار ﴾

و الاجماع (١) المدّعى فى السرائر و الغنية ، مشكل (٢) فيمكن العمل بها فى موردها (٣) او الحكم (٤) من اجلها بان تقدّم سبب الخيار يوجب توقف الانعتاق على امضاء العقد و لو فى غير المقام ، ثمّ لو فسخ المشترى (٥) فانعتاقه (٦) على البايع ، موقوف على دلالة الدليل على عدم جواز تملك المجذوم ، لا انّ جذام المملوك يوجب انعتاقه بحيث (٧) يظهر اختصاصه بحدوث الجذام فى ملكه

---

(١) ، (الاجماع) عطف على قوله (الشهرة) ، (٢) قوله (مشكل) خبر لـ (لكن) ، (٣) اى و يمكن العمل بأخبار ردّ المملوك المجذوم فى ضمن السنة فى خصوص موردها الذى هو عدم الانعتاق بالجذام فى خصوص المقام ، يعنى انّ الجذام يوجب انعتاق المملوك الّا فى مورد كان حدوثه فى يد المشترى فى ضمن السنة (٤) يعنى او الحكم لأجلها بثبوت قاعدة كلّية جارية فى غير المقام ايضا و هذه القاعدة ان يكون تقدّم سبب الخيار على سبب الانعتاق جذاما كان اوغيره موجبا لتوقف الانعتاق على امضاء العقد ، و سقوط الخيار بدعوى فهم المثاليّة من الجذام لكل ما هو سبب الانعتاق (٥) يعنى لو فسخ المشترى ، فانعتاقه على البايع ، موقوف على دلالة الدليل على انّ المجذوم لا يملك ، لا على انّ حدوث الجذام فى مملوك احد من الناس يوجب انعتاقه و زوال ملكه عنه و الّا فلا ينعتق على البايع بعد الفسخ لعدم حدوثه فى ملك البايع و انّما حدث قبل الفسخ فى ملك المشترى (٦) اى انعتاق العبد المجذوم (٧) قوله (بحيث يظهر ، الخ) قيد للمنفى ، لا النفى ، يعنى بحيث يظهر اختصاص الدليل الدال على انعتاق المجذوم بحدوث الجذام فى ملكه

ثمّ انّ زیادة القرن (١) لیس فی کلام الأکثر، فیظهر منهم العدم (٢) فنسبة المسالك الحکم فی الأربعة الی المشهور، کانّه (٣) لاستظهار ذلك من ذکره فی الدروس ساکتا عن الخلاف فیه (٤) وعن التحریر نسبه (٥) الی ابی علی ، وفی مفتاح الکرامة (٦) انّه لم یظفر بقائل غیر الشهیدین وابی علی ، ومن هنا (٧) تأمّل المحقق الأردبیلی من (٨) عدم صحة الأخبار، وفقد الانجبار

---

(١) ای زیادة القرن علی الثلاثة (٢) ای فیظهر من الفقهاء عدم کون القرن من احداث السنة (٣) الضمیر یرجع الی صاحب المسالك ، یعنی کانّ صاحب المسالك استظهر نسبة الحکم فی الأربعة الی المشهور من ذکر الحکم فی الأربعة فی الدروس ساکتا عن الخلاف فیه ، فانّه استظهر من سکوت صاحب الدروس عن الخلاف فی الحکم فی الأربعة وعدم تعرّضه بالمخالف ، انّ کون الحکم فی الأربعة کان مشهورا (٤) الضمیر عائد الی الحکم فی الأربعة (٥) یرجع الضمیر الفاعل المستتر الی العلامة والضمیر المفعول الی الحکم فی الأربعة (٦) یعنی قال فی مفتاح الکرامة : انّه لم یظفر بقائل ان یقول : بانّ الحکم ثابت فی الأربعة ، غیر الشهیدین وابی علی (٧) ای ومن عدم وجود القائل ، بانّ الحکم ثابت فی الأربعة الّا ثلاثة اشخاص ، تأمّل المحقق الأردبیلی فی کون القرن من احداث السنة من اجل عدم صحة الأخبار التی ذکر فیها القرن ، وفقد الانجبار بالشهرة وغیرها (٨) قوله (من) فی قوله (من عدم صحة الأخبار) للتعلیل نحو (ممّا خطایاهم اغرقوا) یعنی ومن هنا تأمل المحقق الأردبیلی من اجل عدم صحة الأخبار وفقد الانجبار

ثمّ انّ ظاهر اطلاق الأخبار (١) على وجه يبعّد التقييد فيها (٢) شمول الحكم لصورة التصرف ،لكنّ المشهور تقييد الحكم بغيرها (٣) و نسب اليهم (٤) جواز الأرش قبل التصرف ، و تعيّنه بعده ، و الأخبار خالية عنه و كلاهما (٥) مشكل ، الّا انّ الظنّ من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما (٦) لكنّ كلام المفيد قدّس سرّه (٧) مختص بالوطئ ، و الشيخ و ابن زهرة لم يذكرا التصرف و لا الأرش ، نعم ظاهر الحلى (٨) الاجماع

---

(١) يعنى انّ ظاهر اطلاق اخبار احداث السنة شمول الحكم لصورة التصرف و غيرها ، لكن المشهور تقيّدوا ثبوت الردّ بغير صورة التصرف (٢) يعنى انّ ظاهر اطلاق الأخبار على وجه يبعّد التقييد فيها بغير صورة التصرف ، و وجه البعد استلزامه لحمل المطلقات على الفرد النادر جدا بل خلوّها عن المورد (٣) اى بغير صورة التصرف (٤) اى نسب الى المشهور فى احداث السنة ثبوت جواز الأرش و الرد للمشترى قبل التصرف و تعيّن الأرش بعده ، و الحال انّ الأخبار خالية عن الأرش (٥) احدهما تقييد الحكم بغير صورة التصرف ، و ثانيهما ثبوت الأرش قبل التصرف تخييرا و بعده تعيينا . وجه الاشكال فى الأول ، ما ذكره من البعد الذى عرفت ، و وجهه فى الثانى ، عدم الدليل عليه (٦) الضمير المثنّى يرجع الى تقييد الحكم بغير صورة التصرف و ثبوت الأرش قبل التصرف تخييرا ، و بعده تعيينا (٧) يعنى كلام المفيد (ره) فى مقام بيان التصرف المانع عن ردّ الجارية باحداث السنة ، مختص بالوطئ (٨) اى نعم ظاهر الحلّى ، الاجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه الجهة اى من جهة كونه مخيّرا بين الردّ و الأرش قبل التصرف

علی تساویها (۱) مع سائر العیوب من هذه الجهة ، و انّ هذه العیوب (۲) کسائر العیوب فی کونها مضمونة (۳) الّا انّ الفارق (۴) ضمان هذه اذا حدثت فی السنة بعد القبض و انقضاء الخیار . و لو ثبت انّ اصل هذه الأمراض تکمن (۵) قبل سنة من ظهورها ، و ثبت (۶) انّ اخذ الأرش للعیب الموجود قبل العقد ، او القبض مطابق (۷) للقاعدة ، ثبت الأرش (۸) هنا (۹) بملاحظة التعیّب بمادة هذه الأمراض الکامنة فی المبیع (۱۰) لا بهذه الأمراض الظاهرة فیه . قال فی المقنعة (۱۱) : و یرد

---

(۱) یرجع الضمیر الی احداث السنة (۲) اشارة الی احداث السنة (۳) ای فی کون هذه العیوب مضمونة علی البایع موجبة علی الردّ و الأرش (۴) ای الّا انّ الفارق بین هذه العیوب و بین سائر العیوب ، ضمان سائر العیوب علی البایع اذا حدث قبل العقد و قبل القبض و قبل انقضاء الخیار ، و ضمان هذه العیوب علی البایع ایضا اذا حدث فی السنة بعد القبض و بعد انقضاء الخیار (۵) ، (کَمَنَ ـُ و کَمِنَ ـَ کُموناً) تواری و اختفی . دخل فی الأمر لا یُفْطن له (کَمَنَ ـُ کُموناً) الشئَ اخفاه (المنجد) ، (۶) قوله (ثبت) عطف علی قوله (ثبت السابق) ، (۷) قوله (مطابق) خبر لِ (انّ) فی قوله (انّ اخذ الأرش) ، (۸) قوله (ثبت الأرش) جواب شرط لِ (لو) ، (۹) اشارة الی احداث السنة (۱۰) حاصل هذه العبارة : انّه لو ثبت انّ مادة هذه الأمراض عیب و ثابتة قبل العقد ، لثبت اخذ الأرش للمشتری (۱۱) ذکر المصنف (ره) قول المفید (ره) شاهدا لتقدّم مادة هذه الأمراض و لثبوت الأرش بملاحظة التعیّب بمادة هذه الأمراض فی المبیع ، لا بظهورها فیه

العبد و الأمة من الجنون و الجذام و البرص ما بين ابتياعهما (١) و بين سنة واحدة ، و لا يردّ ان بعد سنة ، و ذلك انّ اصل هذه الأمراض يتقدّم (٢) ظهورها بسنة و لا يتقدّم بأزيد ، فان وطئ المبتاع الأمة فى هذه السنة لم يجز له ردّها ، و كان له قيمته (٣) ما بينها صحيحة و سقيمة انتهى (٤) و ظاهره (٥) انّ نفس هذه الأمراض تتقدّم بسنة ، و لذا (٦) اورد عليه (٧) فى السرائر (٨) انّ هذا (٩) موجب لانعتاق المملوك على البايع ، فلا يصحّ البيع ، و يمكن ان يريد (١٠) به ماذكرنا من ارادة مواد هذه الأمراض (١١)

---

(١) الضمير المثنّى يرجع الى العبد و الأمة (٢) الضمير المستتر يرجع الى اصل هذه الأمراض (٣) اى و كان للمشترى قيمة العيب الذى هو الأرش (٤) اى انتهى ما ذكره فى المقنعة (٥) اى و ظاهر ما ذكره فى المقنعة ، انّ نفس هذه الأمراض تتقدّم بسنة ، و انّ ثبوت الأرش بملاحظة نفس هذه الأمراض التى تقدّمت على العقد (٦) اشارة الى انّ نفس هذه الأمراض تتقدّم بسنة عند المفيد (ره) ، (٧) الضمير يرجع الى صاحب المقنعة (٨) يعنى و لذا اورد ابن ادريس على المفيد (ره) فى السرائر ، انّ تقدّم هذه الأمراض بسنة يوجب لانعتاق المملوك على البايع فلا يصحّ البيع (٩) اشارة الى تقدّم نفس هذه الأمراض (١٠) اى و يمكن ان يريد مفيد (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 فى المبيع قبل السنة ، و بين موادها فى المبيع قبل السنة ، فيكون فى ما ذكره مفيد (ره) احتمالان : احدهما ، ان يريد بأصل هذه الأمراض ، نفس هذه الأمراض ، و ثانيهما ، ان يريد ←

﴿ خاتمة فی عیوب متفـــرقة ﴾

قال فی التذکرة : انّ الکفر لیس عیبا فی العبد و لا الجاریة،ثمّ استحسن (١) قول بعض الشافعیة ، بکونه عیبا فی الجاریة اذا منع (٢) الاستمتاع کالتمجس و التوثن (٣) دون التهوّد و التنصّر ، و الأقوی (٤) کونـــه موجبا للردّ فی غیر المجلوب و ان کان (٥) اصلا فی المماليـــك ، الّا انّ الغالب فی غیر المجلوب الاسلام ، فهو (٦) نقص موجب لتنفر الطباع عنه خصوصا بملاحظة نجاستهم المانعة عن کثیر من الاستخدامات ، نعـــم الظاهر عدم الأرش فیه ، لعدم صدق العیب علیه عرفا و عدم کونه نقصا او زیادة فی اصل الخلقة . و لو ظهرت الأمة محرّمة علی المشتری برضـــاع او نسب ، فالظاهر عدم الردّ به (٧) لانّه لا یعدّ نقصا بالنوع ، و لاعبـــرة بخصوص المشتری

← به مواد هذه الأمراض (١) الضمیر الفاعل المستتر یرجع الی صاحـــب التذکرة (٢) ای اذا منع الکفر الاستمتاع کالتمجس ، اذا قلنـــا : انّ المجوسی لیس من اهل الکتاب ، و ان قلنا :انّه ایضا من اهل الکتـــاب کان حاله ، حال الیهودیّ و النصرانی ، فلیس کفره عیبا ، لانّه یجـــوز حینئذ الاستمتاع منها بعقد الانقطاع و بملك الیمین (٣) ، (الوَثَـــن) محرّکةً : الصَنَم ، و قیل : ما له جثة من خشب او حجر او فضة او جوهـــر ینحت (اقرب الموارد) ، (٤) ای الأقوی التفصیل بین کون المملوك مجلوبا من بلاد الکفر ، و بین کونه غیر مجلوب ، فانّ کفره فی الأول لیس عیبا ، و فی الثانی ، عیب یوجب الردّ (٥) اسم (کان) مستتر یرجع الی الکفر (٦) یرجع الضمیر الی الکفر (٧) الضمیر عائد الی تحریم الأمة علی المشتـــری

و لو ظهر (١) ممّن ينعتق عليه ، فكذلك كما فى التذكرة ، معلّلا بانّه (٢) ليس نقصا عند كلّ الناس ، وعدم نقص ماليّته عند غيره ، وفى التذكرة : لو ظهر انّ البايع باعه وكالة او ولاية او وصاية او امانة ، ففى ثبوت الردّ لخطر فساد النيابة ،احتمال (٣) اقول : الأقوى عدمه (٤) و كذا لو اشترى ما عليه (٥) اثر الوقف . نعم لو كان عليه (٦) امارة قويّة لم يبعد كونه موجبا للردّ . لقلّة رغبة الناس فى تملك مثله . و تأثير ذلك فى نقصان قيمته عن قيمة اصل الشئ . لو خلّى و طبعه . اثرا بيّنا .و ذكر فى التذكرة : انّ الصيام و الاحرام و الاعتداد ليست عيوبا . اقول : امّا عدم ايجابها (٧) الأرش . فلا اشكال فيه . و امّا عدم ايجابها الردّ ،ففيه اشكال اذا فات بها (٨) الانتفاع فى مدّة طويلة . فانّه (٩) لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجرا ، و قال ايضا :اذا كان المملوك نمّاما او ساحرا

---

(١) الضمير المستتر يرجع الى المملوك (٢) يرجع الضمير الى انعتاق المملوك على المشترى (٣) قوله (احتمال) مبتدأ مؤخر . و (فى ثبوت الردّ) خبر مقدّم (٤) اى عدم ثبوت الردّ (٥) اى كذا الأقوى انّه لا ردّ فيما لو اشترى ما عليه اثر الوقف ، كما لو كان مكتوبا فى ورقة من الكتاب انّه وقف (٦) اى نعم لو كان على ما اشتراه امارة قويّة ، كما لو كان مكتوبا على الظروف انّه وقف للمسجد ، لم يبعد كونه موجبا للردّ لقلّة رغبة الناس فى تملّك مثله (٧) يرجع الضمير الى الصيام و الاحرام و الاعتداد (٨) يرجع الضمير الى الصيام و الاحرام و الاعتداد،ايضا (٩) اى فانّ كلّ واحد من الصيام و الاحرام و الاعتداد فى المملوك لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجرا كما انّ للمشترى الردّ ، اذا ظهر المبيع مستأجرا ، و كذلك هنا

او قاذفا (١) للمحصنات او شاربا للخمر او مقامرا ، ففی کون هذه عیوبا اشکال ، اقربه العدم . و قال : لو کان الرقیق رطب (٢) الکلام او غلیظ الصوت او سیّئ الأدب او ولد زنا او مغنّیا او حجاما او اکولا او زهیدا (٣) فلاردّ (٤) و تردّ الدابة بالزهادة ، و کون الأمة عقیما لا یوجب الرد لعدم القطع بتحققه ، فربما کان من الزوج او لعارض ، انتهی ، و مراده (٥) العارض الاتفاقی لا المرض العارضی ، قال فی التذکرة فی آخر ذکر موجبات الرد : و الضابط انّ الرد یثبت بکلّ ما فی المعقود علیه من نقص القیمة ، او العین نقصا یفوت به (٦) غرض صحیح ، بشرط ان یکون الغالب فی امثال المبیع عدمه ، انتهی (٧)

✻ القول فی الأرش ✻

و هو لغة ، کما فی الصحاح (٨) و عن المصباح (٩) دیة الجراحات ، و عن القاموس (١٠) انّه الدیة ، و یظهر من الاولین (١١) انّه فی الأصل اسم للفساد ، و یطلق فی کلام الفقهاء علی مال یؤخذ بدلا عن نقص مضمون

---

(١) قال فی المجمع : قذف المحصنة ، رماها بالفاحشة (٢) قال فی اقرب الموارد : رَطُب الرجلُ رَطَباً : تکلّم بما عنده من الصواب و الخطاء (٣) قال فی اقرب الموارد : (رجلٌ زهید الأکل) ای قلیله (٤) یعنی قال العلامة : و تردّ الدابة بزهادة اکلها و قلته (٥) ای مراد العلامة من العارض، هو العارض الاتفاقی الذی لا یوجب کونه عیبا (٦) یرجع الضمیر الی النقص (٧) ای انتهی ما ذکره فی التذکرة (٨) الصحاح للجوهریّ الفارابیّ (٩) المصباح للفیّومیّ (١٠) للفیروزآبادیّ (١١) فالمراد بالأولین هما الصحاح و المصباح

فى مال او بدن، ولم يقدر له (١) فى الشرع مقدّر، وعن حواشى الشهيد قدّس سرّه انّه (٢) يطلق بالاشتراك (٣) اللفظى على معان

---

(١) الضمير يرجع الى النقص (٢) يرجع الضمير الى الأرش (٣) تذكرة: فلا يخفى انّ اللفظ الواحد المنسوب الى معناه ينقسم الى اقسام: احدها المختص، وهو ان لا يكون له الّا معنى واحد، فاختص به، وثانيها المشترك اللفظى، وهو اللفظ الذى تعدّد معناه وقد وضع لكلّ واحد من المعانى بوضع عليحدة بواضع واحد، بان يضع شخص واحد لفظا واحدا لمعنيين او معان، او بواضع متعدّد، بان تضع قبيلة لفظا لمعنى وقبيلة اخرى ذلك اللفظ لمعنى آخر، مثل العين الموضوع للباصرة والذهب وينبوع الماء، والقرء الموضوع للطهر والحيض، والجون الموضوع للأبيض والأسود، وثالثها المشترك المعنوى، وهو اللفظ الذى وضع للمعنى الكلّى وله مصاديق كثيرة، مثل لفظ الانسان الموضوع للحيوان الناطق، ومثل صيغة افعل الموضوع للطلب، ورابعها، المنقول، وهو الفظ الذى وضع للمعنى ثمّ نقل ووضع للمعنى الآخر مع ملاحظة المناسبة بين المعنيين فى الوضع اللاحق، مثل لفظ الصلاة، الموضوع اوّلا فى اللغة للدعاء، ثمّ نقل ووضع فى الشرع للافعال المخصوصة من قيام وركوع وسجود وغيرها لمناسبتها للمعنى الأول، ومثل لفظ، الدابة، الموضوعة اوّلا فى اللغة لكلّ ما يدبّ فى الأرض، ثمّ 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) و منها : نقص القيمة لجناية الانسان على عبد غيره (٢) فى غير المقدّر الشرعى

← الشرع و المناطقة و النحاة و الفلاسفة و نحوهم ، قيل : منقول شرعىّ او منطقى او نحوى او فلسفى و هكذا ، و خامسها ، المرتجل ، و منه اكثر الأعلام الشخصيّة ، و سادسها ، الحقيقة و المجاز ، و هو اللفظ الذى تعدّد معناه و لكنّه موضوع لأحد المعانى فقط و استعمل فى غيره لعلاقة و مناسبة بينه و بين المعنى الأول الموضوع له من دون ان يبلغ حدّ الوضع فى المعنى الثانى ، فيسمّى حقيقة فى المعنى الأول و مجازا فى المعنى الثانى ، و يقال للمعنى الأول معنى حقيقى ، و للثانى معنى مجازىّ ، فعلى هذا انّ حاصل ما ذكره الشهيد (ره) : انّ لفظ الأرش مشترك لفظىّ فى هذه المعانى الأربعة المذكورة فى عرف الفقهاء و اصطلاحهم ، و انّ لفظ الأرش ليس بين هذه المعانى الأربعة المذكورة حقيقة و مجازا ، بان يكون فى احدها حقيقة ، و فى الآخر مجازا بملاحظة العلاقة بينهما ، لانّه خلاف فرض وضعه لكلّ واحد منها بوضع عليحدة بوضع تعيينىّ او تعيّنى ، بل لفظ الأرش نقل فى اصطلاح الفقهاء عن المعنى اللغوى ، و وضع لكلّ واحد من المعانى الأربعة بملاحظة مناسبتها للمعنى اللغوى بوضع تعيينىّ او تعيّنى (١) و هو ما يتدارك به نقص العيب من جزء من الثمن نسبته الى الثمن ، كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب الى الصحيح (٢) مثلا قيمة العبد مع الجناية تسعون دينارا ، و قيمته بدونها مأة دينار ، فالأرش هو التفاوت بينهما ، فلا يخفى ، انّ العبد اصل للحرّ فيما لا تقدير فيه بمعنى انّ عوض جنايته ←

و منها :ثمن التالف المقدّر (١) شرعا بالجناية (٢) كقطع يد العبد ، و منها : اكثر الأمرين(٣) من المقدّر الشرعى و الأرش ، و هو ما (٤) تلف

← انّما تحصل بفرضه عبدا ، فيقوّم الحرّ بعد فرضه عبدا مع الجناية تارة و بدونها اخرى ، فيؤخذ من الجانى التفاوت بينهما ، و انّ الحرّ اصل للمملوك فيما له تقدير ، لانّ كلّ ما ينسب عوضه فى الحرّ الى الدية،فعوضه فى العبد ينسب الى قيمة العبد ، فعوض يد العبد اذا قطعت بالجناية انّما هو نصف قيمته ، لانّ عوضه فى الحرّ نصف ديته (١) فالمراد من الثمن ، هو قيمة العضو و كلّ من التالف ، و المقدّر فى قوله (ثمن التالف المقدّر شرعا) وصف للعضو المقدّر ، يعنى منها قيمة العضو التالف المقدّر شرعا بالجناية (٢) قوله (بالجناية) متعلق بقوله (التالف) اى انّ قيمة العضو الذى تلف بالجناية له مقدّر شرعا كيد العبد التالفة بالقطع، فانّ لها مقدّرا فى الشرع و هو نصف قيمة العبد ، و قد تقدم انّ كلّ ما ينسب عوضه فى الحرّ الى الدية ، فعوضه فى العبد ينسب الى قيمة العبد فعوض يد العبد اذا قطعت بالجناية انّما هو نصف قيمته ، لانّ عوضه فى الحرّ نصف ديته ، و كذلك غير اليد من الأطراف (٣) مثلا اذا قطع الغاصب يد عبد ، فقيمة العبد المذكور، مأة دينار و المقدّر الشرعى لقطع يد العبد المذكور ، خمسون دينارا ، و قيمة العبد مع الجناية اربعون دينارا ، و التفاوت بين قيمة العبد مع الجناية ، و قيمة العبد بدونها ستون دينارا ، فيؤخذ منه ستون دينارا ، لانّه اكثر الأمرين (٤) فالمراد بِـ (ما) هو العضو

بجناية الغاصب، انتهى (١) و فى جعل ذلك (٢) من الاشتراك اللفظى اشارة الى انّ هذا اللفظ (٣) قد اصطلح فى خصوص كلّ من هذه المعانى عند الفقهاء بملاحظة مناسبتها (٤) للمعنى اللغوى مع قطع النظر عن ملاحظة العلاقة بين كلّ منها (٥) و بين الآخر، فلا يكون مشتركا معنويا بينهما (٦) و لا حقيقة و مجازا ، فهى (٧) كلّها منقولات عن المعنى اللغوى (٨) بعلاقة الاطلاق و التقييد (٩) و ما ذكرناه (١٠)

---

(١) اى انتهى ما ذكره الشهيد (ره) ، (٢) اشارة الى اطلاق لفظ الأرش على المعانى الأربعة (٣) يعنى انّ لفظ الأرش قد اصطلح و وضع فى خصوص كلّ واحد من هذه المعانى عند الفقهاء بملاحظة مناسبة كل واحد منها للمعنى اللغوى (٤) الضمير يرجع الى المعانى المذكورة (٥) يرجع الضمير الى المعانى المذكورة (٦) الضمير المثنى يرجع الى كلّ منها و الى الآخر (٧) الضمير عائد الى المعانى المذكورة (٨) و حاصل هذه العبارة : انّ لفظ الأرش مشترك لفظى فى هذه المعانى الأربعة فى عرف الفقهاء و اصطلاحهم ، و انّه ليس مشتركا معنويا حتى وضع للقدر المشترك بين المعانى الأربعة ، و لا حقيقة و مجازا حتى يكون فى احدها حقيقة و فى الآخر مجازا بملاحظة العلاقة بينهما ، لانّه خلاف فرض وضعه لكلّ واحد منها بوضع عليحدة بوضع تعيينىّ او تعيّنى ، بل كلّها منقولات فى اصطلاح الفقهاء و عرفهم عن المعنى اللغوى و وضع لكل واحد من المعانى الأربعة بملاحظة منسبتها للمعنى اللغوى (٩) يعنى انّ المعنى اللغوى مطلق و المعنى الاصطلاحى مقيّد (١٠) و هو ما تقدم فى ص ١٧ بقوله (و يطلق فى كلام الفقهاء ، على مال يؤخذ بدلا عن ←

فى تعريف الأرش ، فهو كلّى انتزاعى عن تلك المعانى (١) كما يظهر بالتأمّل . و كيف كان ، فقد ظهر من تعريف الأرش ، انّه لا يثبت الّا مع ضمان النقص المذكور ، ثمّ انّ ضمان النقص تابع فى الكيفيّة لضمان المنقوص و هو الأصل ، فان كان (٢) مضمونا بقيمته كالمغصوب و المستام (٣) و شبههما (٤) و يسمّى ضمان اليد (٥) كان النقص (٦) مضمونا بما يخصّه من القيمة (٧) اذا وزعت (٨) على الكلّ ، و ان كان (٩) مضمونا بعوض بمعنى انّ فواته (١٠) يوجب عدم تملك عوضه المسمى فى المعاوضة و يسمى ضمانه (١١) ضمان المعاوضة ، كان (١٢) النقص مضمونا بما يخصّه (١٣) من العوض ، اذا وزع (١٤) على مجموع الناقص و المنقوص

← نقص مضمون ، الخ) ، (١) اشارة الى المعانى المذكورة (٢) اسم (كان) مستتر يرجع الى الأصل (٣) ، (استام) فُلاناً السِلْعة : سأله تعيين ثمنها (المنجد) فانّ الشخص اذا استام و تلف السلعة فى يده يكون ضمانها ، ضمان اليد (٤) كما اذا كسر اناء الغير فى النوم (٥) فلا يخفى ، انّ الضمان على قسمين : احدهما ، ضمان القيمة و يسمّى ضمان اليد ، لانّ دليله قوله ﴿ ع ﴾ : (على اليد ما اخذت حتى تؤدى) و ثانيهما ضمان العوض ، و يسمّى ضمان المعاوضة ، لانّ فوات العوض يوجب عدم تملك عوضه المسمى فى المعاوضة (٦) قوله (كان النقص) جواب شرط لِ (ان) ، (٧) اى القيمة الواقعيّة (٨) الضمير المستتر يرجع الى القيمة (٩) اسم (كان) مستتر يرجع الى الأصل المنقوص (١٠) اى فوات الأصل (١١) يرجع الضمير الى الأصل (١٢) قوله (كان) جواب شرط لِ (اِنْ) ، (١٣) الضمير الفاعل المستتر عائد الى ما ، و الضمير المفعول الى النقص (١٤) ←

لا (١) نفس قيمة العيب، لانّ الجزء تابع للكلّ فی الضمان (٢) و لـذا (٣) عرف جماعة ، الأرش فی عيب المثمن ، فيما نحن فيه ، بانّه (٤) جـزء من الثمن ، نسبته (٥) اليه كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب الـی الصحيح (٦) و ذلك (٧) لانّ ضمان تمام المبيع الصحيح على البايـع ضمان المعاوضة ، بمعنى انّ البايع ضامن لتسليم المبيع تامّا الـی

← الضمير المستتر عائد الى العوض (١) فانّ ﴿ لا ﴾ عاطفة ، عطفـت نفس قيمة العيب على ما يخصّه (٢) مثلا ، اذا فرضنا انّ القيمة الواقعيّة للثوب الصحيح فی السوق ، ثلاثون ، و اشتراه المشترى بعشرين ، و كـان قيمة المعيوب ، خمس عشرة ، النقص الوارد عليه نصفه ، فحينئذ يضمـن البايع نصف العشرين ، لا نصف الثلاثين ، لانّ هذا الضمان ، ضمـان المعاوضة ، لا ضمان اليد (٣) اشارة الى انّ الضمان فی المعاوضـة و البيع ، ضمان المعاوضة ، لا ضمان اليد (٤) يرجع الضمير الـی الأرش (٥) اى نسبة الجزء الى الثمن كنسبة التفاوت الى الصحيح ، يعنـی انّ الأرش جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيـب الى الصحيح ، مثلا كان الثمن تسعة ، و قوّم الصحيح ، الاثنى عشـر ، و المعيب ، ثمانية ، فيكون التفاوت بين الثمانية و الاثنى عشر ، اربعـة فنسبة التفاوت الذى هو الأربعة الى الصحيح الذى هو الاثنى عشر ، هـو الثلث ، فيؤخذ من الثمن ، الثلث الذى هو الثلاثة (٦) قوله (الـی الصحيح) متعلق بقوله (نسبة) ، (٧) اشارة الى انّ الأرش هو اخـذ النسبة من الثمن الذى هو الثلاثة من التسعة فی المثال ، لا اخـذ التفاوت الذى هو الأربعة

المشترى ، فاذا فاته (١) تسليم بعضه (٢) ضمنه (٣) بمقدار ما يخصه (٤) من الثمن (٥) لا بقيمته (٦) نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء كأكثر النصوص ، يوهم ارادة قيمة العيب كلّها ، الّا انّها محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع (٧) بقرينة (٨) ما فيها (٩) من (١٠) انّ البايع يردّ على المشترى ، و ظاهره (١١) كون المردود شيئا من الثمن الظاهر (١٢) فى عدم زيادته عليه ، بل فى نقصانه

---

(١) الضمير المفعول عائد الى البايع (٢) يرجع الضمير الى المبيع (٣) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى البايع ، و الضمير المفعول الى البعض (٤) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى (ما) و الضمير المفعول الى البعض (٥) حاصله : انّ البايع اذا فات عنده ثلث المبيع ، ضمن الثلث المذكور بمقدار ثلث الثمن ، لا انّه ضمن ثلث المبيع بقيمته الواقعية ، لانّ هذا الضمان ، ضمان المعاوضة ، لا ضمان اليد (٦) يرجع الضمير الى البعض اى لا انّ البايع ضمن البعض بقيمته الواقعية (٧) مثلا اذا اشترى متاعا بالاثنى عشر ، ثمّ قوّم صحيحا بالاثنى عشر ، و معيبا بثمانية ، يكون التفاوت بين الصحيح و المعيب اربعة ، و تكون النسبة بين التفاوت و الصحيح ، الثلث ، فيؤخذ من الثمن الذى هو الاثنى عشر ، ثلثه ، و هو الأربعة ، فيكون التفاوت الذى هو الأربعة ، مساويا للنسبة التى هى الأربع ، لأجل كون الثمن مساويا للقيمة السوقية (٨) قوله (بقرينة) متعلق بقوله (محمولة) ، (٩) يرجع الضمير الى النصوص (١٠) بيان لِ (ما) ، (١١) اى ظاهر انّ البايع يردّ على المشترى كون المردود شيئا من الثمن (١٢) قوله (الظاهر) صفة لقوله (المردود) يعنى الشئ المردود الظاهر فى ـه

فلو كان اللازم (١) هو نفس التفاوت لزاد (٢) على الثمن فی بعض الاوقات ، كما اذا اشترى جارية بدينارين وكان معيبها تسوى مأة ، و صحيحها تسوى ازيد (٣) فيلزم استحقاق مأة دينار ، فاذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلا بقرينة عدم صدق الرد و الاسترجاع (٤)

← عدم زيادته على الثمن ، بل الظاهر فی نقصان المردود عن الثمن (١) يعنی فلو كان اللازم فی الرد ، هو نفس التفاوت بين الصحيح و المعيب ، لزاد المردود على الثمن فی بعض الموارد ، كما اذا اشترى جارية بدينارين ، وكان معيبها تسوى مأة ، وصحيحها ازيد من قيمة المعيب بمأة ، يعنی كان معيبها تسوى مأة ، وصحيحها مأتين ، فيلزم ان يستحق المشترى مأة دينار ، و من المعلوم انّ المأة ليست جزء من الثمن ، فلا يصح ان يكون المراد من الأرش نفس التفاوت الذی هو المأة بل المراد منه جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة التفاوت الى الصحيح ، فانّ التفاوت هو المأة ، فانّ نسبتها الى المأتين هو النصف ، فيؤخذ من الثمن الذی هو الدينارن ، نصفه ، فاذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلا فی النصوص و كلماتهم الدالة على ردّ قيمة العيب بقرينة عدم صدق الردّ وعدم صدق الاسترجاع تعيّن كون التعبير ، لأجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن (٢) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى التفاوت (٣) يعنی وكان صحيحها تسوى ازيد من المعيب بمأة (٤) الاسترجاع ، عطف على قوله (الردّ) يعنی اذا لم يكن مثل هذا الفرد المذكور داخلا فی كلام جماعة من القدماء و النصوص الدالة على ردّ قيمة العيب من الثمن بسبب قرينة عدم صدق الرد و الاسترجاع ، تعيّن كون التعبير فی ←

تعيّن (١) كون هذا التعبير (٢) لأجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن فاذا بنى الأمر (٣) على ملاحظة الغلبة ، فمقتضاها (٤) الاختصاص بما هو الغالب من (٥) اشتراء الاشياء من اهلها فى اسواقها بقيمتها المتعارفة ، و قد توهم بعض من لا تحصيل له ، انّ العيب اذا كان فى الثمن ، كان ارشه تمام التفاوت (٦) بين الصحيح و المعيب ، و منشائه (٧) ما يترائى فى الغالب من وقوع الثمن فى الغالب نقدا غالبا مساويا

← كلماتهم و النصوص بردّ قيمة العيب ، لأجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن (١) قوله (تعيّن) جواب شرط لِـ (اذا) ، (٢) اشارة الى التعبير بردّ قيمة العيب فى النصوص و كلام جماعة (٣) يعنى اذا بنى الأمر فى ردّ 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 ليست النصوص و كلمات القدماء منافية لما ذكرناه من ملاحظة النسبة (٤) الضمير يرجع الى الغلبة (٥) بيان لِـ (ما) ، (٦) فعلى قول هذا البعض ، اذا باع الفرس بعبد ، و انكشف كون العبد معيبا و كان قيمة الفرس بالنقد مأة دينار ، و قيمة العبد صحيحا مأتين ، و معيبا مأة لزم ان يأخذ البايع من المشترى مأة دينار ، فيجتمع عند البايع الثمن و المثمن ، بخلاف ملاحظة النسبة ، فحينئذ يأخذ من المشترى خمسين لانّ نسبة التفاوت الى الصحيح بالنصف (٧) اى منشأ توهم هذا البعض

لقيمة المبيع (١) فاذا ظهر (٢) معيبا وجب تصحيحه ببذل تمام التفاوت و الّا (٣) فلو فرض انّه اشترى عبدا بجارية تسوى معيبها (٤) اضعاف قيمته (٥) فانّه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها و معيبها قطعا وكيف كان ، فالظاهر انّه (٦) لا اشكال (٧) و لا خلاف فى ذلك (٨)

---

(١) مثلا ، اذا باع الكتاب بالاثنى عشر درهما ، ثمّ انكشف كون الثمن معيبا ، و كان قيمته صحيحا الاثنى عشر ، و معيبا ثمانية ، يكون التفاوت اربعة ، و ملاحظة نسبة التفاوت الى الصحيح ايضا اربعة ، لانّ النسبة الأربعة الى الاثنى عشر بالثلث ، فيؤخذ من الثمن ثلثه ، و هو الأربعة (٢) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى الثمن (٣) يعنى و ان لم يكن الثمن نقدا مساويا للقيمة ، فما ذكرناه فى المثمن جار فى الثمن ايضا ، فلو فرض ، انّ المشترى اشترى عبدا مثمنا ، بجارية ثمنا ، تسوى معيب الجارية اضعاف قيمة العبد ، مثلا كانت قيمة العبد عشرة و قيمة الجارية صحيحةً ثمانين ، و معيبةً اربعين ، فانّه لا يجب على المشترى بذل التفاوت بين الصحيحة و المعيبة الذى هو الأربعون ، بل اللازم ان يبذل للبايع نصف قيمة المثمن الذى هو العبد ، لانّ نسبة التفاوت الى الصحيحة بالنصف فيأخذ البايع من المشترى نصف قيمة المثمن الذى هو الخمسة (٤) اى معيب الجارية (٥) يرجع الضمير الى العبد (٦) الضمير للشأن (٧) يعنى انّه لا اشكال و لا خلاف فيما ذكرناه ، من انّ الأرش جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب الى الصحيح ، و ان كان المترائى فى بادى النظر ، خلاف ما ذكرنا ، الّا التأمل التام فى الأخبار قاض بخلاف المترائى منها (٨) اشارة الى انّ الأرش جزء من الثمن ←

و ان كان المترائى من الأخبار خلافه (١) الّا انّ التأمل فيها قاض بخلافه (٢) نعم يشكل الأمر (٣) فى المقام من جهة اخرى، و هى انّ مقتضى ضمان وصف الصحة بمقدار ما يخصّه من الثمن لا بقيمته (٤) انفساخ العقد (٥) فى ذلك المقدار، لعدم مقابل له (٦) حين العقد، كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع، مع انّه لم يقل به (٧) احد، و يلزم من ذلك (٨) ايضا تعيّن اخذ الأرش من الثمن مع انّ ظاهر جماعة عدم تعيّنه منه

← نسبته اليه كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب الى الصحيح (١) الضمير يرجع الى قوله (ذلك). (٢) الضمير عائد الى المترائى (٣) يعنى يشكل الأمر فى الأرش من جهة اخرى و هو كون ضمان وصف الصحة، ضمان المعاوضة، و هى انّ مقتضى ضمان وصف الصحة انفساخ العقد فى ذلك المقدار لعدم مقابل له حين العقد، و بعبارة اخرى، انّ النقص مضمون بما يخصّه من الثمن اذا وزّع على المجموع، فضمان النقص يقتضى انفساخ العقد فى مقابله من الثمن، و حاصل الاشكال: انّ مقدار الأرش من الثمن، خارج عن الجزئية له من اوّل حدوث البيع، كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع مع انّه لم يقل به احد (٤) قوله (بقيمته) عطف على قوله (بمقدار) يعنى انّ ضمان وصف الصحة ليس بقيمته الواقعية (٥) قوله (انفساخ العقد) خبر لـ (انّ). (٦) يرجع الضمير الى قوله (ذلك المقدار). (٧) اى مع انّه لم يقل احد بانفساخ العقد فى ذلك المقدار بل قالوا: انّ للمشترى الخيار بين ردّ المبيع و اخذ الأرش، لانّه لم يبطل العقد بمقدار وصف الصحة (٨) اى و يلزم من مقتضى الصحة بمقدار ما يخصه من الثمن. تعيّن اخذ الأرش من الثمن مع انّ ظاهر جماعة ←

معلّلا بانّه غرامة ، و توضيحه (١) انّ الأرش لتتميم المعيب حتى يصير مقابلا للثمن ، لا لتنقيص الثمن حتى يصير مقابلا للمعيب ، و لذا (٢) سمّى ارشا ، كسائر الاروش المتداركة للنقائص ، فضمان العيب على هذا الوجه (٣) خارج عن الضمانين المذكورين (٤) لانّ ضمان المعاوضة يقتضى انفساخ المعاوضة بالنسبة الى الفائت (٥) المضمون و مقابله ، اذ لا معنى له (٦) غير ضمان الشئ و اجزائه بعوضه (٧) المسمّى و اجزائه (٨) و الضمان الآخر (٩) يقتضى ضمان الشئ بقيمته الواقعية

← عدم تعيّن الأرش من الثمن (١) اى توضيح دفع الاشكال ، انّ الأرش لتتميم المعيب حتى يصير مقابلا للثمن ، لا لتنقيص الثمن حتى يصير مقابلا للمعيب ليرد الاشكال المذكور (٢) اشارة الى انّ الأرش لتتميم المعيب ، اى لأجل انّ الأرش لتتميم المعيب سمّى ارشا ، قال فى المجمع : الأرش ما يأخذه المشترى من البايع اذا اطّلع على عيب فى المبيع ، و منه اروش الجنايات ، لانّها جابرة للنقص (٣) اشارة الى انّ الأرش لتتميم المعيب (٤) احدهما : ضمان المعاوضة ، و ثانيهما : ضمان اليد (٥) اى ضمان المعاوضة يقتضى انفساخ المعاوضة بالنسبة الى الوصف الفائت من المبيع المضمون على البايع و ما يقابله من الثمن (٦) يرجع الضمير الى ضمان المعاوضة (٧) الضمير يرجع الى الشئ ، و المراد من العوض ، هو الثمن ، و قوله (المسمّى) صفة لِ (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: انّ مقتضى المعاوضة، عرفا، هو عدم مقابلة وصف الصحة بشئ من الثمن، لانّه (٢) امر معنوى كسائر الاوصاف، و لذا (٣) لو قابل المعيب

---

(١) يعنى هذا الذى يذكر اوثق التقريرات فى ثبوت الأرش و ليس تقرير اوثق من هذا التقرير فى ثبوت الأرش، و حاصل التقرير: انّ مقتضى المعاوضة عدم مقابلة وصف الصحة بجزء من الثمن، لانّه امر معنوى كسائر الاوصاف، فانّ الكتابة فى العبد، مثلا لا تقابل بجزء من الثمن حتى يكون اصل العبد بخمسين و كتابته بعشرة، و كذلك وصف الصحة، فانّ الوصف لا يقابل بجزء من الثمن حتى يقال عند عدمه، بانفساح المعاوضة بالنسبة الى الوصف الفائت المضمون و ما يقابله من الثمن، نعم الامور المعنويّة توجب زيادة القيمة، فان قلت: فاذا كان مقتضى المعاوضة هو عدم مقابلة وصف الصحة بجزء من الثمن، فلما قال العلماء بثبوت الأرش، فى صورة عدم وصف الصحة، قلت: انّهم قالوا: بثبوت الأرش، لأجل النصّ و الاجماع، لا لأجل اقتضاء المعاوضة مقابلة وصف الصحة بجزء من الثمن (٢) الضمير يرجع الى وصف الصحة (٣) اى و لأجل انّ مقتضى المعاوضة، هو عدم وصف الصحة بشئ من الثمن، لو قابل المعيب بما هو انقص منه قدرا فى الجنس الربوى حصل الربا من جهة صدق الزيادة فى طرف المعيب، مثلا لو باع عشرين منّا من الحنطة الصحيحة بثلاثين منّا من الحنطة المعيبة، حصل الربا، لانّ وصف الصحة لم يقابل بشئ من الثمن، و لو كان وصف الصحة مقابلا بشئ من الثمن لم يلزم الربا، لانّه يكون العشرون من الثلاثين من الحنطة المعيبة فى مقابل العشرين من←

بما هو (١) انقص منه (٢) قدرا ، حصل الربا من جهة صدق الزيادة (٣) وعدم عدّ العيب (٤) نقصا يتدارك بشئ من مقابله ، الّا انّ الدليل من النص و الاجماع دلّ على ضمان هذا الوصف من بين الاوصاف و كونه فی عهدة البايع بمعنى وجوب تداركه (٥) بمقدار من الثمن يضاف (٦) الى ما يقابل بأصل المبيع ، لأجل اتصافه (٧) بوصف الصحة ، فانّ هذا الوصف كسائر الاوصاف و ان لم يقابله (٨) شئ من الثمن ، لكن له مدخل فی وجود مقدار من الثمن وعدمه ، فاذا تعهده (٩) البايع كان

← الحنطة المعيبة ، و تكون العشرة الباقية من الثلاثين فی مقابل وصف الصحة (١) الضمير يرجع الى (ما) ، (٢) الضمير فی قوله (منه) يرجع الى المعيب (٣) اى من جهة صدق زيادة المعيب على الصحيح (٤) قوله (عدم عدّ العيب) عطف على قوله صدق الزيادة (٥) اى تدارك الوصف المذكور (٦) قوله (يضاف) صفة لِ (المقدار) يعنى مقدار اضافه المشترى و زاده فی زمان الشراء على مقدار آخر من الثمن الذى يقابل بأصل المبيع مع قطع النظر عن الصحة ، و انّما اضافه المشترى فی زمان الاشتراء لأجل اتصافه بوصف الصحة ، مثلا ، انّ ثمن نفس المبيع خمسون ، و اضاف المشترى فی زمان الاشتراء الى الخمسين ، عشرة ، لأجل اتصافه بوصف الصحة ، فانّ هذا الوصف و ان لم يقابله شئ من الثمن كسائر الاوصاف لكن له دخل فی 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) يعنى فاذا تعهد البايع وصف الصحة ، كان ←

للمشترى مطالبته بخروجه عن عهدته باداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله و للمشترى ايضا اسقاط هذا الالتزام (١) عنه (٢) نعم يبقى الكلام فى كون هذا الضمان المخالف للأصل (٣) بعين بعض الثمن، كما هو (٤) ظاهر تعريف الأرش فى كلام الأكثر، بانّه جزء من الثمن، او بمقداره (٥) كما هو (٦) مختار العلامة فى صريح التذكرة، و ظاهر غيرها و الشهيدين فى كتبهما، وجهان (٧) تردّد بينهما فى جامع المقاصد

← للمشترى مطالبته بخروجه عن عهدته، و حاصله: انّ اطلاق العقد يقتضى وقوعه مبنيّا على سلامة المبيع عن العيب. فكانّ وصف الصحة مشترط فى نفس العقد، وكانّ البايع تعهده فى متن العقد، فاذا تعهده كان للمشترى مطالبته بخروجه عن عهدته باداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله (١) اشارة الى التزام البايع وصف الصحة، و الضمير فى قوله (عنه) يرجع الى البايع (٢) فلا يخفى انّ قوله (توضيحه: انّ الأرش) الى هنا، جواب للاشكال الأول، و هو ما تقدّم فى ص ٢٨ بقوله (نعم يشكل الأمر فى المقام، الخ) و انّه شرع بقوله (نعم يبقى الكلام، الخ) فى جواب الاشكال الثانى و هو ما تقدّم فى ص ٢٨ بقوله (و يلزم من ذلك ايضا، الخ)، (٣) يعنى انّ الأصل عدم ضمان فقد وصف الصحة كسائر الاوصاف المشروطة (٤) قوله (كما هو ظاهر، الخ) قيد و شاهد لكون هذا الضمان بعين بعض الثمن (٥) قوله (بمقداره) عطف على قوله (بعين بعض الثمن) و الضمير يرجع الى بعض الثمن (٦) قوله (كما هو مختار العلامة قيد بمقداره)، (٧) قوله (وجهان) مبتدأ مؤخر، و قوله (فى كون هذا الضمان) خبر مقدّم

و اقويهما، الثانى (١) لاصالة عدم تسلط المشترى على شئ من الثمن ، و برائة ذمة البايع من وجوب دفعه (٢) لانّ المتيقن من مخالفة الأصل (٣) ضمان البايع لتدارك الفائت (٤) الذى التزم وجوده فى المبيع بمقدار (٥) وقع الاقدام من المتعاقدين على زيادته (٦) على الثمن ، لداعى وجود هذه الصفة ، لا فى مقابلها (٧) مضافا (٨) الى اطلاق قوله ﴿ ع ﴾ فى روايتى حمّاد وعبد الملك ، انّه له ارش العيب و لا دليل (٩) على

---

(١) فالمراد من الثانى ، هو مقداره ، لا عينه ، و انّما جعل الثانى اقوى ، لاصالة عدم تسلط المشترى على شئ من الثمن بعد خروجه عن ملكه بالعقد ، فتسلط المشترى عليه بعد خروجه عن ملكه يحتاج الى دليل و الحال ، انّه 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 ، و لا بمقداره (٤) اى الوصف الفائت (٥) قوله (بمقدار) متعلق بِـ (التدارك) ، (٦) يرجع الضمير الى المقدار (٧) اى ليس الاقدام من المتبايعين على زيادته على الثمن فى مقابل الصفة حتى يكون العقد منفسخا فى ذلك المقدار عند عدم هذه الصفة (٨) قوله (مضافا ، الخ) دليل آخر على كون اقويهما، الثانى ، فانّ اطلاق قوله ﴿ ع ﴾ فى الروايتين ، انّه له ارش العيب شامل لكونه من نفس الثمن او من غيره (٩) اى و لا دليل على وجوب كون تدارك العيب بجزء من عين الثمن عدا ما يترائى من ظاهر التعبير فى روايات الأرش عن تدارك العيب بـ ردّ التفاوت الى المشترى ، فانّ ظاهر الرد كون المردود شيئا كان عند المشترى اوّلا ، و هو بعض الثمن

وجوب كون التدراك بجزء من عين الثمن ، عدا ما يترائى من ظاهر التعبير فى روايات الأرش عن تدارك العيب بردّ التفاوت (١) الى المشترى الظاهر (٢) فى كون المردود شيئا كان (٣) غنده اوّلا ، و هو بعض الثمن ، لكن التأمل التام يقضى بانّ هذا التعبير (٤) وقع بملاحظة انّ الغالب وصول الثمن الى البايع ، و كونه (٥) من النقدين ، فالردّ باعتبار النوع ، لا الشخص ، و من ذلك ظهر انّ قوله ﴿ ع ﴾ فى رواية ابن سنان (٦) : و يوضع عنه من ثمنها (٧) بقدر العيب ان كان فيها محمول (٨)

---

(١) قوله (بردّ التفاوت) متعلق بقوله (التعبير) ، (٢) قوله (الظاهر) صفة لِـ (ردّ) مضاف الى التفاوت (٣) اسم (كان) مستتر يرجع الى الشئ (٤) يعنى لكنّ التأمل التام يقضى ، بانّ التعبير بالرد عن دفع الأرش انّما وقع بملاحظة انّ الغالب وصول الثمن الى البايع ، و انّ الغالب كون الثمن من النقدين ، حيث انّه لو دفع من غير الثمن مع كون المدفوع من النقدين ، لصدق عليه الرد باعتبار كون نوع المدفوع ، و كلّيه ، غاية الأمر ، انّه ردّ التفاوت فى ضمن فرد آخر من النوع و الكلى ، لانّه يصح ان يقال لمن اخذ كلّيا فى ضمن فرد منه و دفعه فى ضمن فرد آخر : انّه ردّه الى من اخذه منه (٥) الضمير يرجع الى الثمن (٦) فهذه الرواية تقدمت فى ج ٨ ص ١٩١ بقوله : منها ، صحيحة ابن سنان عن ابى عبد اللّه ﴿ ع ﴾ عن رجل اشترى جارية حبلى ، الى ان قال : قد قال علىّ ﴿ ع ﴾ : لا تردّ التى ليست بحبلى ، اذا وطئها صاحبها ، و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب ان كان فيها (٧) يرجع الضمير الى الجارية التى تقدم ذكرها فى الرواية (٨) قوله (محمول) خبر لِـ (انّ)

على الغالب من كون (١) الثمن كلّيا فى ذمة المشترى ، فاذا اشتغلت ذمة البايع (٢) بالأرش حسب المشترى عند اداء الثمن ما فى ذمته عليه (٣) ثمّ على المختار من عدم تعيّنه (٤) من عين الثمن ، فالظاهر تعيّنه من النقدين ، لانّهما الأصل فى ضمان المضمونات ، الّا ان يتراضى على غيرهما من باب الوفاء (٥) او المعاوضة (٦) و استظهر المحقق الثانى من عبارة القواعد و التحرير ، بل الدروس ، عدم تعيّنه (٧) منهما ، حيث حكما فى باب الصرف ، بانّه لو وجد عيب فى احد العوضين المتخالفين (٨) بعد التفرق ، جاز اخذ الأرش من غير النقدين و لم يجز منهما (٩)

---

(١) قوله (من كون الثمن ، الخ) بيان لِ (الغالب) ، (٢) يعنى اذا اشتغلت ذمة البايع بالأرش حسب المشترى عند اداء الثمن الى البايع ما فى ذمته عليه ، مثلا اذا طلب البايع من المشترى تسعين دينارا و هو ثمن المبيع ، و طلب المشترى من البايع ، العشرة ، و هى الأرش فحينئذ حسب المشترى ، عشرة من الثمن فى مقابل العشرة التى هى الأرش ، و يدفع الى البايع ثمانين دينارا (٣) يرجع الضمير فى قوله (ذمته) و (عليه) الى البايع (٤) يرجع الضمير الى الأرش (٥) بان يعطى البايع الحنطة وفاء عن الأرش الذى كان من النقدين ، و رضى المشترى (٦) اى بان يبيع البايع الحنطة بمقابل الأرش الذى كان من النقدين ، و قبل المشترى او يهب البايع الحنطة بمقابل الأرش الذى كان من النقدين ، و رضى المشترى (٧) اى عدم تعيّن الأرش من النقدين (٨) فالمراد من المتخالفين ، هو ان يكون احدهما الذهب ، و الآخر الفضة (٩) اى لو وجد عيب فى احد النقدين المتخالفين بعد التفرق ، جاز اخذ الأرش←

فاستشكل ذلك (١)

← من غير النقدين و لم يجز منهما ، لانّ الأرش جزء و يشترط فى بيع الصرف التقابض فى المجلس ، و لو قبض البعض خاصة قبل التفرّق ، صحّ فى المقبوض و بطل فى الباقى ، فعلى هذا لو اخذ الأرش من النقدين بعد التفرق ، لصدق انّه اخذ بعض احد النقدين بعد التفرق ، و هو لا يجوز فى الصرف . و حاصل ما ذكره العلامة (ره) : انّ الأرش عنده و عند غير واحد من الأصحاب متمّم للمعاملة و تتميم للمعيب ليساوى الصحيح فلذا بنوا على عدم اداء النقد ارشا بعد التفرق عن مجلس الصرف ، لانّ تتميم المعاملة الصرفية بعد التفرق ، مناف لاعتبار التقابض فى المجلس بخلاف تأدية الأرش من غير النقدين ، فانّ المعاملة المزبورة حينئذ ينحلّ الى صرف و غير صرف . و التفرق فى غير الصرف غير ممنوع عنه (١) اى فاستشكل المحقق الثانى فيما ذكره العلامة فى القواعد و التحرير بل الدروس ، من كون الأرش من غير النقدين ، بانّ الحقوق التى من قبيل الأموال ، انّما يرجع فيها الى النقدين . فكيف انّ الحق الواجب باعتبار نقصان فى احدهما لا يرجع فيه اليهما ، و بعبارة اخرى : انّ الحقوق التى من قبيل الأموال ، انّما يرجع فيها فى مقام تداركها الى النقدين و تتدارك بهما ، فكيف الأرش الواجب على عهدة شخص لأجل نقصان فى احد النقدين ، لا يرجع فيه اليهما ، فحينئذ انّ الأرش المذكور اولى ان يرجع فيه الى النقدين . و حاصل الاشكال : انّ الغرامات تتعيّن فى النقدين فى سائر الموارد ، و غرامة احد النقدين اولى بان يكون منهما فاذا لا يمكن تتميم المعاملة الصرفية بالنقد حينئذ ، لفرض منافاته ←

بأنّ الحقوق المالية (١) انّما يرجع فيها الى النقدين ، فكيف الحق الثابت باعتبار نقصان فی احدهما . و يمكن رفع هذا الاشكال (٢)

← للتفرق ، لا يمكن تتميمها بغير النقدين ايضا ، لانّ ما يستحقّه المشترى على البايع ، ليس الّا النقد ، وغيره لا بدّ من ان يكون بدلا عنه فاذا لم يستحق المبدل الذی هو النقد ، لفرض التفرق ، لا يستحق البدل الذی هو غير النقد ، فلا ارش اصلا ، لا نفسا و لا بدلا (١) فالمراد بالحقوق الماليّة ، هی الحقوق التی من قبيل الأموال (٢) ای و يمكن رفع الاشكال بانّ المضمون بالنقدين ، هی الأموال المتعيّنة المستقرّة ، و الحال انّ الثابت فی خيار العيب حق صرف غير متعيّن ، لانّه مردّد بين اخذ الأرش و بين الردّ ، و انّه ليس ثابتا فی الذمة ، لانّه تغريم ، ای تكليف باعطاء مقدار من المال للمشترى ، فلو كان مالا متعيّنا ثابتا فی الذمة ، لبطل البيع فی مقدار ما قابله من الصحيح ، لعدم وصول هذا المقدار الذی هو عوضه قبل التفرق بناء على اعتبار التقابض فی المجلس فی بيع الصرف حتی بالنسبة الى الأرش ، كما هو الفرض فی كلام العلامة ، و بعبارة اخرى : انّه يعتبر فی المضمون بالنقدين ، امور ثلاثة ، احدها ، ان يكون مالا ، و الحال انّ خيار العيب حقّ صرف ، لا مال ، و ثانيها ، ان يكون متعيّنا ، و الحال انّه مردّد بين اخذ الأرش و الردّ ، و ثالثها ، ان يكون ثابتا و مستقرّا فی الذمة ، و الحال انّه ليس كذلك ، لانّ الأرش تكليف باعطاء مقدار من المال للمشترى ، كما فی نفقة الأقارب ، فلو كان متعيّنا ثابتا فی الذمة لبطل البيع فی مقدار ما قابله من الصحيح ، لعدم وصول هذا المقدار الذی هو عوضه قبل التفرق بناء على اعتبار التقابض فی ←

بانّ المضمون بالنقدين، هى الأموال المتعيّنة المستقرّة ، و الثابت هنا ليس مالا فى الذمة ، و الّا بطل البيع فيما قابله (١) من الصحيح، لعدم وصول عوضه قبل التفرق ، و انّما هو (٢) حقّ

← المجلس فى بيع الصرف حتى بالنسبة الى الأرش ، كما هو الفرض فى كلام العلامة (ره) . و الحاصل : انّ غرض المصنف ، انّ معنى تعيّن الأرش فى النقدين ، هو عدم استحقاق كلّ الضامن و المضمون له للامتناع من ادائهما ، و هذا المعنى لا ينافى عدم تعيّن الأرش فى النقدين بمعنى وقوع غيرهما ارشا حقيقةً مع التراضى ،لا انّ الأرش بتعيّن بالنقدين بمعنى غير النقدين بدل عنهما حتى يقال: حيث لا يجوز اخذ المبدل فى بيع الصرف لفرض التفرق قبل التقابض ،لا يجوز اخذ البدل ايضا ،و حينئذ يكون غير النقدين مع التراضى ارشا ،لا بدلا (١) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى الثابت، و الضمير المفعول الى (ما)، (٢) الضمير يرجع الى (الثابت) يعنى انّما الثابت هو حق خيار ، لو اعمله ذو الخيار باختيار الأرش قبال اختيار الردّ ، لجاز له مطالبة المال فى ضمن اىّ فرد من افراد المال كان فان طالب المال ، اى الأرش ، و اختار كون ذلك المال فى ضمن غير النقدين ابتداء و رضى به الآخر ، فانّ الذى اختاره هو فرد و مصداق من نفس الأرش ، لا شئ آخر مغاير له ، نعم لا يجب على الآخر الرضا بما اختاره من غير النقدين ، بل له الامتناع منه لعدم تعيّنه عليه ، اذ الواجب عليه الكلّى لا خصوص ما اختاره من غير النقدين ، و هذا الذى ذكرناه فى غير بيع الصرف ، و امّا فى بيع الصرف، فانّ صاحب الخيار،ان طالب المال ، اى الأرش و اختار كون ذلك المال فى ضمن غير النقدين ←

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

← فليس للآخر الامتناع عنه لعدم تمكنه من اختيار الأرش من النقدين لانّ التقابض فی المجلس فی بيع الصرف معتبر حتی بالنسبة الی الأرش (١) الضمير الفاعل المستتر يرجع الی صاحب الحق ، و الضمير المفعول الی (الحقّ) يعنی لو اعمل صاحب الحق باختيار الأرش ، جاز له مطالبة المال فی ضمن ای فرد من افراد المال كان (٢) يعنی فاذا طالب الأرش و اختار كون ذلك الأرش فی ضمن غير النقدين ابتداء ، و رضی به الآخر فانّ الذی اختاره هو فرد من نفس الأرش ، لا شئ آخر ، حتی يقال انّه الذی اختاره هو عوض عنه (٣) الضمير يرجع الی غير النقدين (٤) ای فمختار ذی الخيار (٥) الضمير يرجع الی الأرش ، يعنی ليس مختاره عوضا عن الأرش (٦) ای نعم لا يجب علی الآخر الرضا بما اختاره من غير النقدين ، بل له الامتناع منه لعدم تعيّنه عليه ، اذ الواجب عليه هو الكلّی ، لا خصوص ما اختاره ، و هذا انّما فی غير بيع الصرف ، و امّا فی بيع الصرف ، فليس له الامتناع منه ، لعدم تمكنه من اخذ الأرش من النقدين ، لانّ التقابض فی المجلس فی بيع الصرف معتبر ، حتی بالنسبة الی الأرش ، فاذا اخذ الأرش من النقدين صدق التقابض بعد التفرق فهو ليس بجائز فی بيع الصرف (٧) يرجع الضمير الی غير النقدين (٨) ای عدم تعيّن غير النقدين علی الآخر

كما انّ (١) لذى الخيار مطالبة النقدين فى غير هذا المقام (٢) و ان لم يكن للآخر الامتناع حينئذ ، و بالجملة (٣) فليس هنا شئ معيّن ثابت فى الذمة ، الّا ان دفع غير النقدين يتوقف على رضا ذى الخيار ، و يكون (٤) نفس الأرش بخلاف دفع النقدين ، فانّه اذا اختير غيرهما (٥) لم يتعيّن للأرشية ، ثمّ انّه قد تبيّن (٦) ممّا ذكرنا فى معنى الأرش ، انّه

---

(١) اى كما انّ لذى الخيار مطالبة الأرش من النقدين فى غير بيع الصرف و ان لم يكن للآخر الامتناع منه حين طالبه من النقدين لتعيّنه عليه حينئذ و لا يجوز لذى الخيار مطالبة الأرش من النقدين فى المقام الذى هو بيع الصرف ، لانّه يصدق التقابض قبل التفرق ، و هو لا يجوز ، لانّ التفرق قبل التقابض موجب لاختلال شرط صحة بيع الصرف ، لانّ شرط صحة بيع الصرف هو التقابض قبل التفرق حتى بالنسبة الى الأرش (٢) اشارة الى بيع الصرف (٣) اى و بالجملة ، فليس فى باب الأرش ، شئ معيّن ثابت فى الذمة ، الّا انّ دفع غير النقدين فى غير بيع الصرف يتوقف على رضا ذى الخيار ، و يكون غير النقدين حينئذ نفس الأرش مع الرضا بخلاف دفع النقدين فى غير بيع الصرف ، فانّ الدافع اذا اختار غيرهما من دون رضى الآخر ، لم يتعيّن للأرشية (٤) اسم يكون مستتر يرجع الى غير النقدين (٥) يعنى فانّه اذا اختار الدافع غير النقدين فى غير بيع الصرف بدون رضى الآخر ، لم يتعيّن للأرشية ، و يحتمل وقوع الغلط فى النسخة ، و الصواب ان يقال : فانّه اذا اختير احدهما ، يتعيّن للأرشية (٦) و الحاصل ، انّه قد تبيّن انّ معنى الأرش ، هو كونه مقدارا مساويا لبعض الثمن ، و لا يصح ان يكون الأرش مستغرقا لتمام الثمن ←

لا یکون الّا مقدارا مساویا لبعض الثمن ، ولا یعقل ان یکون(١) مستغرقا له (٢) لانّ المعیب ان لم یکن ممّا یتموّل و یبذل (٣) فی مقابله(٤) شئ من المال ، بطل بیعه ، والّا (٥) فلابدّ من ان یبقی له من الثمن قسط نعم ربما یتصور ذلك (٦) فیما اذا حدث قبل القبض ، او فی زمان الخیار عیب یستغرق للقیمة مع بقاء الشئ علی صفة التملك بناء علی انّ مثل ذلك (٧) غیر ملحق بالتلف فی انفساخ العقد به (٨) بل یأخذ المشتری ارش العیب، و هو هنا (٩) مقدار تمام الثمن ، لکن عدم الحاقه بالتلف ،مشکل بناء (١٠) علی انّ العیب اذا کان مضمونا علی البایع

← لانّ المعیب ان لم یکن ممّا یتموّل ، کالبطیخ الفاسد و البیض الفاسد بطل البیع ، و حینئذ یسترد المشتری تمام الثمن من البایع (١) اسم (یکون) مستتر یرجع الی الأرش (٢) ای للثمن (٣) قوله (ببذل) عطف علی قوله (یتموّل) ، (٤) یرجع الضمیر الی المعیب (٥) یعنی و ان کان المعیب ممّا یتموّل ، فلابدّ من ان یبقی له من الثمن قسط (٦) نعم ربما یتصور کون الأرش مستغرقا للثمن اذا حدث العیب قبل القبض ، او فی زمان الخیار مع بقاء الشئ علی صفة التملّك ، اذ لو خرج الشئ عن صفة التملّك ، خرج عن ملك المشتری ، فلا یسمّی ما یأخذه من البایع ارشا و انّما قال المصنف (ره) : نعم ربما یتصور ذلك ، الخ ، لانّ التلف و حدوث العیب قبل القبض او فی زمان الخیار من البایع (٧) اشارة الی انّ العیب مستغرق لتمام الثمن (٨) الضمیر یرجع الی التلف (٩) اشارة الی ارش العیب المستغرق (١٠) قوله (بناءً) علّة لقوله (مشکل) ای لکن عدم الحاقه بالتلف، مشکل ، بناء علی انّ العیب اذا کان مضمونا علی ←

بمقتضى قوله ﴿ع﴾ : ان حدث فى الحيوان ، حدث ، فهو من مال البايع حتى ينقضى خياره ، كان (١) هذا العيب كانّه حدث فى ملك البايع ، و المفروض انّه اذا حدث مثل هذا فى ملك البايع كان بيعه باطلا لعدم كونه متمولا يبذل بازائه شئ من المال ، فيجب الحكم بانفساخ العقد اذا حدث مثل هذا بعده (٢) مضمونا على البايع ، الّا ان يمنع ذلك (٣) و انّ ضمانه (٤) على البايع بمعنى الحكم

← البايع فيما اذا حدث العيب قبل القبض لأجل قاعدة التلف قبل القبض من مال بايعه ، او فى زمان الخيار لأجل قوله ﴿ع﴾ : ان حدث فى الحيوان ، حدث ، فهو من مال البايع حتى ينقضى خياره ، كان هذا العيب كانّه حدث فى ملك البايع ، و المفروض انّه اذا حدث مثل هذا العيب الذى استغرق ارشه تمام الثمن قبل العقد فى ملك البايع كان بيعه باطلا ، لعدم كونه متمولا ، 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 فى زمان الخيار (١) (كان) جواب شرط لِـ (اذا) ، (٢) الضمير يرجع الى العقد (٣) اى الّا ان يمنع كون حدوث هذا العيب ، كانّه حدث فى ملك البايع قبل العقد بل ان يقال : ليس حال العيب بعد العقد حال حدوث العيب قبل العقد (٤) اى الّا ان يمنع ذلك ، و يصحّ ان يقال : انّ ضمان العيب المذكور بعد العقد على البايع ، بمعنى الحكم بكون دركه و خسارته عليه ، فهو بمنزلة الحادث قبل البيع فى هذا الحكم الذى دركه على البايع ، لا مطلقا حتى ينفسخ العقد به ، و حتى يرجع هذا الملك ←

بكون دركه عليه (١) فهو (٢) بمنزلة الحادث قبل البيع فى هذا الحكم (٣) لا مطلقا حتى ينفسخ العقد به (٤) و يرجع (٥) هذا الملك الموجود غير المتمول الى البايع ، بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه اخرجه (٦) عن الملك ، فلا دليل (٧) على الحاقه بالتلف ، بل يبقى العين الغير المملوكة حقّا للمشترى ، و ان لم يكن ملكا له ، كالخمر المتخذ للتخليل (٨) و يأخذ الثمن او مقداره من البايع ارشا ، لا من باب

← الموجود الغير المتمول الى البايع (١) اى على البايع (٢) الضمير يرجع الى العيب الحادث بعد العقد (٣) اشارة الى الحكم بكون دركه على البايع (٤) يرجع الضمير الى العيب الحادث بعد العقد (٥) قوله (يرجع) عطف على قوله (ينفسخ) ، (٦) يرجع الضمير الى المبيع المعيب (٧) قوله (فلا دليل) جواب شرط لِ (لو) ، (٨) فلا يخفى ، انّ العيب الوارد على العين ، تارة يوجب سلب المالية رأسامع بقاء ذات المبيع ملكا كذهاب رائحة الورد ، بحيث كان بلا فائدة اصلا ، و اخرى يوجب سلب الملكيّة ايضا مع بقاء حق الاختصاص ، كالخل المنقلب خمرا مع امكان اتخاذه للتخليل ، فالعيب الذى يوجب سلب المالية و سلب الملكية لا يوجب سلب حق الاختصاص ، فحينئذ لو فرضنا حدوث العيب بعد العقد مضمونا على البايع على وجه اخرجه عن كونه متمولا وعن كونه ملكا فلا دليل على الحاق المبيع بالتلف ، بل تبقى العين الغير المتمولة و الغير المملوكة حقا للمشترى ، و ان لم يكن مالا و ملكا له كالخل الذى انقلب خمرا بعد العقد مع امكان اتخاذه للتخليل ، و حينئذ يكون اخذ المشترى الثمن من البايع من باب الأرش ، لا من باب انفساخ العقد

انفساخ العقد (١) هذا الّا (٢) انّ العلامة قدّس سرّه فى القواعد و التذكرة و التحرير و محكى النهاية ، يظهر منه الأرش المستوعب فى العيب المتقدم على العقد الذى ذكرنا (٣) انّه لا يعقل فيه استيعاب الأرش للثمن قال فى القواعد :لو باع العبد الجانى خطاء (٤) ضمن اقل الأمرين (٥)

---

(١) ، ﴿لا﴾ فى قوله (لا من باب، الخ) عاطفة ، فيكون قوله (من باب انفساخ العقد) عطف على قوله (ارشا) ، (٢) يعنى ظهر ممّا ذكرنا فى معنى الأرش ، انّه لا يعقل ان يكون مستوعبا و مستغرقا للثمن فى العيب المتقدم على العقد ، لانّ المعيب ان لم يكن ممّا يتموّل و يبذل فى مقابله شئ من المال ، بطل بيعه ، الّا انّه يظهر من العلامة فى كتبه الثلاثة و محكى النهاية ، ثبوت الأرش المستوعب للثمن فى العيب المتقدم على العقد ، و الحال انّا ذكرنا انّه لا يعقل فى العيب المتقدم على العقد استيعاب الأرش للثمن (٣) يعنى الذى ذكرنا ، انّه لا يعقل فى العيب المتقدم على العقد استيعاب الأرش للثمن ، و انّه يوجب بطلان البيع بخلاف العلامة فى كتبه الثلاثة و محكى النهاية ، حيث قال فى القواعد لو باع العبد الجانى ، الخ (٤) و الحاصل : انّ المولى قبل بيع العبد الجانى خطاء ، مخيّر بين التزامه لفدائه و بين تسليمه الى المجنى عليه او وليّه ، فاذا اخرجه عن ملكه ، تعيّن الأول ، فحينئذ ضمن اقلّ الأمرين على رأى ، و الأرش على رأى ، و صحّ البيع ان كان المولى البايع موسرا بشرط بذل الواجب ، و الّا فالحكم كما كان معسرا (٥) فالمراد بالأمرين ،قيمة العبد و ارش الجناية ، فان كانت قيمة العبد اقلّ ضمنها ، لانّ الجانى لا يجنى اكثر من نفسه ، و ان كان ارش الجناية اقلّ ، لم يلزم اكثر منها

على رأى، و الأرش (۱) على رأى، و صح البيع ان كان موسرا ، و الّا (۲) تخيّر المجنى عليه ، و لو كان (۳) عمدا وقف على اجازة المجنى عليه و يضمن (۴) الأقل من الأرش و القيمة ، لا الثمن (۵) معها (۶) و للمشترى (۷) الفسخ مع الجهل ، فيرجع بالثمن

---

(۱) فالمراد بالأرش هنا ، هو ارش الجناية (۲) يعنى و ان لم يكن المولى موسرا ، تخيّر المجنى عليه ، او وليّه بين فسخ البيع و استرقاقه ، و بين ابقائه حين يساره ، فيرجع عليه بالواجب . و كذا يفسخ لو ماطل و هو موسر (۳) يعنى لو كان العبد الجانى المبيع ، قد جنى عمدا . لوقف البيع على اجازة المجنىّ عليه . او وليّه لتعلق حقه بالعين . فيكون المجنى عليه ، او وليّه مخيّرا بين الفسخ و الاجازة ، فان اجاز المجنى عليه او وليّه البيع ، يضمن المولى حينئذ الأقل من ارش الجناية و قيمة العبد و لا يضمن الثمن ، و ان كان زائدا عليهما او ناقصا عنهما (۴) الضمير المستتر الفاعل يرجع الى البايع المولى (۵) لا ۴ فى قوله (لا الثمن) عاطفة للثمن على الأقل ، يعنى لا يضمن البايع المولى الثمن (۶) قوله (معها) متعلق بقوله (يضمن) و الضمير فى قوله (معها) يرجع الى الاجارة ، اى اجارة المجنى عليه البيع ، يعنى يضمن المولى البايع . الأقل من ارش الجناية و القيمة مع اجازة المجنى عليه البيع (۷) هذا الذى تقدّم من العلامة راجع الى حال المولى البايع و المجنىّ عليه ، و امّا الذى راجع الى حال المشترى ، فقال فى القواعد : (فللمشترى الفسخ . الخ) يعنى فللمشترى الجاهل ، بانّ العبد جان ، الفسخ ، فيرجع بالثمن ، فله الأرش مع عدم الفسخ

او الأرش (۱) فان استوعب الجناية القيمة ، فالأرش ثمنه (۲) ايضا، و الّا (۳) فقدر الأرش ، و لا يرجع لو كان (۴) عالما و له (۵) ان يفديه كالمالك ، و لا يرجع (۶) به عليه ، و لو اقتصّ (۷)

---

(۱) قوله (الأرش) عطف على قوله (الفسخ) يعنى ، فللمشترى الأرش مع عدم الفسخ ، و يحتمل ان يكون الأرش عطفا على الثمن ، يعنى ، فيرجع بالثمن مع الفسخ ، او يرجع بالأرش مع عدم الفسخ (۲) حاصل العبارة المذكورة : انّ المشترى يرجع بتمام الثمن ان فسخ ، و يرجع بالأرش ان لم يفسخ ، وعلى الثانى ، فان استوعبت الجناية ، القيمة ، يرجع بتمام الثمن ايضا ، ارشا لا فسخا ، لانّ الأرش فى مثل ذلك تمام الثمن ، و الحاصل : انّ مراد العلامة (ره) : انّ المشترى مع الجهل يرجع الى تمام الثمن فى الصورتين ، احديهما :صورة الفسخ ، و ثانيتهما :صورة عدم الفسخ ، و اختيار الأرش مع استيعاب الجناية القيمة (۳) يعنى و ان لم يستوعب الجناية قيمة العبد ، فقدر الأرش هو الواجب (۴) اى لو كان المشترى عالما بانّ العبد جان ، فلا رجوع له على البايع بالثمن ، لانّه ليس له الفسخ لعلمه بالعيب (۵) اى و للمشترى العالم بالعيب ان يفديه بان يعطى للمجنى عليه الأقل من ارش الجناية و القيمة ، فليس له الرجوع على البايع بما يفديه ، لانّه كان عالما بالعيب (۶) اى و لا يرجع المشترى بما يفديه على البايع ، لانّه كان عالما بالعيب (۷) يعنى و لو اقتصّ من العبد فى يد المشترى مع كونه جاهلا بانّ العبد جان ، فلا ردّ لانّ ذلك الاقتصاص عيب حدث فى يد المشترى ، فيكون مضمونا ، فامتنع الردّ ، لانّ الاقتصاص عيب حدث عند المشترى ، لكن له مطالبة الأرش ←

منه (١) فلارد ّ و له الأرش و هو نسبة تفاوت (٢) ما بين كونه جانيا و غير جان من الثمن ، انتهى (٣) و ذكر فى التذكرة هذه العبارة بعينها فى باب العيوب ، و قال فى اوائل البيع من التذكرة ، فى مسئلة بيع العبد الجانى : و لو كان (٤) المولى معسرا ، لم يسقط حق المجنى عليه من الرقبة ، ما لم يجز البيع اوّلا ، فانّ البايع (٥)

← كما لو حدث فى المبيع عيب آخر عند المشترى الجاهل بعيبه ، فلا يخفى ، انّ هذا حيث يكون الاقتصاص فى غير زمان الخيار المختص بالمشترى ، فانّه فى زمان هذا الخيار مضمون على البايع (١) الضمير يرجع الى العبد الجانى (٢) يعنى ، انّ الأرش جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب الى الصحيح ، مثلا كان ثمن العبد ، تسعة ، و كان قيمته جانيا ، ثمانية ، و قيمته غير جان ، اثنى عشر ، فيكون التفاوت بين الثمانية و الاثنى عشر ، اربعة ، فنسبة التفاوت الذى هو الأربعة الى الصحيح الذى هو الاثنى عشر ، هو الثلث ، فيؤخذ من الثمن الثلث الذى هو الثلاثة (٣) انتهى ما ذكره فى القواعد ، فظهر ممّا ذكره فيها ثبوت الأرش المستوعب فى العيب المتقدم على العقد و صحة البيع ، و الحال انّ المصنف (ره) ذكر انّه لا يعقل فى العيب المتقدم على العقد استيعاب الأرش للثمن ، و ذكر انّه يوجب بطلان البيع (٤) يعنى لو باع المولى عبدا جانيا ، و كان معسرا ، لم يسقط حقّ المجنى عليه عن رقبة العبد بمجرّد بيع المولى و لم ينتقل حقّه عن رقبته الى ذمّة المولى ما لم يجز المجنى عليه بيع العبد الجانى اوّلا (٥) اى فانّ البايع يملك نقل حقّ المجنىّ عليه عن رقبة العبد بفدائه ، فانّ البايع اذا ←

انّما يملك نقل حقّه (١) عن رقبته (٢) بفدائه ، ولا يحصل (٣) من ذمّة المعسر ، فيبقى حق المجنى عليه مقدّما على حق المشترى ، و يتخيّر المشترى الجاهل فى الفسخ ، و يرجع (٤) بالثمن ، و به (٥) قال احمد و بعض الشافعية ، او مع الاستيعاب ، لانّ ارش مثل هذا (٦) جميع ثمنه (٧)

← اعطى الفدية على المجنّى عليه تفكّ رقبته ، لانّ بيع المولى لا يوجب فكّ رقبته (١) الضمير عائد الى المجنى عليه (٢) اى عن رقبة العبد الجانى ، قال فى اقرب الموارد : (فَداهُ) من الاسر و نحوه (ض) يفديه فِداءً و فِداً و فَداً (يائىّ) :استنقذه بمال ، الى ان قال : (الفِداء و الفَدى و الفِدى) مصادر و ـ ما يعطى من المال عوض المفدىّ (الفِدْيَة) ما يعطى من المال عوض المفدىّ ،ج :فِداً و فِدْياتٌ (٣) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى الفداء ، يعنى ولا يحصل الفداء من ذمّة المعسر ، و حينئذ لا يمكن للمعسر ان ينقل حقّ المجنى عليه من رقبة العبد الى ذمّة نفسه ، فيبقى حقّ المجنى عليه مقدّما على حق المشترى ، فيملك المجنى عليه الاسترقاق فيما اذا كان له الاسترقاق (٤) اى يرجع المشترى بتمام الثمن مع الفسخ ، و يرجع بتمام الثمن ايضا مع استيعاب ارش الجناية للثمن مع عدم الفسخ و اخذ الأرش ، لانّ ارش مثل هذا الذى استوعبت جنايته لتمام الثمن جميع ثمنه (٥) الضمير يرجع الى الرجوع بالثمن فى صورة فسخ الجاهل (٦) اى و انّما يرجع المشترى مع الاستيعاب بجميع الثمن مع انّه لم يفسخ البيع ، لانّ ارش مثل هذا العيب جميع ثمنه (٧) قوله (جميع) فى قوله (جميع ثمنه) خبر لِ (انّ)

و ان لم يستوعب (١) يرجع بقدر ارشه ، و لو كان عالما بتعلق الحق به (٢) فلا رجوع ، الى ان قال (٣) : و ان اوجبت الجناية قصاصا ، تخيّر المشترى الجاهل بين الأرش و الردّ ، فان اقتص (٤) منه (٥) احتمل تعيّن الأرش ، و هو قسط قيمة ما بينه (٦) جانيا و غير جان

---

(١) اى و ان لم يستوعب ارش الجناية جميع الثمن ، يرجع بقدر ارشه (٢) يرجع الضمير الى العبد ، يعنى و لو كان المشترى عالما بتعلق الحق بالعبد الجانى ، فلا رجوع (٣) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى العلامة (ره) ، يعنى قال العلامة (ره) : و ان اوجبت جناية العبد قصاصا ، تخيّر المشترى الجاهل بين اخذ ارش العيب من البايع ، و ردّ العبد الجانى (٤) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى المجنى عليه (٥) اى و ان اقتص من العبد الجانى فى ملك المشترى قبل الرد ، احتمل تعيّن الأرش ، لانّ الاقتصاص عيب جديد حدث عند المشترى ، و قد تقدّم انّ حدوث عيب جديد عند المشترى يسقط الرد ، فله فى هذه الصورة اخذ الأرش (٦) فالمراد من قوله (هو قسط قيمة ما بينه جانيا و غير جان) انّ الأرش فى صورة عدم الاستيعاب هو جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة التفاوت بين كونه جانيا او غير جان الى غير جان ، مثلا اذا فرضنا انّ ثمن العبد ،خمسون، و انّ قيمة كونه جانيا ،تسعون، و انّ قيمة كونه غير جان ، مأة ، و التفاوت بين الصحيح و المعيب ، عسرة ، فيؤخذ من الثمن الذى هو خمسون ، عُشْره ، فانّ عُشْرَه ، خمس ، امّا معنى القسط فقال فى اقرب الموارد : (قَسَّطَ) الوالى (ن ض) قِسْطا :عَدَلَ (قَسَطَ) (ض) قَسْطاً و قُسُوطاً :جار و حاد عن الحق ، فهو (قاسط) ضدّ ،ج ،قُسّاط ←

ولا يبطل البيع من اصله، لانّه (١) تلف عند المشترى بالعيب الذى كان فيه (٢) فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كالمريض و المرتد (٣) و قال ابوحنيفة و الشافعى: يرجع (٤) بجميع ثمنه، لانّ تلفه (٥) لأمر استحق عليه عند البايع، فجرى (٦) مجرى اتلافه

ـ و قاسطون، الى ان قال: (القِسْط) بالكسر: العدل، يقال: رجل قِسْط، كما يقال: شاهد عدل، يستوى فيه الواحد و الجميع: و الحصّة و النصيب، انتهى، فالمراد من القسط هنا، هو الحصة (حادَ) عن الحق، اى مال عن الحق (١) يرجع الضمير الى العبد المقتص منه (٢) اى فى العبد (٣) و الحاصل: انّ فى مسئلة العبد الذى اقتص منه فى ملك المشترى، احتمالان: احدهما، انّ البيع لا يبطل و انّ الرد يسقط بسبب الاقتصاص عند المشترى بعد القبض، فيكون تلفه من المشترى، لا من البايع، فلا يرجع المشترى الّا بجزء الثمن الذى هو قسط قيمة ما بينه جانيا و غير جان، كما اذا اشترى مريضا يموت عند المشترى بسبب المرض المذكور مع جهله بالمرض، او اشترى مرتدا يقتل عنده مع جهله بالارتداد، فانّه لا يبطل البيع فيهما، بل يصحّ و يسقط الرد و يتعيّن الأرش، و ثانيهما، ما ذهب اليه ابوحنيفة و الشافعى، و هو انّ البيع يبطل من اصله، و يرجع المشترى بجميع ثمنه، لانّ تلفه بالقصاص لأمر استحقه المجنى عليه على العبد عند البايع، و هذا الأمر هو قصاصه بسبب جنايته، فيجرى هذا التلف الذى كان سببه ثابتا عند البايع، مجرى اتلاف البايع (٤) اى يرجع المشترى الى البايع بجميع ثمن العبد (٥) الضمير عائد الى العبد (٦) الضمير الفاعل المستتر عائد الى تلف العبد

انتهی (١) و قال (٢) فی التحریر فی بیع الجانی خطاء : و لو کان السیّد معسرا ، لم یسقط حق المجنی علیه عن رقبة العبد، و للمشتری الفسخ مع عدم علمه ، فان فسخ رجع بالثمن ، و ان لم یفسخ (٣) و استوعبت الجنایة قیمته و انتزعت (٤) یرجع المشتری بالثمن ایضا ، و ان لم تستوعب (٥) قیمته رجع بقدر الأرش ، و لو علم المشتری بتعلق الحق برقبة العبد ، لم یرجع بشئ ، و لو اختار المشتری (٦) ان یفدیه (٧) جاز و رجع به (٨) علی البایع مع الاذن

---

(١) ای انتهی ما قاله فی التذکرة (٢) ای و قال فی التحریر فی بیع الجانی خطاء : و لو کان السیّد البایع معسرا ، لم یسقط حق المجنی علیه عن رقبة العبد بمجرد بیع المولی ، و لم ینتقل حق المجنّی علیه عن رقبته الی ذمّة المولی ما لم یجز المجنی علیه ببیع العبد الجانی اوّلا فاذا لم یسقط حق المجنی علیه عن رقبة العبد ، فللمشتری الفسخ مع عدم علمه بجنایة العبد (٣) ای و ان لم یفسخ المشتری البیع و استوعبت الجنایة قیمته و انتزعت رقبة العبد من المشتری ، ای استرقه المجنّی علیه یرجع المشتری بالثمن ایضا (٤) الضمیر المستتر یرجع الی رقبة العبد (٥) ای و ان لم یفسخ المشتری البیع و لم تستوعب الجنایة قیمة العبد رجع المشتری علی البایع بقدر الأرش (٦) ای و ان اختار المشتری ان یفدی العبد عوض استرقاقه جاز ، و رجع به علی البایع مع الاذن و ان یفدیه بلا اذن من البایع ، لم یکن له الرجوع علیه ، لانّه کاداء الدین بلا اذن من المدیون (٧) یرجع الضمیر المفعول الی العبد (٨) و الضمیر یرجع الی الفداء ، المستفاد من قوله (یفدیه)

و الّا فلا ، انتهى (١) قوله : و انتزعت ، امّا راجع الى رقبة العبد ، او الى القيمة اذا باعه المجنى عليه و اخذ قيمته ، و هذا القيد (٢) غير موجود فى باقى عبارات العلامة فى كتبه الثلاثة (٣) و كيف كان ، فالعبد المتعلق برقبته حقّ للمجنى عليه يستوعب قيمته ، امّا ان تكون له قيمة تبذل بازائه (٤) او ،لا(٥) وعلى الأول (٦) فلا بدّ ان يبقى شئ من الثمن للبايع بازائه (٧) فلا يرجع بجميع الثمن عليه (٨) وعلى الثانى (٩) فينبغى بطلان البيع ، و لو قيل :انّ انتزاعه (١٠) عن ملك المشترى

---

(١) اى انتهى ما ذكره فى التحرير (٢) فالمراد من القيد ، هو قوله (انتزعت) ، (٣) فالمراد بالكتب الثلاثة ، القواعد و التذكرة و النهاية (٤) فلا يخفى : انّه لا منافات بين استيعاب الجناية لقيمته ، و بين ان تكون له قيمة تبذل بازائه ، و ذلك فيما اذا كانت القيمة السوقية للعبد الفا ، لكن المشترى اشتراه ، بالف و مأة ، لرغبته للعبد ، و كانت الجناية تستغرق الفا ، فانّ حقّ المجنىّ عليه يستوعب قيمة العبد التى ، هى الألف ، لكن يبقى بعد ذلك ، مأة من الثمن للبايع ، فحينئذ يبقى شئ من الثمن للبايع (٥) اى او لا تكون له قيمة تبذل بازائه (٦) فالمراد بالأول ، هو قوله (ان تكون له قيمة تبذل بازائه) ، (٧) اى بازاء العبد (٨) يرجع الضمير الى البايع (٩) فالمراد بالثانى ، هو قوله (او ،لا) (١٠) سؤال و جواب ، امّا السؤال ، فانّ انتزاع المجنى عليه العبد عن ملك المشترى كان لحق عليه عند البايع ، فانّ هذا الانتزاع يوجب غرامة العبد على البايع ، فحينئذ انّ رجوع المشترى على البايع بتمام الثمن من باب الغرامة ، لا من باب بطلان العقد ، لانّ الأرش غرامة ←

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 اقتص من الجاني عمدا ، و قد عرفت من التذكرة و القواعد : الحكم بقسط من الثمن فيه ،و بالجملة ،فالمسئلة محلّ تأمّل ، و اللّه العالم

﴿ مسئلة ﴾

يعرف الأرش (٥) بمعرفة قيمتي الصحيح و المعيب ، ليعرف التفاوت

← لا نفس الثمن ، و امّا الجواب ، فانّ اللازم من ذلك ان يكون الحكم كذلك فيما اقتص من العبد الجاني ، و الحال ، انّك قد عرفت من التذكرة و القواعد ، الحكم بقسط من الثمن فيه ، فانّ هذه العبارة تفيد انّ الأرش نفس الثمن او جزء من الثمن (١) يرجع الضمير الى العبد (٢) قوله (يوجب) خبر لِ (انّ) ، (٣) قوله (كان) جواب شرط لِ (لو)(٤) يعني لو فرض ، انّ الأرش الذي يستوعب كان غرامة حتى يكون البيع صحيحا لا نفس الثمن حتى يكون البيع باطلا ، لكان بعيدا في نفسه (٥) ﴿ تذكرة ﴾ : فلا يخفى ، انّ الفقهاء (ره) ذكروا فيما هو المدار من تقويم الصحيح و المعيب ، وجوها ، احدها :المدار من تقويم الصحيح و المعيب حال البيع ، لانّه الوقت الذي يلاحظ فيه الصحة و العيب ، و ثانيها : المدار من تقويمهما حين القبض ، لانّه وقت دخول المبيع في ضمان المشتري و وقت استقرار ملكه ، و ثالثها : المدار هو اعتبار اقلّ الأمرين من يوم العقد الى يوم القبض ، لانّه لو كان الأقل ، يوم العقد ، فالزيادة حصلت في ملك المشتري ، و ان كان الأقل يوم القبض ، فالنقص من ضمان البايع ، لانّه وقت الاستقرار ، و رابعها :كون المدار على القيمة←

بينهما ، فيؤخذ من البايع نسبة ذلك التفاوت (١) و اذا لم تكن القيمة معلومة ، فلا بدّ من الرجوع الى العارف بها ، و هو (٢) قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند اهل البلد او اهل الخبرة منهم لهذا المبيع المعين ، او لمثله (٣) فى الصفات المقصودة ، كمن يخبر بانّ هذه الحنطة او مثلها يباع فى السوق بكذا ، و هذا داخل فى الشهادة يعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشهادة على سائر المحسوسات (٤) من العدالة (٥) و الاخبار عن الحس و التعدد ، و قد يخبر (٦)

← حال استحقاق الأرش باختياره او بحصول المانع من الرد ، لانّ ذلك الوقت ، هو وقت استحقاق الأرش ، اذ قبله كان مخيّرا بين الردّ و الأرش ، و خامسها : اعتبار الأقل من زمان البيع الى زمان الاستحقاق لخصوص الأرش ، لاصالة البراءة من الزائد عليه ، و سادسها : اعتبار الأكثر من حين البيع الى حال الاستحقاق لخصوص الأرش نظرا الى عدم العلم بتدارك العيب المضمون الّا بذلك (١) يعنى انّ الأرش جزء من الثمن نسبته الى الثمن كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب الى الصحيح ، مثلا كان الثمن ، تسعة ، و قوّم المبيع صحيحا ، اثنى عشر ، و معيبا ، ثمانية ، فيكون التفاوت بين الثمانية و اثنى عشر ، اربعة ، فنسبة التفاوت الذى هو الأربعة الى الصحيح الذى هو اثنى عشر ، هو الثلث فيؤخذ من الثمن ثلثه الذى هو الثلاثة (٢) يرجع الضمير الى العارف (٣) الضمير يرجع الى المبيع (٤) كالشهادة على رؤية الهلال و قتل زيد و نحوهما (٥) قوله (من العدالة ، الخ) بيان لِ (ما) ، (٦) قوله (و قد يخبر عن نظره) عطف على قوله (قد يخبر عن القيمة) و يرجع الضمير ←

عن نظره و حدسه من جهة کثرة ممارسته (۱) اشباه هذا الشئ و ان لم یتفق اطلاعه علی مقدار رغبة الناس فی امثاله ، و هذا یحتاج الی الصفات السابقة (۲) و زیادة المعرفة و الخبرة (۳) بهذا الجنس ، و یقال له بهذا الاعتبار : اهل الخبرة . و قد یخبر (۴) عن قیمته باعتبار خصوصیات فی المبیع یعرفها هذا المخبر مع کون قیمته علی تقدیر العلم بالخصوصیات واضحة ، کالصائغ العارف بأصناف الذهب و الفضة من حیث الجودة و الردائة ، مع کون قیمة الجیّد و الردئ محفوظة عند الناس معروفة بینهم فقوله : هذا قیمته کذا ، یرید به انّه من جنس قیمته (۵) کذا ، و هذا فی الحقیقة لا یدخل فی المقوّم ، و کذا القسم الأول (۶) فمراد هم بالمقوّم هو الثانی ، لکن الأظهر عدم التفرقة بین الأقسام من حیث اعتبار شروط القبول (۷) و ان احتمل فی غیر الأول الاکتفاء بالواحد ، امّا للزوم

← المستتر الی العارف (۱) ، (مارَسَه) ممارسةً و مراساً : عالجهُ و زوالهُ و عاناهُ (اقرب الموارد) ، (۲) فالمراد من الصفات السابقة ، هی العدالة و التعدد (۳) ، (خَبُر) الشئَ و ـ به و (خَبَرَه) و به خِبْراً و خُبْراً و خِبْرةً و خُبْرَةً و مَخْبَرَةً و مَخْبُرَةً : علمه بکنهه و حقیقته (اقرب الموارد) ، (۴) قوله (و قد یخبر) عطف علی قوله (قد یخبر عن القیمة) ، (۵) یرجع الضمیر الی الجنس (۶) ای و کذا لا یدخل فی المقوّم ، القسم الأول ، فالحاصل انّ الثالث شاهد علی الموضوع ، و الأول شاهد علی المحمول و هو القیمة ، فمراد هم بالمقوّم ، هو الثانی (۷) فالمراد من شروط القبول ، هو العدالة و التعدد

الحرج (١) لو اعتبر التعدد ، و امّا لاعتبار الظن (٢) فى مثل ذلك ممّا انسدّ فيه باب العلم ، و يلزم من طرح قول العادل الواحد (٣) و الأخذ بالأقل ، لاصالة برائة ذمة البايع تضييع حق المشترى فى اكثر المقامات و امّا لعموم ما دلّ (٤) على قبول قول العادل ، خرج منها ما كان من قبيل الشهادة (٥) كالقسم الأول ، دون ما كان من قبيل الفتوى كالثانى

---

(١) قوله (للزوم الحرج) علّة لقوله (الاكتفاء بالواحد) و انّما يلزم الحرج لو اعتبر التعدد فى غير الأول ، لانّ الغالب صعوبة وجدان الاثنين فى غير الأول (٢) قوله (لاعتبار الظن) عطف على قوله (للزوم الحرج) يعنى انّ باب العلم فيما نحن فيه منسدّ ، فلابدّ من ان يعمل بقول الواحد العادل ، لانّ الظن المطلق حجّة عند انسداد باب العلم (٣) دخلٌ و دفعٌ ، امّا الدخل ، فانّ ثمن المبيع ، مثلا اثنى عشر ، و انّ العادل الواحد ، قال : انّ نسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب الى الصحيح هو النصف ، فللمشترى ان يأخذ من الثمن ، نصف الثمن الذى هو ستّة ، و شككنا فى انّ نسبة التفاوت ، هو النصف حتى يأخذ المشترى من البايع ستّة ، او الثُلُث حتى يأخذ من البايع اربعة ، فنأخذ بالأقل الذى هو الأربعة ، لأجل اصالة برائة ذمة البايع عن الزائد ، و امّا الدفع ، فانّه يلزم من طرح قول العادل الواحد و الأخذ بالأقل ، تضييع حق المشترى فى اكثر المقامات (٤) قوله (لعموم ما دلّ) عطف على قوله (للزوم الحرج) (٥) فلا يخفى : انّ القضية منحصرة الى الخبرية و الانشائية ، الّا انّ الخبرية صنفين ، فصنف منها ، يتّصف بالشهادة ، و صنف آخر ، يتمحّض فى كونه خبرا ، و الوجوه التى ذكرت للفرق بين الخبر و الشهادة كثيرة ←

لکونه ناشئا عن حدس و اجتهاد و تتبّع الاشباه و الانظار و قیاسه (١) علیها (٢) حتی انه (٣) یحکم لأجل ذلك (٤) بانّه ینبغی ان یبذل بازائه (٥) کذا و کذا و ان لم یوجد راغب یبذل له ذلك (٦) ثمّ لو تعذر معرفة القیمة لفقد اهل الخبرة او توقفهم، ففی کفایة الظن (٧) او الأخذ

← ذکرها الفقهاء ، و اوجه الوجوه ما ذکره الغروی (ره) بقوله :و سابعها ما یمکن ان یقال :و لعلّه اوجه الوجوه و الأقوال ، و هو انّ ما یحکی عن الحکم الشرعی و الموضوع الکلی فهو خبر و روایة، و ما یحکی عن التطبیق فهو شهادة ، مثلا ما یحکی عن انّ الکرّ لا ینجسه شئ ، و ما یحکی انّ الکرّ ثلاثة اشبار و نصف ، فی ثلاثة اشبار و نصف ، فهو خبر و روایة ، و ما یحکی انّ هذا الماء کرّ ینطبق علیه المذکور آنفا ، فهو شهادة ، و کذا ما یحکی عن وجوب الصوم بدخول شهر رمضان ، و انّ الدخول باهلال الهلال ، فهو خبر و روایة ، و ما یحکی عن تحقق الهلال المترتب علیه الحکم ، فهو شهادة ، و هکذا فی غیره من الموارد ، انتهی (١) یرجع الضمیر الی المبیع، المستفاد من المقام (٢) الضمیر یرجع الی الاشباه و الانظار (٣) یرجع الضمیر الی العارف (٤) اشارة الی الحدس و الاجتهاد و تتبّع الاشباه و النظائر و قیاسه علیها (٥) ای بازاء المبیع (٦) ای و ان لم یوجد راغب الآن یبذل لأجل المبیع المذکور ذلك المقدار (٧) ای ففی کفایة الظن ، لانّ الظن قائم مقام العلم فیما انسدّ فیه باب العلم ، و ما نحن فیه کذلك ، او الأخذ بالأقل ، لانّ المکلف به هو اداء نفس الأرش ، فانّ الأقل و الأکثر فی المقام استقلالیّان و الأصل فی مثل هذا المقام هی البرائة عن الزائد

بالأقل ، وجهان(١) و يحتمل ضعيفا الأخذ بالأكثر (٢) لعدم العلم بتدارك العيب المضمون الّا به (٣) برائة ذمته ، لانّه من الشك فى المحصّل ، و انّما كان ضعيفا ، لانّ البرائة محكمة ، اذ الشك فى اداء ما عليه تابع للشك فى انّه هل اشتغلت ذمته بأكثر من الأقل ، ام لا و لاصالة برائة الذمة عن الأكثر ، و يحتمل القرعة

** مسئلة **

لو تعارض المقوّمون (٤) فيحتمل تقديم بيّنة الأقل للأصل

---

(١) قوله (وجهان) مبتدأ مؤخر و قوله (ففى كفاية الظن) خبر مقدّم (٢) اى و يحتمل الأخذ بالأكثر ، لانّ المقام من قبيل الشك فى المحصّل ،لانّه كان المكلّف به هو تدارك العيب المضمون ، و شكّ فى انّ ما يتدارك به هل هو الأقل او الأكثر ، و الأصل فى مثله الاشتغال ، و وجه ضعف الأخذ بالأكثر ، لانّ الشك فى المقام هو الشك بين الأقل و الأكثر الاستقلاليين ، و الأصل فى مثله البرائة عن الزائد (٣) الضمير يرجع الى الأكثر (٤) اى لو تعارض المقوّمون فى فرض كون ثمن المبيع ، اثنى عشر مثلا ، فقال احدهما : انّ قيمة المبيع صحيحا ، اثنى عشر ، و قيمته معيبا ، ثمانية ، فنسبة التفاوت الى الصحيح ، هو الثلث، فيؤخذ من الثمن ، ثلثه الذى هو الأربعة ، و قال الآخر: انّ قيمة المبيع صحيحا اثنى عشر ، و قيمته معيبا ، ستة ، فنسبة التفاوت الى الصحيح ، هو النصف ، فيؤخذ من الثمن نصفه الذى هو الستّة ، فيحتمل تقديم بيّنة الأقل ، و هو فى المثال الفوق ، من قال : انّه يؤخذ من الثمن ، ثلثه الذى هو الأربعة ، لاصالة برائة ذمة البايع عن الزائد ، و يحتمل ←

و بیّنة الأكثر (١) لانّها مثبتة ، و القرعة (٢) لانّها لكلّ امر مشتبه ، و الرجوع (٣) الى الصلح لتشبث كلّ من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرية و المورد غير قابل للحلف ، لجهل كلّ منهما (٤) بالواقع ، و تخيير الحاكم (٥) لامتناع الجمع و فقد المرجّح ، لكنّ الأقوى من الكلّ ما عليه المعظم من وجوب الجمع (٦) بينهما بقدر الامكان ، لانّ كلا منهما حجّة شرعيّة يلزم العمل به (٧) فاذا تعذر العمل به (٨) فی تمام مضمونه وجب العمل به فی بعضه ، فاذا قوّم (٩) احدهما بعشرة ، فقد قوّم كلا من

← تقديم الأكثر ، لانّها مثبتة ، لانّه اذا تعارض بيّنة النفی و الاثبات قدّم بيّنة الاثبات ، اذ المثبت مدّع ، و النافی منكر ، فعلى المدّعى البيّنة و على المنكر اليمين ، فعلى هذا تكون بيّنة الأقل ، منكرة للزيادة ، و بيّنة الأكثر مثبتة ، فتقدم بيّنة الأكثر (١) قوله (بيّنة الأكثر) عطف على قوله بيّنة الأقل (٢) قوله (القرعة) عطف على قوله (تقديم بيّنة الأقل) يعنی فيحتمل القرعة ، لانّها لكلّ امر مشتبه ، لأجل الأخبار المستفيضة (٣) قوله (الرجوع) عطف على قوله (تقديم بيّنة الأقل) اى فيحتمل الرجوع الى الصلح القهرى (٤) يرجع الضمير الى البايع و المشترى (٥) قوله (تخيير الحاكم) عطف على قوله (تقديم بيّنة الأقل) يعنى ، فيحتمل تخيير الحاكم (٦) قوله (من وجوب الجمع) بيان لِـ (ما) ، (٧) يرجع الضمير الى كلّ منهما (٨) الضمير عائد الى كلّ منهما (٩) فاذا كان ثمن المبيع ، اثنى عشر ، و قوّم احدهما المبيع معيبا ، ثمانية ، و صحيحا اثنى عشر ، و قوّمه الآخر معيبا ، ثمانية ، و صحيحا ، اثنى عشر ، فانّ مَنْ قوّمه معيبا بعشرة ، فقد قوّم كلّ واحد من نصفه بخمسة ، و مَنْ قوّمه ←

نصفه بخمسة ، و اذا قوّم الآخر، بثمانية ، فقد قوّم كلا من نصفه بأربعة فيعمل بكلّ منهما فى نصف المبيع ، و قولاهما (١) و ان كانا متعارضين فى النصف ايضا كالكلّ ، فيلزم بما ذكر طرح كلا القولين فى النصفين، الّا ان طرح قول كلّ منهما فى النصف مع العمل به (٢) فى النصف الآخر

← بثمانية ، فقد قوّم كلّ واحد من نصفه باربعة ، فيعمل بكلّ واحد منهما فى نصف المبيع ، فعلى هذا تكون قيمة نصف المبيع معيبا ، خمسا و قيمة نصفه الآخر معيبا ، اربعة ، فتكون قيمة الجميع معيبا ، تسعا، فنسبة التفاوت بين التسعة و اثنى عشر الى اثنى عشر ، هو الربع ، فيأخذ المشترى من البايع ، ربع الثمن، فانّه نصف السدس الذى كان ثابتا على القول الأول ، نصف الثلث الذى كان ثابتا على القول الثانى ، لانّ من قوّم صحيحه باثنى عشر، و معيبه بعشرة ، قال: بأخذ سدس الثمن و من قوّم صحيحه باثنى عشر ، و معيبه بثمانية ، قال : بأخذ ثلث الثمن فنصف السدس هو الواحد ، و نصف الثلث هو الاثنان ، فيأخذ المشترى من البايع ، ثلاثة من اثنى عشر ، و هو ربع الثمن (١) دخلٌ و دفعٌ ، امّا الدخل ، فانّ قوليهما متعارضان فى النصف ايضا ، فيلزم بما ذكر من تعذّر العمل بهما فى مورد التعارض طرح كلا القولين فى كلّ واحد من النصفين ، او طرح احدهما ، و امّا الدفع ، فانّ قوليهما و ان كانا متعارضين فى النصف ايضا ، فيلزم بما ذكر طرح كلا القولين فى كلا النصفين ، الّا ان طرح قول كلّ منهما فى النصف مع العمل به فى النصف الآخر اولى فى مقام امتثال ادلّة العمل بكلّ بيّنة من طرح كليهما او احديهما رأسا (٢) يرجع الضمير الى قول كلّ منهما

اولی فی مقام امتثال ادلة العمل بکلّ بیّنة من طرح کلیهما ،او احد یهما رأسا ، و هذا معنی قولهم ، انّ الجمع بین الدلیلین و العمل بکلّ منهما و لو من وجه ، اولی من طرح احد هما رأسا ، و لذا جعل فی تمهید القواعد (۱) من فروع هذه القاعدة (۲) الحکم بالتنصیف فیما لو تعارضت البیّنتان فی دار فی ید رجلین یدّعیها (۳) کلّ منهما ، بل ما نحن فیه اولی بمراعات هذه القاعدة من الدلیلین المتعارضین فی احکام اللّه تعالی لانّ الأخذ بأحد هما کلّیة ، و ترک الآخر کذلک فی التکالیف الشرعیة الالهیّة لا ینقص (۴) عن التبعیض من حیث مراعات حقّ اللّه سبحانه لرجوع الکلّ (۵) الی امتثال امر اللّه سبحانه بخلاف مقام التکلیف باحقاق حقوق الناس ، فانّ فی التبعیض جمعا بین حقوق الناس و مراعاة للجمیع (۶) و لو فی الجملة

---

(۱) للشهید الثانی (ره) ، (۲) فالمراد بهذه القاعدة ، هو الجمع بین الدلیلین ، اولی من الطرح (۳) الضمیر المؤنث یرجع الی الدار(۴) مثلا دلّ احد الدلیلین علی وجوب اکرام الشخصین کزید و بکر ، و دلّ الآخر علی حرمة اکرام الشخصین المذکورین ، فانّ اخذ احد هما کلّیة و ترک الآخر کلّیة ،لا ینقص عن التبعیض ، بمعنی انّه اکرام احد الشخصین و ترک الآخر ، و انّما قلنا :انّ الأخذ بأحد هما کلّیة و ترک الآخر کلیة ، لا ینقص عن التبعیض لرجوع الکل الی امتثال امر اللّه سبحانه ، فلا یکون احد هما اولی من الآخر بخلاف کون الشخص مکلّفا باحقاق حقوق الناس (۵) ای لرجوع کلّ التکالیف الشرعیة الالهیّة الی امتثال امر اللّه سبحانه (۶) یعنی فانّ فی التبعیض مراعاة لجمیع اطراف الدعوی ، مثلا باعطاء کل←

و لعلّ هذا (١) هو السرّ فى عدم تخيير الحاكم عند تعارض اسباب حقوق الناس (٢) فى شئ من الموارد ، و قد يستشكل ما ذكرنا تارة بعدم التعارض بينهما عند التحقيق ، لانّ مرجع (٣) بيّنة النفى الى عدم وصول نظرها و حدسها الى الزيادة ، فبيّنة الاثبات المدّعية للزيادة ، سليمة (٤) و اخرى بانّ الجمع فرع عدم اعتضاد احدى البيّنتين بمرجّح ، و اصالة البرائة هنا ، مرجّحة للبيّنة الحاكمة بالأقل (٥) و ثالثة (٦) بانّ فى الجمع مخالفة قطعية ، و ان كان فيه (٧) موافقة قطعية ، لكنّ التخيير (٨) الذى لا يكون فيه الّا مخالفة احتماليّة اولى منه (٩)

← واحد منهما نصف ما يدّعيه ، كمسئلة دار فى يد رجلين يدّعيها كلّ واحد منهما (١) اشارة الى انّ فى التبعيض جمعا بين حقوق الناس (٢) اسباب حقوق الناس مثل البيّنات و نحوها (٣) اى لانّ مرجع بيّنة النفى الذى يقول : انّ القيمة ثمانية مثلا ، الى عدم وصول نظرها الى الزيادة عن الثمانية ، فبيّنة الاثبات المدّعية للزيادة ، و يقول : انّ القيمة عشرة سليمة عن المعارض ، فاللازم العمل على بيّنة الاثبات (٤) قوله (سليمة) خبر لمبتدأ مقدّم ، و هو قوله (بيّنة الاثبات) ، (٥) و حاصل هذا الاشكال : انّ الجمع بين البيّنتين متفرّع على عدم مرجّح لاحدى البيّنتين ، و الحال انّ اصالة البرائة عن الزائد مرجّحة لبيّنة الأقل (٦) قوله (ثالثة) عطف على قوله (تارة) ، (٧) يرجع الضمير الى الجمع (٨) و حاصل هذا الاشكال : انّ فى الجمع بين البيّنتين مخالفة قطعيّة ، و لا يكون فى التخيير الّا مخالفة احتماليّة ، فالتخيير اولى من الجمع بين البيّنتين (٩) الضمير يرجع الى الجمع

و یندفع الأول (۱) بانّ المفروض انّ بیّنة النفی تشهد بالقطع علی نفی الزیادة واقعا ، و ان بذل الزائد (۲) فی مقابل المبیع سفه ، و یندفع الثانی بما قرّرناه فی الاصول من انّ الاصول الظاهریة (۳) لا تصیر مرجّحة للأدلة الاجتهادیة ، بل تصلح مرجعا فی المسئلة لو تساقط الدلیلان من جهة ارتفاع ما هو مناط الدلالة (۴) فیهما لأجل التعارض ، کما فی الظاهرین المتعارضین ، کالعامّین من وجه المطابق احدهما للأصل و ما نحن فیه لیس من هذا القبیل (۵) و الحاصل ، انّ بیّنة الزیادة

---

(۱) فالمراد بالأول ، هو عدم التعارض بینهما (۲) قوله (انّ بذل الزائد) عطف علی قوله (القطع) یعنی انّ بیّنة النفی تشهد بانّ بذل الزائد فی مقابل المبیع سفه (۳) فالمراد من الاصول الظاهریة ، هی الاصول العملیّة ، کالاستصحاب و البرائة و التخییر و الاحتیاط (۴) فالمراد من الدلالة ، هو الظهور ، و من المناط ، هی الاصالة ، مثل اصالة ظهور العامّ فی العموم ، مثلا اذا تعارض العامّان من وجه فی مادّة الاجتماع تساقطا ، لأجل ارتفاع اصالة العموم فی کلا العامّین ، لأجل التعارض فیرجع الی الأصل (۵) و حاصل دفع الثانی : انّه لو تساقط الدلیلان فی المسئلة من جهة ارتفاع اصالة الظهور فیهما ، لأجل التعارض لکانت الاصول العملیة مرجعا ، کما فی الظاهرین المتعارضین کالعامّین من وجه نحو اکرم العلماء ، و لا تکرم الفساق ، المتعارضین فی العالم الفاسق حیث یشمله اکرم ، لانّه عالم ، و یشمله لا تکرم ، لانّه فاسق ، فیتساقطان فیرجع بعد التساقط الی اصالة عدم وجوب الاکرام ، و انّما یرجع فی المسئلة المذکورة الی الأصل ، لأجل ارتفاع اصالة الظهور فی کلّ ←

تثبت امرا مخالفا للأصل ، و معارضتها بالاخرى النافية لها لا يوجب سقوطها (١) بالمرّة ، لفقد المرجّح (٢) فيجمع (٣) بين النفى و الاثبات بالنصفين ، و يندفع الثالث (٤) بانّ ترجيح الموافقة الاحتماليّة

← واحد منهما ، لأجل التعارض ، و الحال ، انّ ما نحن فيه ليس من هذا القبيل ، لانّ ظهور البيّنة لا يسقط بالمعارضة ، فاذا لا يسقط ظهورها بالمعارضة لا تصل النوبة الى الاصول العملية (١) الضمير يرجع الى بيّنة الزيادة (٢) قوله (لفقد المرجّح) علّة للمنفى ، لا النفى ، يعنى معارضة بيّنة الزيادة بالاخرى النافية لها مع عدم المرجّح لبيّنة الزيادة لا يوجب سقوطها بالمرّة حتى لا يعمل بها فى البعض (٣) فحيث لم تسقط بيّنة الزيادة ، فيجمع بين نفى الزيادة و اثباتها بالنصفين ، مثلا اذا قوّمت احد يهما ، باثنى عشر ، و قوّمت الاخرى ، بثمانية ، فتكون الزيادة اربعة ، فيعطى نصف الأربع لبيّنة الاثبات ، و نصفها الآخر ، لبيّنة النفى (٤) و حاصل دفع الاشكال الثالث : انّ ترجيح الموافقة الاحتماليّة على الموافقة القطعيّة المشتملة على المخالفة القطعيّة فى حقوق اللّه انّما هو فى مقام الاطاعة و المعصية ، لانّ فى الموافقة القطعيّة المشتملة على المخالفة القطعيّة ، طاعة و معصية و انقيادا و تجرّيا ، فحينئذ يرجّح الموافقة الاحتماليّة على الموافقة القطعيّة المشتملة على المخالفة القطعيّة لانّ ترك التجرّى اولى من تحصيل العلم بالانقياد بخلاف مقام احقاق حقوق الناس ، فلا يخفى ، انّ بين التجرّى و المعصية عموما و خصوصا مطلقا ، لانّ التجرى اعمّ من المعصية ، لانّ كلّما صدقت عليه المعصية صدق عليه التجرّى ، و ليس كلّما صدق عليه التجرى صدقت عليه ←

الغير المشتملة على المخالفة القطعيّة على الموافقة القطعيّة (١) المشتملة عليها (٢) انّما هو في مقام الاطاعة و المعصية الراجعتين الى الانقياد و التجرّى (٣)

← المعصية و كذلك انّ بين الطاعة و الانقياد عموما و خصوصا مطلقا (١) قوله (على الموافقة القطعيّة) متعلق بقوله (ترجيح)، (٢) الضمير يرجع على الموافقة القطعيّة (٣)، ﴿ تذكرة ﴾ فلا يخفى : انّ الفرق بين الاطاعة و الانقياد ، انّ الاطاعة اتيان الفعل بقصد انّه مأمور به ، و الحال انّه مأمور به ، كدفن الميّت المسلم بقصد انّه مأمور به ، و الحال انّه مأمور به او ترك الفعل بقصد انّه منهىّ عنه ، و الحال انّه منهىّ عنه ، كترك شرب الخمر بقصد انّه منهىّ عنه ، و الحال انّه منهىّ عنه ، و الانقياد ، اتيان الفعل بقصد انّه مأمور به ، و الحال انّه ليس مأمورا به كدفن الكافر بقصد انّه مأمور به ، و الحال انّه ليس مأمورا به ، او ترك الفعل بقصد انّه منهىّ عنه ، و الحال انّه ليس منهيّا عنه ، كترك شرب التتن بقصد انّه منهىّ عنه ، و الحال انّه ليس منهيّا عنه ، و امّا الفرق بين المعصية و التجرّى ، فانّ المعصية : ترك الفعل بقصد انّه مأمور به ، و الحال انّه مأمور به ، كترك دفن الميّت المسلم ، بقصد انّه مأمور به ، و الحال انّه مأمور به ، او اتيان الفعل بقصد انّه منهى عنه ، و الحال انّه منهى عنه كشرب الخمر بقصد انّه منهى عنه ، و الحال انّه منهى عنه ، و انّ التجرى هو ترك الفعل بقصد انّه مأمور به ، و الحال انّه ليس مأمورا به ، كترك دفن الكافر بقصد انّه مأمور به ، و الحال انّه ليس مأمورا به ، او اتيان الفعل بقصد انّه منهى عنه ، و الحال انّه ليس منهيّا عنه كشرب التتن ←

حيث انّ ترك التجرى (١) اولى من تحصيل العلم بالانقياد بخلاف مقام احقاق حقوق الناس ، فانّ مراعات الجميع اولى من اهمال احدهما رأسا و ان اشتمل على اعمال الآخر ، اذ ليس الحق (٢) فيها (٣) لواحد معيّن ، كما فى حقوق اللّه سبحانه ، ثمّ انّ قاعدة الجمع (٤) حاكمة على دليل القرعة ، لانّ المأمور به (٥) هو العمل بكلّ من الدليلين لا بالواقع

← بقصد انّه منهى عنه ، و الحال انّه ليس منهيّا عنه (١) يعنى اذا علم زيد انّه حلف ، و لم يعلم انّه حلف بوطئ الزوجتين فى يوم الجمعة ، او بترك وطئهما ، فلو وطئ احديهما فى يوم الجمعة ، و ترك الاخرى ، حصلت الموافقة القطعيّة المشتملة على المخالفة القطعيّة ، يرجّح الموافقة الاحتماليّة بوطئهما ، او بترك وطئهما فى يوم الجمعة على الموافقة القطعية المشتملة على المخالفة القطعية فى حقوق اللّه ، لانّ ترك التجرى الذى كان فى ضمن المخالفة القطعية ، اولى من تحصيل العلم بالانقياد الذى كان فى ضمن الموافقة القطعية (٢) اى ليس الحق فى حقوق الناس لواحد بخلاف حقوق اللّه ، فانّها لواحد ، فهو سبحانه تعالى (٣) الضمير يرجع الى حقوق الناس (٤) فالمراد بالقاعدة ، هى قاعدة الجمع مهما امكن اولى من الطرح (٥) و انّما كانت قاعدة الجمع حاكمة على القرعة ، لانّ الذى يؤمر به ، هو العمل بكلّ من الدليلين لا بالواقع الذى يردّد بينهما ، اذ قد يكون كلاهما مخالفا للواقع ، نعم لو انحصر الواقع فيهما لكان للقرعة بينهما لتشخيص الواقع الذى يتردّد بينهما وجه و الحال ، انّ الواقع ليس منحصرا فيهما فيما نحن فيه ، فليس للقرعة بينهما وجه

المردّد بینهما ، اذ قد یکون کلاهما مخالفا للواقع ، فهما (۱) سببان مؤثران بحکم الشارع فی حقوق الناس ، فیجب مراعاتها (۲) و اعمال اسبابها بقدر الامکان (۳) اذ لا ینفع توفیة حقّ واحد مع اهمال حقّ الآخر رأسا علی النهج (۴) الذی ذکرنا من التنصیف فی المبیع (۵) ثمّ انّ المعروف فی الجمع بین البیّنات ، الجمع بینها (۶) فی قیمتی الصحیح ، فیؤخذ (۷) من القیمتین للصحیح نصفهما (۸) و من الثلاث ثلثها ، و من الأربع، ربعها ، و هکذا فی المعیب (۹) ثمّ یلاحظ النسبة (۱۰) بین المأخوذ للصحیح ، و بین المأخوذ للمعیب

---

(۱) سؤالٌ و جوابٌ، امّا السؤال ، فانّ الواحدة منهما اذا لم تکن مطابقة للواقع ، فکیف تکون البیّنة حجّة و واجبة الاتباع ، و امّا الجواب ، فانّ البیّنتین سببان مؤثران بحکم الشارع فی حقوق الناس ، لانّ البیّنة لها موضوعیّة (۲) الضمیر یرجع الی حقوق الناس (۳) ای فیجب مراعاة حقوق الناس و اعمال اسبابها بقدر الامکان و القدر الممکن هو الجمع بینهما (۴) قوله (علی النهج) متعلق بقوله (اعمال اسبابها)، (۵) ای بان یعمل باحدی البیّنتین فی نصف المبیع ، و بالبیّنة الاخری فی نصفه الآخر (۶) الضمیر المؤنث یرجع الی البیّنات (۷) ای فیؤخذ من القیمتین الّتین ذکرهما المقوّمان للصحیح نصفهما، و من القیم الثلاث، ثلثها ، و من القیم الأربع ، ربعها (۸) فقوله (نصفهما) نائب الفاعل لقوله (یؤخذ)، (۹) ای فیؤخذ من القیمتین الّتین ذکرهما المقوّمان للمعیب نصفهما ، و من القیم الثلاث ، ثلثها ، و من القیم الأربع ، ربعها (۱۰) ای ثمّ یلاحظ النسبة بین نصف القیمتین للصحیح المأخوذ قیمة للصحیح ، و بین نصف ←

و یؤخذ بتلك النسبة ، فاذا کان احدی قیمتی الصحیح ، اثنی عشر ، و الاخری ، ستّة ، و احدی قیمتی المعیب ، اربعة ، و الاخری ، اثنین اخذ للصحیح تسعة ، و للمعیب ، ثلاثة ، و التفاوت (١) بالثلثین ، فیکون الأرش ، ثلثی الثمن ، و یمکن (٢) ایضا علی وجه التنصیف فیما به التفاوت بین القیمتین ، بان تعمل فی نصفه (٣) بقول المثبت للزیادة ، و فی نصفه (٤) الآخر بقول النافی ، فاذا قوّمه احدیهما باثنی عشر ، و الاخری بثمانیة ، اخذ فی نصف الأربعة بقول المثبت و فی نصفها الآخر بقول النافی جمعا بین حقی البایع و المشتری ، لکّن الاظهر هو الجمع علی النهج الأول (٥)

← القیمتین للمعیب المأخوذ قیمة للمعیب ، و یؤخذ من الثمن بتلك النسبة (١) ای فیکون نسبة التفاوت بین الثلاثة و التسعة الی التسعة بالثلثین ، فیؤخذ من البایع ثلثی الثمن (٢) ای و یمکن الجمع ایضا بوجه آخر ، و هو التنصیف فیما به التفاوت بین القیمتین ، بان یعمل فی نصف التفاوت الذی هو الاثنان مثلا بقول مثبت للزیادة ، و فی نصفه الآخر الذی هو الاثنان ایضا بقول النافی ، فاذا قوّمه احدیهما باثنی عشر ، و الاخری بثمانیة ، اخذ فی نصف الأربعة بقول المثبت ، و فی نصفها الآخر بقول النافی جمعا بین حقی البایع و المشتری ، و بعبارة اخری ، ینزّل القیمة الزائدة ، و یرتفع الناقصة علی حدّ سواء ، فهو فی المثال العشرة (٣) الضمیر یرجع الی التفاوت (٤) یرجع الضمیر الی التفاوت ایضا (٥) فالمراد من النهج الأول ، هو الجمع بین البیّنات فی قیمتی الصحیح فیؤخذ من القیمتین ، للصحیح نصفها ، و من الثلاث ثلثها ، الخ

و یحتمل الجمع (۱) بطریق آخر، و هو ان یرجع الی البینة فی مقدار التفاوت ، و یجمع بین البیّنات فیه (۲) من غیر ملاحظة القیم ،و هذا (۳)

---

(۱) ای و یحتمل الجمع بین الصحیح و المعیب بطریق آخر ، و هو ان یرجع الی البینة فی مقدار تفاوت الصحیح و المعیب، بان تلاحظ النسبة بین الصحیح و المعیب علی احدی البیّنتین ، ثمّ تلاحظ النسبة بینهما علی البیّنة الاخری ، ثمّ یجمع التفاوتان ، ثمّ ینصف المجموع ، مثلا اذا کانت قیمة الصحیح ، اثنی عشر ، و قیمة المعیب، عشرة ، علی قول احدی البیّنتین، و کانت قیمة الصحیح ، ثمانیة ، و قیمة المعیب، خمسة ، علی قول البیّنة الاخری ، فعلی الطریق الشهید (ره) یؤخذ التفاوت بین الاثنی عشر و العشرة ، بالسدس ، لانّ التفاوت بینهما اثنان ، فنسبة الاثنین الی الاثنی عشر ، هو السدس ، ثمّ یؤخذ التفاوت بین الثمانیة و الخمسة ، بثلاثة اثمان، لانّ التفاوت بین الخمسة و الثمانیة ، ثلاثة ، و نسبة الثلاثة الی الثمانیة ،ثلاثة اثمان، ثمّ یجمع السدس مع ثلاثة اثمان ثمّ ینصف المجموع ، فاذا فرض انّ الثمن اثنی عشر ، فیکون سدسه اثنین و یکون ثلاثة اثمانه ، اربعة و نصفا ، فاذا جمع الاثنان و اربعة و نصف یکون ستّة و نصفا ، فاذا نصفت ستّة و نصف ، یکون ثلاثة و ربعا ، فیأخذ المشتری من البایع ثلاثة و ربعا (۲) الضمیر یرجع الی مقدار التفاوت (۳) اشارة الی الطریق الآخر

منسوب الى الشهيد قدّس سرّه على ما فى الروضة (١) و حاصله (٢) قد يتحد مع طريق المشهور كما فى المثال المذكور، فانّ التفاوت بين الصحيح و المعيب على قول كلّ من البيّنتين بالثلثين، كما ذكرنا فى الطريق الأول، و قد يختلفان (٣) كما اذا كانت احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر، و الاخرى ثمانية ، و قيمة المعيب على الأول ،عشرة ، و على الثانى ، خمسة ، فعلى الأول (٤) يؤخذ نصف مجموع قيمتى الصحيح اعنى العشرة (٥) و نصف قيمتى المعيب، و هو (٦) سبعة و نصف فالتفاوت (٧) بالربع ، فالأرش ربع الثمن ، اعنى ثلاثة من اثنى عشر

---

(١) قال فى الروضة ما لفظه : قيل : ينسب معيب كلّ قيمة الى صحيحها و يجمع قدر النسبة و يؤخذ من المجتمع بنسبتها ، و هذا الطريق منسوب الى المصنّف ، انتهى . و الضمير فى قوله (نسبتها) يرجع الى القيم (٢) اى حاصل الطريق الآخر المنسوب الى الشهيد (ره) قد يتحد مع طريق المشهور ، و قد يختلفان (٣) فالمراد من قوله (و قد يختلفان) اى و قد يختلفان ، و يزيد طريق الشهيد على طريق المشهور ، كما اذا كانت احدى قيمتى الصحيح ، الخ ، انّه قد يزيد قول الشهيد على قول المشهور و قد ينقص عنه ، و قوله (كما اذا كانت ،الخ) مثال للاختلاف الذى يزيد فيه طريق الشهيد على طريق المشهور (٤) اى فعلى قول المشهور (٥) قوله (اعنى ، العشرة) تفسير لنصف المجموع (٦) الضمير يرجع الى نصف قيمتى المعيب (٧) اى ، فالتفاوت بين السبعة و النصف ، و بين العشرة ، هو الربع ، فيؤخذ من الثمن ، ربعه ، فالأرش ربع الثمن المسمّى ، و هو ثلاثة من اثنى عشر ، لو فرض الثمن المسمّى ، اثنى عشر

لو فرض الثمن اثنی عشر، وعلی الثانی(١) یؤخذ التفاوت بین الصحیح و المعیب علی احدی البیّنتین بالسدس ، وعلی الاخری (٢) بثلاثة اثمان، و ینصف المجموع (٣) اعنی ، ستّة و نصفا ، من اثنی عشر جزء ، و یؤخذ نصفه، و هو ثلاثة و ربع ، وقد کان (٤) فی الأول (٥) ثلاثة ،وقد ینقص عن الأول ، کما اذا اتّفقا علی انّ قیمة المعیب ، ستّة ، وقال احدیهما : قیمة الصحیح ، ثمانیة ، وقال الاخری :عشرة

---

(١) ای وعلی طریق الشهید (ره) یؤخذ نسبة التفاوت بین الصحیح و المعیب الی الصحیح علی احدی البیّنتین بالسدس ، مثلا اذا قوّمه احدیهماصحیحا ، باثنی عشر ، و معیبا ، بالعشرة ، فیکون التفاوت بینهما ، اثنین، فنسبة الاثنان الی اثنی عشر، بالسدس ، فیؤخذ من الثمن سدسه (٢) قوله (علی البیّنة الاخری)عطف علی احدی البیّنتین یعنی و یؤخذ نسبة التفاوت بین الصحیح و المعیب الی الصحیح علی البیّنة الاخری بثلاثة اثمان ، مثلا اذا قوّمه البیّنة الاخری صحیحا ، ثمانیة و معیبا ، خمسة ، فیکون التفاوت بینهما ، ثلاثة ، فنسبة الثلاثة الی الثمانیة ، بثلاثة اثمان، فیؤخذ من الثمن، ثلاثة اثمان (٣) ای و ینصّف مجموع السدس الذی هو الاثنان و ثلاثة اثمان و هو اربعة و نصف،فیکون المجموع ستّة و نصفا من اثنی عشر، لو فرض الثمن اثنی عشر، فیؤخذ نصف المجموع و هو ثلاثة و ربع ، فیأخذ المشتری من البایع علی طریق الشهید (ره) ثلاثة و ربعا من باب الأرش ، وقد کان الأرش فی الطریق الأول الذی هو طریق المشهور، ثلاثة (٤) اسم (کان) مستتر یرجع الی الأرش (٥) فالمراد بالأول هو الطریق المشهور

فعلى الأول (١) يجمع القيمتان و يؤخذ نصفهما ، تسعة (٢) و نسبته (٣) الى الستّة ، بالثلث ، وعلى الثانى (٤) يكون التفاوت على احدى

---

(١) اى فعلى طريق المشهور (٢) فنصف الصحيحين ، تسعة ، و نسبة التسعة الى الستّة ، بالثلث ، يعنى نسبة التفاوت بين الستّة و التسعة الى التسعة ، بالثلث ، فيأخذ المشترى من البايع ثلث الثمن ، و هو اربعة من اثنى عشر ، لو فرض الثمن اثنى عشر (٣) الضمير يرجع الى التسعة (٤) يعنى و على طريق الشهيد (ره) يكون التفاوت على احدى البيّنتين ، ربعا ، لانّ نسبة التفاوت بين الستّة و الثمانية الى الثمانية ، هو الربع ، وعلى البيّنة الاخرى ، خُمْسَين ، لانّ نسبة التفاوت بين الستّة و العشرة الى العشرة ، هو الخمسان ، فيؤخذ نصف الربع و نصف الخمسين ، فيكون نصف الربع ، ثُمْنا ، و نصف الخُمْسين ، خُمْسا ، فالثُمْن ($\frac{١}{٨}$) من اثنى عشر ، هو الدينار الواحد و خمسة دراهم ، لو فرض الدينار الواحد يسوى عشرة دراهم ، و الخمس ($\frac{١}{٥}$) من اثنى عشر ، هو الدينار و اربعة دراهم ، فيجمع الثمن و الخمس ، فيكون ثلاثة دنانير و تسعة دراهم ، فينقص عن الثلث الذى هو اربعة دنانير بنصف الخمس الذى درهم واحد ، فالحاصل ، ينقص طريق الشهيد الذى هو ثلاثة دنانير و تسعة دراهم ، فى هذه الصورة عن طريق المشهور الذى هو اربعة دنانير فى الصورة المذكورة بدرهم ، و بعبارة اخرى ، ينقص الثُمْن و الخُمْس عن الثلث ، بنصف الخمس

البیّنتین ربعا ، و علی الاخری ، خمسین ، فیؤخذ نصف الربع و نصف الخمسین ، فیکون ثمنا و خمسا و هو (۱) ناقص عن الثلث بنصف خمس (۲) توضیح هذا المقام (۳) : انّ الاختلاف امّا ان یکون فی الصحیح فقط مع اتّفاقهما علی المعیب ، و امّا ان یکون فی المعیب فقط ، و امّا ان یکون فیهما ، فان کان (۴) فی الصحیح فقط ، کما فی المثال الاخیر (۵) فالظاهر التفاوت بین الطریقین (۶) دائما ، لانّک قد عرفت انّ الملحوظ علی طریق المشهور ، نسبة المعیب (۷) الی مجموع نصفی قیمتی الصحیح المجعول (۸) قیمة منتزعة

---

(۱) الضمیر یرجع الی الثُمْن و الخُمْس (۲) فالمراد من (نصف الخمس) هو واحد من عشرة (۳) ای توضیح هذا المقام الذی قد یتّحد فیه طریق الشهید (ره) مع طریق المشهور ، و قد یزید علی طریق المشهور ، و قد ینقص عن طریق المشهور ، انّ اختلاف المقوّمین ، امّا ان یکون فی الصحیح فقط مع اتفاقهما علی المعیب ، و امّا ان یکون فی المعیب فقط مع اتّفاقهما علی الصحیح ، و امّا ان یکون فیهما (۴) اسم (کان) مستتر یرجع الی الاختلاف (۵) فالمراد بالمثال الاخیر ، هو قوله (کما اذا اتّفقا علی انّ قیمة المعیب ، ستّة ،الخ) ، (۶) ای طریق الشهید (ره) و طریق المشهور (۷) ای لانّک عرفت انّ الملحوظ علی طریق المشهور نسبة قیمة المعیب التی هی الستّة الی مجموع نصف الثمانیة ، و نصف العشرة الذی هو التسعة قیمة منتزعة ، فانّ نسبة الستّة الی التسعة بالثلث ، لانّ نسبة التفاوت بین الستّة و التسعة الی التسعة بالثلث ، فیؤخذ من الثمن ثلثه و هو اربعة من اثنی عشر ، لو فرض الثمن اثنی عشر (۸) قوله (المجعول)

وعلى الطريق الآخر (١) نسبة المعيب الى كلّ من القيمتين المستلزمة (٢) لملاحظة اخذ نصفه (٣) مع نصف الآخر (٤) ليجمع بين البيّنتين فى العمل ، و المفروض فى هذه الصورة ، انّ نسبة المعيب (٥) الى مجموع نصفى قيمتى الصحيح (٦) التى هى طريقة المشهور

← صفة لقوله (مجموع) مضاف (١) و حاصله ، انّ الملحوظ على الطريق الآخر ، نسبة قيمة المعيب الى كلّ واحدة من القيمتين للصحيح ، و هذه النسبة المذكورة مستلزمة لملاحظة نسبة قيمة نصف المعيب مع قيمة نصف كلّ واحدة من القيمتين للصحيح الذى هو الطرف الآخر لتلك النسبة ، و لأجل ذلك يجمع بين البيّنتين فى مقام العمل ، اى يؤخذ بقول احديهما فى نصف المبيع ، و بقول الاخرى فى الآخر ، فيكون نسبة تفاوت احديهما ربعا ، و نسبة تفاوت الاخرى ، خمسين ، فيؤخذ نصف الربع و نصف الخمسين و هو ناقص عن الثلث بنصف الخمس (٢) قوله (المستلزمة) صفة لقوله (نسبة المعيب) ، (٣) فالمراد من مرجع الضمير ، هو قيمة المعيب (٤) فالمراد بالآخر ، فى قوله (مع نصف الآخر) هو نصف كلّ واحدة من القيمتين للصحيح ، لانّ للنسبة المذكورة طرفان ، احدهما ، قيمة نصف المعيب ، و الآخر ، هو نصف كلّ واحدة من القيمتين للصحيح (٥) اى نسبة قيمة المعيب (٦) اى نسبة قيمة المعيب التى هى الستة الى مجموع نصفى قيمتى الصحيح الذى هو التسعة ، مخالفة لنسبة نصف قيمة المعيب الى كلّ واحد من النصفين لقيمتى الصحيح ، فأحد النصفين هو الأربعة ، و الآخر هو الخمسة ، فانّ نصف قيمة المعيب الى الأربع ، بالربع ، و نسبة نصف قيمة المعيب الى الخمسة ، بالخمسين ، فيؤخذ نصف الربع و نصف

مخالفة (١) لنسبة نصفه (٢) الى كلّ من النصفين ، لانّ نسبة الكلّ (٣)

← الخمسين ، فيكون ثمنا و خمسا ، و هو ناقص عن الثلث الذى هو الأخذ على طريق المشهور بنصف الخمس (١) قوله (مخالفة) خبر لِ (انّ) فى قوله (انّ نسبة المعيب) ، (٢) الضمير يرجع الى قيمة المعيب ، يعنى انّ نسبة قيمة المعيب الى مجموع نصفى قيمتى الصحيح التى هى طريقة المشهور ، مخالفة لنسبة نصف قيمة المعيب الى كلّ واحدة من النصفين لقيمتى الصحيح (٣) دخل و دفع ، امّا الدخل ، فانّ نسبة الكلّ الذى هو الستّة الى الكلّ الذى هو التسعة ، مساوية لنسبة نصف الستة الذى هو الثلاثة الى كلّ واحد من نصفى التسعة و هو الأربعة و النصف ، فحينئذ يلزم ان تكون نسبة الثلاثة الذى هو نصف الستّة ، بناء على طريق الشهيد (ره) الى كلّ واحد من نصفى التسعة الذين احدهما ، الأربعة ، و الآخر الخمسة ، مساوية لنسبة الكلّ ، اى الستة الى الكلّ ، اى التسعة ، لا مخالفة لها ، و امّا الدفع ، فانّ نسبة الكلّ الذى هو الستّة الى الكلّ الذى هو التسعة ، مساوية لنسبة نصف الكلّ الذى هو الثلاثة الى نصف الكلّ الآخر الذى هو الأربعة و النصف ، فانّ نسبة نصف الستّة الى كلّ واحد من نصفى التسعة مساوية ، لانّ نسبة الستة الى احد نصفى التسعة الذى هو الأربعة و النصف ، عين نسبة نصف الستّة الى النصف الآخر للتسعة الذى هو ايضا الأربعة و النصف ، بخلاف نسبة نصف الستة الى كلّ واحد من النصفين المركب منهما التسعة ، فان احدهما ، الأربعة ، و الآخر ، الخمسة ، فانّ نسبة نصف الستّة المنسوب الى احد ، بعض المنسوب اليه ، كالأربعة ، نسبة مغايرة لنسبة نصف الستّة المنسوب ←

الى الكلّ (١) تساوى نسبة نصفه (٢) الى كلّ من نصفى ذلك الكلّ و هو (٣) الأربعة و النصف فى المثال ، لا (٤) الى كلّ من النصفين المركب منهما ذلك الكلّ (٥) كالأربعة و الخمسة ، بل النصف (٦) المنسوب الى احد بعض المنسوب اليه ، كالأربعة ، نسبة مغايرة لنسبته الى البعض الآخر ، اعنى الخمسة ، و هكذا غيره من الأمثلة . و ان كان الاختلاف فى المعيب فقط ، فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقين ابدا

← الى بعض الآخر ، و هو الخمسة ، و الحاصل : انّ الكسر الملحوظ من نسبة ثلاثة الى الأربعة ، و من نسبة ثلاثة الى الخمسة الذى هو طريق الشهيد (ره) غير الكسر الملحوظ من نسبة الثلاثة الى اربعة و نصف الذى ، هو طريق المشهور (١) فالمراد من الكلّ الأول ، هو الستّة ، و المراد من الكلّ الثانى ، هو التسعة (٢) يرجع الضمير الى الكلّ الأول يعنى نسبة نصف الستّة الى كلّ واحد من نصفى ذلك الكلّ الثانى (٣) الضمير يرجع الى كلّ من نصفى ذلك الكلّ (٤) ،﴿ لا ﴾ فى قوله (لا الى كلّ من النصفين) عطف على قوله (الى كلّ من النصفين) يعنى انّ نسبة الكلّى الى الكلّ ، لا تساوى نسبة نصفه الى كلّ من النصفين المركب منهما ذلك الكلّ (٥) فالمراد من ذلك الكلّ ، هو التسعة (٦) بل نسبة نصف الستّة المنسوب الى الأربعة ، نسبة مغايرة لنسبته الى الخمسة ، فانّ نسبة نصف الستّة الى الأربع ، هو الربع ، لانّ نسبة التفاوت بين الثلاثة و الأربعة الى الأربع ، هو الربع ، و نسبة نصف الستّة الى الخمسة ، خمسان لانّ نسبة التفاوت بين الثلاث و الخمسة الى الخمسة ، خمسان ، فيؤخذ نصف الربع ، و نصف الخمسين ، فيكون ثمنا و خمسا ، و هو ناقص عن ←

لانّ نسبة الصحيح (١) الى نصف مجموع قيمتى المعيب على ما هو طريق المشهور، مساوية لنسبة نصفه (٢) الى نصف احديهما (٣) و نصفه الآخر الى نصف الاخرى ، كما اذا اتّفقا على كون الصحيح ، اثنى عشر

← طريق المشهور بنصف خمس (١) اى لانّ نسبة قيمة الصحيح الى نصف مجموع قيمتى المعيب على طريق المشهور، مساوية لنسبة نصف قيمة الصحيح الى نصف احدى قيمتى المعيب ، و نصفها الآخر الى نصف الاخرى ، كما اذا اتّفقا على كون الصحيح ، اثنى عشر، و قالت احديهما : انّ المعيب ثمانية ،و قالت الاخرى: انّ المعيب ، ستّة ، فيكون نصفهما سبعة ، فنسبة التفاوت بين السبعة و الاثنى عشر، الى الاثنى عشر، هى خمسة من اثنى عشر، و هذه مساوية لنسبة نصف مجموع تفاوتى الثمانية مع الاثنى عشر، و الستّة مع الاثنى عشر، لانّ نسبة الأولين بالثلث ، لانّ نسبة التفاوت بين الثمانية و الاثنى عشر ، الى الاثنى عشر بالثلث ،و نسبة الآخرين بالنصف ، لانّ نسبة التفاوت بين الستّة و الاثنى عشر بالنصف و نصفهما يكون سدسا و ربعا ، فانّ سدس الاثنى عشر ، هو الاثنان ،لو فرض الثمن اثنى عشر ، و ربعه ثلاثة ، فالاثنان و الثلاثة عين تفاوت السبعة و الاثنى عشر، لانّ نسبة تفاوتهما ايضا خمسة من الاثنى عشر فعلى هذا اتّحد طريق المشهور و طريق الشهيد (ره) ، لانّ المشترى على كلّ واحد من الطريقين يأخذ من البايع خمسة من الاثنى عشر، لو فرض الثمن اثنى عشر (٢) اى نصف قيمة الصحيح (٣) الضمير المثنّى يرجع الى قيمتى المعيب

و قالت احد يهما : المعيب ثمانية ، و قالت الاخرى : ستّة ، فانّ تفاوت السبعة (١) و الاثنى عشر الذى هو طريق المشهور ، مساو لنصف مجموع تفاوتى الثمانية مع الاثنى عشر ، و الستّة مع الاثنى عشر ، لانّ نسبة الأولين (٢) بالثلث و الآخرين (٣) بالنصف ، و نصفهما (٤) السدس و الربع ، و هذا (٥) بعينه تفاوت السبعة و الاثنى عشر ، و ان اختلفا فى فى الصحيح و المعيب ، فان اتّحدت النسبة بين الصحيح و المعيب على كلتا البيّنتين

---

(١) فانّ نسبة التفاوت بين السبعة و الاثنى عشر الى الاثنى عشر الذى هو طريق المشهور ، مساوية لنسبة التفاوت بين الثمانية و الاثنى عشر الى الاثنى عشر الذى هو الثلث ، فيكون نصفه سدسا و لنسبة التفاوت بين الستّة و الاثنى عشر الى الاثنى عشر الذى هو النصف ، فيكون نصفه ربعا ، فسدس الاثنى عشر و ربعه يكون خمسة ، فعلى الفرض المذكور اتّحد طريق المشهور مع طريق الشهيد (ره) لانّ المشترى يأخذ من البايع ، خمسة من الاثنى عشر على كلّ واحد من الطريقين ، لو فرض الثمن ، اثنى عشر (٢) فالمراد بالأولين ، هو الثمانية مع الاثنى عشر (٣) فالمراد بالآخرين ، هو الستّة مع الاثنى عشر (٤) الضمير يرجع الى الثلث و النصف ، اى نصف الثلث هو السدس ، و نصف النصف هو الربع (٥) قوله (هذا) اشارة الى السدس و الربع ، يعنى انّ السدس و الربع بعينه تفاوت السبعة و الاثنى عشر ، لانّ سدس الاثنى عشر ، اثنان و ربعه ، ثلاثة ، فيكون المجموع ، خمسة من الاثنى عشر ، و نسبة التفاوت بين السبعة و الاثنى عشر الى الاثنى عشر ايضا ، خمسة ، من ←

فیتّحد الطریقان (١) دائما ، کما اذا قوّمه (٢) احدیهماصحیحا ، باثنی عشر ، و معیبا ، بستّة ، و قوّمه الاخری صحیحا ، بستّة ، و معیبا ، بثلاثة فانّ نصف الصحیحین(٣) اعنی التسعة ، تفاوته (٤) مع نصف مجموع المعیبین (٥) و هو الأربعة و نصف ، عین (٦) نصف تفاوتی الاثنی عشر مع الستّة (٧) و الستّة مع الثلاثة ، و الحاصل : انّ کلّ صحیح ضعف (٨) المعیب ، فیلزمه کون نصف الصحیحین ، ضعف نصف المعیبین

← الاثنی عشر (١) ای طریق المشهور و طریق الشهید (٢) الضمیر عائد الی المبیع المعیب (٣) فالمراد من الصحیحین ، هو الاثنی عشر و الستّة فنصفهما تسعة (٤) یرجع الضمیر الی نصف الصحیحین الذی هو التسعة (٥) فالمراد من المعیبین ، هو الستّة و الثلاثة ، فنصفهما اربعة و نصف (٦) قوله (عین) خبر لِ (انّ)، (٧) ای نسبة التفاوت بین الستّة و الاثنی عشر ، هو النصف ، فیکون نصفه ربعا ، و نسبة التفاوت بین الثلاثة و الستّة الی الستّة ، هو النصف ایضا ، فیکون نصفه ، ربعا ، فمجموع ربعین یکون نصفا ، فیأخذ المشتری من البایع ، نصف الثمن ، هذا علی طریق الشهید ، امّا علی طریق المشهور ، فانّ نصف الصحیحین ، هو التسعة و نصف المعیبین ، هو الأربعة و النصف ، فنسبة التفاوت بین الأربعة و النصف ، و التسعة الی التسعة ، هو النصف ، فیأخذ المشتری من البایع علی هذا الطریق ، نصف الثمن ایضا ، فالطریقان یتّحدان فی الفرض المذکور (٨) ، (ضِعْفُ الشئ) مثلُه فی المقدار ، و (ضِعْفاه) مثلاهُ ، و جائز فی کلام العرب ان یکون الضِعْف المِثْل الواحد و ما زاد علیه من الامثال ، یقال : (لك ضِعْفُه) ای مثلاه و ثلاثة امثاله ، لانّه ←

و ان اختلف النسبة ، فقد يختلف الطريقان (١) و قد يتّحدان (٢) و قد تقدّم مثالهما (٣) فی اوّل المسئلة ، ثمّ انّ الأظهر ، بل المتعيّن فی المقام هو الطريق الثانی المنسوب الی الشهيد قدّس سرّه ، وفاقا للمحكّی عن ايضاح النافع (۴) حيث ذكر (۵) انّ طريق المشهور ليس بجيّد ، و لم يذكر وجهه (۶) و يمكن ارجاع كلام الأكثر اليه (٧) كما سيجئ ، و وجه تعيّن هذا الطريق (٨) انّ اخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور

← فی الأصل زيادة غير محصورة ، و عن الكلّيات (اقلّ الضعف محصور ، و هو المثل الواحد ، و اكثره غير محصور) ج ، اضعاف (اقرب الموارد) فالمراد من (الضِعْف) هنا ، مثلان ، يعنی انّ الصحيح مثلان للمعيب فی المقدار (١) ای و ان اختلف النسبة بين الصحيح و المعيب على كلتا البيّنتين ، فقد يختلف الطريقان ، و قد تقدّم فی ص ٧٠ بقوله (و قد يختلفان ، كما اذا كانت احدی قيمتی الصحيح ، اثنی عشر ، و الاخری ثمانية ، الخ) ، (٢) ای و قد يتّحد الطريقان ، و قد تقدّم فی ص ٧٠ بقوله (قد يتّحد مع طريق المشهور ، كما فی المثال المذكور) فالمراد من المثال المذكور ، هو قوله فی ص ۶٨ (فاذا كان احدی قيمتی الصحيح اثنی عشر ، و الاخری ستّة ، الخ) ، (٣) ای مثال اختلاف الطريقين و اتّحاد الطريقين (۴) للفاضل القطيفی ، ای الشيخ ابراهيم بن سليمان القطيفی المعاصر للمحقق الكركی (۵) الضمير الفاعل المستتر يرجع الی صاحب ايضاح النافع (۶) ای و لم يذكر وجه عدم كونه جيّدا (٧) يرجع الضمير الی طريق الشهيد (ره) ، (٨) اشارة الی طريق الشهيد (ره)

او النسبة المتوسطة من النسبتین علی الطریق الثانی (١) امّا للجمع بین البیّنتین باعمال کلّ منهما فی نصف العین ، کما ذکرنا (٢) و امّا لأجل انّ ذلك (٣) توسط بینهما ، لأجل الجمع بین الحقین بتنصیف ما به التفاوت ، نفیا و اثباتا ، علی النهج الذی ذکرناه اخیرا (٤) فی الجمع بین البیّنتین ، کما یحکم بتنصیف الدرهم الباقی من الدرهمین المملوکین لشخصین ، اذا ضاع (٥) احدهما المردّد بینهما من عند الودعی

---

(١) فالمراد من الطریق الثانی ، هو طریق الشهید (ره) ، (٢) فالمراد بقوله (ما ذکرنا) هو ما ذکره المصنف (ره) مفصّلا بقوله : فاذا تعذّر العمل به فی تمام مضمونه ، وجب العمل به فی بعضه ، فاذا قوّم احدهما ، بعشرة فقد قوّم کلا من نصفه بخمسة ، الی ان قال : ثمّ انّ المعروف فی الجمع بین البیّنات الجمع بینهما فی قیمتی الصحیح ، فیؤخذ من القیمتین للصحیح نصفهما ، و من الثلاث ثلثها ، الخ (٣) ای و امّا لأجل انّ الجمع توسط بین البایع و المشتری لأجل الجمع بین الحقّین بتنصیف ما به التفاوت ، نفیا فی نصفه ، و اثباتا فی الآخر ، و بعبارة اخری یعمل فی نصف ما به التفاوت بقول المثبت للزیادة ، و فی نصفه الآخر بقول النافی ، فاذا قوّمه احدیهما ، باثنی عشر ، و الآخر ، بثمانیة ، اخذ فی نصف الأربعة بقول المثبت ، و فی نصفها الآخر بقول النافی جمعا بین حقی البایع و المشتری (٤) فالمراد بقوله (علی النهج الذی ذکرناه اخیرا) هو ما تقدم فی ص ٦٨ بقوله (و یمکن ایضا علی وجه التنصیف فی ما به التفاوت بین القیمتین ، الخ) ، (٥) ، (ضاعَ) الشئُ (ض) یَضِیع ضَیْعاً و ضِیْعاً و ضَیْعَةً و ضَیاعاً : فَقَد و هَلَك و تلِفَ و صار مهملا ←

و لم تكن هنا بيّنة تشهد لأحدهما بالاختصاص ، بل و لا ادّعى احدهما اختصاصه (١) بالدرهم الموجود ، فعلى الأول (٢) فاللازم و ان كان هو جمع نصفى قيمتى الصحيح و المعيب، كما فعله (٣) المشهور، بان يجمع (٤) الاثنى عشر و الثمانية المفروضتان قيمتين للصحيح فى المثال المتقدّم ، و يؤخذ نصف احديهما قيمة نصف المبيع ، صحيحا ، و نصف الاخرى ، قيمة للنصف الآخر منه (٥) و لازم ذلك (٦) كون تمامه بعشرة، و يجمع (٧) قيمتا المعيب ، اعنى العشرة و الخمسة ، و يؤخذ لكلّ نصف

← (اقرب الموارد) فالمراد بِـ (ضاعَ) فيما نحن فيه ، هو بمعنى (فَقَدَ) (١) الضمير يرجع الى احدهما (٢) فالمراد بالأول ، هو قوله (امّا للجمع بين البيّنتين باعمال كلّ منهما فى نصف العين) ، (٣) يرجع الضمير الى جمع نصفى قيمتى الصحيح و المعيب (٤) و المصنف (ره) شرع ان يبيّن طريق الجمع ، بقوله (بان يجمع الاثنى عشر و الثمانية المفروضتان قيمتين للصحيح فى المثال المتقدم فى ص ٧٠ بقوله (كما اذا كانت احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر ، و الاخرى ، ثمانية ، الخ) و يؤخذ نصف احديهما كالستّة ، مثلا نصف الاثنى عشر ، فانّها قيمة لنصف المبيع صحيحا ، و نصف الاخرى ، كالأربعة ، نصف الثمانية ، فانّها قيمة للنصف الآخر من المبيع ، و لازم هذا الجمع و الملاحظة و الأخذ ، هو كون تمام المبيع بعشرة ، لانّ الستّة ، نصف الاثنى عشر ، و الأربعة نصف الثمانية ، فاذا جمعتا صار المجموع ، عشرة (٥) الضمير يرجع الى المبيع (٦) اى لازم الجمع المذكور و الملاحظة و الأخذ ، كون تمام المبيع عشرة (٧) قوله (يجمع) عطف على قوله (يجمع) السابق

من المبیع المعیوب ، نصف من احدهما ، و لازم ذلك (۱) کون تمام المبیع، بسبعة و نصف، الّا انّه لا ینبغی ملاحظة نسبة المجموع من نصفی احدی القیمتین (۲) اعنی ، العشرة (۳) الی المجموع من نصف الاخری (۴) اعنی ، سبعة و نصفا (۵) کما نسب الی المشهور، لانّه (۶) اذا فرض لکلّ نصف من المبیع ، قیمة تغایر قیمة النصف الآخر، وجب ملاحظة التفاوت

---

(۱) ای لازم الجمع المذکور، کون تمام المبیع بسبعة و نصف،لانّ الخمسة نصف العشرة ، و الاثنین و النصف ، نصف الخمسة ، اذا جمعتا صار المجموع سبعة و نصفا (۲) فالمراد من احدی القیمتین ، هو القیمة للصحیح (۳) قوله (اعنی ، العشرة) تفسیر للمجموع من نصفی احدی القیمتین (۴) فالمراد بقوله (الاخری) هو القیمة للمعیب (۵) قوله(اعنی سبعة و نصفا) تفسیر للمجموع من نصف الآخر (۶) قوله (لانّه اذا فرض الخ) علّة لقوله (لا ینبغی ملاحظة نسبة المجموع ، الخ) ای و انّما لا ینبغی ملاحظة نسبة المجموع الی المجموع ، لانّه اذا فرض لکلّ نصف المبیع قیمة تغایر لقیمة النصف الآخر، مثلا نصف المبیع ستّة ، و نصفه الآخر، اربعة صحیحا ، و نصفه خمسة ، و نصفه الآخر ، اثنان و نصف معیبا ، وجب ملاحظة التفاوت بالنسبة الی کلّ واحد من نصفی المبیع صحیحا و معیبا بان تنسب الستّة الی الخمسة، و الأربعة الی الاثنین و النصف ، و اخذ الأرش لکلّ نصف علی حسب تفاوت صحیحه و معیبه ، فانّ ارش النصف الأول للمبیع ، السدس ، و ارش النصف الثانی للمبیع ، هو ثلاثة اثمان و ینصف المجموع ، اعنی ستّة، و نصفا من الاثنی عشر ، لو فرض الثمن اثنی عشر ، و یؤخذ نصفه ، و هو ثلاثة و ربع ، لا ان تنسب العشرة الی ←

بالنسبة الى كلّ من النصفين (١) صحيحا و معيبا ، و اخذ الأرش لكلّ نصف (٢) على حسب تفاوت صحيحه (٣) و معيبه ، فالعشرة ليست قيمة لمجموع الصحيح ، الّا باعتبار ان نصفه (٤) مقوّم بستّة ، و نصفه الآخر (٥) بأربعة ، وكذا السبعة و النصف ليست قيمة لمجموع المعيب الّا باعتبار ان نصفه (٦) مقوّم بخمسة ، و نصفه الآخر باثنين و نصف ، فلاوجه (٧) لأخذ تفاوت ما بين مجموع العشرة و السبعة و النصف

← سبعة و نصف ، حتى يقال : انّ الأرش هو الربع ، اى الثلاثة من الاثنى عشر (١) اى الى كلّ من النصفين للمبيع (٢) اى لكلّ نصف من المبيع (٣) الضمير يرجع الى المبيع (٤) يرجع الضمير الى الصحيح (٥) قوله (الآخر) صفة لِـ (النصف) المضاف (٦) اى نصف المعيب (٧) اى فلا وجه لأخذ التفاوت ما بين مجموع العشرة التى ، هى قيمة منتزعة للصحيح ، و بين السبعة و النصف التى هى قيمة منتزعة للمعيب على ما هو مقتضى طريق المشهور ، بل لابدّ من اخذ تفاوت ما بين الأربعة التى هى قيمة نصف المبيع الذى قوّمه احد المقوّمين صحيحا بها ، و بين الاثنين و النصف الذى هو قيمة نصف المبيع الذى قوّمه المقوّم المذكور معيبا بها ، و هذا التفاوت الذى كان بين الأربعة و الاثنين و النصف كائن لنصف من المبيع ، و اخذ تفاوت ما بين الستّة التى هى قيمة لنصف المبيع الذى قوّمه المقوّم الآخر صحيحا بها ، و بين الخمسة التى هى قيمة للنصف الآخر للمبيع الذى قوّمه المقوّم المذكور معيبا بها ، و هذا التفاوت الذى كان بين الستّة و الخمسة كائن للنصف الآخر للمبيع على ما هو مقتضى طريق الشهيد (ره) ، فعلم ممّا ذكر ، انّه حصل الفرق بين نسبة ←

بل لابدّ من اخذ تفاوت ما بین الأربعة و الاثنین و نصف لنصف (۱) منه و تفاوت ما بین الستّة و الخمسة للنصف (۲) الآخر ، و توهّم انّ حکم شراء شئ تغایر (۳) قیمتا نصفیه حکم ما (۴) لو اشتری بالثمن الواحد مالین معیبین مختلفین فی القیمة صحیحا و معیبا ، بان اشتری عبدا و جاریة باثنی عشر ، فظهرا معیبین ، و العبد یسوی اربعة ، صحیحا ، و اثنین و نصف ، معیبا ، و الجاریة تسوی ستّة ، صحیحة ، و خمسة ، معیبة ،فانّه لا شکّ فی انّ اللازم فی هذه الصورة ، ملاحظة مجموع قیمتی الصفقة صحیحة و معیبة ، اعنی العشرة و السبعة و النصف ، و اخذ التفاوت و هو الربع من الثمن ، و هو ثلاثة ، اذا فرض الثمن ، اثنی عشر ، کما هو طریق المشهور فیما نحن فیه ، مدفوع (۵) بانّ الثمن فی المثال لما کان موزّعا علی العبد و الجاریة

← المجموع الی المجموع الذی هو مقتضی طریق المشهور ، و بین نسبة البعض الی البعض الذی هو مقتضی طریق الشهید (ره) ، فانّ المشتری یأخذ من البایع علی الأول ، ربع الثمن الذی هو الثلاثة من الاثنی عشر و انّه یأخذ من البایع ، علی الثانی ، نصف السدس ، و نصف ثلاثة الاثمان ، و مجموعهما ثلاثة و ربع من الاثنی عشر (۱) قوله (لنصف) متعلق بالکائن ، المقدّر الذی هو صفة للتفاوت المضاف (۲) قوله (للنصف) متعلق ایضا بالکائن المقدّر الذی هو صفة للتفاوت المضاف (۳) قوله (تغایر) فعل مضارع ، و فاعله قوله (قیمتا) المضاف الی نصفیه ، و جملة (تغایر قیمتا نصفیه) صفة لِ (شئ) ، (۴) قوله (حکم) مضاف الی (ما) خبر لِ (انّ) ، (۵) قوله (مدفوع) خبر لمبتدأ مقدّم ، و هو قوله ←

بحسب قيمتهما (١) فاذا اخذ المشترى ربع الثمن ارشا ، فقد اخذ للعبد ثلاثة اثمان قيمته (٢)

← (توهّم) مضاف (١) حاصل هذه العبارة المذكورة : انّ الثمن المسمّى فى المثال المذكور الذى هو الاثنى عشر دينارا ، يوزّع على العبد و الجارية بحسب قيمتهما ، حال كونهما صحيحين ، و هى اربعة للعبد و ستّة للجارية ، و مقتضى هذا التوزيع مع فرض انّ كلّ دينار ، عشرة دراهم ان تكون حصة العبد من عشرة دينارين ، و من الدينارين ، ثمانية دراهم فتكون حصة العبد من الاثنى عشر ، اربعة دنانير و ثمانية دراهم ، ان تكون حصة العبد من عشرة الثمن ، اربعة دنانير ، و من اثنى الثمن الذى هو الدينار ان ، ثمانية دراهم ، فتكون حصة العبد من الاثنى عشر ، اربعة دنانير و ثمانية دراهم ، و بعبارة اخرى : تكون حصة العبد اربعة و اربعة اخماس ، و ان تكون حصة الجارية من عشرة الثمن ، ستّة دنانير ، و من الدينارين ، دينارا واحدا و درهمين ، فتكون حصتها من الثمن سبعة دنانير و درهمين ، و بعبارة اخرى : تكون حصتها من الاثنى عشر ، سبعة و خمسا (٢) يعنى نسبة الاثنين و النصف الذى كان قيمة العبد معيبا الى الأربعة الذى كان قيمة العبد صحيحا ، هو ثلاثة اثمان ، فيأخذ المشترى من ثمن العبد الذى فرض انّه اربعة و اربعة اخماس ، ثلاثة اثمانه ، فيأخذ واحدا و اربعة اخماس ، اى دينارا و ثمانية دراهم ، و نسبة الخمسة الذى كان قيمة الجارية معيبة الى الستّة الذى كان قيمة الجارية صحيحة ، هو السدس ، فيأخذ المشترى من ثمن الجارية الذى فرض انّه سبعة و خمس سدسه ، فيأخذ واحدا و خمسا ، اى دينارا و ←

و للجارية سدسها (١) كما هو الطريق المختار (٢) لانه (٣) اخذ من مقابل الجارية ، اعنى سبعة و خمسا ، سدسه (۴) و هو واحد و خمس و من مقابل العبد ، اعنى اربعة و اربعة اخماس ، ثلاثة اثمان ، و هو (۵) واحد و اربعة اخماس ، فالثلاثة التى (۶) هى ربع الثمن ، منطبق

← درهمين ، فانّ الثلاثة الذى هو ربع الثمن على ما هو مقتضى طريق المشهور ، منطبق على السدس ، اى الواحد و الخمس المأخوذ للجارية وعلى ثلاثة اثمان ، اى واحد و اربعة اخماس ، و هو مأخوذ للعبد على ما هو مقتضى طريق الشهيد ، لانّ الواحد و الخمس مع واحد و اربعة اخماس ، صار ثلاثة (١) اى سدس قيمة الجارية (٢) اى كما هو الطريق المختار الذى هو طريق الشهيد ايضا (٣) اى و انّما قلنا ، فاذا اخذ المشترى ، ربع الثمن ارشا ، فقد اخذ للعبد ثلاثة اثمان قيمته و للجارية سدسها ، لانّ المشترى اخذ من مقابل الجارية ، اعنى ، سبعة و خمسا ، سدسه ، و هو واحد و خمس ، اى دينار واحد و درهمين ، و من مقابل العبد ، اعنى اربعة و اربعة اخماس ، ثلاثة اثمانه ، و هو واحد و اربعة اخماس ، اى دينار واحد و ثمانية دراهم ،فيكون مجموعهما، ثلاثة دنانير ، فالثلاثة الذى هو ربع الثمن الذى هو مقتضى طريق المشهور منطبق على السدس ، و ثلاثة اثمان الذى هو مقتضى طريق الشهيد (ره) لانّ مجموع السدس و ثلاثة اثمان ، هو الثلاثة (۴) اى سدس ، سبعة و خمس (۵) الضمير يرجع الى ثلاثة اثمان (۶) فلا يخفى ، انّه يقال فى المذكر، الثلاثة ، و فى المؤنث ، الثلاث ، فحينئذ ينبغى ان يكون صفة الثلاثة فى العبارة ، مذكّرا لا مؤنثا ، فالشاهد على هذا قوله تعالى←

علی السدس و ثلاثة اثمان، بخلاف ما نحن فیه (١) فانّ المبذول فی مقابل کلّ من النصفین المختلفین بالقیمة، امر واحد، و هو نصف الثمن فالمناسب لما نحن فیه فرض شراء کلّ من الجاریة و العبد، فی المثال المفروض، بثمن مساو للآخر، بان اشتری کلّا منهما بنصف الاثنی عشر فی عقد واحد اوعقدین، فلا یجوز حینئذ اخذ الربع من اثنی عشر، بل المتعیّن (٢) حینئذ ان یؤخذ من ستّة الجاریة، سدس، و من ستّة

← فی سورة التوبة ٩ و آیة ١١٨ : وعلی الثلاثة الذین خلّفوا (١) یعنی انّ ثمن العبد فی المثال المفروض، هو اربعة و اربعة اخماس من الاثنی عشر، و ثمن الجاریة، سبعة و خمس من الاثنی عشر، فانّ ثمن العبد مغایر لثمن الجاریة، بخلاف ما نحن فیه الذی لا یغایر فیه ثمن نصف المبیع مع ثمن نصفه الآخر، لانّ المبذول من الثمن فی مقابل کلّ واحد من النصفین للمبیع الواحد، هو الستة، فقیاس ما نحن فیه علی مثال العبد و الجاریة قیاس مع الفارق، فالمناسب لما نحن فیه فرض شراء کلّ من الجاریة و العبد فی المثال المفروض بثمن مساو للآخر، بان اشتری کلّا منهما بنصف الاثنی عشر فی عقد واحد اوعقدین، فلا یجوز حینئذ اخذ الربع، ای الثلاثة من الاثنی عشر، بناء علی طریق الشهید بل المتعیّن حینئذ ان یؤخذ ثلاثة و ربع من الاثنی عشر (٢) بل المتعیّن حینئذ ان یؤخذ من ستّة الجاریة، سدسه، لانّ نسبة التفاوت بین الخمسة و الستّة الی الستّة، هو السدس، و یؤخذ من ستة العبد اثنان و ربع، لانّ نسبة التفاوت بین الاثنین و النصف و الأربعة الی الأربعة، ثلاثة اثمان، ای اثنان و ربع من الستة، فیصیر المجموع ←

العبد ، اثنان و ربح ، فیصیر مجموع الأرش ثلاثة و ربعا ، و هـو (۱) المأخوذ فی المثال المتقدّم (۲) علی الطریق الثانی (۳). و قد ظهر (۴) ممّا ذکرنا ، انّه لا فرق بین شهادة البیّنات بالقیم ، او شهادتهم بنفس النسبة بین الصحیح و المعیب ، و ان لم یذکروا القیم ، هذا کلّه (۵)

← ثلاثة و ربعا ، و هو المأخوذ ارشا فی المثال المتقدم علی الطریق الثانی ، ای طریق الشهید (ره) . (۱) الضمیر یرجع الی ثلاثة و ربعا (۲) فالمراد من المثال المتقدم ما تقدم فی ص ۷۰ بقوله (و قد یختلفان ، کما اذا کانت احدی قیمتی الصحیح ، اثنی عشر ، و الاخری ، ثمانیة ، الخ) (۳) فالمراد من الطریق الثانی ، هو طریق الشهید (ره) . (۴) ای و قد ظهر ممّا ذکرنا فی وجه تعیّن الطریق الثانی ، انّه لا فرق فی تعیّنه بین شهادة البیّنات بالقیم ، بان شهدت احدی البیّنتین ، بانّ قیمة المبیع اثنی عشر ، صحیحا ، و قیمته عشرة ، معیبا ، و شهدت الاخری ، بانّ قیمته ثمانیة ، صحیحا ، و قیمته خمسة ، معیبا ، او شهادتهم بنفس النسبة بین الصحیح و المعیب ، و ان لم یذکروا القیم ، کما اذا شهدت احدیهما ، انّ النسبة بین المعیب و الصحیح ، هو السدس ، و شهدت الاخری ، انّ النسبة بینهما ، ثلاثة اثمان (۵) فلا یخفی ، انّ مستند المشهور فی اخذ القیمة الوسطی ، اثنان ، احدهما ، انّ مستنده فی القیمة الوسطی ، هو العمل بکلّ من البیّنتین فی جزء من المبیع ، فقد تقدّم ، انّ المتعیّن حینئذ ، هو الطریق الثانی ، و ثانیهما ، انّ مستنده فی القیمة الوسطی ، هو مجرد الجمع بین الحقّین ، بان ینزّل القیمة الزائدة التی قوّمت المبیع بها احدی البیّنتین ، و یرتفع القیمة الناقصة ←

اذا كان مستند المشهور فى اخذ القيمة الوسطى العمل بكلّ من البيّنتين فى جزء من المبيع ، و امّا اذا كان المستند مجرّد الجمع بين الحقّين على ما ذكرناه اخيرا (١) بان ينزل القيمة الزائدة ، و يرتفع الناقصة على حدّ سواء ، فالمتعيّن الطريق الثانى (٢) ايضا ، سواء شهدت البيّنتان (٣) بالقيمتين ، ام شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب ، امّا اذا شهدتا بنفس التفاوت (٤) فلانّه اذا شهدت احديهما ، بانّ

← التى قوّمته بها البيّنة الاخرى ، حتى تكون القيمتان على حدّ سواء مثلا ، فاذا قوّمت المبيع ، احديهما ، باثنى عشر ، و الاخرى ، بثمانية اخذ فى نصف الأربعة بقول مثبت الزيادة ، و فى نصفها الآخر ، بقول نافيها ، جمعا بين حقى البايع و المشترى ، فحينئذ المتعيّن هو الطريق الثانى ايضا (١) فالمراد بقوله (ما ذكرناه اخيرا) هو ما ذكره فى ص٦٨ بقوله : و يمكن ايضا على وجه التنصيف ،الخ (٢) فالمراد من الطريق الثانى ، هو طريق الشهيد (ره) ، (٣) اى سواء شهدت البيّنات بالقيمتين ، بان قالت احدى البيّنتين : انّ قيمة المبيع صحيحا ، اثنى عشر ، و قيمته معيبا ، عشرة ، و قالت الاخرى : انّ قيمته صحيحا ، ثمانية و قيمته معيبا ، خمسة ، ام شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب بان قالت احديهما : انّ النسبة بين المعيب و الصحيح ، هو السدس ، و قالت البيّنة الاخرى : انّ النسبة بينهما ، ثلاثة اثمان (٤) يعنى اذا شهدت البيّنات بنفس التفاوت و النسبة ، فلانّه اذا شهدت احدى البيّنتين ، بانّ التفاوت و النسبة بين المعيب و الصحيح ، بالسدس ، و هو الاثنان من الاثنى عشر ، لو فرض الثمن المسمّى ، اثنى عشر ، و شهدت ←

التفاوت بین الصحیح و المعیب بالسدس ، و هو الاثنان من اثنی عشر و شهدت الاخری ، بانّه (۱) بثلاثة اثمان ، و هو (۲) الثلاثة من ثمانیة زدنا علی السدس ما ینقص (۳) من ثلاثة اثمان ، و صار کلّ واحد من التفاوتین بعد التعدیل سدسا (۴) و نصف سدس و ثمنه ، و هو (۵) من الثمن المفروض اثنی عشر

← الاخری ، بانّ التفاوت و النسبة بین المعیب و الصحیح ، ثلاثة اثمان و هو اربعة و نصف ، ای اربعة دنانیر و خمسة دراهم ، زدنا علی السدس الذی هو الاثنان ما ینقص من ثلاثة اثمان ، و هو اربعة و نصف ، و توضیح ذلك ، انّ التفاوت بین سدس الاثنی عشر ، و ثلاثة اثمانه ، اثنان و نصف ، لانّ سدس الاثنی عشر ، اثنان ، و ثلاثة اثمانه ، اربعة و نصف و التفاوت بینهما اثنان و نصف ، و ینصّف هذا التفاوت و یجعل نصفه ، و هو واحد و ربع علی الاثنین ، و یبقی نصفه الآخر ، و هو واحد و ربع ایضا علی حاله ، و صار کلّ واحد منهما بعد التعدیل سدسا ، و هو اثنان ، و نصف السدس ، و هو واحد ، و ثمن السدس ، و هو ربع الواحد ، فیکون مجموع السدس و نصفه و ثمنه من الاثنی عشر ، ثلاثة و ربعا ، ای ثلاثة دنانیر و درهمان و نصف درهم (۱) الضمیر یرجع الی التفاوت (۲) فلایخفی ، انّ الضمیر علی فرض صحة النسخة ، یرجع الی ثلاثة اثمان (۳) فالمراد ، انّه یزاد علی السدس و ینقص عن ثلاثة اثمان بنسبة واحدة حتی یحصل التعدیل (۴) فالمراد من السدس ، هو الاثنان ، و من نصف السدس ، هو الواحد ، و من ثمنه ، هو الربع فیکون المجموع من الاثنی عشر ، ثلاثة و ربعا (۵) الضمیر یرجع الی ←

ثلاثة و ربع (١) كما ذكرنا (٢) سابقا ، و ان شهدت البيّنتان (٣) بالقيمتين ، فمقتضى الجمع بين حقّى البايع و المشترى فى مقام اعطاء الأرش (٤) و اخذه تعديل قيمتى كلّ من الصحيح و المعيب بالزيادة و النقصان بأخذ قيمة نسبته (٥) الى المعيب ، دون نسبة القيمة الزائدة و فوق نسبة الناقصة ، فيؤخذ (٦) من الاثنى عشر و العشرة ، و من الثمانية و الخمسة قيمتان للصحيح و المعيب نسبة احديهما الى الاخرى يزيد على السدس بما ينقص من ثلاثة اثمان ، فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما (٧)

← السدس و نصف السدس و ثمنه (١) قوله (ثلاثة و ربع) خبر لمبتدأ مقدّم و هو قوله (هو) ، (٢) فالمراد من قوله (كما ذكرنا سابقا) هو ما تقدّم فى ص ١٧ بقوله (و على الثانى ، يؤخذ التفاوت بين الصحيح و المعيب على احدى البيّنتين بالسدس ، و على الاخرى بثلاثة اثمان ، الخ) (٣) قوله (ان شهدت البيّنات) عطف على قوله (اذا شهدتا) ، (٤) اى فى مقام اعطاء البايع ، الأرش ، و اخذ المشترى ايّاه (٥) الضمير يرجع الى الصحيح (٦) اى فيؤخذ من الاثنى عشر ، و العشرة ، و من الثمانية و الخمسة ، قيمتان جديدتان للصحيح و المعيب نسبة احديهما على الاخرى يزيد على السدس بما ينقص من ثلاثة اثمان (٧) اى فيؤخذ قيمتان جديدتان يزيد صحيحهما على المعيب بسدس و نصف سدس و ثمن سدس ، مثلا اذا فرضنا ، انّ القيمة الجديدة للصحيح ، هو التسعة و ثلاثة اخماس ، و انّ القيمة الجديدة للمعيب ، سبعة ، فانّ التسعة و ثلاثة اخماس الذى هو قيمة الصحيح ، يزيد على السبعة الذى هو قيمة المعيب بسدس و نصف سدس و ثمن سدس ، و توضيح ذلك : انّه ←

على المعيب بسدس و نصف سدس و ثمن سدس ، و من هنا (۱) يمكن ارجاع كلام الأكثر الى الطريق الثانى بان يريدوا (۲) من اوسط القيم

← اذا فرضنا ، انّ قيمة الصحيح تسعة دنانير و ثلاثة اخماس ، و فرض انّ الدينار الواحد ، يسوى خمسة توامين ، فيضرب قيمة الصحيح فى خمسة توامين ، فيكون حاصل الضرب ، ثمانية و اربعين تومانا ، و يضرب قيمة المعيب ايضا فى خمسة توامين ، فيكون حاصل الضرب ، خمسة و ثلاثين تومانا ، فيكون التفاوت بينهما ثلاثة عشر تومانا ، فيزيد صحيحهما على المعيب بسدس ، و هو ثمانية توامين ، و نصف سدس ، و هو اربعة توامين ، و ثمن سدس ، و هو تومان واحد (۱) اى ممّا ذكر من وجه تعيّن طريق الشهيد على كلا الوجهين ، اى سواء كان مستند المشهور فى اخذ القيمة الوسطى هو العمل بكلّ من البيّنتين فى جزء من المبيع ام كان مستندهم مجرّد الجمع بين الحقين ، يمكن ارجاع كلام الأكثر الى الطريق الثانى ، اى طريق الشهيد (ره) ، (۲) يعنى بان يريد الأكثر من اوسط القيم المتعددة للصحيح و المعيب القيمة المتوسطة المنتزعة للصحيح ، و القيمة المتوسطة المنتزعة للمعيب ، بحيث تكون نسبة احديهما الى الاخرى ، نسبة متوسطة بين القيم ، بمعنى انّ هذه النسبة المتوسطة فوق نسبة صحيح القيم الناقصة الى معيبها ، دون نسبة صحيح القيم الزائدة الى معيبها ، مثلا اذا كانت احدى قيمتى الصحيح ، اثنى عشر ، و الاخرى ، ثمانية ، و قيمة المعيب على الأول ، عشرة ، و على الثانى خمسة ، فيؤخذ نسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب الى الصحيح على احدى البيّنتين بالسدس ، و على الآخر بثلاثة اثمان ، فالنسبة ←

المتعدّدة للصحيح و المعيب، القيمة المتوسطة بين القيم لكلّ 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 البيّنات المقوّمين للصحيح و الفاسد ، و ليس فى كلام الأكثر (٢) انّه يجمع قيم الصحيح و ينتزع منها قيمة ، و كذلك قيم المعيب ، ثمّ تنسب 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 ، فكلّ من عبّر بالاوسط يحتمل ان يريد 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 ، لانّ سدس اثنى عشر ، لو فرض الثمن ، اثنى عشر ، هو الاثنان ، و انّ ثلاثة اثمانه ، هو اربعة و نصف و الحال ، انّ 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 ، انّه يجمع قيم الصحيح و ينتزع منها قيمة ، و كذلك يجمع قيم المعيب ، ثمّ 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 انّ الوسط من حيث النسبة هو مقتضى طريق الشهيد (ره) ، و انّ الوسط من حيث العدد ، هو مقتضى طريق المشهور

هذا مع انّ المستند فی الجمیع (۱) هو ما ذکرنا من وجوب العمل بکل من البیّنتین فی قیمة نصف المبیع ، نعم لو لم تکن بیّنة اصلا ، لکن علمنا من الخارج ، انّ قیمة الصحیح ، امّا هذا ، و امّا ذاک ، و کذلک قیمة المعیب ، و لم نقل حینئذ بالقرعة او الأصل ، فاللازم الاستناد فی التنصیف الی الجمع بین الحقّین علی هذا الوجه ، و قد عرفت (۲) انّ الجمع بتعدیل التفاوت ، لانّه الحق ، دون خصوص القیمتین المحتملتین و اللّه العالم

---

(۱) ای مع انّ المستند فی الجمیع هو ما ذکرنا من وجوب العمل بکلّ من البیّنتین فی قیمة نصف المبیع ، لانّ النسبة المتوسطة من النسبتین علی طریق الشهید ، امّا للجمع بین البیّنتین باعمال کلّ منهما فی نصف العین ، و امّا لأجل انّ ذلک توسط بینهما لأجل الجمع بین الحقّین بتنصیف ما به التفاوت ، نعم لو لم تکن بیّنة اصلا ، لکن علمنا من الخارج انّ قیمة الصحیح ، امّا هذا ، و امّا ذاک ، و کذلک قیمة المعیب ، فاللازم الاستناد الی الجمع بین الحقین علی وجه تنصیف ما به التفاوت ، لانّه فی هذه الصورة یتعیّن الجمع بهذا الوجه ، و لا یجئ احتمال الجمع بینهما باعمال کلّ منهما فی نصف العین (۲) ای عرفت فی ص ۹۲ بقوله (و ان شهدت البیّنتان بالقیمتین ، فمقتضی الجمع بین حقی البایع و المشتری فی مقام اعطاء الأرش ، الخ) انّ الجمع بتعدیل التفاوت بالزیادة و النقصان ، هو الحق ، دون خصوص القیمتین المحتملتین

القول فى الشروط التى يقع عليها العقد ، و شروط صحتها (١) و ما يترتّب على صحيحها و فاسدها ، الشرط (٢) يطلق فى العرف على معنيين ، احدهما : المعنى الحدثى و هو بهذا المعنى ، مصدر شرط فهو شارط للأمر الفلانى ، و ذلك الأمر مشروط ، و فلان مشروط له ، او عليه (٣) و فى القاموس (٤) انّه الزام الشئ و التزامه (٥) فى المبيع و غيره ، و ظاهره (٦) كون استعماله فى الالزام الابتدائى مجازا ، او غير صحيح ،

---

(١) الضمير يرجع الى الشروط (٢) فالمستفاد ممّا ذكره المصنف (ره) فى الكتاب ، انّ للشرط معنيين عرفيّين و معنيين اصطلاحيين ، احد المعنيين العرفيين ، هو المعنى الحدثى ، و هو بهذا المعنى مصدر ﴿ شرط ﴾ ، و ثانيهما ، ما يلزم من عدمه ، العدم ، من دون ملاحظة انّه يلزم من وجوده ، الوجود ، اولا ، و احد المعنيين الاصطلاحيين ، هو ما استعمله النحاة على الجملة الواقعة عقيب ادواة الشرط ، و ثانيهما ، ما استعمله اهل المعقول و الاصول فيما يلزم من عدمه ، العدم ، و لا يلزم من وجوده ، الوجود (٣) اى او مشروط عليه (٤) لمجد الدين ابى طاهر محمّد الفيروزآبادى (٥) فالظاهر من الالزام و الالتزام فى قول القاموس رجوعهما الى معنى واحد ، يختلف باختلاف المشروط له و المشروط عليه (٦) اى ظاهر ما ذكر فى القاموس ، انّ استعمال الشرط فى الالزام الابتدائى مجاز ، او غير صحيح ، فظهوره فى المجاز مبنىّ على ان يكون بنائه على استقصاء موارد الاستعمال بطور الحقيقة ، و ظهوره فى الثانى مبنى على ان يكون بنائه على استقصاء موارد الاستعمال مطلقا ، اى ـ

لکن لا اشکال فی صحته (١) لوقوعه فی الأخبار کثیرا ، مثل قوله ﴿ص﴾ فی حکایت بیع بریرة (٢) : انّ قضاء اللّه احق و شرطه اوثق (٣) و الولاء لمن اعتق (٤) و قول امیر المؤمنین صلوات اللّه علیه ، فی الردّ علی مشترط عدم التزوّج بامرئة اخری فی النکاح (٥) : ان شرط اللّه قبل شرطکم (٦) و قوله : ما الشرط (٧) فی الحیوان؟ قال : ثلاثة ایّام للمشتری

← سواء کان حقیقة ، او مجازا (١) ای لکن الاشکال فی صحة استعمال الشرط فی الالزام الابتدائی لوقوعه فی الأخبار کثیرا (٢) حکایة بریرة تأتی فی ص ١٢١ (٣) فالمراد من الشرط الابتدائی فی الحدیث ، هو کون الولاء لمن اعتق ، بلحاظ وقوعه فی قبال شرط الولاء للبایع ، یعنی (الولاء لمن اعتق) هو شرط اللّه ، و شرط اللّه اوثق من شرط عباده (٤) قال فی الروضة ج ٢ ص ٣١٤ : الفصل الثالث فی الولاء ، بفتح الواو و اصله القرب و الدنوّ ، و المراد هنا قرب احد الشخصین فصاعدا الی آخر علی وجه یوجب الارث بغیر نسب و لا زوجیة ، و اقسامه ثلاثة ، کما سبق : ولاء العتق و ضمان الجریرة و الامامة ، انتهی (٥) فهذه الروایة تأتی فی ص ١٢٣ (٦) فالمراد من الشرط فی قوله ﴿ع﴾ انّ شرط اللّه قبل شرطکم ، هو قوله تعالی :فانکحوا ما طاب لکم من النساء مثنی و ثلاث و رباع ، فاطلاق الشرط علی اباحة التزویج بلحاظ انّ الشرط یطلق علی الحکم ایضا (٧) فاطلاق الشرط علی الخیار ، یمکن ان یکون هو جعل اللّه فی جعل بیع الحیوان ، یعنی ما الذی جعله اللّه فی ضمن تشریع بیع الحیوان

قلت : و فى غيره ، قال : هما بالخيارحتى يفترقا ، و قد اطلق على النذر او العهد او الوعد ، فى بعض اخبار الشرط (١) فى النكاح ، و قد اعترف فى الحدائق ، بانّ اطلاق الشرط على البيع (٢) كثير فى الأخبار و امّا دعوى كونه (٣) مجازا ، فيدفعها ، مضافا الى اولوية الاشتراك (٤)

---

(١) امّا ورود النصّ باطلاق الشرط على النذر او العهد ، فهو اشارة الى رواية منصور بن يونس ، الآتية فى ص ١٣٣ قال : قلت لأبى الحسن ﴿ ع ﴾ : انّ شريكا لى كان تحته امرئة ، فطلّقها ، فبانت منه ، فاراد مراجعتها ، فقالت له المرئة : لا و اللّه لا اتزوجك ابدا حتى يجعل اللّه لى عليك ان لا تطلّقنى و لا تتزوج علىّ ، قال : و قد فعل ، قلت ، نعم جعلنى اللّه فداك ، قال : بئسما صنع ، ما كان يدرى ما يقع فى قلبه بالليل و النهار ، ثمّ قال : امّا الآن ، فقل له : فليتّم للمرئة شرطها فانّ رسول اللّه ﴿ ص ﴾ قال : المسلمون عند شروطهم . فانّ الامام ﴿ ع ﴾ اطلق الشرط على ما جعله اللّه عليه ، فانّ ما جعله اللّه عليه ، امّا نذر اوعهد (٢) فانّ البيع الزام ابتدائى ، لا الزام و التزام فى شئ آخر (٣) اى و امّا دعوى كون استعمال الشرط فى الالزام الابتدائى ، مجازا فيدفعها استدلال الامام ﴿ ع ﴾ بالنبوى : المؤمنون عند شروطهم ، فى خبر منصور بن يونس الذى اطلق فيه الشرط على النذر و العهد (٤) قوله (مضافا ، الخ) دليل آخر لدفع دعوى كونه مجازا ، يعنى اذا دار الأمر بين الاشتراك المعنوى ، و بين الحقيقة و المجاز ، يقولون : انّ الاشتراك المعنوى اولى من الحقيقة و المجاز

المعنوی ، و الی انّ المتبادر (١) من قوله : شرط علی نفسه کذا لیس الّا مجرّد الالتزام ، استدلال الامام ﴿ ع ﴾ ، (٢) بالنبوی : المؤمنون عند شروطهم ، فیما تقدم (٣) من الخبر الذی اطلق فیه الشرط علی النذر او العهد ، و مع ذلك (٤) فلا حجّة فیما فی القاموس مع تفرّده به (٥) و لعلّه لم یلتفت (٦) الی الاستعمالات التی ذکرناها ، و الّا لذکرها (٧) و لو بعنوان یشعر بمجازیتها ، ثمّ قد یتجوز فی لفظ الشرط بهذا المعنی (٨) فیطلق علی نفس المشروط ، کالخلق بمعنی المخلوق ، فیراد به (٩) ما یلزمه الانسان علی نفسه . الثانی (١٠) ما یلزم من عدمه العدم

---

(١) قوله (المتبادر ، الخ) عطف علی قوله (اولویة الاشتراك) و هذا ایضا دلیل آخر لدفع الدعوی المذکورة (٢) قوله (استدلال الامام ﴿ ع ﴾) فاعل لقوله (فیدفعها) ، (٣) ای تقدّم فی ص ٩٨ بقوله (بعض اخبار الشرط فی النکاح) فالمراد من هذا الخبر ، هو خبر منصور بن یونس (٤) ای و مع ذلك الذی ذکر من انّ الشرط اطلق فی الأخبار علی الشرط الابتدائی بنحو الحقیقة ، فلا حجّة فیما فی القاموس ، من انّه الزام الشئ و التزامه فی البیع و غیره (٥) الضمیر یرجع الی (ما) ، (٦) الضمیر الفاعل المستتر یرجع الی صاحب القاموس (٧) الضمیر عائد الی الاستعمالات (٨) اشارة الی المعنی الحدثی (٩) یرجع الضمیر الی الشرط (١٠) ای الثانی من المعنیین العرفیین للشرط ما یلزم من عدمه العدم ، سواء لزم من وجوده الوجود ، کالسبب ، اولا ، کالشرط المقابل للسبب ، و انّ الشرط بهذا المعنی اسم جامد ، لا مصدر

من دون ملاحظة انّه يلزم من وجوده الوجود ،اولا ، و هو بهذا المعنى اسم جامد ، لا مصدر ، فليس فعلا ، لأحد (١) و اشتقاق المشروط منه(٢) ليس على الأصل كالشارط ، و لذا (٣) ليسا بمتضايفين فى الفعل و الانفعال ، بل الشارط هو الجاعل (٤) و المشروط هو ما جعل له الشرط كالمسبب (٥) بالكسر و الفتح المشتقين من السبب ، فعلم من ذلك ، انّ الشرط فى المعنيين نظير الأمر بمعنى المصدر (٦) و بمعنى الشئ

---

(١) اى فليس فعلا لأحد على حدّ قيام الالتزام بأحد (٢) يعنى اشتقاق المشروط من المعنى الثانى ، ليس على الأصل من دون التأويل و التضمين ، كالشارط ، فانّ اشتقاقه منه ايضا ليس على الأصل (٣) اى و لأجل الذى ذكر من انّ اشتقاق المشروط ليس على الأصل ، انّهما ليسا بمتضايفين فى الفعل و الانفعال على المعنى الثانى ، لانّهما ليسا كلّما تحقّق احدهما ، تحقق الآخر ، و الحال ، انّ المتضايفين بينهما فعل و انفعال ،لانّه كلّما تحقق الفعل ،تحقق الانفعال ،و كلّما تحقق الانفعال تحقق الفعل ، كما كان الشارط و المشروط متضايفين على المعنى الأول ، مثل الضارب و المضروب (٤) يعنى انّ الشارط يطلق على جاعل الشرط بالمعنى الثانى كالشارع بالنسبة الى الوضوء الذى جعله شرطا للصلوة و لا يطلق الشارط على المكلف المتوضى ، و امّا المشروط ، فلا يطلق على المنجعل ، اعنى الوضوء ، بل يطلق المشروط على ما هو شرط له كالصلوة ، فعلى هذا ، انّ الشارع شارط ، و الصلوة مشروط ، و الوضوء شرط ، فليس بين الشارع و الصلوة تضايف (٥) كما انّ المسبب بالكسر و المسبّب بالفتح ليس بمتضايفين (٦) فالمراد من المصدر ، هو الطلب به

و امّا استعماله فی السنة النحاة علی الجملة الواقعة عقیب ادواة الشرط فهو اصطلاح خاص مأخوذ من افادة تلك الجملة (۱) لکون مضمونها شرطا بالمعنی الثانی ، کما انّ استعماله (۲) فی السنة اهل المعقول و الاصول فیما یلزم من عدمه العدم ، و لا یلزم من وجوده الوجود ، مأخوذ من ذلك المعنی (۳) الّا انّه اضیف الیه (۴) ما ذکر فی اصطلاحهم مقابلا للسبب فقد تلخص ممّا ذکرنا ، انّ للشرط معنیین عرفیّین (۵) و آخرین اصطلاحیین (۶) لا یحمل علیهما (۷) الاطلاقات العرفیة ، بل هی (۸) مردّدة بین الأولین (۹) ، فان قامت قرینة علی ارادة المصدر ، تعیّن الأول (۱۰) او علی

← فیکون لفظ الأمر مشترکا بین الطلب و الشئ (۱) ای من افادة تلك الجملة الواقعة عقیب الأدواة ، لکون مضمونها شرطا بالمعنی الثانی (۲) الضمیر یرجع الی الشرط (۳) اشارة الی المعنی الثانی (۴) ای اضیف الی الشرط بالمعنی الثانی ما ذکر فی اصطلاحهم مقابلا للسّبب ، حیث قالوا : انّ السبب ما یلزم من وجوده الوجود ، و من عدمه العدم ، و انّ الشرط ما یلزم من عدمه العدم ، و لا یلزم من وجوده الوجود (۵) احدهما المعنی الحدثی ، و ثانیهما : ما یلزم من عدمه العدم ، من دون ملاحظة انّه یلزم من وجوده الوجود ، اولا (۶) احدهما ، استعماله فی اَلْسِنة النحاة ، و ثانیهما ، استعماله فی اَلْسِنة المعقول و الاصول (۷) یرجع الضمیر المثنی الی الآخرین الاصطلاحیین (۸) الضمیر یرجع الی الاطلاقات العرفیة (۹) ای العرفیّین (۱۰) ای و ان قامت قرینة من الاطلاقات العرفیة علی ارادة المصدر ، تعیّن المعنی الأول

ارادة الجامد (١) تعيّن الثانى ، و الّا (٢) حصل الاجمال ، و ظهر ايضا ، انّ المراد بالشرط فى قولهم صلوات اللّه عليهم : المؤمنون عند شروطهم ، هو الشرط (٣) باعتبار كونه مصدرا ، امّا مستعملا فى معناه اعنى الزاما على انفسهم ، و امّا مستعملا بمعنى ملتزماتهم ، و امّا بمعنى جعل الشئ (٤) شرطا بالمعنى الثانى ، بمعنى التزام عدم شئ عند عدم آخر ، و سيجئ الكلام فى ذلك

---

(١) قوله (على ارادة الجامد) عطف على قوله (على ارادة المصدر) يعنى فان قامت قرينة من الاطلاقات العرفيّة على ارادة الجامد ، تعيّن المعنى الثانى (٢) اى و ان لم تقم قرينة على ارادة احد المعنيين ، حصل الاجمال (٣) يعنى انّ الشرط فى قولهم صلوات اللّه عليهم : ﴿ المؤمنون عند شروطهم ﴾ هو الشرط بالمعنى الأول الذى هو كونه مصدرا ، و هذا الشرط فى قولهم عليهم السلام ، بهذا المعنى ، امّا مستعملا فى معناه الحقيقى الذى كونه مصدرا ، اعنى الزاما على انفسهم ، و امّا مستعملا فى معناه المجازى لذلك المعنى الحقيقى الذى ذكره سابقا فى ص ٩٩ بقوله (ثمّ قد يتجوّز فى لفظ الشرط ، الخ) اى استعمل الشرط فى المشروط ، و اشار اليه هنا المصنف بقوله (و امّا مستعملا بمعنى ملتزماتهم) ، (٤) يعنى انّ المراد بالشرط فى قولهم عليهم السلام : ﴿ المؤمنون عند شروطهم ﴾ امّا بمعنى جعل الشئ شرطا بالمعنى الثانى ، و هو ما يلزم من عدمه العدم ، من دون ملاحظة انّه يلزم من وجوده الوجود ، او لا ، فالحاصل من كلام المصنف (ره) : انّ معنى قولهم صلوات اللّه عليهم ﴿ المؤمنون عند شروطهم ﴾ انّ المؤمنين يجب عليهم الخروج عن عهدة ←

و امّا الشرط فی قوله : ما الشرط فی الحیوان ؟ قال : ثلاثة ایّام للمشتری قلت : و ما الشرط فی غیره ؟ قال : البیّعان بالخیار حتی یفترقا، و قوله : الشرط فی الحیوان ثلاثة ایّام للمشتری ، اشترط او لم یشترط ، فیحتمل ان یراد به (۱) ما قرّره الشارع و الزمه علی المتبایعین ، او احدهما من التسلط علی الفسخ ، فیکون مصدرا بمعنی المفعول ، فیکون المراد به نفس الخیار المحدود من الشارع ، و یحتمل ان یراد به (۲) الحکم الشرعی المقرّر ، و هو ثبوت الخیار ، وعلی کلّ تقدیر (۳) ففی الأخبار عنه بقوله : ثلاثة ایّام ، مسامحة (۴) نعم فی بعض الأخبار ، فی الحیوان کلّه شرط ثلاثة ایّام ، و لا یخفی عدم توقفه (۵) علی التوجیه

← التزاماتهم علی انفسهم ، او عن عهدة ملتزماتهم و مؤدّیهما شئ واحد او یجب علیهم الالتزام بعدم المشروط عند عدم الشروط (۱) الضمیر عائد الی الشرط الذی ذکر فی الخبر (۲) یرجع الضمیر الی الشرط الذی ذکر فی الخبر ، ایضا (۳) وعلی کلّ تقدیر ، ای سواء کان السؤال عن الخیار ، اوعن ثبوت الخیار ، ففی الأخبار عن الشرط بقوله :ثلاثة ایّام مسامحة (۴) و انّما کان فی الأخبار عن الشرط الذی هو الخیار بِ (ثلاثة ایّام ، مسامحة) لانّ قضیة الحمل ان یکون الخبر عین المبتدأ ، و الحال انّ ثلاثة ایّام ، ظرف للشرط الذی هو الخیار ، فلا تحمل علیه ، فلا یقال : الخیار ثلاثة ایّام ، فلابدّ من الالتزام بتقدیر مضاف بین (ما) و الشرط ، و هو لفظ المدّة و نحوها ، فیکون المعنی ، ما مدّة الشرط فی الحیوان ؟ قال : مدّة الشرط ثلاثة ایّام (۵) فوجه عدم توقفه علی التوجیه ، انّه علی هذا لا یکون لفظ ﴿ ثلاثة ایّام ﴾ خبرا ، بل هو ←

الكلام فى شروط صحة الشرط ، و هى امور ، قد وقع الكلام او الخلاف فيها ، احدها : ان يكون (١) داخلا تحت قدرة المكلّف ، فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه ، سواء كان صفة (٢) لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفا بها ، مثل صيرورة الزرع سنبلا

← مضاف اليه للفظ ﴿ الشرط ﴾ فيكون معنى الرواية ، انّ فى الحيوان خيار ثلاثة ايّام ، فانّ اضافة الشرط الذى هو الخيار ، الى الثلاثة ، من قبيل الاضافة بمعنى (فى) و ذلك اذا كان المضاف اليه ، ظرف المضاف كقوله تعالى : مكر الليل و النهار ، اى مكر فى الليل و النهار ، فحينئذ فلا مسامحة و لا حاجة الى التوجيه ، لانّ كون المضاف اليه ، ظرف المضاف متعارف . ﴿ تذكرة ﴾ : فانّه اذا كان المضاف اليه ، جنس المضاف فالاضافة بمعنى (من) و اذا كان المضاف اليه ، ظرفا له ، فهى بمعنى (فى) و اذا لم يكن المضاف اليه ، جنس المضاف ، و لا ظرفه ، فهى بمعنى (اللّام) ، (١) اسم (يكون) مستتر يرجع الى الشرط (٢) فلا يخفى ، انّ الشرط ، امّا ان يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصى ككون العبد كاتبا ، و الجارية حاملا و نحوهما ، و امّا ان يتعلّق بفعل من افعال احد المتعاقدين ، او غيرهما ، كاشتراط اعتاق العبد و خياطة الثوب ، و امّا ان يتعلق من قبيل الغاية للفعل و نتيجته كاشتراط تملّك عين خاصة و انعتاق مملوك خاص و نحوهما ، فالشرط الغير المقدور من قبيل القسم الأول ، مثل صيرورة الزرع سنبلا ، و كون الأمة و الدابة تحمل فى المستقبل ، او تلد فى مستقبل ، و الشرط الغير المقدور من قبيل القسم الثانى ، مثل جعل الزرع سنبلا ، و البسر تمرا ، و الشرط ←

و کون الأمة و الدابة تحمل فی المستقبل ، او تلد کذا ، او کان عملا کجعل الزرع سنبلا ، و البسر تمرا ، کما مثّل به فی القواعد ، لکنّ الظاهر انّ المراد به (١) جعل اللّه الزرع و البسر سنبلا و تمرا ، و الغرض (٢) الاحتراز عن اشتراط فعل غیر العاقد ممّا لا یکون تحت قدرته ، کأفعال اللّه سبحانه ، لا عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط علیه ،لانّ الالزام و الالتزام بمباشرة فعل (٣) ممتنع عقلا اوعادة ممّا لا یرتکبه العقلاء و الاحتراز عن مثل الجمع بین الضدین (٤) او الطیران فی الهواء ممّا لا یرتکبه العقلاء ، و الاتیان (٥) بالقید المخرج لذلك و الحکم علیه

← الغیر المقدور من قبیل القسم الثالث ، مثل اشتراط کون امرئة مزوّجة او الزوجة مطلقة من دون ان یراد من ذلك ، ایجاد الأسباب ، امّا لو اراد ایجاد الأسباب ، کان یشترط بان تکون المرئة زوجة له بالسبب الشرعی ، او کان الشرط ممّا یکفی فی تحققه نفس الشرط ، کأن یشترط فی متن عقد البیع ان یکون المشتری وکیلا له ، فلا اشکال (١) الضمیر یرجع الی الجعل (٢) ای و الغرض من اعتبار الأمر الأول فی صحة الشرط ، الاحتراز عن اشتراط فعل غیر العاقد ، ممّا لا یکون تحت قدرته (٣) یعنی انّ جعل البایع الزرع سنبلا ، ممتنع عقلا اوعادة ، امّا جعل اللّه الزرع سنبلا ، لیس بممتنع عقلا و لا عادة ، و انّما کان جعل اللّه الزرع سنبلا ، ممّا لا یقدر ، لانّه فعل الغیر ، و فعل الغیر خارج عن اختیار البایع ، و کلّ فعل کان خارجا عن اختیار البایع ، کان ممّا لا یقدر علی تسلیمه (٤) فانّ الجمع بین الضدین ، مثال للمتنع العقلی و الطیران فی الهواء ، مثال للمتنع العادّی (٥) ای الاتیان بالقید ←

بعدم الجواز و الصحة ، بعيد عن شأن الفقهاء ، و لذا لم يتعرّضوا لمثل ذلك (١) فى باب الاجارة و الجعالة ، مع انّ اشتراط كون الفعل سائغا يغنى عن اشتراط القدرة (٢) نعم اشتراط تحقق فعل الغير (٣) الخارج عن اختيار المتعاقدين المحتمل وقوعه فى المستقبل ، و ارتباط العقد به (٤) بحيث يكون التراضى منوطا به (٥) و واقعا عليه امر صحيح (٦) عند العقلاء مطلوب لهم ، بل اولى بالاشتراط من الوصف الحالى الغير المعلوم تحققه ، ككون العبد كاتبا و الحيوان حاملا ، و الغرض (٧) الاحتراز عن ذلك

← الذى هو ان يكون داخلا تحت قدرة المكلف المخرج للفعل الذى يمتنع عقلا وعادة ، بعيد عن شأن الفقهاء (١) اشارة الى القيد المخرج الممتنع العقلىّ او العادّى (٢) يعنى اشتراط كون الفعل سائغا يغنى عن اشتراط القدرة ، اذا كان المراد من السائغ ، ما رخّص فى فعله شرعا ، لانّ تسوئغ الشرعى لا يكون الّا فى الممكن العقلى (٣) و من فعل الغير ، افعال اللّه تعالى (٤) الضمير يرجع الى الفعل (٥) مرجع الضمير هو الفعل (٦) قوله (امر صحيح) خبر لمبتدأ مقدّم ، و هو قوله (اشتراط) يعنى اشتراط تحقق فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين ، امر صحيح عند العقلاء ، فانّ المقصود من اعتبار القدرة فى صحة الشرط ، هو الاحتراز عن اشتراط فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين ، لا الاحتراز عن الممتنع عقلا اوعادة ، كجعل البايع ، الزرع سنبلا ، كالجمع بين الضدين ، فانّه ممّا لا يرتكبه العقلاء (٧) اى و الغرض من اعتبار القدرة فى صحة الشرط ، الاحتراز عن ←

و یدلّ علی ما ذکرنا (١) تعبیر اکثرهم ببلوغ الزرع و الیسر سنبلا و تمرا او لصیرورتهما کذلك ، و تمثیلهم لغیر المقدور بانعقاد الثمرة و ایناعها (٢) و حمل الدابة فی ما بعد ، و وضع الحامل فی وقت کذا ، و غیر ذلك ، و قال فی القواعد (٣) : یجوز اشتراط ما یدخل تحت القدرة من منافع البایع ، دون غیره (٤) کجعل الزرع سنبلا ، و البسر تمرا

← اشتراط فعل الغیر الخارج عن اختیار المتعاقدین ، لا الاحتراز عن الفعل الممتنع عقلا او عادة ، لانّه ممّا لا یرتکبه العقلاء (١) فالمراد من (ما ذکرنا) هو ما ذکره المصنف (ره) من انّ المراد من اعتبار القدرة فی صحة الشرط ، هو ما یقابل فعل الغیر الخارج عن اختیار المتعاقدین لا ما یقابل الممتنع العقلی او العادی ، یعنی و یدلّ علی ما ذکرنا تعبیر اکثرهم ببلوغ الزرع سنبلا ، و البسر تمرا ، لا بتبلغهما و تصییرهما سنبلا و تمرا ، و تمثیلهم بانعقاد الثمرة ، لا بعقد الثمرة (٢) قال فی اقرب الموارد : (یَنَعَ) الثمرُ (ض ع) یینعُ و یَیْنَعُ یَنْعاً و یُنْعاً و یُنُوعاً : ادرك و طاب و حان قطافها ، فهو (یانِع) الی ان قال : (اَیْنَعَ) الثمرُ ایناعاً بمعنی یَنَعَ ، و هو اکثر استعمالا منه ، انتهی (٣) غرض المصنف من ذکر قول القواعد و الشهید قدّس سرّهما ، الاستشهاد علی ما فسّر به شرط القدرة من انّ الغرض من اعتبار القدرة فی صحة الشرط الاحتراز عن اشتراط فعل الغیر الخارج عن اختیار المتعاقدین ، کجعل اللّه الزرع سنبلا ، لا الاحتراز عن الفعل الممتنع عقلا ، کجعل البایع الزرع سنبلا (٤) الضمیر یرجع الی البایع ، یعنی یجوز اشتراط ما یدخل تحت القدرة من افعال البایع و منافعه ، دون اعمال الغیر و منافعه

قال الشهيد (ره) فى محكى حواشيه على القواعد : انّ المراد (١) جعل اللّه الزرع سنبلا ، و البسر تمرا ، لانّا انّما نفرض فيما يجوز ان يتوهمه عاقل لامتناع ذلك (٢) من غير الإله جلّت عظمته ، انتهى (٣) لكن (٤) قال فى الشرايع : و لا يجوز اشتراط ما لا يدخل فى مقدوره ، كبيع الزرع على ان يجعله سنبلا ، و الرطب على ان يجعله تمرا ، انتهى ، و نحوها عبارة التذكرة ، لكن لابدّ من ارجاعها الى ما ذكر ، اذ لا يتصور القصد من العاقل الى الالزام و الالتزام بهذا الممتنع العقلى ، اللّهمّ (٥) الّا

---

(١) يعنى انّ مراد صاحب القواعد من الجعل ، جعل اللّه الزرع سنبلا لا جعل البايع (٢) اشارة الى جعل الزرع سنبلا ، و البسر تمرا (٣) اى انتهى ما ذكره الشهيد (ره) ، (٤) قوله (لكن ، قال فى الشرايع : و لا يجوز الخ) استدراك ، فوجه الاستدراك ، انّ الظاهر من عبارة الشرايع جعل البايع الزرع سنبلا ، لانّ الظاهر انّ الضمير الفاعل المستتر فى قوله (يجعله) راجع الى البايع ، لا الى اللّه تعالى ، لكن لابدّ من ارجاع عبارتها الى ما ذكر من ان يجعل اللّه الزرع سنبلا ، فيكون المراد اشتراط ان يجعل اللّه الزرع سنبلا ، لا اشتراط ان يجعله البايع سنبلا فانّ ذلك و ان كان باطلا ايضا الّا انّه غير مراد هنا ، لانّهم يفرضون ما يجوز ان يتوهم العقلاء ، لا ما يمنعونه (٥) اللّهم ان يراد من جعل البايع الزرع سنبلا ، اعمال مقدمات الجعل على وجه توصل الى جعل الزرع سنبلا مع التزام البايع الايصال الى جعل الزرع سنبلا ، و انّما لا يصحّ هذا الشرط ، و الحال اعمال المقدمات تحت قدرة البايع ، لانّ الايصال الى 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) كالسقي والحفظ وغيرهما (٢) الضمير يرجع الى الجعل (٣) اى مع التزام البايع الايصال (٤) الضمير المستتر الفاعل يرجع الى صاحب الشرايع (٥) يرجع الضمير الى البايع ، يعنى فاسند صاحب الشرايع الجعل الى نفس البايع بهذا الاعتبار الذى هو اعمال مقدمات الجعل على وجه توصل اليه (٦) فالحاصل ، انّ الشرط في جعل الزرع سنبلا والبسر تمرا ، على اربعة اقسام ، احدها : ان يبيع الزرع بشرط ان يجعل اللّه الزرع سنبلا ، وهذا ممكن غير جائز ، لانّه خارج عن اختيار المتعاقدين ، وثانيها : ان يبيع الزرع بشرط ان يجعل البايع الزرع سنبلا ، وهذا ممتنع لا يرتكبه العقلاء ، وثالثها : ان يبيع الزرع بشرط ان يعمل البايع مقدمات الجعل على وجه توصل الى الجعل مع التزام الايصال ، وهذا ممكن غير جائز ، لانّ الايصال الى جعل الزرع سنبلا خارج عن اختيار المتعاقدين ، ورابعها : ان يبيع الزرع بشرط ان يعمل المقدمات ، كالسقي والحفظ وغيرهما ، من دون التزام الايصال وهذا ممكن جائز ، لانّ العمل بالمقدمات كالسقي والحفظ ليس خارجا عن اختيار المتعاقدين (٧) لعله اشارة الى انّ استفادة ارادة اعمال المقدمات من قوله (ان يجعله سنبلا) مشكل (٨) الضمير يرجع الى الشرط المذكور (٩) اى عدم القدرة على تسليم الشرط الغير المقدور

المبيع اذا اخذ متصفا به (١) لانّ تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق (٢) ولا يناط بارادة المشروط عليه ، فيلزم الغرر فى العقد لارتباطه (٣) بما لاوثوق بتحققه ، ولذا (٤) نفى الخلاف فى الغنية عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط استنادا على عدم القدرة على تسليم المبيع ، كما يظهر بالتأمل فى آخر كلامه فى هذه المسئلة ، ولا ينقض(٥)

---

(١) اى بهذا الشرط (٢) هنا قياس ، فصورة القياس هكذا ، الصغرى : هذا الشرط غير مقدور ، لانّ تحقق هذا الشرط بضرب من الاتفاق ، و لا يناط تحققه بارادة المشروط عليه ، لانّه ربما يشاء اللّه تعالى الجعل و ربما يشاء عدمه ، وكذا كون الأمة و الدابة تحمل فى المستقبل او تلد كذا ، و الكبرى : وكلّ شرط غير مقدور ، فهو باطل ، لانّه يلزم من اشتراط هذا الشرط ، الغرر فى العقد لارتباطه بما لاوثوق بتحققه ، وقد نهى النبىّ ﴿ص﴾ عن بيع الغررى ، و نهى عن الغرر ، و النتيجة : فهذا الشرط باطل (٣) الضمير يرجع الى العقد (٤) اى لأجل لزوم الغرر فى العقد ، لارتباطه بما لاوثوق بتحققه ، نفى الخلاف فى الغنية عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط (٥) اشكال و دفع ، امّا الاشكال فانّكم تقولون : انّ الوصف الاستقبالى ، مثل صيرورة الزرع سنبلا و كون الأمة و الدابة تحمل فى المستقبل ، باطل ، لانّ تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق ، فيلزم الغرر فى العقد ، لارتباطه بما لاوثوق بتحققه ، فلماذا ، لاتقولون بمثله فى الوصف الحالى ، ككون العبد كاتبا و الجارية حاملا و نحوهما ، لانّ تحقق مثل هذا الشرط ايضا بضرب من الاتفاق ، فيلزم الغرر فى العقد فى الوصف الحالى ايضا ، لارتباطه ←

ما ذکرنا بما لو اشترط وصفا حالیا لا یعلم تحققه (١) فی المبیع ،کاشتراط کونه (٢) کاتبا بالفعل او حاملا ، للفرق بینهما (٣) بعد الاجماع

← بما لا وثوق بتحقّقه ، و الحال تقولون بصحة الوصف الحالی ، فاذا تخلّف الوصف الحالی ، ثبت الخیار ، و امّا الجواب ، فهو الذی ذکره المصنف (ره) بقوله (و لا ینقض ما ذکرنا بما لو اشترط وصفا حالیّا ، الخ) و حاصل الجواب : انّ الفرق بین الوصف الحالی ، ککون العبد کاتبا ، و الجاریة حاملا ، و بین الوصف الاستقبالی ، ککون الأمة تحمل فی المستقبل حاصل ، لانّ الوصف الحالی ، صحیح ، للبناء علی کونه موجودا ،بخلاف الوصف الاستقبالی ، فانّه لیس فیه البناء علی کونه موجودا ، لانّ الوصف الاستقبالی متوغّل فی الامکان ، لانّ الوصف الاستقبالی الذی وعاء وجوده الزمان المستقبل ، لیس موجودا بالفعل ، و لا معدوما بالفعل ،لانّ المفروض ، انّ وجوده و عدمه انّما هو بلحاظ الزمان المستقبل ، و اذا لم یوصف بالموجودیّة بالفعل ، کما لا یوصف بالمعدومیّة ، فکیف یبنی علی وجوده لیقع البیع علی شئ مبنیّا علی کونه موصوفا بکذا ، بخلاف الوصف الحالی ، فانّه خرج عن حدود الامکان الی الوجوب او الامتناع ، لانّ العبد الذی شرط فی العقد علی انّه کاتب،ان کان کاتبا فی الحال ،خرج عن حدود الامکان الی الوجوب ، و ان لم یکن کاتبا فی الحال ، خرج عن حدود الامکان الی الامتناع ، فانّه اذا التزم علی وجود الصفة فی الحال بنی علی وجود الوصف الحالی (١) الضمیر یرجع الی الوصف (٢) ای کون المبیع (٣) ای للفرق بین الوصف الحالی و الوصف الاستقبالی

بانّ التزام وجود الصفة فى الحال بناء (١) على وجود الوصف الحالى (٢) و لو لم يعلما به (٣) فاشتراط كتابة العبد المعيّن الخارجى بمنزلة توصيفه بها (٤) و بهذا المقدار يرتفع الغرر ، بخلاف ما (٥) سيتحقّق فى المستقبل ، فانّ الارتباط (٦) به (٧) لا يدلّ على البناء على تحقّقه و قد صرّح العلامة فيما حكى عنه ببطلان اشتراط ان تكون الأمة تحمل فى المستقبل ، لانّه غرر عرفا ، خلافا للمحكى عن الشيخ و القاضى ، فحكما (٨) بلزوم العقد مع تحقق الحمل ، و بجواز الفسخ اذا لم يتحقق ، و ظاهرهما ، كما استفاده فى الدروس ، تزلزل العقد باشتراط مجهول التحقق ، فيتحقق الخلاف فى مسئلة اعتبار القدرة فى صحة الشرط ، و يمكن توجيه كلام الشيخ (٩) بارجاع اشتراط الحمل فى المستقبل الى اشتراط

---

(١) قوله (بناء) خبر لِ (انّ) فى قوله (بانّ التزام) ، (٢) فالمراد من الوصف الحالى ، هو كون الشرط وصفا حاليّا فى المبيع ، كالكتابة فى قوله (بعتك العبد على انّه كاتب فى الحال) . (٣) اى و لو لم يعلم البايع و المشترى بالوصف ، هل هو موجود الآن ، ام لا (٤) اى توصيف العبد بالكتابة (٥) فالمراد من (ما) هو الوصف (٦) فانّ ارتباط العقد بالوصف الاستقبالى ، لا يدلّ على بناء البايع او المشترى على تحققه (٧) يرجع الضمير الى (ما) ، (٨) يعنى انّ الفقهاء قائلون ، بانّ الشرط ان كان وصفا لا يقدر العاقد على تسليم المبيع موصوفا به ، مثل كون الدابة و الأمة تحمل فى المستقبل ، باطل ، لاصحيح ، و الحال انّ الشيخ و القاضى قدّس سرّهما حكما بصحة العقد فى هذه الصورة ، فيتحقق الخلاف فى مسئلة اعتبار القدرة فى صحة الشرط (٩) اى و يمكن توجيه ←

صفة حالية موجبة للحمل ، فعدمه (۱) كاشف عن فقدها ، و هذا الشرط (۲) و ان كان للتأمل (۳) فی صحته مجال ، الّا انّ ارادة هذا المعنی (۴) يخرج اعتبار كون الشرط ممّا يدخل تحت القدرة عن الخلاف ، ثمّ انّ عدم القدرة (۵) على الشرط ، تارة لعدم مدخليّته (۶) فيه اصلا كاشتراط انّ الحامل تضع فی شهر كذا ، و اخرى لعدم استقلاله (۷) فيه

← كلام الشيخ (ره) بما لا ينافی كلام الفقهاء القائلين ببطلان اشتراط ان تكون الأمة تحمل فی المستقبل بارجاع اشتراط الحمل فی المستقبل الی اشتراط صفة حاليّة فی الأمة موجبة للحمل فی المستقبل ، بان يشترط البايع كون الأمة قابلة للحمل الآن موجبة للحمل فی المستقبل ، فهذه القابليّة ، صفة حاليّة ، لا استقباليّة ، فعدم الحمل فی المستقبل كاشف عن عدم وجود القابليّة حين العقد (۱) ای فعدم الحمل كاشف عن فقد صفة حاليّة حين العقد فی الأمة (۲) اشارة الی صفة حاليّة موجبة للحمل (۳) لعلّ وجه التأمل ، انّ مجرّد قابليّة الحمل غير مقصود للعقلاء (۴) يعنی ارادة اشتراط صفة حالية موجبة للحمل من اشتراط الحمل فی المستقبل ، يخرج كون اعتبار الشرط ممّا يدخل تحت قدرة العاقد عن محل الخلاف ، فحينئذ يكون الشيخ و القاضی موافقين لسائر الفقهاء قدّس سرّهم (۵) ای عدم قدرة العاقد على الشرط (۶) ای لعدم مدخليّة العاقد فی الشرط اصلا ، كاشتراط انّ الحامل تضع فی شهر كذا ، او ان يصير الزرع سنبلا (۷) و اخرى لعدم استقلال العاقد فی الشرط كاشتراط ان يبيع المبيع من زيد ، فانّ المقدور هو الايجاب فقط ،لا العقد المركب من الايجاب و القبول ، فان اراد اشتراط المركب ، فالظاهر ←

كاشتراط بيع المبيع من زيد ،فانّ المقدور هو الايجاب فقط،لا العقد المركب فان اراد اشتراط المركب ، فالظاهر دخوله فى اشتراط غير المقدور ، الّا انّ العلامة قدّس سرّه فى التذكرة بعد جزمه بصحة اشتراط بيعه على زيد قال : لو اشترط بيعه على زيد ، فامتنع زيد من شرائه ، احتمل ثبوت الخيار (١) بين الفسخ و الامضاء ،و العدم (٢) اذ تقديره ، بعه على زيد ان اشتراه ، انتهى . و لا اعرف (٣) وجها للاحتمال الأول،اذ على تقدير ارادة اشتراط الايجاب فقط قد حصل الشرط ، وعلى تقدير اشتراط المجموع المركب ، ينبغى البطلان ، الّا ان يحمل على صورة الوثوق

← دخوله فى اشتراط غير المقدور ، لانّ القبول الذى هو جزء المركب خارج عن اختياره ، فيكون باطلا (١) اى احتمل ثبوت الخيار للبايع الشارط ، بين الفسخ و الامضاء (٢) قوله (العدم) عطف على قوله (ثبوت الخيار) يعنى لو شرط بيعه على زيد ، فامتنع زيد من شرائه احتمل عدم ثبوت الخيار ، اذ تقدير الشرط : بعه على زيد ان اشتراه فيكون مفهومه ، انّه اذا لم يشتر ، فلا امر بالبيع ، فلا خيار حتى يكون له الفسخ (٣) قال المصنف (ره) : و لا اعرف وجها للاحتمال الأول الذى هو ثبوت الخيار ، اذ على تقدير ارادة الشارط اشتراط الايجاب فقط قد حصل الشرط ، لانّ المشروط عليه اوجب البيع ، وعلى تقدير ارادة الشارط اشتراط المجموع المركب ، ينبغى البطلان ، لعدم قدرة المشروط عليه على المجموع ، لانّ القبول ليس تحت اختياره

بالاشتراء ، فاشتراط النتيجة (۱) بناء (۲) على حصولها (۳) بمجرد الايجاب ، فاتّفاق امتناعه (۴) من الشراء بمنزلة تعذّر الشرط ، وعليه (۵) يحمل قوله فی التذكرة ، ولو اشترط على البايع (۶) اقامة كفيل (۷) على العهدة ، فلم يوجد ، او امتنع المعين ، ثبت للمشترى الخيار انتهى . و من افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعا على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع

---

(۱) فالمراد من النتيجة ، هو حصول الملكيّة ، يعنى انّ الايجاب من المشروط عليه عند الوثوق بتحقق القبول بناء من الشارط على حصول الملكيّة بمجرّد الايجاب ، لانّه عند وثوقه بالاشتراء لا ينفك القبول عن الايجاب ، فاتفاق امتناعه عن القبول بمنزلة تعذر الشرط ، فحينئذ يثبت للشارط الخيار ، كما اذا اشترط فی متن العقد ان يخيط ثوبه ، ثمّ اتفق على المشروط عليه عدم القدرة على الخياطة ، فانّه يوجب الخيار على المشروط عليه ، لتعذر الشرط (۲) قوله (بناء) خبر لمبتدأ مقدم و هو قوله (فاشتراط) ، (۳) الضمير يرجع الى النتيجة (۴) الضمير عائد الى المشترى الذى هو زيد فی الفرض (۵) اى على ما ذكر ، من انّ اتّفاق امتناعه من الشراء بمنزلة تعذّر الشرط فی صورة وثوق الشارط بالاشتراء ، يحمل قوله فی التذكرة : ولو اشترط ، الخ (۶) يعنى لو اشترط على البايع اقامة كفيل على العهدة ، بمعنى انّ المتاع اذا ظهر مستحقا للغير ، مثلا يحضر الكفيل البايع عند المشترى ، فلم يوجد الكفيل او امتنع المعيّن ، ثبت الخيار للمشترى (۷) قال فی اللمعة : كتاب الكفالة ، و هی التعهّد بالنفس ، وقال فی الروضة : اى التزام ←

عدم حصولها (١) بنفس الاشتراط ، كاشتراط كون امرئة مزوّجة (٢) او الزوجة مطلقة ، من غير ان يراد من ذلك ايجاد الاسباب ، امّا لو اراد ايجاد الاسباب ، او كان الشرط ممّا يكفى (٣) فى تحققه نفس الاشتراط فلا اشكال (٤) و لو شكّ فى حصوله (٥) بنفس الاشتراط كملكيّة عين خاصة ، فسيأتى الكلام فيه (٦) فى حكم الشرط

الثانى : ان يكون الشرط سائغا فى نفسه (٧) فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمرا ، و نحوه من المحرمات ، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرّم

← احضار المكفول متى طلبه المكفول له ، و شرطها رضى الكفيل و المكفول له ، دون المكفول ، انتهى (١) الضمير يرجع الى الغاية (٢) مثلا لو باع رجل متاعا لامرئة اجنبيّة ، و شرط فى متن العقد ان تكون المرئة ، زوجة له بنفس هذا الشرط ، لكان الشرط باطلا و كان العقد ايضا باطلا (٣) يعنى ان يشترط فى ضمن عقد البيع كونه وكيلا او وصيّا (٤) قوله (فلا اشكال) جواب شرط لِـ (لو) ، (٥) الضمير يرجع الى الشرط (٦) اى فسيأتى الكلام فيه فى ص ٢٠٥/٢٠٦ بقوله (و امّا لو لم يدلّ دليل على احد الوجهين ، الخ) ، (٧) قال السيّد (ره) فى حاشيته : لا يخفى انّ هذا الشرط راجع الى الشرط الرابع ، فلا وجه لعدّه مستقلا فتدبّر ، انتهى . قال الايروانى (ره) : ثمّ الفرق بين هذا الشرط و شرط عدم المخالفة للكتاب و السّنة ، هو انّ مآل هذا الشرط الى عدم كون الشرط امرا غير سائغ ، امّا فعل حرام او ترك واجب ، و امّا معنى ذلك الشرط ، فهو ان لا يكون الشرط بحسب مقام جعله على خلاف جعل الشارع ، كاشتراط ان يكون الحلال حراما ، و الحرام حلالا من غير ←

و یدلّ علیه (۱) ما سیجئ من قوله : المؤمنون عند شروطهم ، الّا شرطا احلّ حراما او حرّم حلالا ، فانّ الشرط اذا کان محرّما ، کان اشتراطه و الالتزام به احلالا للحرام ، و هذا واضح لا اشکال فیه

الثالث : ان یکون ممّا فیه غرض معتدّ به عند العقلاء (۲) نوعا ،او بالنظر الی خصوص المشروط له ، و مثّل له (۳) فی الدروس ، باشتراط جهل العبد بالعبادات ، و قد صرّح جماعة ، بانّ اشتراط الکیل او الوزن بمکیال معیّن او میزان معیّن من افراد المتعارف ، لغو ، سواء فی السلم وغیره ، وفی التذکرة : لو شرط ما لاغرض للعقلاء فیه ، و لا یزید به (۴) المالیّة ، فانّه لغو (۵) لا یوجب الخیار

← نظر الی ان یرتکبه المشروط علیه ، او لا یرتکبه ، انتهی (۱) الضمیر یرجع الی کون الشرط سائغا فی نفسه (۲) فلا یخفی ، انّ هذا الشرط یتصوّر علی اقسام ، احدها : ان یکون الشرط ممّا فیه غرض معتدّ به عند العقلاء نوعا ، و بالنظر الی خصوص المشروط له ، و ثانیها : ان یکون ممّا فیه غرض معتدّ به عند العقلاء نوعا ، و لا یکون ممّا فیه غرض معتدّ به بالنظر الی خصوص المشروط له ، و ثالثها : ان یکون ممّا فیه غرض معتدّ به ، بالنظر الی خصوص المشروط له ، و لا یکون ممّا فیه غرض معتدّ به عند العقلاء نوعا ، و رابعها : ان لا یکون ممّا فیه غرض معتدّ به عند العقلاء نوعا و لا بالنظر الی خصوص المشروط له ، فالقسم الرابع ، فاسد ، و ما بقی ، صحیح (۳) الضمیر یرجع الی قوله : بالنظر الی خصوص المشروط له (۴) مرجع الضمیر هو (ما) ، (۵) فاعلم ، انّ اللغویة قد تطلق و یراد بها ما یقابل السفاهة ، و هو ما لیس فیه فائدة اصلا ، و قد تطلق و ←

و الوجه فى ذلك ، انّ مثل ذلك لا يعدّ حقّا للمشروط له حتى يتضرر بتعذّره ، فيثبت له الخيار ، او يعتنى به الشارع ، فيوجب الوفاء به و يكون (١) تركه ظلما ، فهو (٢) نظير عدم امضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتدّ بها عند العقلاء ، و لو شكّ (٣) فى تعلق غرض صحيح به (٤) حمل عليه (٥) و من هنا (٦) اختار فى التذكرة ، صحة اشتراط ان لا يأكل الّا الهريسة (٧) و لا يلبس الّا الخزّ (٨)

← يراد منه ما يساوق السفاهة ، و هو ما فيه فائدة غير متعلقة للاغراض العقلائيّة . فالمراد من اللّغو هنا ، هو الثانى ، لانّ ما لا فائدة فيه اصلا يمتنع ان ينبعث الارادة من الشارط (١) قوله (يكون) عطف على قوله (يتصرّر) ، (٢) اى عدم امضاء الشارع الشرط الذى لا يكون فيه غرض عقلائى . نظير عدم امضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتدّ بها عند العقلاء . مثل ان يشترى الخنافس بدينار ، فانّ الشارع لم يمض بذل الدينار فى مقابل الخنافس (٣) اى لو شكّ فى تعلق غرض صحيح به . حمل عليه حملا لفعل البالغ العاقل المسلم ، على الصحة (٤) يرجع الضمير الى الشرط (٥) اى حمل الشرط على الصحيح (٦) اشارة الى قوله (و لو شكّ فى تعلق غرض صحيح به) ، (٧) قال فى اقرب الموارد: (الهَريس) المدقوق عنيفا و ← طعام يعمل من الحبّ المدقوق و اللحم و فى النوادر : (الهريس ، الحبّ المدقوق بالمِهراس قبل ان يطبخ فاذا طبخ ، فهو الهريسة ، بالهاء) ، (٨) قال فى المجمع : تكرّر فى الحديث ذكر الخزّ ، هو بتشديد الزاء : دابّة من دوابّ الماء تمشى على اربع، تشبه الثعلب ، و ترعى من البر و تنزل البحر ، لها وبر ←

و لو اشترط كون العبد كافرا ، ففی صحته او لغويته ، قولان(١) للشيخ و الحلّی ، من تعلق الغرض (٢) المعتدّ به لجواز بيعه على المسلم والكافر و لاستغراق اوقاته بالخدمة ، و من انّ الاسلام (٣) يعلو و لا يعلى عليه و الأغراض الدنيويّة لا تعارض الاخرويّة (٤) و جزم بذلك (٥) فی الدروس ، و بما قبله العلامة قدّس سرّه

الرابع (٦) : ان لا يكون مخالفا للكتاب و السنة ، فلو اشترط رقّية حرّ

← يعمل منه الثياب ، تعيش بالماء و لا تعيش خارجه ، و ليس على حدّ الحيتان ، و ذكاتها اخراجها من الماء حيّة ، قيل : و قد كانت فی اوّل الاسلام الى وسطه كثيرة جدّا ، و عن ابن فرشته فی شرح المجمع : الخزّ صوف غنم البحر ، و فی الحديث انّما هی كلاب الماء ، و الخزّ ايضا ثياب تنسج من الابريسم ، انتهى (١) احدهما : قول للشيخ و هو اللّغوية ، و ثانيهما : قول ابن ادريس الحلّی ، و هو الصحة (٢) قوله (من تعلق الغرض ، الخ) بيان لوجه الصحة ، قوله (لاستغراق اوقاته) علّة لـ (تعلق الغرض المعتدّ به)، (٣) قوله (من انّ الاسلام يعلو ، الخ) بيان لوجه اللّغويّة (٤) يعنی لا يكون بينهما تعارض و تزاحم ، لانّه يقدّم الثانی على الأول ، و المراد من الغرض الدنيوّی ، هو الانتفاع بالكافر بأزيد من الانتفاع بالمسلم ، لجواز بيعه على المسلم و الكافر و استغراق اوقاته بالخدمة ، بخلاف المسلم ، و لعلّ المراد من الغرض الاخروی ، هو بغض الكافر و حبّ المسلم الموجبان للثواب فی الآخرة (٥) ای جزم باللّغويّة فی الدروس تبعا للشيخ (ره) و جزم بالصحة العلامة الذی هو قول ابن ادريس الحلّی (٦) ای الأمر الرابع من شروط صحة ←

او توريث اجنبيّ، كان (١) فاسدا ، لانّ مخالفة الكتاب (٢) و السنة ، لا يسوغهما (٣) شئ ، نعم قد يقوم (٤) احتمال تخصيص عموم الكتاب و السنة بأدلّة الوفاء ، بل قد جوّز بعض (٥) تخصيص عموم ما دلّ على

← الشرط (١) قوله (كان) جواب شرط لِـ (لو) اى كان الشرط فاسدا (٢) اى لانّ مخالفة الكتاب و السنة لا يجوّزهما شئ من نذر او يمين او شرط (٣) الضمير المثنّى يرجع الى مخالفة الكتاب و مخالفة السنّة (٤) فلا يخفى ، انّ مخالفة الكتاب و السنة ، تارة بنحو التباين الكلّى، و اخرى بنحو العموم و الخصوص المطلق ، بحيث يكون مفاد الشرط اخص من مفاد الكتاب ، المنافى له ، فانّ مخالفة الكتاب و السنة التى لا يسوّغهما شئ قطعا ، و لا يحتمل فيها التسويغ ، انّما هى المخالفة بالنحو الأول و امّا المخالفة بالنحو الثانى ، فليست بتلك المثابة ، اذ قد يقوم فيها احتمال الجواز بالشرط ، لاحتمال التخصيص بأدلّة الوفاء بالشرط فالمصنف (ره) قال : لكن هذا احتمال التخصيص ممّا لا يرتاب فى ضعفه فوجه ضعف هذا الاحتمال ، انّ حفظ عنوان مخالفة الشرط لعموم الكتاب لا يكون الّا مع كون الحكم فى الكتاب ثابتا لذات الموضوع على وجه لا يقبل تغيّره بالشرط ، مطلقا ، اى سواء كان مخالفة الشرط للكتاب بنحو التباين ، ام بنحو العموم المطلق (٥) قوله (بل قد جوّز ، الخ) ترق عن احتمال تخصيص عموم الكتاب و السنة بأدلّة الوفاء الذى مرجعه الى احتمال جواز مخالفة الكتاب و السنة ، و المصنف (ره) قال : لكنّه ممّا لا يرتاب فى ضعفه ، فوجه ضعف جواز تخصيص عموم ما دلّ ، انّ هذا العموم غير قابل للتخصيص

عدم جواز الشرط المخالف للكتاب و السنّة ، لكنّه (١) ممّا لا يرتاب فی ضعفه ، و تفصيل الكلام فی هذا المقام و بيان معنى مخالفة الشرط للكتاب و السنة ، موقوف على ذكر الأخبار الواردة فی هذا الشرط ، ثمّ التعرض لمعناها (٢) فنقول : انّ الأخبار فی هذا المعنى مستفيضة بل متواترة معنى (٣) ففی النبوی المروی صحيحا عن ابی عبد اللّه ﴿ ع ﴾ : من اشترط شرطا سوی كتاب اللّه عزّ و جلّ ، فلا يجوز ذلك له (٤) و لا عليه ، و المذكور فی كلام الشيخ و العلامة (ره) المروی من طريق العامّة قوله ﴿ ص ﴾ فی حكاية بريرة ، لمّا اشترتها عائشة و شرط مواليها عليها ولائها (٥)

---

(١) الضمير يرجع الى احتمال تخصيص عموم الكتاب (٢) يرجع الضمير الى مخالفة الشرط للكتاب (٣) فالمراد من التواتر المعنوی ، ان تفيد الالفاظ المختلفة معنا واحدا (٤) ای فلا يجوز ذلك الشرط للمشروط له و لا على المشروط عليه ، و يحتمل ان يكون معناه ، انّه لا يجوز ذلك الشرط لنفع من اشترط ، و لاعلى ضرر من اشترط (٥) قال فی المجمع: الوَلاء بفتح الواو و المدّ ، حقّ ارث المُعْتِق او ورثته من المُعْتَق ، و اصله القرب و الدنوّ ، و المراد هنا ، قرب احد الشخصين فصاعدا الى آخر على وجه يوجب الارث بغير نسب و لا زوجيّة ، و اقسامه ثلاثة : العتق و ضمان الجريرة و الامام ، انتهى . ﴿ تذكرة ﴾ اعلم انّ ضامن الجريرة يضمن سائبة كالمعتق فی الواجب و حرّ الأصل حيث لا يعلم له قريب ، فلو علم له قريب وارث ، او كان له معتق ، او وارث معتق ، لم يصح ضمانه و لا يرث المضمون الضامن الّا ان يشترك ضمان الجريرة بينهما ، و لا يشترط ←

ما بال (١) اقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب اللّه ، فما كان من شرط ليس فى كتاب اللّه عزّ و جلّ ، فهو باطل ، قضاء اللّه احقّ ، و شرطه اوثق ، و الولاء (٢) لمن اعتق ، و فى المروى موثقا عن امير المؤمنين ﴿ ع ﴾ من شرط لا مرئته شرطا ، فليف به (٣) لها (٤) فانّ المسلمين عند شروطهم ، الّا شرطا حرّم حلالا ، او احلّ حراما ، و فى صحيحة الحلبى : كلّ شرط خالف كتاب اللّه ، فهو مردود ، و فى صحيحة ابن سنان : من اشترط شرطا مخالفا لكتاب اللّه عزّ و جلّ ، فلا يجوز له ، و لا يجوز على الذى اشترط عليه ، و المسلمون عند شروطهم ، فيما وافق كتاب اللّه ، و فى صحيحته (٥) الاخرى : المؤمنون عند شروطهم ، الّا كلّ شرط خالف كتاب اللّه عزّ و جلّ ، فلا يجوز ، و فى رواية محمّد بن قيس عن ابى جعفر ﴿ ع ﴾ : فى من تزوّج امرئة و اصدقها و اشترطت (٦) عليه انّ بيدها الجماع و الطلاق ، قال : خالفت السنة ، و وليت (٧) حقّا ليست اهلا

← فى الضامن عدم الوارث ، بل فى المضمون ، و لو كان للمضمون ، زوج او زوجة ، فله نصيبه الأعلى و الباقى للضامن ، و صورة عقد ضمان الجريرة ان يقول المضمون : عاقدتك على ان تنصرنى و تدفع عنّى و تعقل عنّى و ترثنى ، فيقول الضامن : قبلت (١) ، (البال) القلب ، يقال (ما خطر الأمر ببالى) . الحال و العيش . . . . (ما بالك) اى ما شأنك (المنجد) ، (٢) يعنى ارث المعتق لمن اعتقه ، لا لمن باعه ، و ان شرط البايع ارثه له (٣) الضمير يرجع الى الشرط (٤) يرجع الضمير الى الامرئة (٥) الضمير عائد الى ابن سنان (٦) الضمير المستتر الفاعل يرجع الى الامرئة (٧) ، (ولى يلى ولاية و ولاية) الشئ و عليه : قام به ←

له ، فقضى (١) انّ عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق ، و ذلك السنة ، و فى معناها (٢) مرسلة ابن بكير عن ابى عبد اللّه ﴿ ع ﴾ و مرسلة مروان بن مسلم ، الّا انّ فيهما (٣) عدم جواز هذا النكاح ، و فى رواية ابراهيم بن محرز ، قال : قلت لأبى عبد اللّه ﴿ ع ﴾ : رجل قال لامرئته : امرك بيدك ، فقال ﴿ ع ﴾ : انى يكون هذا ، و قد قال اللّه تعالى الرجال قوّامون على النساء (٤) و عن تفسير العياشى ، عن ابى مسلم ، عن ابى جعفر ﴿ ع ﴾ قال : قضى امير المؤمنين ﴿ ع ﴾ فى امرئة تزوجها رجل ، و شرط عليها و على اهلها ، ان تزوج عليها او هجرها او اتى عليها سريّه (٥) فهى طالق (٦) فقال ﴿ ع ﴾ : شرط اللّه قبل شرطكم ، ان شاء وَفىٰ بشرطه ، و ان شاء امسك امرئته و تزوج عليها و تسرّى و هجرها ان اتت بسبب ذلك (٧) قال اللّه تعالى : فانكحوا ما طاب لكم من النساء

← و ملك امره . ـ الرجل و عليه : نصره . ـ البلد : تسلط عليه (المنجد) ، (١) الضمير المستتر الفاعل يرجع الى الامام ﴿ ع ﴾ . (٢) يرجع الضمير الى رواية محمّد بن قيس (٣) يرجع الضمير المثنّى الى مرسلة ابن بكير و مرسلة مروان بن مسلم (٤) قال فى الميزان : قوله تعالى ﴿ الرجال قوّامون على النساء ، الخ) القيّم هو الذى يقوم بأمر غيره ، و القَوّام و القَيّام مبالغة منه ، انتهى (٥) قال فى المجمع : و فى الحديث ذكر السُرّيّة هى بضمّ السين ، الأمة المنسوبة الى السرّ ، و هو الجماع و الاخفاء ، انتهى (٦) قوله (فهى طالق) جواب شرط لِـ (ان) فى قوله (ان تزوج عليها الخ) ، (٧) اى و هجرها ان اتت المرئة بسبب ذلك الهجر ، فانّ سبب الهجر ، هو النشوز

مثنى و ثلاث ،(١) و قال : او ما ملكت ايمانكم ، (٢) و قال و اللاتى تخافون نشوزهنّ (٣) الآية ، ثمّ الظاهر انّ المراد بكتاب اللّه ، هو ما كتب اللّه على عباده (٤) من احكام الدين ، و ان بيّنه (٥) على لسان رسوله ﴿ص﴾ ، فاشتراط ولاء المملوك لبايعه انّما جعل فى النبوى مخالفا لكتاب اللّه بهذا المعنى ، لكن ظاهر النبوى (٦) و احدى صحيحتى ابن سنان (٧) اشتراط موافقة كتاب اللّه فى صحة الشرط ، و ان ما ليس فيه ، اولا يوافقه ، فهو باطل

---

(١) سورة النساء ، آية ٣ (٢) سورة النساء ، آية ٣ ايضا (٣) سورة النساء ، آية ٣٤ (٤) فلا يخفى ، انّ المذكور فى اغلب الروايات مخالفة الكتاب فقط ، و على هذا يكون المراد من الكتاب ، هو ما كتب على عباده من احكام الدين ، و ان بيّنه على لسان رسوله ﴿ص﴾ ، و بعبارة اخرى انّ المراد من الكتاب ، هو الكتاب التشريعىّ ، فى قبال الكتاب التكوينىّ (٥) الضمير يرجع الى (ما) . (٦) فالمراد من ظاهر النبوى ، هو قوله (فما كان من شرط ليس فى كتاب اللّه عزّ و جلّ ، فهو باطل) فعلى هذا اذا شرط حياطة الثوب الذى ليس فى الكتاب مثلا كان باطلا ، لانّ هذا الشرط ليس موافقا للكتاب ، فانّ الظاهر من النبوى الآخر ايضا اشتراط موافقة الكتاب فى صحة الشرط ، لانّ قوله : من اشترط شرطا سوى كتاب اللّه عزّ و جلّ ، ظاهر فيما ليس فى الكتاب ، فيمكن ان يريد المصنف (ره) من النبوى فى قوله (ظاهر النبوى) كلّ واحد من الحديثين (٧) فالمراد من احدى الصحيحتين ، هى الصحيحة الاولى ، حيث قال : المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب اللّه

ولا یبعد (۱) ان یراد بالموافقة عدم المخالفة نظرا الی موافقة ما لم یخالف کتاب اللّه بالخصوص (۲) لعموماته (۳) المرخّصة (۴) للتصرفات الغیر المحرمة فی النفس و المال، فخیاطة ثوب البایع، مثلا موافق للکتاب بهذا المعنی (۵) ثمّ انّ المتصف بمخالفة الکتاب، امّا نفس المشروط (۶) و الملتزم، ککون الأجنبی وارثا، وعکسه (۷)

---

(۱) فلا یخفی، انّ بین الموافقة وعدم المخالفة، عموما و خصوصا مطلقا لانّ کلّ ما صدق علیه الموافقة، صدق علیه عدم المخالفة، و بعض ما صدق علیه عدم المخالفة مثل خیاطة الثوب، لم یصدق علیه الموافقة، مثلا اذا لم یکن حکم خیاطة الثوب فی القرآن، فان کان اللازم الموافقة بطل ذلک الشرط، امّا اذا کان اللازم عدم المخالفة لم یبطل، لانّ الشرط حینئذ لم یکن مخالفا، ولا یبعد ان یراد بالموافقة، عدم المخالفة، فکلّ ما لم یخالف، موافق، فحینئذ لم یکن بینهما عموم و خصوص مطلق (۲) قوله (بالخصوص) متعلق بقوله (یخالف)، (۳) قوله (لعموماته) متعلق بقوله (موافقة) و الضمیر فی (عموماته) یرجع الی الکتاب (۴)، (المرخصة) صفة لـ (العمومات)، (۵) ای موافقة الشرط لعمومات الکتاب المرخّصة (۶) ثمّ انّ المتّصف بمخالفة الکتاب، امّا نفس المشروط، ککون الأجنبی وارثا، و امّا نفس الالتزام، کالتزام بعدم التزوج و التسرّی، فانّه مخالف لاباحة التزوّج و التسرّی الثابتة بالکتاب، ذهب بعض الأجلّة، انّ المتّصف بالمخالفة ابدا نفس الشرط لکن الاتصاف قد یکون من حیث متعلقه، ای الملتزم، و قد یکون باعتبار نفسه (۷) ککون الوارث اجنبیّا

و كون الحرّ او ولده رقّا (١) و ثبوت الولاء لغير المعتق و نحو ذلك ، و امّا ان يكون (٢) التزامه ، مثلا مجرّد عدم التسرّى و التزوّج على المرئة ليس مخالفا للكتاب ، و انّما المخالف الالتزام به (٣) فانّه (٤) مخالف لاباحة التسرّى و التزوّج الثابتة بالكتاب ، و قد يقال : انّ التزام ترك المباح لا ينافى اباحته ، فاشتراط ترك التزوّج و التسرّى لا ينافى الكتاب ، فينحصر (٥) المراد فى المعنى الأول ، و فيه انّ ما ذكر لا يوجب الانحصار (٦) فانّ التزام ترك المباح و ان لم يخالف الكتاب المبيع له (٧) الّا انّ التزام

---

(١) فالمراد من كون ولد الحرّ رقّا ، ان يبيع البايع جاريته للمشترى الحرّ ، و شرط على المشترى ان يكون ولدهما رقّا للبايع (٢) اى و امّا ان يكون المتّصف بمخالفة الكتاب التزامه (٣) يرجع الضمير الى عدم التسرّى (٤) اى فانّ الالتزام بعدم التسرّى و التزوّج مخالف لاباحة التسرّى و التزوّج الثابتة بالكتاب (٥) فينحصر المراد من المخالف للكتاب فى المعنى الأول الذى هو نفس المشروط و الملتزم (٦) اى و فيه اوّلا انّه لا نسلّم انّ التزام ترك المباح ليس مخالفا للكتاب ، و ثانيا بعد التسليم انّ ما ذكر لا يوجب الانحصار فى المعنى الأول للشرط ، اعنى الملتزم و المشروط ، لانّ التزام فعل الحرام يخالف الكتاب ، فيكفى هذا القسم من الالتزام المخالف للكتاب مصداقا لهذا المعنى ، و ثالثا انّ الرواية المتقدّمة كالصريحة فى ارادة المعنى الثانى من الشرط ، اعنى الالتزام (٧) يرجع الضمير الى المباح

فعل الحرام یخالف الکتاب ، المحرّم له ، فیکفی هذا (۱) مصداقا لهذا المعنی ، مع انّ الروایة المتقدمة (۲) الدالة علی کون اشتراط ترک التزوّج و التسرّی مخالفا للکتاب مستشهدا علیه بما دلّ من الکتاب علی اباحتهما (۳) کالصریحة (۴) فی هذا المعنی ، و ما سیجئ من تأویل الروایة ، بعید (۵) مع انّ قوله ﴿ ع ﴾ فی روایة اسحاق بن عمّار : المؤمنون عند شروطهم ، الّا شرطا حرّم حلالا ، او احلّ حراما ، ظاهر ، بل صریح فی فعل الشارط (۶) فانّه (۷) الذی یرخّص (۸) باشتراطه الحرام الشرعی و یمنع (۹) باشتراطه عن المباح الشرعی ، اذ المراد من التحریم و الاحلال ما هو من فعل الشارط (۱۰) لا الشارع

---

(۱) ای فیکفی التزام فعل الحرام الذی یخالف الکتاب مصداقا لهذا المعنی الذی هو کون المتصف بمخالفة الکتاب التزامه (۲) ای مع انّ الروایة المتقدمة کالصریحة فی هذا المعنی الثانی ، ای انّ الالتزام مخالف للکتاب (۳) یرجع الضمیر المثنّی الی التزوّج و التسری (۴) قوله (کالصریحة) خبر لِ (انّ) ، (۵) ای تأویل الروایة ، بانّ المراد من مخالفة الکتاب ، هو ترتّب الطلاق علی هذه الافعال ، بعید ، و انّما کان التأویل بعیدا ، لانّ الامام ﴿ ع ﴾ استشهد علی کون اشتراط ترک التزوّج و التسرّی مخالفا للکتاب بما دلّ علی اباحتهما ، و هو فی معنی اعطاء الضابطة لبطلان الشروط المذکور (۶) ای بل صریح فی فعل الشارط الذی هو الالتزام (۷) الضمیر یرجع الی الشارط (۸) الضمیر الفاعل المستتر یرجع الی الشارط (۹) یرجع الضمیر الفاعل المستتر الی الشارط (۱۰) و الحاصل ، انّ المراد من التحلیل و التحریم فی الروایة ، ما هو

و اصرح من ذلك كلّه المرسل المروی (١) فی الغنية : الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه (٢) كتاب او سنّة ، ثمّ انّ المراد بحكم الكتاب و السنّة الذی يعتبر عدم مخالفة المشروط او نفس الاشتراط (٣) له هو ما ثبت على وجه لا يقبل تغيّره بالشرط لأجل تغيّر موضوعه بسبب الاشتراط توضيح ذلك ، انّ حكم الموضوع (٤) قد يثبت له من حيث نفسه و مجردا من ملاحظة عنوان آخر

← من فعل الشارط ، و لا يكونان من فعله الّا بالتزامه بترك المباح وفعل الحرام ، و لازم ذلك كون الشرط فی الرواية بمعنى الالتزام ، اذ لو كان بمعنى الملتزم و المشروط ، مثل توريث الأجنبی ، لزم جعلهما من فعل الشارع بلحاظ ايجابه الوفاء بالشرط (١) فانّه صريح فی انّ المراد من الشرط المذكور هو نفس الشرط ، لا المشروط الذی هو متعلق الشرط (٢) الضمير يرجع الى الشرط (٣) قوله (نفس الاشتراط) عطف على قوله (المشروط) ، (٤) فلا يخفى ، انّ حكم الموضوع قد يثبت له مجرّدا من ملاحظة عنوان آخر ، و قد يثبت له مطلقا ، يعنى انّ الحكم يثبت له ، سواء عرض له عنوان آخر ، ام لا ، فاللازم على الأول عدم التنافی بين ثبوت هذا الحكم ، و بين ثبوت حكم آخر له ، اذا فرض عروض عنوان لذلك الموضوع ، فانّ الاباحة ثابتة مثلا لأكل اللحم مجرّدا عن ملاحظة عنوان آخر ، بحيث لا ينافی عروض التحريم له اذا حلف على تركه او امر والد بتركه ، فاللازم على الثانی حصول التنافی بين ثبوت هذا الحكم ، و بين ثبوت حكم آخر له ، فانّ الحرمة ثابتة لشرب الخمر مطلقا اى سواء عرض له عنوان آخر ، ام لا ، بحيث يناف ثبوت حكم آخر له ←

طار علیه (۱) و لازم ذلك (۲) من عدم التنافی بین ثبوت هذا الحکم ، و بین ثبوت حکم آخر له ، اذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع، و مثال ذلك (۳) اغلب المباحات و المستحبات و المکروهات ، بل جمیعها ،حیث انّ تجویز الفعل و الترك انّما هو من حیث ذات الفعل ، فلا ینافی (۴) طروّ عنوان یوجب المنع عن الفعل او الترك ، کأکل اللحم ، فانّ الشرع قد دلّ علی اباحته فی نفسه بحیث لا ینافی عروض التحریم له ، اذا حلف علی ترکه او امر الوالد بترکه ، او عروض الوجوب له (۵) اذا صار مقدمة لواجب او نذر فعله مع انعقاده (۶) و قد یثبت له (۷) لا مع تجرّده (۸) عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطاریة علیه (۹) و لازم ذلك (۱۰)

بالحلف ، او امر الوالد (۱) الضمیر یرجع الی الموضوع (۲) اشارة الی ثبوت الحکم للموضوع من حیث نفسه و مجرّدا من ملاحظة عنوان آخر (۳) ای مثال ذلك الحکم الثابت للموضوع من حیث نفسه و مجرّدا من ملاحظة عنوان آخر ، اغلب المباحات و المستحبات و المکروهات (۴) یعنی انّ تجویز الفعل و الترك لا ینافی طروّ عنوان یوجب المنع عن الفعل او الترك (۵) قوله (عروض الوجوب له)عطف علی قوله (عروض التحریم له) (۶) ای او نذر فعله مع انعقاده حیث کان متعلقه راجحا ، لانّ الشرط فی انعقاده رجحان متعلقه (۷) قوله (قد یثبت له)عطف علی قوله (قد یثبت له) فی قوله (انّ حکم الموضوع قد یثبت له)، (۸) یرجع الضمیر الی الموضوع (۹) ای علی الموضوع (۱۰) ای لازم ذلك الحکم الذی یثبت للموضوع مطلقا ، ای سواء عرض له العنوان الآخر ، ام لا حصول التنافی بین ثبوت هذا الحکم للموضوع و بین ثبوت حکم آخر له

حصول التنافى بين ثبوت هذا الحكم، و بين ثبوت حكم آخر له (١) و هذا نظير اغلب المحرّمات (٢) و الواجبات، فانّ الحكم بالمنع (٣) عن الفعل او الترك، مطلق، لا مقيّد بحيثية تجرّد الموضوع، الّا عن بعض العنوانات، كالضرر و الحرج (٤) فاذا فرض ورود حكم آخر (٥) من غير جهة الحرج و الضرر، فلابدّ من وقوع التعارض بين دليلى الحكمين فيعمل بالراجح بنفسه او بالخارج، اذا عرفت هذا، فنقول: الشرط اذا ورد على ما كان من قبيل الأول (٦) لم يكن الالتزام بذلك (٧) مخالفا للكتاب، اذ المفروض انّه لا تنافى بين حكم ذلك الشئ فى الكتاب و السنة و بين دليل الالتزام بالشرط و وجوب الوفاء به، و اذا ورد على ما كان

---

(١) الضمير يرجع الى الموضوع (٢) و انّما قال المصنف (ره): «اغلب» لانّ بعض هذه الاحكام يتغيّر بسبب عنوان آخر طار عليه، مثل حرمة امتناع الزوجة عن الخروج مع زوجها الى بلد آخر، فانّها تتغيّر بالشرط فى ضمن العقد (٣) اى فانّ الحكم بالمنع عن الفعل فى المحرّمات او بالمنع عن الترك فى الواجبات مطلق شامل لصورة الاشتراط و عدمه (٤) يعنى انّ ادلّة الضرر و الحرج متقدّمة على ادلّة المحرّمات و الواجبات لانّ كلّ واحد من الحرمة و الوجوب يرتفع بالضرر و الحرج (٥) فاذا فرض ورود حكم آخر بالنذر و الحلف و الشرط فى ضمن العقد، فلا بدّ من وقوع التعارض بين دليل هذا الحكم و بين دليل المحرمات او الواجبات (٦) فالمراد بالأول، هو ان يثبت الحكم للموضوع من حيث نفسه (٧) اشارة الى الشرط المذكور

من قبیل الثانی (۱) کان التزامه مخالفا للکتاب و السنّة ، و لکن ظاهر مورد بعض الأخبار المتقدمة (۲) من قبیل الأول (۳) کترک التزوّج و ترک التسرّی ، فانّهما مباحان من حیث انفسهما ، فلا ینافی ذلک (۴) لزومهما بواسطة العنوانات الخارجة ، کالحلف و الشرط و امر السیّد و الوالد ، و حینئذ (۵) فیجب ، امّا جعل ذلک الخبر کاشفا عن کون ترک الفعلین

---

(۱) فالمراد بالثانی ، هو ان یثبت الحکم للموضوع ، لا مع تجرّده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطاریة علیه (۲) ای من الأخبار المتقدمة روایة ابن مسلم عن ابی جعفر ﴿ ع ﴾ المتقدمة فی ص ۱۲۳ فانّها تدلّ علی بطلان شرط ترک التزوّج و ترک التسرّی ، و الحال انّ ترک التزوّج و ترک التسرّی من قبیل الأول ، لانّ التزوّج و التسرّی من المباحات ، فاذا کان التزوج و التسری من المباحات لم یکن شرط ترکهما مخالفا للکتاب ، و الحال انّ الروایة المذکورة تدلّ علی بطلان شرط ترکهما (۳) فالمراد بالأول ، هو ان یثبت الحکم للموضوع من حیث نفسه و مجرّدا من ملاحظة عنوان آخر طار علیه (۴) ای فلا ینافی مباحهما لزومهما بواسطة العنوانات الخارجیّة (۵) یعنی حین اذا کان خبر ابن مسلم یدلّ علی انّ شرط ترک التزوّج و ترک التسرّی ، باطل مخالف للکتاب ، و الحال انّهما من قبیل الأول ، لانّهما من المباحات ، فیجب امّا جعل ذلک الخبر کاشفا عن کون ترک الفعلین فی نظر الشارع من الجائز الذی لا یقبل اللزوم بالشرط ، و امّا الحمل علی انّ هذه الأفعال ممّا لا یجوز تعلق وقوع الطلاق علیها ، فالمخالف للکتاب هو ترتّب الطلاق

فى نظر الشارع من الجائز الذى لا يقبل اللزوم بالشرط ، و ان كان فى انظارنا نظير ترك أكل اللحم و التمر و غيرهما من المباحات القابلة لطرو عنوان التحريم ، لكن يبعده (١) استشهاد الامام لبطلان تلك الشروط باباحة ذلك فى القرآن ، و هو (٢) فى معنى اعطاء الضابطة لبطلان الشروط ، و امّا الحمل (٣) على انّ هذه الافعال (٤) ممّا لا يجوز تعلق وقوع الطلاق عليها ، و انّها (٥) لا توجب الطلاق كما فعله الشارط فالمخالف للكتاب هو ترتّب طلاق المرئة (٦) اذ الكتاب دالّ على اباحتها (٧) و انّها (٨) ممّا لا يترتب عليه حرج ، و لو من حيث خروج المرئة بها عن زوجيّة الرجل ، و يشهد لهذا الحمل ، و ان بعد (٩) بعض الأخبار

---

(١) يعنى لكن يبعد ان يكون لترك التزوّج و ترك التسرّى فى نظر الشارع خصوصيّة ، بل ظاهر خبر ابن مسلم ، يدلّ على انّ كلّ مباح فى القرآن كذلك ، لانّ الامام ﴿ع﴾ استشهد باباحة ذلك فى القرآن لبطلان تلك الشروط ، و هذا الاستشهاد فى معنى اعطاء الضابطة لبطلان كلّ شرط يخالف ما اَباحَهُ القرآن (٢) الضمير يرجع الى الاستشهاد (٣) قوله (امّا الحمل) عطف على قوله (امّا جعل ذلك الحبر) ، (٤) فالمراد من هذه الأفعال ، هو التزوج و التسرّى و الهجران (٥) يرجع الضمير الى هذه الأفعال (٦) اى فالمخالف للكتاب ، هو ترتّب طلاق المرئة على هذه الأفعال (٧) الضمير عائد الى هذه الأفعال (٨) يعنى انّ هذه الأفعال ممّا لا يترتب عليه حرج على الشارط ، و لو من حيث خروج المرئة بهذه الأفعال المذكورة عن زوجيّته ، لانّ هذه الأفعال مباحة ، لا توجب شرط تركها الطلاق (٩) و انّما بَعُدَ هذا الحمل ، لانّ قوله ﴿ع﴾ فى←

الظاهرة فی وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام ، مثل روایة منصور بن یونس قال : قلت لأبی الحسن ﴿ع﴾ : انّ شریکا لی کان تحته امرئة ، فطلّقها فبانت منه ، فاراد مراجعتها ، فقالت له المرئة : لا واللّه ، لا اتزوّجك ابدا حتی یجعل اللّه لی علیك ان لا تطلقنی ، و لا تتزوّج علیّ ، قال (۱) و قد فعل ، قلت : نعم ، جعلنی اللّه فداك ، قال (۲) : بئسما صنع ما کان یدری ما یقع فی قلبه باللیل و النهار ، ثمّ قال (۳) : امّا الآن فقل له : فلیتم (۴) للمرئة شرطها ، فانّ رسول اللّه ﴿ص﴾ قال: المسلمون عند شروطهم ، فیمکن حمل روایة محمّد بن قیس (۵) علی ارادة عدم

← الجواب ، شرط اللّه قبل شرطکم بملاحظة الاستدلال بالآیات، ظاهر فی انّ شرط اللّه تعالی ، هی الأحکام المتعلقة بالتزوّج و التسری و الهجران ، فیکون شرط الشارط بقرینة المقابلة ، شرط ترك هذه الأفعال فانّ ترك هذه الأفعال فی الحقیقة ، تحریم من الشارط لما احلّه اللّه تعالی ، مع انّ الظاهر من حال الشارط تعلق الغرض بترك هذه الأفعال ، لا انّ الغرض انشاء الطلاق المعلق ، فانّه اجنبیّ عن مقصد الزوجین ، فانّ مقصدهما ترك هذه الأفعال (۱) ای قال الامام ﴿ع﴾ : و قد فعل شریکك (۲) ای قال الامام ﴿ع﴾ : بئسما صنع شریکك ما کان یدری ما یقع فی قلبه باللیل و النهار من ارادة طلاق زوجته او تزوّج امرئة اخری علیها (۳) ای قال الامام ﴿ع﴾ : امّا الآن ، فقل له : فلیتمّ للمرئة شرطها (۴) قوله (فلیتمّ) هو الأمر الغائب ، و الضمیر المستتر یرجع الی الرجل الشریك (۵) قال السیّد (ره) : لا یخفی ، انّ الروایة السابقة کانت لمحمّد بن مسلم ، انتهی . و قال المامقانی (ره) : الظاهر انّه ←

سببيّة للطلاق بحكم الشرط ، فتأمل . ثمّ انّه لا اشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعى الى القسمين المذكورين (١) و انّ المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثانى (٢) لا الأول (٣) و انّما الاشكال فى تميز مصداق احدهما عن الآخر فى كثير من المقامات ، منها (٤) كون من (٥) احد ابويه حرّ رقّا (٦) فانّ ما دلّ على انّه لا يملك ولد حرّ ، قابل

← سهو من قلمه الشريف ، و انّ الصحيح رواية ابن مسلم بدل محمّد بن قيس ، لانّها التى يجرى فيها الحمل الذى ذكره ، انتهى (١) احدهما انّ الحكم يثبت للموضوع من حيث نفسه مجرّدا من ملاحظة عنوان آخر طار عليه ، و ثانيهما : انّ الحكم يثبت للموضوع ، لا مع تجرّده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطارية عليه (٢) فالمراد بالقسم الثانى ، هو انّ الحكم يثبت للموضوع ، لا مع تجرّده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطارية عليه (٣) فالمراد بالأول ، هو انّ الحكم يثبت للموضوع من حيث نفسه و مجرّدا من ملاحظة عنوان آخر طار عليه (٤) اى من المقامات (٥) كلمة (مَنْ) موصولة ، و (احد) مبتدأ ، و (حرّ) خبر عنه ، و الجملة صلة (مَنْ) و قوله (رقّا) خبر لِ (كون) ، (٦) فلا يخفى ، انّ مورد النزاع هو ان يزوّج المولى امته من حرّ ، و شرط عليه فى عقد الزواج ، كون من ولد منهما رقّا لمولى الأمة . فان قلنا : انّ ما دلّ على انّه لا يملك ولد حرّ ، يدلّ على عدم رقّية الولد لو خلّى و طبعه ، فحينئذ لا ينافى جعله رقّا بالشرط فى ضمن العقد ، و ان قلنا : انّ ما دلّ على انّه لا يملك ، ولد حرّ ، يدلّ على عدم رقّية ولد الحرّ مطلقا ، حتى لا يتغيّر بالشرط و غيره فحينئذ يكون اشتراطه رقّا ، مخالفا للكتاب و السنة

لا ن یراد به عدم رقّیة ولد الحرّ بنفسه، بمعنی انّ الولد ، ینعقد لو خلّی و طبعه ، تابعا لأشرف الأبوین، فلا ینافی جعله رقّا بالشرط فی ضمن عقد ، و ان یراد به (۱) ان ولد الحرّ لا یمکن ان یصیر فی الشریعة رقّا ، فاشتراطه (۲) اشتراط لما هو مخالف للکتاب و السنّة الدالّین علی هذا الحکم (۳) و منها (۴) ارث المتمتع بها ، هل هو قابل للاشتراط فی ضمن عقد المتعة او عقد آخر، ام لا ؟ (۵) فانّ الظاهر الاتفاق علی عدم مشروعیّة اشتراطه (۶) فی ضمن عقد آخر ، و عدم مشروعیّة اشتراط ارث اجنبیّ آخر فی ضمن عقد مطلقا (۷) فیشکل الفرق حینئذ بین افراد غیر الوارث (۸) و بین افراد العقود

---

(۱) قوله (ان یراد به) عطف علی قوله (ان یراد به عدم الرقّیة (۲) اشتراط ان یکون ولد الحرّ رقّا ، اشتراط لما هو مخالف للکتاب و السنّة الدالّین علی عدم رقّیة ولد الحرّ (۳) اشارة الی عدم رقّیة ولد الحرّ (۴) ای من المقامات (۵) فلا یخفی ، انّ الاختلاف وقع فی امر واحد و هو ان یشترط ارث المتمّتع بها فی ضمن عقد المتعة ، و انّ الاتفاق وقع فی امرین ، احدهما : الاتفاق علی عدم صحة اشتراط ارث المتمتع بها فی ضمن عقد آخر، و ثانیهما : الاتفاق علی عدم صحة اشتراط ارث الأجنبی فی کلّ عقد حتی فی عقد المتعة ایضا (۶) یرجع الضمیر الی الارث (۷) ای سواء کان ذلک العقد متعة ، ام غیرها (۸) ای و یشکل الفرق بین غیر الوارث ، فانّه ترث المتمتع بها بشرط الارث ، دون سائر الأجانب ، او یشکل الفرق ایضا بین افراد العقود ، فانّ المتمتع بها ترث اذا شرط الارث فی ضمن عقد المتعة ، دون سائر العقود

و جعل ما (١) حكموا بجوازه (٢) مطلقا مطابقا للكتاب و ما منعوا عنه مخالفا ، الّا ان يدّعى انّ هذا الاشتراط (٣) مخالف للكتاب الّا في هذا المورد ، او انّ الشرط المخالف للكتاب ممنوع (٤) الّا في هذا المورد ، و لكن عرفت وهن الثانى (٥) و الأول (٦) يحتاج الى تأمل (٧)

---

(١) قوله (جعل ما حكموا) عطف على قوله (الفرق) يعنى يشكل جعل ما حكموا بجواز ارث المتمتع بها مطلقا ، اى سواء كان اشتراط الارث في ضمن عقد المتعة ، او في ضمن غيره حتى يكون مطابقا للكتاب ، و اشتراط ما منعوا عنه ، و هو اشتراط ارث الأجنبى الآخر حتى يكون مخالفا للكتاب (٢) الضمير يرجع الى (ما) ، (٣) الّا ان يدّعى انّ اشتراط ارث الأجنبى مخالف للكتاب ، الّا في مورد المتمتع بها ، فانّه في هذا المورد ليس مخالفا للكتاب (٤) اى او يدّعى انّ الشرط المخالف للكتاب ممنوع ، الّا في مورد اشتراط ارث المتمتع بها (٥) اى لكن عرفت وهن الثانى في ص ١١٩/١٢٠ بقوله (فلو اشترط رقّية حرّ ، و توريث اجنبى ، كان فاسدا ، لانّ مخالفة الكتاب و السنّة ، لا يسوّغهما شئ ، نعم قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب و السنّة بأدلّة الوفاء ، الى ان قال : لكنّه ممّا لا يرتاب في ضعفه) (٦) فالمراد بالأول ، قوله : ان يدّعى انّ هذا الاشتراط مخالف للكتاب الّا في هذا المورد (٧) و وجه التأمل ، انّ دليل الارث مختص بغير الأجنبى ، فاشتراط ارث الأجنبى ، ان كان مخالفا له ، كان مخالفا في جميع الموارد ، و ان لم يكن مخالفا له ، لم يكن مخالفا في جميع الموارد فلا وجه للتفصيل في الأجنبى بين اشتراط ارث المتمتع بها و غيرها حتى يقال : انّ اشتراط ارث المتمتع بها غير مخالف للكتاب ، و اشتراط ارث ←

و منها (۱) انّهم اتّفقوا علی جواز اشتراط الضمان فی العاریة و اشتهر عدم جوازه (۲) فی عقد الاجارة ، فیشکل (۳) انّ مقتضی ادلّة عدم ضمان الأمین ، عدم ضمانه (۴) فی نفسه من غیر اقدام علیه بحیث لا ینافی اقدامه (۵) علی الضمان من اول الأمر ، او عدم مشروعیّة ضمانه (۶) و تضمینه (۷) و لو بالأسباب ، کالشرط فی ضمن عقد تلك الأمانة او غیر ذلك (۸) و منها (۹) اشتراط ان لا یخرج بالزوجة الی بلد آخر ، فانّهم اختلفوا فی جوازه ، و الأشهر علی الجواز ، و جماعة علی المنع (۱۰) من جهة

← غیرها مخالف للکتاب (۱) ای من المقامات (۲) ای و اشتهر عدم جواز اشتراط الضمان فی الاجارة (۳) ای فیشکل الفرق بین العاریة و الاجارة (۴) قوله (عدم) مضاف الی (ضمانه) خبر لِ (انّ) ، قوله : (انّ مقتضی ادلّة عدم ضمان الأمین) الی قوله (من اوّل الأمر) وجه للضمان فی العاریة و الاجارة ، اذا شرط الضمان فیهما (۵) الضمیر فی قوله (علیه) و (اقدامه) یرجع الی (الأمین) ، (۶) قوله (عدم مشروعیّة ضمانه) عطف علی قوله (عدم ضمانه) ، (۷) قوله (تضمینه) عطف علی قوله (ضمانه) ، (۸) قوله (عدم مشروعیّة ضمانه) الی قوله (او غیر ذلك) وجه لعدم الضمان فی العاریة و الاجارة ، اذا شرط الضمان فیهما (۹) ای منها اشتراط الزوجة علی الزوج فی متن عقد النکاح ان لا یخرج بالزوجة الی بلد آخر ، فانّهم اختلفوا فی جوازه و عدمه ، و الأشهر علی الجواز (۱۰) ای و جماعة علی المنع من حیث منافات هذا الشرط لمقتضی عقد النکاح لسلطنة الزوج علی الاستمتاع بالزوجة فی ای زمان و مکان اراد فولایة الاسکان له ، دون غیره ، فالشرط المزبور المقتضی لسلطنة الزوجة ←

مخالفته للشرع من حيث وجوب اطاعة الزوج ، و كون مسكن الزوجة و منزلها باختياره ، و اورد عليهم (١) بعض المجوّزين ، بأنّ هذا (٢) جار فى جميع الشروط السائغة من حيث انّ الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلا او تركا ، و بالجملة ، فموارد الاشكال فى تميز الحكم الشرعى القابل لتغيّره (٣) بالشرط بسبب تغيّر عنوانه عن غير القابل (٤) كثيرة (٥) يظهر للمتتبّع ، فينبغى للمجتهد ملاحظة الكتاب و السنّة الدالين على الحكم الذى (٦) يراد تغيّره بالشرط ، و التأمل (٧) فيه حتى يحصل له التميز و يعرف انّ المشروط من قبيل ثبوت الولاء لغير المعتق ، المنافى لقوله ﴿ص﴾ : الولاء لمن اعتق (٨) ، او من قبيل ثبوت الخيار للمتبايعين الغير المنافى لقوله ﴿ع﴾ : اذا افترقا

← على الامتناع ، مناف لمقتضى العقد ، و من حيث انّ هذا الشرط مخالف للكتاب و السنّة نظرا الى انّ مقتضى الشرط المزبور ، انّ جعل ولاية امر الاسكان بيد الزوجة ، كجعل امر الجماع بيدها مخالف لما ثبت فى الكتاب ، من انّ الرجال قوّامون على النساء (١) الضمير يرجع الى الجماعة المانعين (٢) يعنى انّ هذا الوجه الذى ذكره المانعون للمنع جار فى جميع الشروط السائغة (٣) القابل لتغيّره بالشرط بسبب تغيّر عنوانه ، كأغلب المباحات و المستحبات و المكروهات (٤) غير القابل نظير اغلب المحرمات و الواجبات (٥) قوله (كثيرة) خبر لمبتدأ مقدّم ، و هو قوله (فموارد) مضاف الى (الاشكال) ، (٦) قوله (الذى) صفة لقوله (الحكم) ، (٧) قوله (و التأمل فيه) عطف على قوله (ملاحظة الكتاب) (٨) يعنى الحكم فى قوله (الولاء لمن اعتق) غير قابل لتغيّره بالشرط

وجب البيع (١) ، او عدمه (٢) لهما فى المجلس مع قوله ﴿ع﴾ البيّعان بالخيار ما لم يفترقا ، الى غير ذلك من الموارد المتشابهة صورة (٣) المخالفة حكما ، فان لم يحصل له ، بنى على اصالة عدم المخالفة (٤) فيرجع الى عموم : المؤمنون عند شروطهم ، و الخارج عن هذا العموم (٥) و ان كان هو المخالف واقعا للكتاب و السنّة ، لا ما علم مخالفته

---

(١) يعنى الحكم فى قوله (اذا افترقا وجب البيع) قابل لتغيّره بالشرط كشرط ثبوت الخيار للمتبايعين ، و ايضا الحكم فى قوله (البيّعان بالخيار ما لم يفترقا) قابل لتغيّره بالشرط ، كشرط عدم الخيار للمتبايعين فى المجلس (٢) الضمير يرجع الى الخيار (٣) فانّ قوله (الولاء لمن اعتق) و قوله (اذا افترقا وجب البيع) متشابهان صورة ، و مختلفان حكما . لانّ حكم الأول غير قابل للتغيّر بالشرط ، بخلاف الثانى . فانّ حكمه قابل للتغيّر بالشرط ، فان وجد المجتهد الموارد المتشابهة صورة . المخالفة حكما ، غير الموارد المذكورة و تأمل حتى يحصل له التميز . فهو المطلوب و ان لم يحصل له التميز ، بنى على اصالة عدم المخالفة (٤) يعنى و ان لم يحصل للمجتهد التميز ، و وقع فى الشك ، بنى على اصالة عدم مخالفة الشرط لحكم الكتاب و السنة ، و اذا احرز عدم المخالفة بالأصل ، يرجع الى عموم : المؤمنون عند شروطهم (٥) وهمٌ و دفعٌ ، امّا الوهم ، فانّ المؤمنون عند شروطهم ، يجرى فى مورد عدم مخالفة الشرط لحكم الكتاب و السنّة واقعا ، لا فى مورد عدم العلم بالمخالفة ، فالخارج عن هذا العموم ، هو المخالف لحكم الكتاب و السنّة واقعا ، لا ما علم مخالفته ، و امّا الدفع ، فانّ الخارج عن هذا العموم و ان كان هو المخالف واقعا ←

الّا انّ البناء على اصالة عدم المخالفة ، يكفى فى احراز عدمها (١) واقعا كما فى سائر مجارى الاصول ، و مرجع هذا الأصل (٢) الى اصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغيّره بالشرط ، مثلا نقول : انّ الأصل عدم ثبوت الحكم بتسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن ، لا من حيث هو (٣) لو خلّى و طبعه ، و لم يثبت (٤) فى صورة الزام الزوج على نفسه

← للكتاب و السنة ، لا ما علم مخالفته الّا انّ البناء على اصالة عدم المخالفة ، يكفى فى احراز عدمها و اقعا ، فانّ الأصل ينزّل الشئ منزلة الواقع ، فيرتّب عليه آثار الواقع ، مثلا وجوب انفاق الزوج على الزوجة مشروط بحياته واقعا ، فاذا شككنا فى حياته ، كفى الاستصحاب فى احراز حياته ، و صحّ الانفاق من ماله بهذه الحياة المستصحبة ، لانّها نازلة شرعا منزلة الحياة الواقعيّة (١) الضمير يرجع الى المخالفة (٢) اى لمّا كان احراز اصالة عدم المخالفة بظاهره غير صحيح ، لانّه ليس لها حالة سابقة حتى تستصحب ، اذ قبل وجود الشرط ، لم يكن شرط حتى يكون موافقا او مخالفا ، عدل المصنف (ره) عن التعبير السابق و ارجعه الى اصالة عدم ثبوت الحكم على وجه لا يقبل تغيّره بالشرط (٣) قوله (لا من حيث هو ، الخ) قيد لثبوت الحكم ، لا انّه قيد لعدم ثبوت الحكم ، يعنى انّ ثبوت الحكم بتسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن ، ان كان من حيث هو ، لو خلّى و طبعه ، تغيّر بالشرط ، و ان كان لا من حيث هو لو خلّى و طبعه ، لم يتغيّر بالشرط ، فاذا شكّ و لم يحصل التميز ، فالأصل عدم ثبوت الحكم بتسلط الزوج على الزوجة ، لا من حيث هو ، لو خلّى و طبعه (٤) اى و لم يثبت الحكم بتسلط الزوج على الزوجة فى صورة الزام ←

بعض خصوصیات المسکن ، لکن هذا الأصل (۱) انّما ینفع عدم ظهور الدلیل (۲) الدالّ علی الحکم فی اطلاقه (۳) بحیث یشمل صورة الاشتراط کما (۴) فی اکثر الأدلة المتضمنة للأحکام المتضمنة للرخصة و التسلیط ، فانّ الظاهر سوقها (۵) فی مقام بیان حکم الشئ من حیث هو (۶) الذی لا ینافی طروّ خلافه لملزم شرعی ، کالنذر و شبهه (۷) من حقوق اللّه ، و الشرط و شبهه من حقوق الناس ، امّا ما کان (۸) ظاهره العموم ، کقوله : لا یملك ولد حرّ ، فلا مجری فیه لهذا الأصل ، ثمّ انّ بعض مشایخنا المعاصرین (۹) بعد ما خصّ الشرط المخالف للکتاب

← الزوج علی نفسه بعض خصوصیات المسکن ، کالزام الزوج علی نفسه ان لا یخرج بالزوجة الی بلد آخر (۱) اشارة الی اصل عدم ثبوت هذا الحکم (۲) ای هذا الأصل ینفع بعد ان لا یکون ظهور الدلیل فی الاطلاق حتی یشمل صورة الاشتراط ، فاذا کان فی الدلیل الدالّ علی الحکم ظهور فی الاطلاق حتی یشمل صورة الاشتراط ، لم ینفع هذا الأصل (۳) قوله (فی اطلاقه) متعلق بقوله (ظهور) ، (۴) قوله (کما فی اکثر الأدلّة) بیان و مثال لقوله (عدم ظهور الدلیل) یعنی اکثر الأدلة المتضمنة للأحکام المتضمنة للرخصة و التسلیط ، لیس لها ظهور فی الاطلاق حتی یشمل صورة الاشتراط ، فحینئذ ینفع هذا الأصل (۵) الضمیر یرجع الی الأدلة المذکورة (۶) ای من حیث هو ، لو خلّی و طبعه (۷) و شبهه کالعهد و الیمین (۸) یعنی امّا الدلیل الذی کان ظاهره العموم بحیث یشمل صورة الاشتراط ، کقوله : لا یملك ولد حرّ ، فلا مجری فیه لهذا الأصل (۹) و هو الفاضل النراقی علی ما نقل

الممنوع عنه فى الأخبار (١) بما كان الحكم المشروط (٢) مخالفا للكتاب و انّ التزام فعل المباح او الحرام او ترك المباح او الواجب ، خارج عن مدلول تلك الأخبار ذكر (٣) انّ المتعيّن فى هذه (٤) الموارد

---

(١) كصحيحة ابن سنان : من اشترط شرطا مخالفا لكتاب اللّه عزّ و جلّ فلا يجوز له ، و لا يجوز على الذى اشترط عليه ، و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب اللّه و نحوها (٢) يعنى انّ الفاضل النراقى ، خصّ الشرط المخالف للكتاب ، بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب ، و جعل انّ مدار المخالفة كون المشروط و الملتزم به مخالفا ، كما ثبت من الكتاب و السنّة انّ الطلاق بيد الزوج ، فيشترط ان لا يكون الطلاق بيده ، و ثبت انّ الخمر حرام ، فيشترط ان يكون حلالا ، لا انّ مدار المخالفة نفس الشرط ، فانّ الالتزام بفعل المباح كالالتزام بعدم التسرّى و التزوج على المرئة ، فهو خارج عن مدلول تلك الأخبار و ليس مخالفا للكتاب ، و كذا الالتزام بفعل الحرام كالالتزام بشرب الخمر و الالتزام بترك المباح او ترك الواجب خارج عن مدلول تلك الأخبار (٣) يعنى انّ الفاضل النراقى بعد ما خصّ الشرط المخالف للكتاب ، بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب ذكر انّ المتعيّن فى هذه الموارد ملاحظة التعارض بين ما دلّ على حكم ذلك الفعل ، و بين ادلّة وجوب الوفاء بالشرط ، فيجب على مقتضى التعارض ، فما وجد فيه مرجّح من اجماع و نحوه ، اخذ به ، و ما لم يكن فيه مرجّح ، يعمل بما يقتضيه القواعد و الاصول ، و ذكر انّ المرجّح فى مثل اشتراط شرب الخمر ، هو الاجماع (٤) اشارة الى فعل المباح او الحرام او ترك المباح او الواجب

ملاحظة التعارض ، بين ما دلّ على حكم ذلك الفعل ، و ما دلّ على وجوب الوفاء بالشرط ، و يرجع الى المرجّحات ، و ذكر انّ المرجّح فی مثل اشتراط شرب الخمر ، هو الاجماع ، قال (١) : و ما لم يكن فيه مرجّح يعمل فيه بالقواعد و الاصول ، و فيه من الضعف ما لا يخفى (٢) مع انّ (٣) اللازم على ذلك (٤) الحكم بعدم لزوم الشرط ، بل عدم صحته فی

---

(١) اى قال بعض مشايخنا المعاصرين (٢) اى و فيما ذكره الفاضل النراقی من الضعف ، ما لا يخفى ، و وجه الضعف : انّ الشرط المخالف للكتاب ، الممنوع عنه فی الأخبار ، اعمّ ممّا كان المشروط مخالفا ، او كان الشرط مخالفا مضافا الى انّ حكمه بالنسبة الى اشتراط فعل المباح او اشتراط فعل الحرام ، و اشتراط ترك المباح او ترك الواجب ليس بصحيح ، اذ لا يشك احد فی عدم ارادة شرط ترك الواجب او فعل الحرام من قوله ﴿ص﴾ : المؤمنون عند شروطهم ، لانّ ذلك يوجب هدم التكاليف الوجوبيّة و التكاليف التحريميّة و فتح باب ارتكاب المحرمات و ترك الواجبات (٣) قوله (مع انّ اللازم ، الخ) بيان لوجه الضعف (٤) اشارة الى قوله (انّ المتعيّن فی هذه الموارد ملاحظة التعارض بين ما دلّ على حكم ذلك الفعل ، و ما دلّ على وجوب الوفاء بالشرط ، و يرجع الى المرجّحات) يعنى مع انّ اللازم على ما ذكر الحكم بعدم لزوم الشرط ، بناء على عدم افساد الشرط الفاسد للعقد ، بل بعدم صحته ، بناء على افساده له لانّه ان كان متعلق الشرط فعلا ، يجوز تركه ، مثل ان يشترط فی نكاح امرئة ان يطلّق زوجته السابقة ، فانّ طلاق زوجته ، فعل يجوز تركه فی نفسه مع قطع النظر عن الشرط ، كان اللازم مع تعارض ادلّة وجوب ←

جميع موارد عدم الترجيح ، لانّ الشرط ان كان فعلا ، يجوز تركه ، كان اللازم مع تعارض ادلّة وجوب الوفاء بالشرط ، و ادلّة جواز ترك ذلك الفعل مع فقد المرجّح، الرجوع الى اصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط ، فلا يلزم ، بل لا يصحّ ، و ان (١) كان فعل محرّم او ترك واجب ،لزم الرجوع الى اصالة بقاء الوجوب و التحريم الثابتين قبل الاشتراط، فالتحقيق ما ذكرنا (٢) من انّ من الأحكام المذكورة فى الكتاب و السنّة ، ما يقبل التغيير بالشرط ، لتغيير عنوانه كأكثر ما ترخّص فى فعله و تركه ، و منها (٣) ما لا يقبله كالتحريم و كثير من موارد الوجوب

← الوفاء بالشرط ، و ادلّة جواز ترك الطلاق مع فقد المرجّح ، الرجوع الى اصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط ، فلا يلزم الشرط ، و يبقى العقد صحيحا ان قلنا بعدم افساد شرط الفاسد ، بل لا يصح ان قلنا بانّ الشرط الفاسد مفسد (١) اى و ان كان الشرط فعلا محرّما ، كما اذا شرط شرب الخمر ، او ترك الواجب كما اذا شرط ترك الانفاق ، لزم الرجوع الى اصالة بقاء الوجوب او التحريم الثابتين قبل الشرط (٢) قال المصنّف (ره) : فالتحقيق ما ذكرنا ، من انّ من الاحكام المذكورة فى الكتاب و السنّة ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه لعدم التنافى بين ثبوت هذا الحكم ،و بين ثبوت حكم آخر له بالشرط ، كأكثر ما ترخّص فى فعله و تركه نحو اكثر المباحات و المستحبات و المكروحات ، و منها ما لا يقبل التغيير بالشرط كالتحريم و كثير من موارد الوجوب (٣) الضمير يرجع الى الاحكام المذكورة اى من الأحكام المذكورة فى الكتاب و السنّة ما لا يقبله ، و لازم ذلك حصول التنافى بين ثبوت هذا الحكم ، و بين حكم آخر له ، كالتحريم و ←

و ادلّة الشروط (١) حاكمة على القسم الأول (٢) دون الثانی (٣) فانّ اشتراطه (٤) مخالف لكتاب اللّه ، كما عرفت ، و عرفت حكم صورة الشك ، و قد تفطّن (٥) قدّس سرّه لما ذكرنا فی حكم القسم الثانی ، و انّ (٦) الشرط فيه مخالف للكتاب بعض التفطّن بحيث كاد ان يرجع (٧) عمّا ذكره اوّلا من التعارض (٨) بين ادلّة وجوب الوفاء بالشرط ، و ادلّة حرمة شرب الخمر ، فقال : و لو جعل هذا (٩) الشرط من اقسام الشرط المخالف للكتاب و السنّة كما يطلق عليه عرفا ، لم يكن بعيدا ، انتهى (١٠)

← كثير من موارد الوجوب (١) ادلّة الشروط كقوله ﴿ص﴾ : المؤمنون عند شروطهم ، حاكمة على القسم الأول (٢) فالمراد من القسم الأول ، هو ما يقبل التغيير بالشرط (٣) فالمراد بالثانی ، ما لا يقبل التغيير بالشرط (٤) ای اشتراط الثانی مخالف لكتاب اللّه (٥) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى بعض المشايخ ، ای و قد تفطّن النراقی لما ذكرنا فی حكم القسم الثانی الذی لا يقبل التغيير بالشرط ، و تفطّن انّ الشرط فيه مخالف للكتاب ، بحيث كاد ان يرجع عمّا ذكره اوّلا من التعارض بين ادلّة وجوب الوفاء بالشرط ، و ادلّة حرمة شرب الخمر (٦) قوله (انّ الشرط) عطف على قوله (ما ذكرنا) ، (٧) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى بعض المشايخ (٨) قوله (من التعارض) بيان لِ (ما) ، (٩) اشارة الى شرب الخمر ، يعنی فقال الفاضل النراقی : و لو جعل شرط شرب الخمر فی متن العقد ، من اقسام الشرط المخالف للكتاب و السنة ، كما يطلق الشرط المخالف للكتاب و السنة على شرب الخمر عرفا ، لم يكن بعيدا (١٠) ای انتهى ما ذكره بعض المشايخ

و ممّا ذكرنا من انقسام الأحكام الشرعية المدلول عليها فى الكتاب و السنة على قسمين (١) يظهر لك معنى قوله ﴿ ع ﴾ فى رواية اسحاق بن عمّار المتقدّمة : المؤمنون عند شروطهم ، الّا شرطا حرم حلالا ، او احلّ حراما فانّ المراد بالحلال و الحرام فيها (٢) ما كان كذلك بظاهر دليله حتى مع الاشتراط ، نظير شرب الخمر (٣) و عمل الخشب صنما او صورة حيوان و نظير مجامعة الزوج (٤) التى دلّ بعض الأخبار (٥) السابقة على عدم ارتفاع حكمها ، اعنى الاباحة (٦) متى اراد الزوج ، باشتراط (٧) كونها بيد المرئة ، و نظير التزوج و التسرى و الهجر ، حيث دلّ بعض تلك الأخبار (٨) على عدم

---

(١) احد القسمين ، ما يقبل التغيير بالشرط ، و ثانيهما ، ما لا يقبل التغيير بالشرط (٢) الضمير يرجع الى الرواية (٣) قوله (نظير شرب الخمر ، و عمل الخشب صنما او صورة حيوان) امثلة للحرام الذى لا يقبل الحلّية بالشرط (٤) قوله (نظير مجامعة الزوج باشتراط كونها بيد المرئة و نظير التزوج و التسرى و الهجر) امثلة للحلال الذى لا يقبل الحرمة بالشرط (٥) فالمراد من بعض الأخبار ، هى رواية محمّد بن قيس عن ابى جعفر ﴿ ع ﴾ ، فى من تزوّج امرئة و اصدقها و اشترطت عليه انّ بيدها الجماع و الطلاق ، قال : خالفت السنة ، و وليست حقّا ليست اهلا له فقضى انّ عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق ، و ذلك السنة (٦) قوله (اعنى الاباحة) تفسير لِ (الحكم) فى قوله (حكمها) ، (٧) قوله (باشتراط) متعلق بقوله (ارتفاع) ، (٨) فالمراد من بعض الأخبار الذى دلّ على عدم ارتفاع اباحة التزوج ←

ارتفاع اباحتها (١) باشتراط تركها ، معلّلا (٢) بورود الكتاب العزيز باباحتها (٣) امّا ما كان (٤) حلالا ، لو خلّى و طبعه ، بحيث لا ينافي حرمته او وجوبه بملاحظة طروّ عنوان خارجي عليه ، او كان حراما كذلك (٥) فلا يلزم من اشتراط فعله او تركه الّا تغيّر عنوان الحلال و الحرام

← و التسرّي و الهجر ، ما عن تفسير العياشي عن ابن مسلم عن ابي جعفر ﴿ ع ﴾ : قال :قضى امير المؤمنين ﴿ ع ﴾ في امرئة تزوّجها رجل و شرط عليها و على اهلها ان تزوّج عليها او هجرها او اتى عليها سرّية فهي طالق ، فقال ﴿ ع ﴾ :شرط اللّه قبل شرطكم ، ان شاء وفى بشرطه ،و ان شاء امسك امرئته و تزوّج عليها و تسرّى و هجرها ان اتت بسبب ذلك الخ) ، (١) الضمير يرجع الى التزوّج و التسرى و الهجر (٢) اى حيث دلّ بعض تلك الأخبار على عدم ارتفاع اباحة التزوج و التسرى و الهجر باشتراط تركها معلّلا في بعض الأخبار الذى روى عن ابى جعفر ﴿ ع ﴾ بورود الكتاب العزيز باباحتها ، بقوله (قال اللّه : فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث ، و قال : او ما ملكت ايمانكم ، و قال : و اللاتى تخافون نشوزهنّ ، الآية (٣) يرجع الضمير الى التزوّج و التسرّى و الهجر (٤) امّا ما كان حلالا ، لو خلّى و طبعه ، بحيث لا ينافى حرمته او وجوبه بملاحظة طروّ عنوان خارجي عليه كطروّ عنوان الشرط و النذر عليه ، او كان حراما ، لو خلّى و طبعه ، فلا يلزم من اشتراط فعله او تركه ، الّا تغيّر عنوان الحلال و الحرام الموجب لتغيّر الحلّ و الحرمة ، فلا يكون حينئذ تحريم حلال ، و لا تحليل حرام (٥) اشارة الى قوله :لو خلّى و طبعه

الموجب لتغيّر الحلّ و الحرمة ، فلايكون حينئذ تحريم حلال و لا تحليل حرام ، الا ترى انّه ، لو نهى السيّد عبده ، او الوالد ولده عن فعل مباح ، اعنى مطالبة ماله (١) فى ذمّة غريمه ، او حلف المكلف على تركه (٢) لم يكن الحكم (٣) بحرمته (٤) شرعا من حيث (٥) طروّ عنوان معصية

---

(١) يعنى لو نهى الوالد ولده عن مطالبة ماله فى ذمّة غريمه ، او حلف المكلّف على ترك مطالبة ماله ، لم يكن الحكم بحرمة مطالبة المال شرعا تحريما لحلال (٢) الضمير يرجع الى مطالبة المال (٣) قوله (لم يكن) جواب شرط لِـ (لو) ، (٤) الضمير عائد الى المطالبة (٥) اى من حيث طروّ عنوان حنث اليمين على مطالبة المال . ﴿ تذكرة ﴾ : اعلم انّهم اختلفوا فى انّ (حيث) معربة او مبنيّة ، قال السيوطى : و الزموا اضافة الى الجمل ، اسميّة كانت ، او فعليّة ، حيث و اذ ، نحو ، جَلَسْتُ حيث جَلَسَ زيدٌ ، و حيثُ زيدٌ جالسٌ ، الى ان قال : و شذّ اضافة ﴿ حيث ﴾ الى المفرد فى قوله : اما ترى حيث سهيل طالعا ، انتهى . و حكى عن القاضى زكريّا حكيم ، فى قوله : اَمَا تَرَىٰ حيث سهيل طالعا ، انّ ﴿ حيث ﴾ على هذا ، قيل : معربة ، لانّ سبب بنائها اضافتها الى الجمل ، و هى منتفية ، و قيل : مبنيّة دائما ، انتهى . و قال فى المغنى : و من العرب من يعرب ﴿ حيث ﴾ و قرائة من قرء (مِنْ حَيْثِ لا يعلمون) بالكسر ، و تحتمل لغة البناء على الكسر ، انتهى ، و قال ايضا فى المغنى : و يلزم ﴿ حيث ﴾ الاضافة الى الجملة ، اسميّة كانت ، او فعليّة ، و اضافتها الى الفعليّة اكثر ، الى ان قال : و ندرت اضافتها الى المفرد ، الى ان قال : قال ابوالفتح فى كتاب التمام : و من اضاف ﴿ حيث ﴾ الى المفرد اعربها ←

السيّد و الوالد ، و عنوان حنث اليمين عليه تحريما (١) لحلال ، فكذلك (٢) ترك ذلك الفعل فى ضمن عقد يجب الوفاء به ، و كذلك امتناع الزوجة (٣) عن الخروج مع زوجها الى بلد آخر محرّم فى نفسه ، و كذلك امتناعها (٤) من المجامعة ، و لا ينافى ذلك حليتهما (٥) باشتراط عدم اخراجها عن بلدها ، او باشتراط عدم مجامعتها ، كما فى بعض النصوص

← انتهى . فالمستفاد من قولهم : انّ فى ﴿حيث﴾ اقوالا ثلاثة : احدها انّها مبنيّة مطلقا ، اى سواء اضافت الى الجملة ، ام الى المفرد ، و ثانيها انّها معربة مطلقا ، اى سواء اضافت الى الجملة ، ام الى المفرد ، و ثالثها التفصيل بين اضافتها الى الجملة ، فهى حينئذ مبنيّة ، و بين اضافتها الى المفرد ، فهى حينئذ معربة (١) قوله (تحريما) خبر لقوله (لم يكن) (٢) اى فكذلك ترك مطالبة المال فى ذمّة غريمه فى ضمن عقد يجب الوفاء به ، فانّ الحكم بحرمة مطالبة ماله فى ذمّة غريمه من حيث طروّ عنوان وجوب الوفاء بالشرط ، لم يكن تحريما لحلال (٣) اى و كذلك امتناع الزوجة عن الخروج مع زوجها الى بلد آخر ، محرّم فى نفسه ، و لا ينافى ذلك حلّيته باشتراط عدم اخراجها ، فانّ الحكم بحلّية امتناع الزوجة عن الخروج معها الى بلد آخر من حيث طروّ عنوان وجوب الوفاء بالشرط ، لم يكن محلّلا للحرام ، و لا ينافى حرمة امتناعها عن الخروج مع زوجها الى بلد آخر فى نفسه حلّية امتناعها باشتراط عدم اخراجها عن بلدها (٤) اى و كذلك امتناع الزوجة عن المجامعة ، محرّم فى نفسه ، و لا ينافى ذلك حلّيتها باشتراط عدم مجامعتها (٥) الضمير المثنّى يرجع الى امتناع الزوجة عن الخروج و امتناعها عن المجامعة

و بالجملة ، فتحريم الحلال و تحليل الحرام انّما يلزم (١) مع معارضة ادلّة الوفاء بالشرط ، لأدلة اصل الحكم حتى يستلزم وجوب الوفاء مخالفة ذلك و طرح دليله (٢) امّا اذا كان دليل ذلك الحكم (٣) لا يفيد الّا ثبوته ، لو خلّى الموضوع و طبعه ، فانّه لا يعارضه ما دلّ على ثبوت ضدّ ذلك الحكم اذا طرء على الموضوع عنوان آخر لم يثبت ذلك الحكم له الّا مجرّدا عن ذلك العنوان ، ثمّ انّه يشكل الأمر في استثناء الشرط المحرّم للحلال على ما ذكرنا (٤) في معنى الرواية ، بانّ ادلّة حلّية اغلب

---

(١) يعنى انّما يلزم تحريم الحلال و تحليل الحرام مع معارضة ادلّة الوفاء بالشرط ، لأدلة اصل الحكم الذى لا يقبل التغيّر بالشرط ، كحرمة 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) يعنى مع ملاحظة هذا الاستثناء لا يطرح دليل اصل الحكم ، فيعمل به ، لانّ الشرط فاسد ، لانّ اصل الحكم لا يقبل التغيّر بالشرط (٣) يعنى امّا اذا كان دليل ذلك الحكم الذى يقبل التغيّر بالشرط لتغيّر عنوانه كاباحة اكل اللحم ، فانّه لا معارضة بينه و بين ما دلّ على ثبوت ضدّ ذلك الحكم ، اذا طرء على الموضوع عنوان آخر ، كما لو شرط فى ضمن العقد اكل اللحم او نذر ، فحينئذ يكون اكل اللحم واجبا (٤) فالمراد من قوله (ما ذكرنا) هو ما ذكره فى ص ١٤٦ بقوله (يظهر لك معنى قوله ﴿ ع ﴾ فى رواية اسحاق بن عمّار ، الخ) و حاصل الاشكال : انّ الاستثناء فى طرف المحلّل للحرام محتاج اليه ، و فى طرف المحرّم للحلال مستغنى عنه فيكون بلا فائدة ، امّا الأول ، فلانّ اطلاق ادلّة المحرمات يقتضى كون ←

المحلّلات ، بل كلّها انّما تدلّ على حلّيتها فی انفسها ، لو خلّيت و انفسها ، فلا تنافی حرمتها من اجل الشرط ، كما قد تحرم من اجل النذر و اخويه (١) و من جهة اطاعة الوالد (٢) و السيّد ، و من جهة صيرورتها علّة للمحرّم (٣) و غير ذلك من العناوين الطارئة لها (٤) نعم (٥)

← الحكم لا يقبل التغيّر بالشرط و نحوه ، فانّ اطلاق هذه الأدلّة يعارض ما دلّ على نفوذ الشرط ، و الاستثناء رافع للمعارضة ، و يعمل بالاستثناء ، و يحكم بفساد الشرط ، فالمرجع حينئذ اطلاق هذه الأدلّة و امّا الثانی ، فانّ ادلّة المباحات بما هی مباحات ، لا اقتضاء و عليه فالشرط بالنسبة الى مثلها نافذ بلا مزاحم و لا معارض ، فلا فائدة للاستثناء بالنسبة اليها (١) احدهما : العهد ، و ثانيهما : اليمين (٢) فانّ التزوّج مستحب يجوز تركه ، فاذا امر الوالد به يكون واجبا و تركه حراما (٣) اى و من جهة صيرورتها علّة للمحرّم ، فتحرم من باب انّ مقدّمة الحرام ، حرام (٤) الضمير يرجع الى المحلّلات (٥) وهمٌ و دفعٌ ، امّا الوهم ، فانّ من بين المحلّلات ما هو حلال حتى مع الاشتراط ، كالتزوّج و التسرّی ، و هذا يكفی مصداقا لاستثناء الشرط المحرّم للحلال ، و امّا الدفع ، فهو الذی ذكره المصنف (ره) بقوله (نعم ، لو دلّ دليل حلّ شئ ، الخ) و حاصل الدفع : انّه ان اريد ثبوت ما هو حلال حتى مع الشرط بنفس دليله بحيث لولا الاستثناء ، لوقع التعارض بين اطلاقه ، و اطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط ، فانّه لو وجد ، يكفی مصداقا له و لم يكن الاستثناء بلا فائدة ، لكنّه لم يوجد ، لانّ ادلّة المحلّلات قاطبة مسوقة لبيان حكم ذوات الاشياء مجرّدة عن العناوين الطارية و ان اريد ←

لو دلّ دليل حلّ شئ ، على الحلّية المطلقة (١) نظير دلالة ادلّة المحرّمات بحيث لا يقبل طروّ عنوان مغيّر عليه اصلا ، او خصوص الشرط (٢) من بين العناوين ، او دلّ الدليل (٣) من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك ، كما دلّ بعض الأخبار بالنسبة الى بعض الأفعال كالتسرّی 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 فی مورد ، و الوقوف مع الدليل الخارج الدالّ على فساد الاشتراط يخرج الرواية (٦) عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشكّ ، اذ مورد الشك

← ثبوته بدليل خارج غير دليل حلّيته ، فهو ، و ان كان موجوداً كالخبر المنقول عن ابی جعفر ﴿ع﴾ ، و لكن نفس هذا الدليل كاف فی فساد هذا الشرط و يرفع اليد به عن عموم وجوب الوفاء بالشرط ، فيكون الاستثناء ايضا بلا فائدة (١) يعنی لو دلّ الدليل على الحلّية المطلقة التی لا تقبل التغيّر بطروّ عنوان ، سواء كان ذلك العنوان شرطا ، او غيره ، كان مقتضاه فساد اشتراط خلافه ، لكنّ دلالة نفس دليل الحلّية على ذلك لم توجد فی مورد (٢) قوله (خصوص الشرط) عطف على قوله (طروّ عنوان) (٣) قوله (دلّ الدليل) عطف على قوله (دلّ دليل حلّ شئ) ، (٤) قوله (كان) جواب شرط لِـ (لو) فی قوله (نعم ، لو دلّ) ، (٥) اشارة الى الحلّية المطلقة (٦) اى يخرج الرواية التی قالت : (الّا احلّ حراما او حرّم حلالا) عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشكّ ، لانّ ظاهر الرواية ، انّ كلّ حلال لا يقبل الحرمة بالاشتراط . كما انّ كلّ حرام لا يقبل الحلّية بالاشتراط ، و انّما يخرج الرواية عن سوقها لبيان ضابطة الشروط ←

حینئذ محکوم بصحة الاشتراط ، و مورد ورود الدلیل (۱) علی عدم تغیّر حلّ الفعل باشتراط (۲) ترکه مستغن (۳) عن الضابطة ، مع انّ الامام (۴) علّل فساد الشرط فی هذه الموارد بکونه محرّما للحلال ، کما عرفت فی الروایة التی تقدّمت (۵) فی عدم صحة اشتراط عدم التزوّج و التسرّی معلّلا بکونه مخالفا للکتاب الدال علی اباحتها به (۶) نعم لا یرد هذا الاشکال فی طرف تحلیل الحرام ، لانّ ادلّة المحرّمات قد علم دلالتها علی التحریم علی وجه لا یتغیّر بعنوان الشرط و النذر و شبههما (۷) بل نفس استثناء الشرط المحلّل للحرام عمّا یجب الوفاء به دلیل علی ارادة

← عند الشکّ ، لانّ مورد الشک حین الاحتیاج الی الدلیل الخارجی محکوم بصحة الاشتراط ، لانّه کلّ ما لم یکن دلیل خارج علی فساد الاشتراط ، کان اللازم ، القول بصحة الاشتراط (۱) ای الدلیل الخارج (۲) قوله (باشتراط) متعلق بقوله (عدم تغیّر) ، (۳) قوله (مستغنٍ) خبر لمبتدأ مقدّم ، و هو قوله (مورد) ، (۴) قوله (مع انّ الامام ﴿ع﴾ علل الخ) دلیل آخر علی انّ الظاهر من الروایة المتقدمة ، عدم الاحتیاج الی الدلیل الخارجی ، و انّما یکفی وجود الحلّیة فی الکتاب (۵) تقدّمت فی ص ۱۲۳ عن ابن مسلم عن ابی جعفر ﴿ع﴾ ، (۶) ای الدالّ علی اباحة التزوّج و التسرّی و الهجر ، باشتراط عدم التزوّج و عدم التسرّی و عدم الهجر ، فالضمیر المؤنث فی قوله (اباحتها) یرجع الی (الثلاثة المذکورة فی الخبر) و الضمیر المذکّر فی قوله (به) یرجع الی اشتراط عدمها (۷) کالعهد و الیمین و اطاعة الوالد و المولی

الحرام فى نفسه لولا الشرط ، و ليس كذلك فى طرف المحرّم للحلال ،فانّا قد علمنا ان ليس المراد الحلال لولا الشرط، لانّ تحريم المباحات لأجل الشرط فوق حدّ الاحصاء ، بل اشتراط كلّ شرط (١) عدا فعل الواجبات (٢) و ترك المحرّمات ، مستلزم لتحريم الحلال فعلا او تركا ، و ربما يتخيّل (٣) انّ هذا الاشكال مختص بما دلّ على الاباحة التكليفيّة كقوله : تحلّ كذا و تباح كذا ، امّا الحلّية التى تضمنها الاحكام الوضعية ، كالحكم بثبوت الزوجيّة (٤) او الملكيّة او الرقّية

---

(١) اى بل اشتراط كلّ شرط من فعل المباحات و تركها ، مستلزم لتحريم الحلال فعلا او تركا ، فالحلال ما يكون فعله و تركه جائزا ، فاذا شرط فى متن العقد ، فعل ما هو حلال ، حرم تركه ، و اذا شرط فى متن العقد ترك ما هو حلال ، حرم فعله (٢) عدا فعل الواجبات و ترك المحرّمات فانّه اذا شرط عليه فى متن العقد ، ان يصلّى ، فانّ الشرط صحيح مؤكّد للواجب، او شرط ان يترك شرب الخمر، فانّ الشرط ايضا صحيح مؤكد لترك الحرام (٣) اى ربما يتخيّل فى دفع الاشكال الذى اورده المصنف (ره) على استثناء الشرط المحرّم للحلال ، لأجل عدم الفائدة فى استثنائه انّ الاشكال المذكور مندفع ، لانّه مختص بالاباحة التكليفيّة الاصليّة ، و لا يجرى فى الاباحة الناشئة عن الأحكام الوضعية ، لانّها مثل حرمة المحرّمات ، غير قابل للتغيير بالشرط ، فاشتراط ترك هذا النحو من الحلال يكون من قبيل تحريم الحلال و يكون مصداقا له ، فلايكون الاستثناء حينئذ بلا فائدة ، و هذا محصّل دفع الاشكال من طرف المتخيّل (٤) يعنى فانّ الزوجيّة تضمنت الاستمتاع بالزوجة و النظر الى امّها و بنتها ←

او اضدادها (۱) فهی (۲) احکام لا تتغیّر لعنوان اصلا ، فانّ الانتفاع بالملك (۳) فی الجملة و الاستمتاع بالزوجة و النظر الی امّها و بنتها من المباحات التی لا تقبل التغیّر ، و لذا ذکر فی مثال الصلح المحرّم للحلال ان لا ینتفع بماله (۴) او لا یطأ جاریته ، و بعبارة اخری ، ترتّب آثار الملکیّة علی الملك فی الجملة (۵)

← و انّ الملکیّة تضمنت اباحة التصرّف فی الملك و الاذن فی التصرّف و غیرهما ، و انّ الرقیّة تضمنت اباحة الاستخدام و الأمر و النهی و التزوّج فانّ هذه احکام لا تتغیّر بالشرط و غیره (۱) الضمیر یرجع الی الزوجیّة و الملکیّة و الرقّیة (۲) الضمیر المؤنث یرجع الی الحلّیة التی تضمنها الأحکام الوضعیّة (۳) فانّ اباحة الانتفاع بالملك و اباحة الاستمتاع بالزوجة و اباحة النظر الی امّها و بنتها من المباحات التی تضمنها الأحکام الوضعیة التی لا تقبل التغیّر بالشرط و غیره فی الجملة (۴) فانّ الصلح علی عدم الانتفاع بماله محرّم للحلال الذی تضمّنها الأحکام الوضعیّة ، فانّ حلّیة الانتفاع بماله تضمّنها الملکیّة ، و کذلك الصلح علی عدم وطئ جاریته محرّم للحلال الذی تضمّنها الأحکام الوضعیّة ، فانّ حلّیة وطئ جاریته تضمّنها ملکیّة الجاریة التی هی من الأحکام الوضعیّة (۵) فالمراد من قوله (فی الجملة) انّ بعض المباحات التی تضمنها الملکیّة او الزوجیّة یتغیّر بالشرط فی متن العقد ، کالسکنی فیما لو شرط اسکان البایع فیه مدّة ، فانّ اباحة سکنی الدار الذی ملکها المشتری بالاشتراء تضمّنها الحکم الوضعی ، فاذا اشترط المشتری اسکان البایع فیها مدّة ، یکون السکنی فی هذه المدّة حراما للمشتری ، و لأجل ذلك ذکر المصنف(ره) ←

و آثار الزوجيّة على الزوج كذلك (١) من المباحات التى لا تتغيّر عن اباحتها ، و ان كان ترتّب بعض الآثار قابلا لتغيّر حكمه الى التحريم كالسكنى ، فيما لو اشترط اسكان البايع فيه مدّة ، و اسكان الزوجة (٢) فى بلد اشترط ان لا يخرج اليه او وطئها (٣) مع اشتراط عدم وطئها اصلا ، كما هو المنصوص (٤)

← بقوله : و ان كان ترتّب بعض الآثار ، الخ (١) اشارة الى قوله (فى الجملة) يعنى ترتّب آثار الزوجيّة على الزوج فى الجملة (٢) يعنى انّ بعض المباحات التى تضمنها الزوجيّة يتغيّر بالشرط فى متن العقد كاسكان الزوجة فى بلد اشترط ان لا يخرج زوجته اليه ، فانّ اخراج زوجته الى البلد مباح ، و صار حراما بالشرط (٣) يعنى بعض المباحات التى تضمنها الزوجيّة يتغيّر بالشرط ، كالوطئ ، فانّ وطئ زوجته مباح ، فاذا اشترط عدم الوطئ فى متن العقد ، صار حراما (٤) يعنى انّ اشتراط عدم وطئ زوجته منصوص ، و انّ الشيخ الحرّ العاملى ، نقل فى الوسائل ج ١٥ ص ٤٥ عن سماعة بن مهران عن ابى عبد اللّه ﴿ ع ﴾ قال : قلت له : رجل جاء الى امرئة ، فسألها ان تزوّجه نفسها ، فقالت : ازوّجك نفسى على ان تلتمس منّى ما شئت من نظر و التماس و تنال منّى ما ينال الرجل من اهله الّا انّك لا تدخل فرجك فى فرجى و تلذّذ بما شئت ، فانّى اخاف الفضيحة ، قال : ليس له منها الّا ما اشترط . و عن اسحاق بن عمّار عن ابى عبد اللّه ﴿ ع ﴾ قال : قلت له : رجل تزوّج بجارية عاتق على ان لا يقتضّها ، ثمّ اذنت له بعد ذلك ، قال : اذا اذنت له ، فلا بأس

و لكنّ الانصاف انّه (١) كلام غير منضبط ، فانّه كما جاز تغيّر اباحة بعض الانتفاعات (٢) كالوطئ فی النكاح ، و السكنی فی البيع ، الی التحريم لأجل الشرط ، كذلك (٣) يجوز تغيّر اباحة سائرها الی الحرمة ، فليس الحكم بعدم تغيّر اباحة مطلق التصرف فی الملك ، و الاستمتاع بالزوجة لأجل الشرط الّا للاجماع (٤) او لمجرّد الاستبعاد ، و الثانی (٥)

---

(١) يعنی ما يتخيّل، كلام غير منضبط (٢) يعنی انّه كما يجوز تغيّر اباحة بعض الانتفاعات التی تضمنها الأحكام الوضعيّة كالوطئ فی النكاح ، و السكنی فی البيع ، الی التحريم ، لأجل الشرط ، كذلك يجوز تغيّر اباحة سائر الانتفاعات التی تضمنها الأحكام الوضعية الی التحريم ، لأجل الشرط فانّما المانع عن تغيّر اباحة سائر الانتفاعات التی تضمنها الأحكام الوضعية الی التحريم هو الاجماع ، فانّه مانع عن تغيّر اباحة مطلق التصرف فی الملك ، و اباحة مطلق الاستمتاع بالزوجة الی التحريم ، لأجل الشرط لانّ الاجماع مانع عن تغيّر الاباحات المذكورة الی التحريم ، لا انّ المانع عن تغيّر الاباحات المذكورة الی التحريم هو الاستثناء ، فيكون الاستثناء حينئذ بلا فائدة (٣) ای كذلك يجوز تغيّر اباحة سائر الانتفاعات التی تضمّنها الأحكام الوضعية الی الحرمة (٤) يعنی انّ الاجماع مانع عن تغيّر اباحة مطلق التصرف فی الملك و عن تغيّر اباحة مطلق الاستمتاع بالزوجة لأجل الشرط ، لا انّ المانع عن الاباحات المذكورة هو الاستثناء فيكون الاستثناء حينئذ بلا فائدة (٥) فالمراد من الثانی ، هو مجرّد الاستبعاد

غير معتدّ به ، و الأول (١) يوجب ما تقدّم من (٢) عدم الفائدة فى بيان هذه الضابطة ، مع انّ هذا العنوان (٣) اعنى ، تحريم الحلال وتحليل الحرام ، انّما وقع مستثنى فى ادلّة انعقاد اليمين ، و ورد انّه لا يمين فى تحليل الحرام ، و تحريم الحلال ، و قد ورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائما ، معلّلا بانّه ليس لك ان تحرم ما احلّ اللّه ، و من المعلوم انّ اباحة العصير لم يثبت من الأحكام الوضعيّة ، بل هى من الأحكام التكليفيّة الأبتدائيّة ، و بالجملة فالفرق بين التزوّج و التسرّى اللذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما ، معلّلا بانّه (٤) خلاف الكتاب الدالّ على اباحتهما (٥) و بين ترك الوطئ الذى ورد جواز اشتراطه ، و كذا بين ترك شرب العصير المباح الذى ورد عدم جواز الحلف عليه (٦) معلّلا بانّه من تحريم الحلال ، و بين ترك بعض المباحات المتفق على جواز الحلف عليه فى غاية الاشكال (٧)

---

(١) فالمراد من الأول ، هو الاجماع (٢) بيان لِـ (ما) ، (٣) قوله (مع انّ هذا العنوان ، الخ) اشكال آخر على ما تخيّله المتخيّل ، و حاصله : انّ عنوان تحريم الحلال و تحليل الحرام ، انّما وقع مستثنى فى ادلّة انعقاد اليمين ايضا ، مثل وقوعه مستثنى فى ادلّة الشروط ، و ورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائما ، و الحال انّ اباحة العصير ليست من الاباحة التى تضمنها الأحكام الوضعية ، فانّها من الأحكام التكليفيّة الابتدائية (٤) الضمير يرجع الى اشتراط تركهما (٥) الضمير المثنّى يرجع الى التزوّج و التسرى (٦) يرجع الضمير الى ترك شرب العصير (٧) قوله (فى غاية الاشكال) خبر لمبتدأ مقدّم و هو قوله : فالفرق

و ربما قیل (۱) فی توجیه الروایة ، و توضیح معناها (۲) انّ معنی قوله : الّا شرطا حرم حلالا ، او احلّ حراما (۳) امّا ان یکون الّا شرطا حرم

---

(۱) ای القائل هو الفاضل النراقی فی عوائده علی ما نقل (۲) الضمیر یرجع الی الروایة (۳) فلایخفی ، انّ تحریم الحلال و تحلیل الحرام علی ما فسر بوجوه ، احدها : انّ التحریم و التحلیل المستندین الی الشرط انّما هو بلحاظ حکمه ، و هو وجوب الوفاء بالشرط ، فالشرط بحکمه محرّم للحلال و محلّل للحرام ، لانّ الشرط اذا تعلق بترک المباح ، فایجاب الوفاء به مرجعه الی طلب ترکه و التحریم للحلال ، و اذا تعلق بفعل الحرام ، فایجاب الوفاء به طلب فعل الحرام ، و هو التحلیل للحلال ، فالمحرّم و المحلّل هو الشارع بایجابه الوفاء دون الشارط و دون شرطه ، هذا الوجه هو الذی ردّه النراقی بقوله : و الأول مخالف لظاهر العبارة ، الخ ، و ثانیها : انّ التحریم و التحلیل بلحاظ متعلق الشرط ، و هو المشروط و الملتزم به فالالتزام بحرمة الحلال محرّم للحلال ، و الالتزام بحلّیة الحرام محلّل للحرام ، نظرا الی انّ فاعل (حرّم) و (احلّ) فی قوله (الّا شرطا حرّم حلالا او احلّ حراما) هو الشرط ، و هذا انّما یتحقق مع اشتراط حرمة الحلال او حلّیة الحرام ، لا مع اشتراط عدم فعل الحلال ، فانّه لو قال : بعتك هذا الکتاب ، مثلا و شرطت عدم جواز التصرف فی المبیع ، او حرمة المبیع او حلّیة النظر ، او قال : بعتك هذا الکتاب ، و شرطت حلّیة النظر الی زوجتك ، ای زوجة المشتری ، یکون الشرط حرّم الحلال ، او احلّ الحرام ، بخلاف لو قال : بعتك هذا الکتاب ، و شرطت عدم تصرّفك فی المبیع ، او شرطت النظر الی زوجتك ، فانّ الشرط لم یحرّم التصرف ←

وجوب الوفاء به (١) الحلال ، و امّا ان يكون الّا شرطا حرم ذلك الشرط (٢) الحلال ، و الأول مخالف لظاهر العبارة (٣)

← او لم يحلّل النظر الى الزوجة ،و هذا الوجه هو الذى اختاره الفاضل النراقى (ره) ، و ثالثها :ما اختاره المصنف (ره) من انّ المراد بالحلّية و الحرمة ، مجرّد الترخيص و المنع ، فتوضيحه : انّ الشارط حيث التزم بترك التزوّج مثلا ، فهو بالتزامه منع نفسه عن التزوّج ، و حيث انّه التزم بشرب الخمر ، رخّص نفسه فى شربه ، فهو ترك عن التزوّج و رخصة لشرب الخمر من الشارط فى قبال الترخيص و التحريم من الشارغ فهو بالتزامه بترك التزوّج حرّم حلال اللّه ، و بالتزامه بشرب الخمر ، احلّ حرام اللّه فلا يخفى ، انّ استنادهما الى الشارط يجامع مع استنادهما الى الشرط كما فى كل فعل يوجد بآلة ، فانه ينسب الى الموجد و الى آلة ايجاده ،و بعبارة اخرى ، الظاهر من ذلك ، انّ تحليل الحرام عبارة عن تحليله مع بقائه على حرمته واقعا و ظاهرا ،و تحريم الحلال عبارة عن تحريمه مع كونه حلالا واقعا و ظاهرا ، فانّ معناه الالتزام بالفعل فى الأول ، و الالتزام بالترك فى الثانى ، و امّا تغيير الحكم بان يجعل الحرام حلالا فى الواقع او يجعل الحلال حراما فى الواقع كما هو مختار النراقى ، فلا يسمّى تحليلا للحرام و تحريما للحلال ، بل هو تبديل حكم الحرمة بالحلّ و حكم الحلّ 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 ، لانّ الظاهر من عبارة الرواية ، انّ الشرط محرّم و محلّل ، لا انّ وجوب الوفاء بالشرط ، محرّم و محلّل

مع مناقضته (۱) لما استشهد به الامام ﴿ ع ﴾ فی روایة منصور بن یونس المتقدمة ، الدالة علی وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق و التزوّج ، بل یلزم (۲) کون الکلّ لغوا ، اذ ینحصر مورد : المسلمون عند شروطهم ، باشتراط الواجبات و اجتناب المحرّمات ، فیبقی الثانی (۳) و هو ظاهر الکلام (۴) فیکون معناه ، الّا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال ، بان یکون المشروط هو حرمة الحلال (۵) ثمّ قال (۶) : فان قیل (۷) : اذا شرط عدم فعله ، فلا یرضی بفعله ، فیجعله حراما علیه ، قلنا : لا نرید انّ معنی الحرمة ، طلب الترك من المشترط ، بل

---

(۱) ای مع مناقضة الأول لما استشهد به الامام ﴿ ع ﴾ فی روایة منصور بن یونس ، لانّ وجوب الوفاء بشرط عدم الطلاق و التزوّج ، لو کان محرّما للحلال الذی هو الطلاق و التزوج ، لکان هذا الشرط فاسدا و لا یجوز الوفاء به ، و الحال انّ الامام ﴿ ع ﴾ اجازه ، فلیس المراد من قوله : (الّا شرطا حرّم حلالا) هو ما کان وجوب الوفاء به یحرّم الحلال (۲) ای بل یلزم من ارادة المعنی الأول ، کون جمیع الشروط لغوا ، فینحصر مورد المستثنی منه باشتراط الواجبات و اجتناب المحرّمات ، لانّه لا یلزم من وجوب الوفاء بالشرط فی اشتراط الواجبات و اجتناب المحرّمات تحریم الحلال (۳) فالمراد بالثانی ، هو قوله (و امّا ان یکون الّا شرطا حرّم ذلك الشرط الحلال) ، (۴) ای و هو ظاهر کلام الامام ﴿ ع ﴾ فی روایة اسحاق بن عمّار (۵) یعنی بان شرط ان یکون أکل اللحم حراما (۶) ای قال الفاضل النراقی (۷) فحاصل ما قیل : انّه اذا شرط عدم فعل المباح کترك أکل اللحم ، فلا یرضی بفعله ، فیجعله حراما علیه ، فانّه حرّم ←

جعله (١) حراما ذاتيا ، اى مطلوب الترك شرعا ، ولا شك انّ شرط عدم فعل ، بل نهى شخص عن فعل ، لا يجعله حراما شرعيّا ، ثمّ قال : فان قيل : الشرط من حيث هو مع قطع النظر عن ايجاب الشارع الوفاء لا يوجب تحليلا و تحريما شرعا ، فلا يحرم و لا يحلّل ، قلنا : ان اريد انّه لا يوجب تحليلا و لا تحريما شرعيّا بحكم الشرط ، فهو ليس كذلك ، بل حكم الشرط ذلك (٢) و هذا معنى تحريم الشرط و تحليله ، وعلى هذا ، فلا اجمال فى الحديث ، ولا تخصيص (٣) فى ذلك ، كالنذر و العهد و اليمين فان من نذر ان لا يأكل المال المشتبه ، ينعقد ، و لو 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 انّ شرط عدم فعل المباح ، بل نهى شخص عن فعل المباح ، لا يجعله حراما شرعيّا (٢) اى بل حكم الشرط هو التحليل و التحريم تشريعا ، مع قطع النظر عن ايجاب الشارع ، فيشترط المشترط ان يكون الحلال حراما او الحرام حلالا تشريعا (٣) اى فحينئذ لا يكون قوله (الّا شرطا حرّم حلالا) قابلا للتخصيص بالرواية التى دلّت على جواز شرط عدم وطئ زوجته ، لانّ المراد من قوله (الّا شرطا حرّم حلالا) هو ان يكون المشروط و الملتزم به محرّما ، فعلى هذا لو شرط ان يكون الوطئ حراما لكان مصداقا للمستثنى و كان محرّما للحلال ، بخلاف ان يشترط عدم وطئ زوجته و ترك وطئه ، لانّه لم يكن مصداقا للمستثنى حتى يقال : انّ المستثنى خصّص بالرواية المذكورة (٤) اى انتهى ما ذكره النراقى (ره) فى عوائده

اقول : لا افهم معنی محصلا لاشتراط حرمة الشئ او حلّیته (۱) شرعا فانّ هذا امر غیر مقدور للمشترط ، و لا یدخل تحت الجعل ، فهو داخل فی غیر المقدور ، و لا معنی لاستثنائه (۲) عمّا یجب الوفاء به ، لانّ هذا لا یمکن عقلا الوفاء به ، اذ لیس فعلا ، خصوصا للمشترط ، و کذلک الکلام فی النذر و شبهه ، و العجب منه قدّس سرّه (۳) حیث لاحظ ظهور الکلام (۴) فی کون المحرّم و المحلّل نفس الشرط ، و لم یلاحظ (۵) کون

---

(۱) یعنی و ان امکن ان یتلفظ المشترط باشتراط حرمة الشئ و حلّیته بان یقول ، ان یکون أکل اللحم حراما ، او شرب الخمر حلالا ، و لکن هذا امر غیر مقدور للمشترط ، و لا یدخل تحت جعل المشترط ، فانّ حرمة أکل اللحم و حلّیة شرب الخمر لیس تحت قدرة المشترط ، لانّه لیس فعلا و عملا للمشترط ، فحینئذ یدخل فی غیر المقدور (۲) ای لا معنی لاستثنائه عمّا یجب الوفاء به ، لانّ المستثنی حینئذ امر غیر مقدور ، و المستثنی منه امر مقدور ، لانّ شرط کون أکل اللحم حراما و شرب الخمر حلالا ، لا یمکن عقلا الوفاء به ، لانّ کون الحلال حراما ، و الحرام حلالا ، لیس فعلا للمشترط (۳) الضمیر یرجع الی الفاضل النراقی (ره) ، (۴) ای ظهور کلام الامام ﴿ ع ﴾ فی روایة اسحاق بن عمّار ، و هو قوله (الّا شرطا حرّم حلالا ، او احلّ حراما) ، (۵) ای و لم یلاحظ النراقی کون الاستثناء لابدّ من ان یکون من الأفعال التی یعقل الوفاء بها ، لانّه اذا لم یعقل الوفاء بها ، لم یکن معنی لاستثنی الامام ﴿ ع ﴾ ، لانّ المستثنی منه امر مقدور و المستثنی ایضا لابدّ من ان یکون امرا مقدورا للمشترط

الاستثناء من الأفعال التى يعقل الوفاء بالتزامها ، و حرمة الشئ (١) شرعا لا يعقل فيها الوفاء و النقض ، و قد مثّل (٢) جماعة للصلح، المحلّل للحرام بالصلح على شرب الخمر ، و للمحرّم للحلال بالصلح على ان لا يطأ جاريته و لا ينتفع بماله ، و كيف كان ، فالظاهر ، بل المتعيّن انّ المراد بالتحليل و التحريم المستندين الى الشرط ، هو الترخيص (٣) و المنع

---

(١) حرمة الشئ و حلّيته ، بان يشترط ان يكون أكل اللحم حراما، اويشترط ان يكون شرب الخمر حلالا ، لا يعقل فيهما الوفاء و النقض ، لانّ حرمة أكل اللحم و حلّية شرب الخمر ، ليسا فى يد المشترط (٢) و المصنّف (ره) استشهد لكون المراد من الشرط المحرّم للحلال ، و المحلّل للحرام فى رواية اسحاق بن عمار ، هو فعل الانسان ، لا المشروط الذى لا يدخل تحت قدرة الانسان ، بقوله (و قد مثّل جماعة للصلح ، المحلّل للحرام بالصلح على شرب الخمر ، و للمحرّم للحلال بالصلح على ان لا يطأ جاريته و لا ينتفع بماله) فانّ شرب الخمر ، فعل ، و انّ عدم الوطئ ، ترك ، فكلّ واحد منهما داخل تحت قدرة الانسان ، و لم يمثلوا للصلح المحلّل للحرام ، بالصلح على ان يكون الخمر حلالا ، و للمحرّم للحلال بالصلح على ان تكون جاريته حراما عليه ، لانّ كلّ واحد منهما لا يدخل تحت قدرة الانسان (٣) اى الترخيص فى فعل الحرام ، كشرط شرب الخمر ، و المنع عن فعل الحلال ، كشرط ترك التسرى . بيانه : انّ الشارط حيث التزم بترك التسرّى ، فهو بالتزامه حرّم نفسه عن التسرى ، و حيث انّه التزم بشرب الخمر ، رخّص نفسه فى شربه ، فهو حرمان ، و رخصة من الشارط دون الشارع ، و الشاهد على صحة هذا المعنى المستند الى الشارط ←

نعم، المراد بالحلال و الحرام (۱) ما کان کذلک، بحیث لا یتغیّر موضوعه بالشرط، لا ما کان حلالا، لو خلّی و طبعه، بحیث لا ینافی عروض عنوان التحریم له، لأجل الشرط، و قد ذکرنا، انّ المعیار فی ذلک وقوع التعارض (۲) بین دلیل حلّیة ذلک الشئ او حرمته، و بین وجوب

← دون الشارع، قوله تعالی: ﴿ یا ایّها النبیّ لم تحرّم ما احلّ اللّه لک ﴾ لانّ التحریم المستند الی النبیّ ﴿ص﴾ لم یکن الّا بحلفه علی ترک مقاربة مارية القبطیّة، لانّ تحریم المقاربة مستند الی الحالف، لأجل الحلف علی ترک المقاربة، فانّه لم یحلف ان تکون مقاربتها محرّمة علیه شرعا حتی یکون التحریم مستندا الی الشارع. عن تفسیر القمّی باسناده عن ابن سیّار عن ابی عبداللّه ﴿ع﴾ فی قوله: ﴿ یا ایّها النبیّ لم تحرّم ما احلّ اللّه لک تبتغی مرضاة ازواجک ﴾ قال: اطّلعت عایشة و حفصة علی النبیّ ﴿ص﴾ و هو مع مارية، فقال النبیّ ﴿ص﴾: و اللّه لا اقرّبها فأمر اللّه ان یکفّر بها عن یمینه (۱) فالمراد بالحلال و الحرام، ما کان حلالا مطلقا کالتزوّج و التسری، و حراما مطلقا کشرب الخمر بحیث لا یتغیّر موضوعه بالشرط (۲) ای وقوع التعارض بین دلیل حلّیة ذلک الشئ کقوله تعالی: ﴿ الّا علی ازواجهم ﴾ و بین دلیل وجوب الوفاء کقوله ﴿ع﴾: ﴿ المؤمنون عند شروطهم ﴾ و وقوع التعارض بین حرمة ذلک الشئ کقوله تعالی: ﴿ یسئلونک عن الخمر و المیسر، قل: فیهما اثم کبیر ﴾ و بین دلیل وجوب الوفاء بالشرط، کقوله ﴿ع﴾: ﴿ المؤمنون عند شروطهم ﴾ و هذا التعارض ثابت مع قطع النظر عن وجود الاستثناء، اذ مع ملاحظته یعمل بهذا الاستثناء، و یحکم بفساد الشرط، و مرجعه الی ←

الوفاء بالشرط و عدم وقوعه (١) ففى الأول يكون الشرط على تقدير صحته (٢) مغيّرا للحكم الشرعى ، و فى الثانى يكون مغيّرا لموضوعه (٣) فحاصل المراد بهذا الاستثناء (٤) فى حديثى الصلح و الشرط ، انّهما لا يغيّران حكما شرعيّا ، بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم ، لأجل الوفاء بالصلح و الشرط ، كالنذر (٥) و شبهه ، و امّا تغييرهما (٦) لموضوع

← العمل بأدلّة اصل الحكم (١) قوله (عدم وقوعه) عطف على قوله (وقوع التعارض) ، (٢) و انّما قال المصنف (ره) : على تقدير صحته ، لانّ بنائه ، انّ الشرط المذكور ليس بصحيح ، لأجل قوله ﴿ ع ﴾ : (الّا شرطا حرّم حلالا ، او احلّ حراما) فانّ الشرط المذكور على تقدير صحته ، مغيّرا للحكم الشرعى (٣) اى فى الثانى ، يكون الشرط مغيّرا لموضوع الحكم الشرعى ، لانّ موضوع الحلّية فى قوله (اللحم حلال) هو اللحم ، لو خلّى و طبعه ، مع عدم عنوان طارعليه ، فاذا شرط عدم أكله ، تغيّر الموضوع لانّ قيد ، لو خلّى و طبعه ، قد زال مع الشرط (٤) اشارة الى قوله (الّا شرطا حرّم حلالا ، او احلّ حراما) فى الشرط ، و الى قوله (الّا صلحا حرّم حلالا ، او احلّ حراما) فى الصلح (٥) يعنى انّ النذر و شبهه لا يغيّران حكما شرعيّا ، بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم ، لأجل الوفاء بالنذر و شبهه ، مثلا اذا نذر ترك التزوّج ، لم يحرم التزوّج ، او نذر شرب الخمر ، لم يحلّ الخمر بالنذر ، لانّ الحكم الشرعى ثابت للموضوع مطلقا ، بحيث لا يتغيّر موضوعه بالشرط و الصلح و النذر و شبهه (٦) اى و امّا تغيير الصلح و الشرط لموضوع الأحكام الشرعيّة فيما اذا كان الحكم ثابتا للموضوع ، لو خلّى و طبعه ، فى غاية الكثرة ، لانّه اذا طارعنوان ←

الأحکام الشرعیة ، ففی غایة الکثرة ، بل هما (۱) موضوعان لذلك ، و قد ذکرنا (۲) انّ الاشکال فی کثیر من الموارد فی تمیّز احد القسمین من الأحکام عن الآخر ، و ممّا ذکرنا یظهر النظر فی تفسیر آخر لهذا الاستثناء (۳) یقرب من هذا التفسیر (۴) الذی تکلمنا علیه ذکره (۵) المحقّق القمّی (۶) صاحب القوانین فی رسالته التی ألّفها فی هذه المسئلة ،.فانّه بعد ما ذکر من امثلة الشرط الغیر الجائز

← الصلح و الشرط و النذر و شبهه علیه ، خرج عن کونه لو خلّی و طبعه فاذا تغیّر الموضوع ، تغیّر الحکم ایضا (۱) الضمیر یرجع الی الصلح و الشرط (۲) یعنی و قد ذکر المصنف (ره) فیما سبق بقوله : و بالجملة فموارد الاشکال فی تمیز الحکم الشرعی القابل لتغیّره بالشرط بسبب تغیّر عنوانه عن غیر القابل ، کثیرة ، فراجع الی ص ۱۳۸ (۳) اشارة الی قوله (الّا شرطا حرّم حلالا ، او احلّ حراما) . (۴) اشارة الی التفسیر الذی ذکره النراقی (۵) الضمیر المفعول یرجع الی تفسیر آخر (۶) فحاصل هذا التفسیر الذی ذکره القمّی (ره) : انّ اشتراط ترك المباح کلّیا و بالمرّة یصدق علیه انّه شرط محرّم للحلال ، بخلاف اشتراط ترکه فی الجملة، و لعلّ نظر القمّی (ره) الی انّ تحریم الحلال ، هو اشتراط ترك ما حلّله الشارع علی الوجه الکلّی ، حیث انّ ما حلّله الشارع لیس عنوانا جزئیّا ، لانّ احکام الشرع متعلقة بالطبایع ، فلابدّ من انحصار مصداق تحریم الحلال باشتراط ترك تلك الطبایع الکلّیة ، و هو لا یمکن الّا بترك تمام افرادها ، و اشتراط بعض افرادها لیس تحریما للحلال ، لانّه لم یتعلق حلّ بذلك البعض فی الأدلّة

فى نفسه (١) مع قطع النظر عن اشتراطه و التزامه ، شرب الخمر (٢) و الزنا و نحوهما من المحرمات ، و من امثلة (٣) ما يكون التزامه و الاستمرار عليه من المحرمات ، فعل المرجوحات (٤) و ترك المباحات و فعل المستحبات ، كان يشترط تقليم الأظفار بالسن (٥) ابدا ، و ان لا يلبس الخزّ (٦) ابدا ، و لا يترك النوافل (٧) فانّ جعل المكروه او المستحب واجبا ، و جعل المباح ، حراما ،حرام (٨) الّا برخصة شرعيّة حاصلة من

---

(١) ثمّ انّ الظاهر من كلام القمّى (ره) ، انّ الشرط المحرّم للحلال الذى لا يجوز ، على قسمين : احدهما ، انّ الشرط فى نفسه غير جائز، مع قطع النظر عن الالتزام به ، و مثّل له بشرب الخمر و الزنا و نحوهما من المحرمات و ثانيهما ، انّ الشرط لا يجوز بلحاظ التزامه و اشتراطه و امّا فى حدّ نفسه يجوز ، و مثّل له باشتراط فعل المرجوحات و فعل المستحبات و ترك المباحات ابدا ، لعلّ نظر المحقق القمّى (ره) فى تفسير الاستثناء الى القسم الثانى ، لا الى القسم الأول ، فعلى هذا لا يرد عليه اشكال بعض الأعاظم ، بانّ تخصيصه الشرط المحلّل للحرام ، او المحرّم للحلال بما اذا كان على نحو القاعدة و العموم ، من دون نظر الى فرد خاص مع وضوح كون شرط شرب خمر خاص ، شرطا محلّلا للحرام ، فلا يجوز (٢) قوله (شرب الخمر) مفعول لقوله (ذكر) ، (٣) قوله (من امثلة ما يكون) عطف على قوله (من امثلة الشرط) ، (٤) قوله (فعل المرجوحات) مفعول لقوله (ذكر) ايضا (٥) فانّ تقليم الأظفار بالسن ، مكروه (٦) فانّ لبس الخزّ مباح (٧) فانّ النوافل ، مستحبّة (٨) قوله (حرام) خبر لِ (انّ)

الأسباب الشرعية ، کالنذر و شبهه فیما ینعقد فیه ، و یستفاد ذلك (۱) من کلام علیّ ﴿ ع ﴾ فی روایة اسحاق بن عمّار ، من اشترط لامرئته شرطا فلیف لها (۲) به ، فانّ المسلمین عند شروطهم الّا شرطا حرّم حلالا او احلّ حراما ، قال قدّس سرّه (۳) فان قلت : انّ الشرط کالنذر و شبهه من الأسباب الشرعیّة المغیّرة للحکم ، بل الغالب فیه (۴) هو ایجاب ما لیس بواجب ، فان بیع الرجل ماله ،او هبته لغیره ، مباح ، و امّا لو اشترط فی ضمن عقد آخر یصیر واجبا ، فما وجه تخصیص الشرط بغیر ما ذکرته من الأمثلة ؟(۵) قلت : الظاهر (۶) من تحلیل الحرام و تحریم

---

(۱) اشارة الی ما ذکره ، من انّ الالتزام بفعل المرجوحات و فعل المستحبات و ترك المباحات ، حرام (۲) الضمیر فی قوله (لها) یرجع الی المرئة ، و فی قوله (به) الی الشرط (۳) قوله (قال) خبر لِ (انّ) فی قوله (فانّه بعد ما) ، (۴) یرجع الضمیر الی الشرط (۵) فالمراد من الأمثلة هو فعل المرجوحات و ترك المباحات و فعل المستحبات ، یعنی انّه لا فرق بین شرط تقلیم الأظفار ، و بین البیع و الهبة للغیر ، فانّه مع عدم الفرق ، اوجب ان یصح الشرط فی الثانی ، دون الأول ، مع انّ کلّ واحد من البیع و التقلیم ، مباح ، احدهما بلا کراهة ، و الآخر مع الکراهة (۶) یعنی انّ الظاهر من تحلیل الحرام و تحریم الحلال ، هو تأسیس القاعدة و هو یکون بتعلق الحکم بالحلّ و الحرمة ببعض الأفعال علی سبیل العموم ، بان یشترط مثلا ان لا یشرب العصیر ابدا ، فهذا یکون محرّما للحلال ، امّا اذا اشترط ان یشرب العصیر فی شهر شعبان ، فهو لیس محرّما للحلال

الحلال ، هو تأسيس القاعدة ، و هو (١) تعلق الحكم بالحلّ او الحرمة ببعض الأفعال على سبيل العموم من دون النظر الى خصوصيّة فرد (٢) فتحريم الخمر (٣) معناه ، منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلّى ، و كذا حلّية المبيع (٤) فالتزوّج و التسرّى امر كلّى حلال ، و التزام تركه (٥) مستلزم لتحريمه ، و كذلك جميع احكام الشرع من التكليفيّة و الوضعيّة و غيرها ، انّما يتعلق بالجزئيات باعتبار تحقق الكلى فيها (٦) فالمراد من تحليل الحرام و تحريم الحلال المنهى عنه (٧) هو ان يحدث المشترط قاعدة كلّية (٨) و يبدع حكما جديدا ، و قد اجيز فى الشرع البناء على الشروط الّا شرطا اوجب ابداع حكم كلّى جديد ، مثل تحريم التزوج و التسرى ، و ان كان بالنسبة الى نفسه فقط ، و قد قال اللّه تعالى : فانكحوا ما طاب لكم من النساء (٩) و كجعل الخيرة (١٠) فى

---

(١) الضمير يرجع الى تأسيس القاعدة (٢) يعنى اذا نظر الى خصوصية فرد ، و شرط عدم شرب هذا العصير الموجود ، فانّه لا بأس به (٣) اى تحريم الشارع الخمر (٤) اى تحليل الشارع المبيع و التزوج و التسرى ، امر كلّى (٥) اى التزام الشارط ترك كلّ واحد من المبيع و التزوج و التسرى مستلزم لتحريم كلّ واحد منها (٦) الضمير يرجع الى الجزئيات (٧) فالمراد من المنهى عنه ، هو فى قوله ﴿ ع ﴾ : الّا شرطا حرّم حلالا ، او احلّ حراما (٨) اى بان يشترط ترك التزوج ابدا و فعل المستحبات ابدا ، فانّ الأول تحريم للحلال ، و الثانى ايجاب للمستحب (٩) سورة النساء آية ٣ (١٠) قوله (كجعل الخيرة فى الجماع ، الخ) عطف على قوله (مثل تحريم التزوج)

الجماع و الطلاق بید المرئة ، و قد قال اللّه تعالی : الرجال قوّامون علی النساء (۱) و فیما لو اشترطت (۲) علیه ان لا یتزوج ، او لا یتسری بفلانة (۳) خاصة اشکال ، فما ذکر فی السؤال من وجوب البیع الخاص الذی یشترطانه فی ضمن عقد لیس (۴) ممّا یوجب احداث حکم للبیع ، و لا تبدیل حلال الشارع و حرامه ، و کذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب (۵) الی ان قال قدّس سرّه : و بالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما یشترطانه من الشروط الجائزة لیس من باب تحلیل حرام ، او تحریم حلال ، او ایجاب جائز علی سبیل القاعدة ، بل یحصل من ملاحظة

---

(۱) سورة النساء آیة ۳۴ (۲) الضمیر الفاعل المستتر یرجع الی المرئة (۳) ، (فُلانٌ و فُلانَةُ) یکنی بهما عن العلم الذی مسمّاه ممّن یَعْقِل ، فلا تدخل ﴿ ال ﴾ علیهما ، و فلانة ممنوعة من الصرف ، فیقال : جاء فلانٌ و لکن جائت فُلانةُ و یکنی بهما ایضا عن العلم بغیر العاقل ، فتدخل علیهما ﴿ ال ﴾ تقول : رکبتُ الفلان ، و حلبتُ الفلانة (المنجد) ، (۴) قوله (لیس) خبرٌ لِ (ما) فی قوله (ما ذکر) ، (۵) فانّ الجماع ، الواجب علی الرجل شرعا مرّة واحدة فی اربعة اشهر ، و شرط نقصانه یکون ازید من اربعة اشهر ، کان یشترط مثلا ، ان یکون الجماع مرّة واحدة فی تسعة اشهر ، فقوله (کذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب) یحتمل ان یکون مثالا لما یوجب احداث حکم للجماع ، و یحتمل ان یکون مثالا لما لا یوجب احداث حکم للجماع ، فلو شرط ان یکون الجماع مرّة واحدة فی کلّ ستّة اشهر ابدا ، لکان احداث حکم للجماع ، فیکون حراما ، و لو شرط ان یکون مرّة واحدة فی ستّة اشهر من هذه السنة ، لم یکن احداث حکم ←

جمیع موارده (۱) حکم کلّی هو (۲) وجوب العمل علی ما یشترطانه و هذا الحکم (۳) ایضا من جعل الشارع ، فقولنا : العمل علی مقتضی الشرط الجائز ، واجب (۴) حکم (۵) کلّی شرعی ، و حصوله (۶) لیس من جانب شرطنا حتی یکون من باب تحلیل الحرام ، وعکسه (۷) بل انّما هو (۸) صادر من الشارع ، انتهی کلامه (۹) رفع مقامه ، و للنظر فی مواضع (۱۰)

← للجماع ، فلایکون حراما (۱) الضمیر یرجع الی (ما) فی قوله (لما یشترطانه) ، (۲) الضمیر یرجع الی الحکم الکلّی ، و حاصل هذه العبارة انّ وجوب العمل علی ما یشترطانه حکم کلّی جعله الشارع و التزام ترک العمل علی ما یشترطانه ، مستلزم لتحریم الحلال ، کما انّ حلّیة التزوج امر کلّی ، و التزام ترکه مستلزم لتحریم الحلال (۳) اشارة الی وجوب العمل علی ما یشترطانه (۴) قوله (واجب) خبر لمبتدأ مقدّم ، و هو قوله (العمل) ، (۵) قوله (حکم) خبر لمبتدأ مقدّم ، و هو قوله (فقولنا) (۶) ای حصول وجوب العمل فی الشرط الجائز لیس من جانب شرطنا (۷) فالمراد من العکس ، هو تحریم الحلال (۸) یرجع الضمیر الی وجوب العمل (۹) ای انتهی کلام المحقق القمّی (ره) ، (۱۰) ای احد المواضع ، قوله : جعل المکروه و المستحب ، الی قوله : حرام ، فانّ حرمة المذکورات لیست مسلّمة ما لم یقصد التشریع ، و ثانیها ، قوله : کالنذر و شبهه ، فانّ ظهوره عدم الاشکال فی النذر و شبهه ، و انّ عدم الصحة فی المذکورات مختص بالشرط ، مع انّه لافرق بینهما ، اذ فی النذر ایضا یشترط ان لایکون محرّما للحلال ، و محلّلا للحلال ، و قد ورد الاستثناء ، ای حرّم حلالا او احلّ حراما فی الحلف الذی هو مثل النذر و شبهه ، و ثالثها ، قوله : و←

من کلامه (۱) مجال (۲) فأفهم ، و اللّه العالم

الشرط الخامس (۳) : ان لا یکون منافیا لمقتضی العقد ، و الّا (۴) لم یصح لوجهین ، احدهما : وقوع التنافی فی العقد المقیّد بهذا الشرط بین مقتضاه الذی (۵) لا یتخلف عنه ، و بین الشرط الملزم لعدم تحققه (۶) فیستحیل الوفاء بهذا العقد مع تقیّده بهذا الشرط (۷) فلابدّ (۸)

← فیما اشترطت علی ان لا یتزوج ، او لا یتسری بفلانة خاصة اشکال ، فانّ مقتضی مبناه عدم الاشکال فی صحته ، لانّه ممّا لا یوجب احداث قاعدة کلّیة فهذا یکون مثل شرط بیع ماله الخاص الذی جزم بصحته و وجوبه ، لأجل الشرط فی ضمن العقد ، و رابعها ، قوله : و بالجملة اللزوم ، الخ ، فانّه لیس اجمالا لما ذکره ، بل هو مطلب آخر علی ما ذکره السیّد(ره)وخامسها انّ تخصیص الحلال و الحرام بالکلّی ، مخالف لما هو مسلّم عند الکل حیث انّهم مثّلوا للصلح المحرّم للحلال ، بما اذا صالح علی ان یطأ حلیلته و ان لا ینتفع بماله ، بل ظاهر النصوص فی باب الیمین ، عدم الفرق بین الکلّی و الجزئی ، کما اذا حلف ان لا یتکلّم اباه او امّه او اخاه ،علی ما قیل (۱) ای من کلام المحقق القمّی (ره) ، (۲) قوله (مجال) مبتدأ مؤخر لخبر مقدّم و هو قوله (للنظر) ، (۳) ای الأمر الخامس من شروط صحة الشرط (۴) فالمراد من مقتضی العقد ، هو اثر العقد ، یعنی و ان کان الشرط منافیا لمقتضی العقد ، لم یصحّ لوجهین (۵) قوله (الذی) صفة لِـ (مقتضی) مضاف الی الضمیر (۶) الضمیر یرجع الی المقتضی ، بالفتح (۷) اشارة الی الشرط الذی یکون منافیا لمقتضی العقد (۸) ای فلابدّ امّا ان یحکم بتساقط کلیهما ، فیبطل العقد و الشرط معا ، لأجل التنافی ←

امّا ان يحكم بتساقط كليهما ، و امّا ان يقدّم جانب العقد ، لانّه المتبوع المقصود بالذات، و الشرط تابع ، وعلى كلّ تقدير (١) لا يصح الشرط الثانى : انّ الشرط المنافى (٢) مخالف للكتاب و السنة الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه ، فاشتراط تخلفه عنه مخالف للكتاب ، و لذا (٣) ذكر فى التذكرة : انّ اشتراط عدم بيع المبيع ، مناف لمقتضى ملكيّته فيخالف قوله ﴿ص﴾ : الناس مسلّطون على اموالهم ، و دعوى (٤) انّ

← و امّا ان يقدّم جانب العقد ، لانّه المتبوع المقصود بالذات، و الشرط تابع و مقصود بالعرض ، فيبطل الشرط فقط (١) يعنى وعلى تقدير تساقط كليهما ، اوعلى تقدير تقدّم جانب العقد ، لا يصح الشرط (٢) يعنى انّ الشرط المنافى لمقتضى العقد ، مخالف للكتاب و السنة الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه ، مثلا ، فانّ قوله تعالى : اوفوا بالعقود دالّ على عدم جواز تخلف العقد عن مقتضاه ، فاشتراط تخلف العقد عن مقتضاه ، مخالف للكتاب (٣) اى و لأجل انّ الشرط المنافى مخالف للكتاب و السنة ، ذكر فى التذكرة :انّ اشتراط عدم بيع المبيع مناف لمقتضى ملكيّته ، فيخالف هذا الاشتراط قوله ﴿ص﴾ : الناس مسلّطون على اموالهم (٤) ادّعاءٌ و دفعٌ ، امّا الادّعاء ، فانّ العقد يقتضى المقتضى بالفتح ، و الأثر لو خلّى و طبعه ، لا مطلقا ، فحينئذ لم يكن وقوع التنافى فى العقد المقيّد بهذا الشرط بين مقتضاه ، و بين الشرط الملزم لعدم تحققه ، فحينئذ لم يكن الشرط المذكور مخالفا للكتاب و السنة ايضا ، و امّا الدفع ، فانّ هذا الادّعاء ليس صحيحا ، لانّ دعوى انّ العقد لو خلّى و طبعه ، يقتضى المقتضى ، بالفتح ، و الأثر ،خروج عن محلّ الكلام ،لانّ ←

العقد انّما یقتضی ذلك (۱) مع عدم اشتراط عدمه (۲) فیه لا مطلقا (۳) خروج (۴) عن محل الکلام، اذ الکلام فی ما یقتضیه مطلق العقد وطبیعته الساریة فی کلّ فرد منه (۵) لا ما یقتضیه العقد المطلق بوصف اطلاقه، و خلوّه عن الشرائط و القیود حتی لا ینافی تخلفه (۶) عنه لقید یقیّده (۷) و شرط یشترط فیه، هذا کلّه مع تحقق الاجماع (۸) علی بطلان هذا الشرط، فلا اشکال فی اصل الحکم (۹) و انّما الاشکال فی تشخیص آثار العقد التی لا یتخلف عن مطلق العقد فی نظر العرف او الشرع و تمیزها عمّا یقبل التخلف لخصوصیة (۱۰) تعتری العقد، و ان اتضح ذلك فی بعض الموارد لکون الأثر کالمقوم العرفی للبیع (۱۱) او غرضا اصلیّا

← الکلام فی المقتضی، بالفتح، و الأثر الذی یقتضیه مطلق العقد و ماهیّته فی کلّ فرد لا مایقتضیه العقد المطلق، لو خلّی و طبعه (۱) اشارة الی المقتضی، بالفتخ (۲) ای مع عدم اشتراط عدم المقتضی فی العقد (۳) ای سواء اشترط عدمه، ام لا (۴) قوله (خروج) خبر لمبتدأ مقدّم و هو قوله (دعوی)، (۵) الضمیر یرجع الی (ما)، (۶) ای تخلّف العقد عن المقتضی، بالفتح (۷) الضمیر الفاعل المستتر یرجع الی القید، و الضمیر المفعول الی العقد (۸) فیکون الاجماع دلیلا ثالثا علی اصل الحکم (۹) فالمراد بأصل الحکم، هو انّ الشرط المنافی لمقتضی العقد فاسد (۱۰) قوله (لخصوصیة) متعلق بقوله (یتخلف) و المراد من الخصوصیة، هو الشرط (۱۱) کون الأثر کالمقوّم العرفی للبیع مثل انتقال العوضین فی البیع، فانّ انتقال العوضین مقوّم عرفی للبیع

كاشتراط عدم التصرف اصلا فى المبيع ، وعدم الاستمتاع اصلا بالزوجة حتى النظر (١) و نحو ذلك ، الّا انّ الاشكال فى كثير من المواضع خصوصا بعد ملاحظة اتفاقهم على الجواز فى بعض المقامات ، و اتفاقهم على عدمه فيما يشبهه ، و يصعب الفرق بينهما (٢) و ان تكلف له بعض مثلا المعروف، عدم جواز المنع عن البيع ، و الهبة فى ضمن عقد البيع و جواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصل او وقفه (٣) حتى على البايع و ولده ، كما صرّح به (٤) فى التذكرة ، و قد اعترف فى التحرير، بانّ اشتراط العتق ممّا ينافى مقتضى العقد ، و انّما جاز لبناء العتق على التغليب ، و هذا (٥) لو تمّ لم يجز فى الوقف، خصوصا على البابع و

---

(١) يعنى انّ اشتراط عدم التصرف اصلا فى المبيع ، و اشتراط عدم الاستمتاع اصلا بالزوجة حتى النظر ، مخالف لمقتضى العقد (٢) اى يصعب الفرق بين بعض المقامات الذى يجوز الشرط فيه ، و بين بعض المقامات الذى لا يجوز الشرط فيه (٣) و حاصله : انّ اشتراط المنع عن البيع او اشتراط المنع عن الهبة يشبهه اشتراط عتقه بعد البيع اواشتراط وقفه بعد البيع ، فانّ الموضع الأول ، و هو اشتراط المنع عن البيع او اشتراط المنع عن الهبة ، مثل الموضع الثانى ، و هو اشتراط عتقه او اشتراط وقفه ، و الحال انّهم قالوا : بعدم جواز الاشتراط فى الأول و بجواز الاشتراط فى الثانى (٤) الضمير يرجع الى جواز اشتراط عتقه،الخ (٥) يعنى و ما ذكره فى التحرير ، من انّ جواز العتق مبنى على التغليب لو تمّ لم يجز فى الوقف ، لانّ جواز الوقف ليس مبنيّا على التغليب والحال انّهم قالوا :بجواز اشتراط الوقف بعد البيع

ولده ، فانّه شرط مناف کالعتق لیس مبنیّا علی التغلیب ، و لأجل ما ذکرنا وقع فی موارد کثیرة الخلاف و الاشکال فی انّ الشرط الفلانی مخالف لمقتضی العقد ، ام لا ، منها (۱) اشتراط عدم البیع ، فانّ المشهور عدم الجواز ، لکن العلامة فی التذکرة استشکل فی ذلک ، بل قوی بعض من تأخر عنه صحته (۲) و منها (۳) ما ذکره فی الدروس فی بیع الحیوان من جواز الشرکة فیه (۴) اذا قال : الربح لنا (۵) و لا خسران علیک لصحیحة رفاعة (۶) فی الشرکة فی الجاریة ، قال (۷) : و منعه (۸) ابن ادریس ، لانّه مناف لقضیة الشرکة ، قلنا (۹) : لا نسلّم انّ تبعیّة المال

---

(۱) الضمیر یرجع الی الموارد (۲) یرجع الضمیر الی اشتراط عدم البیع (۳) ای من الموارد الکثیرة (۴) الضمیر یرجع الی الحیوان (۵) ای الربح لی و لک ، و لا خسران علیک ، بل الخسران علیّ (۶) عن صحیحة رفاعة سئلت ابا الحسن ﴿ ع ﴾ عن رجل شارک آخر فی جاریة له ، و قال : ان ربحنا فیها ، فلک نصف الربح ، و ان کان وضعنا ، فلیس علیک شئ ، فقال ﴿ ع ﴾ : لا اری بهذا بأسا اذا طابت نفس صاحب الجاریة (۷) ای قال صاحب الدروس (۸) ای منع ابن ادریس قوله : اذا قال : الربح لنا و لا خسران علیک ، لانّ الشرکة تقتضی ان یکون الربح و الخسران بنسبة المالین ، فحینئذ یکون الربح لهما و الخسران علیهما ، فیکون اشتراط الربح لهما ، و الخسران علی احدهما ، منافیا لمقتضی الشرکة (۹) قال صاحب الدروس : قلنا فی جواب ابن ادریس : لا نسلّم انّ تبعیّة الربح و الخسران للمال ، لازمة لمطلق الشرکة لو خلّیت و طبعها ، بل تبعیّة الربح و الخسران للمال ، لازمة للشرکة المطلقة و لازمة لماهیّتها بحیث ←

لازمة لمطلق الشركة ، بل للشركة المطلقة ، و الأقرب (١) تعدّى الحكم الى غير الجارية من المبيعات ، انتهى (٢) و منها (٣) ما اشتهر بينهم من جواز اشتراط الضمان فى العارية ، وعدم جوازه (٤) فى الاجارة مستدلّين ، بأنّ مقتضى عقد الاجارة عدم ضمان المستأجر ، فاورد عليهم المحقق الأردبيلى و تبعه جمال المحققين (٥) فى حاشية الروضة بمنع اقتضاء مطلق العقد لذلك ، انّما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان ، نظير العارية ، و منها (٦) اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها ، فقد جوّزه (٧) جماعة لعدم المانع و للنصّ ، و منعه (٨) آخرون ، منهم فخر الدين فى الايضاح مستدلا ، بأنّ مقتضى العقد تسلط الرجل على المرئة فى الاستمتاع و الاسكان

← لا يتغيّر مقتضاها بالشرط (١) اى قال صاحب الدروس : و الأقرب تعدّى الحكم ، اى جواز الشرط المذكور فى الشركة الى غير الجارية من المبيعات (٢) اى انتهى ما ذكره فى الدروس (٣) اى من الموارد الكثيرة (٤) الضمير عائد الى اشتراط الضمان (٥) قال جمال المحققين (ره) فى حاشية الروضة فى كتاب الاجارة فى ص ٣ اللمعة فى اثناء كلماته ما لفظه : و الاجارة ليست بمقتضية لعدم التضمين حتى يفسد الشرط بمنافاته لمقتضى العقد ، و الّا لنا فى جميع الشروط التى لا يقتضيه العقد كفاك شاهدا لما ذكرنا حكمهم فى العارية بعدم ضمانها ، الّا مع الشرط فالأظهر صحة الشرط هيهنا ايضا ، انتهى موضع الحاجة من كلامه (٦) اى من الموارد الكثيرة (٧) يرجع الضمير الى اشتراط عدم اخراج الزوجة (٨) اى و منع اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها آخرون

و قد بالغ (۱) حتی جعل هذا قرینة علی حمل النص علی استحباب الوفاء و منها : مسئلة توارث الزوجین(۲) بالعقد المنقطع من دون شرط (۳) او معه (۴) وعدم توارثهما مع الشرط (۵) او لا معه (۶) فانّها (۷) مبنیّة علی الخلاف فی مقتضی العقد المنقطع ، قال فی الایضاح ، ما ملخّصه بعد اسقاط ما لا یرتبط بالمقام ، انّهم اختلفوا فی انّ هذا العقد یقتضی التوارث ، ام لا ، وعلی الأول ، فقیل :المقتضی هو العقد المطلق (۸)

---

(۱) ای و قد بالغ فخرالدین حتی جعل کون هذا الشرط خلاف مقتضی العقد ، قرینة علی حمل النص علی استحباب الوفاء (۲) فالأقوال فی المسئلة ، اربعة ، احدها : انّ التوارث ثابت مطلقا ، ای سواء شرط التوارث ، ام لا ،فیکون العقد المنقطع کالعقد الدائم ، و ثانیها :انّ التوارث ثابت مع شرطه ، بمعنی انّ التوارث فی العقد المنقطع ثابت مع اشتراط التوارث ، و لیس بثابت مع عدمه ، اشار المصنف (ره) الی القول الأول ، بقوله (من دون شرط) ، و الی القول الثانی ، بقوله (او معه) و ثالثها : عدم التوارث مع شرط عدم الارث ، بمعنی انّهما لا یتوارثان اذا شرط عدم الارث ، امّا اذا لم یشترط عدم الارث ، فهما یتوارثان ، و رابعها : عدم التوارث مطلقا ، ای سواء شرطا عدم الارث ، ام لا ،و اشار المصنف (ره) الی القول الثالث ، بقوله (مع الشرط) ،و الی القول الرابع بقوله (او لا معه) ، (۳) ای من دون شرط التوارث (۴) ای او مع شرط التوارث (۵) ای مع شرط عدم التوارث (۶) ای او لا مع شرط عدم التوارث (۷) الضمیر یرجع الی المسئلة (۸) یعنی انّ المقتضی للتوارث هو العقد المطلق و ماهیته ، فیکون العقد المنقطع کالعقد الدائم ←

من حيث هو هو ، فعلى هذا القول ، لو شرط سقوطه ، لبطل الشرط لانّ كلّ ما تقتضيه الماهية من حيث هى هى ، فيستحيل عدمه مع وجودها (١) و قيل : المقتضى (٢) اطلاق العقد ، اى العقد المجرد عن شرط نقيضه ، اعنى الماهيّة بشرط لا شئ (٣) فيثبت الارث ما لم يشترط

← فعلى هذا القول ، لو شرط سقوطه ، لبطل الشرط (١) الضمير عائد الى الماهيّة (٢) اى و قيل : المقتضى للارث هو اطلاق العقد ، لو خلّى و طبعه ، فيثبت الارث ما لم يشترط سقوطه (٣) .﴿ تذكرة ﴾ : فلا يخفى انّ الماهيّة لها ، اربعة اعتبارات ، احدها : هو ﴿ الماهية بشرط شئ ﴾ كما اذا وجب عتق الرقبة المؤمنة ، اى بشرط كونها مؤمنة ، و ثانيها : هو ﴿ الماهية بشرط لا ﴾ كما اذا كان القصر واجبا فى الصلوة على المسافر الغير العاصى فى سفره ، اى بشرط عدم كونه عاصيا للّه فى سفره ، فاخذ عدم العصيان ، قيدا فى موضوع الحكم ، و ثالثها : هو ﴿ الماهية لا بشرط ﴾ كوجوب الصلوة على الانسان باعتبار كونه حرّا مثلا ، فانّ الحرّية غير معتبرة لا بوجودها و لا بعدمها فى وجوب الصلوة ، لانّ الانسان بالنظر الى الحرّية فى وجوب الصلوة عليه ، غير مشروط بالحرّية و لا بعدمها ، و يسمّى هذا القسم الثالث : اللابشرط القسمى ، فى قبال ، اللابشرط المقسمى و رابعها : هو ﴿ اللابشرط المقسمى ﴾ و هو يكون مقسما للاعتبارات الثلاثة قال فى المنظومة :

مخلوطة مطلقة مجردّة عند اعتبارات عليها موردة
من لا بشرط ، و كذا بشرط شئ و معنيى بشرط لا ، استمع الىّ

ص ٩٠ ، فراجع

سقوطه (۱) و علی الثانی (۲) قیل: یثبت (۳) مع الاشتراط، و یسقط مع عدمه (۴) و قیل (۵): لا یصحّ اشتراطه (۶)، انتهی (۷) و مرجع القولین (۸) الی انّ عدم الارث من مقتضی اطلاق العقد (۹) او ماهیته و اختار هو (۱۰) هذا القول الرابع (۱۱) تبعا لجدّه (۱۲) و والده قدّس سرّهما، و استدلّ (۱۳) علیه (۱۴) اخیرا بما دلّ علی انّ من حدود المتعة، ان لا ترثها و لا ترثك، قال (۱۵): فجعل نفی الارث من مقتضی

---

(۱) ای سقوط الارث (۲) فالمراد بالثانی، هو قوله (ام لا) فی الایضاح (۳) ای قیل: یثبت الارث مع اشتراطه و یسقط مع عدم اشتراطه (۴) ای مع عدم اشتراط الارث (۵) ای و قیل: انّ العقد یقتضی عدم التوارث و لا یصح اشتراط الارث، فهو من قبیل الارث الأجنبی (۶) ای اشتراط الارث (۷) ای انتهی ما ذکره فی الایضاح (۸) احد القولین، هو قوله (قیل: یثبت، الخ)، و ثانیهما، قوله (و قیل: لا یصح اشتراطه)، (۹) یعنی انّ مرجع القولین الی انّ عدم الارث من مقتضی اطلاق العقد، فحینئذ یثبت الارث مع اشتراطه، و لا یثبت مع عدمه او من مقتضی ماهیته، فحینئذ لا یثبت الارث مطلقا حتی مع اشتراط الارث (۱۰) یرجع الضمیر الی فخر المحققین (ره)، (۱۱) فالمراد من القول الرابع، هو قوله (قیل: لا یصح اشتراطه) ای لا یثبت الارث مطلقا حتی مع الاشتراط (۱۲) جدّه هو الشیخ سدید الدین یوسف الحلّی (۱۳) الضمیر المستتر الفاعل یرجع الی فخرالدین (ره)، (۱۴) یرجع الضمیر الی القول الرابع (۱۵) ای قال فخرالدین فی الایضاح

الماهية (١)، ولأجل صعوبة دفع ما ذكرنا، من الاشكال (٢) فى تميّز مقتضيات ماهية العقد (٣) من مقتضيات اطلاقه، التجأ المحقق الثانى مع كمال تبحّره (٤) فى الفقه حتى ثنّى (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 بمنافى مقتضى العقد ما يقتضى (٩) عدم ترتب الأثر الذى (١٠) جعل الشارع العقد من حيث (١١) هو هو بحيث يقتضيه و رتّب (١٢) عليه على انّه اثره و فائدته (١٣) التى (١٤) لأجلها وضع، كانتقال العوضين (١٥) الى المتعاقدين

---

(١) يعنى فجعل نفى الارث من مقتضى الماهية بحيث لا يتغيّر بالاشتراط فلو شرط الارث، لم يصح الشرط (٢) قوله (من الاشكال، الخ) بيان لِـ (ما)، (٣) يعنى انّ مقتضى ماهية العقد لا يتغيّر بالاشتراط و مقتضى اطلاقه يتغيّر بالاشتراط (٤)، (تَبَحّر) فى العلم: تعمّق فيه و توسّع (المنجد)، (٥) اى سمّى المحقق بكمال تبحّره، الثانى (٦) الضمير عائد الى التبحر (٧) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى المحقق الثانى (٨) قوله (الى نظر الفقيه) متعلق بقوله (فارجع)، (٩) الضمير المستتر الفاعل يرجع الى (ما)، (١٠) قوله (الذى) صفة لِـ (الأثر)، (١١) قوله (من حيث) متعلق بقوله (جعل) و الضمير الفاعل المستتر فى قوله (يقتضيه) يرجع الى العقد، و الضمير المفعول الى الأثر (١٢) و قوله (رتّب) فعل ماض، عطف على قوله (جعل) يعنى رتّب الشارع على العقد على انّ الأثر، اثر العقد (١٣) الضمير يرجع الى العقد (١٤) قوله (التى) صفة لِـ (الفائدة)، (١٥) قوله (كانتقال العوضين، الخ) مثال لأثر العقد

و اطلاق التصرف (۱) فیهما فی البیع ، و ثبوت التوثق فی الرهن (۲) و المال (۳) فی ذمّة الضامن بالنسبة الی الضمان (۴) و انتقال الحق الی ذمّة المحال علیه فی الحوالة (۵) و نحو ذلك ،فاذا شرط عدمها (۶) او عدم البعض اصلا نافی (۷) مقتضی العقد ، ثمّ اعترض (۸) علی ذلك

---

(۱) اطلاق تصرف المشتری فی المبیع و تصرف البایع فی الثمن فی البیع (۲) فانّ الرهن وثیقة للدین (۳) قوله (المال) عطف علی قوله (التوثق) ای ثبوت المال فی ذمّة الضامن (۴) فانّ الضمان هو التعهد بالمال من البرئ ، فانّ المال ینقل من ذمّة المضمون عنه الی ذمة الضامن ، قال فی المسالك : اعلم انّ الضمان عندنا مشتق من الضمن ، لانّه یجعل ما کان فی ذمّته من المال فی ضمن ذمّة اخری ، او لانّ ذمة الضامن یتضمن الحق فالنون فیه اصلیة ، بناء علی انّه ینقل المال من الذمة الی الذمة ، وعند اکثر العامة ، انّه غیر ناقل ، و انّما یفید اشتراك الذمّتین ، فاشتقاقه من الضمّ ، و النون فیه زائدة ، لانّه ضمّ ذمة الی ذمّة ، فیتخیّر المضمون له فی المطالبة (۵) فانّ الحوالة : هی التعهد بالمال من المشغول بمثله للمحیل ، و یشترط فیها رضا الثلاثة ، امّا رضی المحیل و المحتال فموضع وفاق ، و امّا المحال علیه ، فاشتراط رضاه هو المشهور (۶) ای اذا شرط عدم الفائدة المترتبة علی العقد ، او عدم بعض الفائدة ابدا نافی مقتضی العقد (۷) قوله (نافی) فعل ماض ، جواب شرط لِ (اذا) (۸) ای ثمّ اعترض المحقق علی الذی ذکره بقوله (فاذا شرط عدم البعض اصلا نافی مقتضی العقد بقوله (بصحة اشتراط عدم الانتفاع زمانا معیّنا)

بصحة اشتراط عدم الانتفاع زمانا معيّنا ، و اجاب (١) بكفاية جواز الانتفاع وقتا ما فى مقتضى العقد ، ثمّ اعترض بانّ العقد يقتضى الانتفاع مطلقا ، فالمنع عن البعض مناف له ، ثمّ قال : و دفع ذلك (٢) لا يخلو عن عسر ، وكذا القول (٣) فى نحو خيار الحيوان مثلا ، فانّ ثبوته مقتضى العقد ، فيلزم ان يكون شرط سقوطه منافيا له (٤) ثمّ قال (٥) : و لا يمكن (٦) ان يقال : انّ مقتضى العقد ما لم يجعل

---

(١) اى و اجاب بكفاية جواز الانتفاع فى مقتضى العقد وقتا ما ، لانّ المنافى لمقتضى العقد عدم الانتفاع مطلقا (٢) اشارة الى الاعتراض الأخير ، و هو انّ العقد يقتضى الانتفاع مطلقا ، فالمنع عن البعض مناف له (٣) اى وكذا لا يخلو عن عسر و اشكال القول فى نحو خيار الحيوان مثلا ، فان ثبوته مقتضى العقد ، فيلزم ان يكون شرط سقوطه منافيا لمقتضاه ، مع انّ اشتراط سقوط خيار الحيوان جائز (٤) الضمير يرجع الى مقتضى العقد (٥) اى قال المحقق الكركى (٦) وهمٌ و دفعٌ ، امّا الوهم ، فانّه يمكن ان يقال : انّ مقتضى العقد ما لم يجعل العقد الّا لأجله ، كانتقال العوضين ، فاذا شرط عدم انتقال العوضين يكون منافيا لمقتضاه ، امّا الانتفاع منهما ، فانّه ليس من مقتضاه ، لانّه لم يجعل العقد لأجله ، و امّا الدفع ، فانّه لا يمكن التوهم المذكور ، لانّ ذلك الذى ذكر من انّ العقد جعل للانتقال فقط ، لو صحّ لكان منافيا لمنع اشتراط ان يبيع المشترى المبيع مثلا ، لانّ الفقهاء منعوا من اشتراط ان لا يبيع المشترى المبيع ، فقالوا : انّ اشتراط ان لا يبيع المشترى المبيع مناف لمقتضى العقد ، فتبيّن انّ مقتضى العقد اعمّ من انتقال العوضين فيشمل←

الّا لأجله (١) كانتقال العوضين، فانّ (٢) ذلك ينافى منع اشتراط ان لا يبيع المبيع مثلا ، ثمّ قال: و الحاسم (٣) لمادة الاشكال انّ الشروط على اقسام ، منها : ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة او فساد، و منها : ما وضح فيه المنافات للمقتضى ، كاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبيع (٤) او وضح مقابله (٥) و لاكلام فيما وضح ، و منها : ما ليس واحدا من النوعين (٦) فهو بحسب نظر الفقيه ، انتهى كلامه (٧) رفع مقامه ، اقول (٨) : وضوح المنافات ان كان بالعرف ، كاشتراط عدم

← الانتفاع منهما ايضا (١) الضمير يرجع الى (ما)، (٢) قوله (فانّ ذلك ، الخ) علّة لقوله (لا يمكن، الخ)، (٣)، (حَسَمَهُ)، (ض) حَسْماً : قطعه مُسْتَأصلا ايّاه (اقرب الموارد)، (٤) فالمراد من قوله (كاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبيع) هو اشتراط المشترى على البايع عدم كون خسارة المبيع المقبوض عليه ، بل يكون على البايع ، و وجه وضوح كونه منافيا لمقتضى العقد ، انّ مقتضى عقد البيع و قبض المبيع ، كون المبيع للمشترى على نحو الاستقرار ، و مقتضى استقرار الملك ، كون الخسارة على المالك ، فاشتراط كون الخسارة على غير المالك منافيا لمقتضى العقد (٥) الضمير يرجع الى (ما) يعنى وضح انّ هذا الشرط ليس منافيا لمقتضى العقد ، كاشتراط خياطة الثوب (٦) احد النوعين، ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة او فساد ، و ثانيهما ، ما وضح فيه المنافات ، او وضح مقابله (٧) اى انتهى كلام المحقق الثانى (٨) قوله (اقول : وضوح المنافات، الخ) ايراد على ما ذكره المحقق الثانى ، فانّه اورد على المحقق الثانى ، اوّلا ، بانّ وضوح المنافات ان كان بالعرف ←

الانتقال فى العوضين، وعدم انتقال المال الى ذمّة الضامن، والمحال عليه، فلا يتأتّى (١) معه انشاء مفهوم العقد العرفى، وان كان (٢) بغير العرف، فمرجعه (٣) الى الشرع من نص او اجماع على صحة الاشتراط وعدمه (٤) ومع عدمهما (٥) وجب الرجوع الى 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 فى العوضين، فلا يتأتّى مفهوم العقد العرفى، فاذا لم يتأتّى مفهوم العقد، لم ينعقد العقد من رأس حتى يبحث فى المنافى، وثانيا، بانّه ان كان وضوح المنافات بغير العرف فمرجعه الى الشرع من النصّ والاجماع، ومع عدمهما وجب الرجوع الى دليل اقتضاء العقد لذلك الأثر المشترط وعدمه، فان دلّ دليل اقتضاء العقد على الأثر على وجه يعارض باطلاقه او عمومه، كقوله تعالى: الرجال قوّامون على النساء، دليل وجوب الوفاء بالشرط، كقوله ﷺ: المؤمنون عند شروطهم، بحيث لو اوجبنا الوفاء به، وجب طرح عموم ذلك الدليل او تخصيصه، حكم بفساد الشرط لمخالفته للكتاب والسنة، الخ

(١)، (تأتّى) الأمرُ: تهيّأ وتسهل. ـ للأمر: ترفق وتقصّد (المنجد) (٢) اسم (كان) مستتر يرجع الى وضوح المنافاة (٣) يرجع الضمير الى غير العرف (٤) اى عدم صحة الاشتراط (٥) اى ومع عدم النص والاجماع (٦) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى الدليل، ويرجع الضمير فى قوله (عليه) الى الأثر (٧) يرجع الضمير الى الشرط (٨) الضمير يرجع الى الأثر

وجب طرح عموم ذلك الدليل او تخصيصه (١) حكم (٢) بفساد الشرط (٣) لمخالفته (٤) حينئذ للكتاب و السنة ، و ان دلّ (٥) على ثبوته للعقد . لو خلّى و طبعه ، بحيث لا ينافى تغيّر حكمه بالشرط ، حكم بصحة الشرط . و قد فهم من قوله تعالى : الرجال قوّامون على النساء ، انّ السلطنة على الزوجة من آثار الزوجية التى لا تتغيّر ، فجعل اشتراط كون الجماع بيد الزوجة فى الرواية السابقة ، منافيا لهذا الأثر (٦) و لم يجعل اشتراط عدم الاخراج من البلد منافيا ، و قد فهم الفقهاء من قوله: البيّعان بالخيار حتى يفترقا ، فان افترقا وجب البيع ، عدم التنافى (٧)

---

(١) قوله (تخصيصه) عطف على قوله (طرح) ، (٢) قوله (حكم) جواب شرط لِـ (لو) ، (٣) و الحاصل ، ان دلّ دليل اقتضاء العقد ، انّ هذا الأثر اثره مطلقا ، يعنى اقتضاه ماهيته يعارض دليل وجوب الوفاء ، حكم بفساد الشرط لمخالفته حينئذ للكتاب و السنّة (٤) الضمير يرجع الى الشرط (٥) اى و انّ دلّ دليل اقتضاء العقد على ثبوت الأثر له ، لو خلّى و طبعه ، يعنى اقتضاه اطلاق العقد ، حكم بصحة الشرط ، لانّ الشرط يقيّد الاطلاق (٦) يعنى انّ ماهيّة الزوجيّة اقتضت سلطنة الزوج على الزوجة ، فيكون اشتراط كون الجماع بيد الزوجة منافيا لهذا الأثر (٧) يعنى فهم الفقهاء . عدم التنافى بين قوله (البيّعان بالخيار ، الخ) و بين قوله ﴿ ع ﴾ : (المؤمنون عند شروطهم) و اجمعوا على صحة اشتراط سقوط خيار المجلس ، لانّ الخيار اثر للعقد ، لو خلّى و طبعه ، بحيث اقتضاه اطلاقه ، لا ماهيّته

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

---

(١) قوله (الذى) صفة لِـ (الخيار) ، (٢) اى وكذا فهموا عدم التنافى بين قوله ﴿ع﴾ : (المؤمنون عند شروطهم) وبين قوله ﴿ع﴾ : (اذا افترقا وجب البيع) فاجمعوا على صحة اشتراط الخيار بعد الافتراق ، لانّ اللزوم اثر للبيع بعد الافتراق ، لو خلّى وطبعه ، بحيث اقتضاه اطلاقه لا ماهيته (٣) اى ولو شك فى انّ مؤدّى الدليل الذى اثبت هذا الأثر على العقد وهل انّ الأثر اقتضاه ماهية العقد او اقتضاه اطلاقه ؟ وبعبارة اخرى وهل انّه اثر للعقد على وجه العموم وعدم التغيّر ، او انّه اثر للعقد ، لو خلّى وطبعه ، وجب الرجوع الى اصالة ثبوت ذلك الأثر على الوجه الثانى (٤) فالمراد من الوجه الثانى ، هو انّه اثر للعقد ، لو خلّى وطبعه (٥) اى فيبقى عموم الأدلة مثل : المؤمنون عند شروطهم ، سليما عن المخصّص ، فيحكم بمقتضى الشرط (٦) اى ذكر المصنف (ره) هذا فى ص ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤٠ بقوله : وبالجملة ، فموارد الاشكال فى تميّز الحكم الشرعى القابل لتغيّره بالشرط بسبب تغيّر 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 : ومرجع هذا الأصل الى اصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغيّره بالشرط

الشرط السادس : ان لا یکون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر فی البیع لانّ الشرط فی الحقیقة کالجزء (۱) من العوضین ، کما سیجئ بیانه ،قال فی التذکرة :وکما انّ الجهالة فی العوضین مبطلة ، فکذا فی صفاتهما (۲) و لواحق المبیع (۳) فلو شرطا شرطا مجهولا ،بطل البیع . انتهی و قد سبق ما یدلّ علی اعتبار تعیین الأجل المشروط فی الثمن(۴) بل لو فرضنا (۵)عدم سرایة الغرر فی البیع ، کفی لزومه (۶) فی اصل الشرط بناء علی انّ المنفی (۷) مطلق الغرر حتی فی غیر البیع، و لذا یستندون الیه (۸) فی ابواب المعاملات حتی الوکالة ، فبطلان الشرط (۹)

---

(۱) یعنی انّ الجهالة ، جزء من العوضین موجب للغرر و مفسد للبیع (۲) ای فکذا الجهالة فی صفاتهما ، کما اذا علم انّ الثمن فضّة . لکن لم یعلم انّها مسکوکة ام لا ، و کما اذا علم انّ المثمن حنطة .لکن لم یعلم انّها خریفیّة ، ام ربیعیّة (۳) فلا یخفی .انّ التبعیّة علی قسمین .احدهما التبعیّة الذاتیة العرفیة ، کتبعیّة بیض الدجاجة لها . و ثانیهما:التبعیّة من حیث الشرطیة ، حیث انّ الشرط من توابع المعاملة (۴) یعنی اذا لم یعیّن اجل الثمن ، یکون غررا مبطلا (۵) ای بل لو فرضنا عدم سرایة الغرر فی البیع حتی یکون البیع غرریّا ، لکفی لزومه فی اصل الشرط .لانّ المنفی فی قوله ﴿ ع ﴾ : نهی النبیّ ﴿ص ﴾ عن الغرر ، مطلق شامل للشرط المجهول ایضا ، فیکون الشرط باطلا (۶) ای لزوم الغرر (۷) ای المنفی فی قوله ﴿ ع ﴾ : نهی النبی ﴿ص﴾عن الغرر، مطلق الغرر (۸) الضمیر یرجع الی انّ المنفی ، مطلق الغرر (۹) قوله(فبطلان الشرط الخ) فرع لقوله (بل لو فرضنا عدم سرایة الغرر فی البیع ، الخ)

المجهول ليس لابطاله البيع المشروط به ، ولذا قد يجزم ببطلان هذا الشرط (١) مع الاستشكال فى بطلان البيع ، فانّ العلامة فى التذكرة ذكر فى اشتراط عمل مجهول فى عقد البيع ، انّ فى بطلان البيع وجهين (٢) مع الجزم ببطلان الشرط ، لكن الانصاف ، انّ جهالة الشرط يستلزم فى العقد دائما مقدارا من الغرر ، لانّه يلزم من جهالته (٣) جهالة احد العوضين ، و من ذلك (٤) يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامة فى مواضع من التذكرة ، من الفرق فى حمل الحيوان و بيض الدجاجة ، و مال العبد المجهول المقدار بين تمليكها على وجه الشرطية فى ضمن بيع هذه الامور ، بان يقول : بعتكها على انّها حامل او على انّ لك حملها ، و بين تمليكها على وجه الجزئية ، بان يقول : بعتكها و حملها ، فصحح الأول (٥) لانّه تابع ، و ابطل الثانى (٦) لانّه جزء لكن قال فى الدروس : لو جعل الحمل جزء من المبيع ، فالأقوى الصحة لانّه بمنزلة الاشتراط ، ولا يضرّ الجهالة ، لانّه تابع

---

(١) اشارة الى الشرط المجهول (٢) احد الوجهين ، بطلان البيع ايضا لانّ جهالة الشرط توجب الجهالة فى احد العوضين ، و ثانيهما : عدم بطلان البيع ، لانّ الشرط تابع ، لانّ جهالة التابع لا توجب جهالة المتبوع (٣) الضمير يرجع الى الشرط (٤) اى من اجل انّ جهالة الشرط يستلزم فى العقد دائما مقدارا من الغرر ، يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامة فى مواضع من التذكرة (٥) و هو تمليكها على وجه الشرطية ، بان يقول : بعتكها على انّها حامل ، او على انّ لك حملها (٦) و هو تمليكها على وجه الجزئية ، بان يقول : بعتكها و حملها

وقال (۱) فی باب بیع المملوك: ولو اشتراه و ماله ، صحّ ، ولم یشترط علمه (۲) ولا التفصی من الربا (۳) ان قلنا: انّه یملك، ولو احلنـــاه اشترطا (۴) انتهی ، (۵) و المسئلة محلّ اشکال وکلماتهم (۶) لا یکاد یعرف التیامها حیث صرّحوا ، بانّ للشرط قسطا من احد العوضین

---

(۱) ای وقال صاحب الدروس فی باب بیع المملوك: ولو اشتری المملوك و ماله ،صحّ ، ولم یشترط العام بمال المملوك ولا التفصّی من الربا ، ان قلنا: انّه یملك ، لانّ ماله تابع ، فلا یلزم فی التابع ، العلم بـــه ولا التفصّی من الربا ، ولو احلنا ملك المملوك، اشترطا ، ای اشترط العلم بمقدار مال المملوك و اشترط التفصی من الربا ، لانّ مال المملوك ،مـــال للبایع ، فانّه باع شیئین ، احدهما: المملوك، و ثانیهما: ماله، فاذا باع الشیئین لزم العلم بهما ، ولزم عدم کون الشیئین مستلزم للربـــا (۲) ای العلم بمال المملوك (۳) یعنی انّ الربا یتصور فیما اذا کان مال المملوك من جنس الثمن، مثلا اذا اشتری المشتری المملوك مع ماله بألف درهـــم والحال انّ مال المملوك کان ایضا الف درهم، فحینئذ ، ان قلنا :بعدم ملك المملوك ، لزم الربا ، لانّه معاوضة الف بالف مع الزیادة و هو المملوك وان قلنا : بملکه ،لم یلزم الربا ، لانّ ماله تابع (۴) و الضمیر فی قولـــه (اشترطا) یرجع الی العلم و التفصّی (۵) ای انتهی ما ذکره فی الدروس (۶) یعنی انّ بعضهم ذهب الی عدم اشتراط العلم بالشرط، و بعضهم ذهب الی اشتراط العلم بالشرط حیث صرّحوا ، بانّ للشرط قسطا مـــن احد العوضین، و انّ التراضی علی المعاوضة وقع منوطا بهذا الشـــرط ولازمه کون الجهالة فیه قادحة

و انّ التراضى على المعاوضة وقع منوطا به (١) و لازمه (٢) كون الجهالة فيه قادحة ، و الأقوى اعتبار العلم ، لعموم نفى الغرر ، الّا اذا عدّ الشرط فى العرف تابعا غير مقصود بالبيع ، كبيض الدجاج (٣) و قد مرّ ما ينفع هذا المقام فى شروط العوضين ، و سيأتى بعض الكلام فى بيع الحيوان ، ان شاء اللّه

الشرط السابع : ان لا يكون مستلزما لمحال ، كما لو شرط فى البيع ان يبيعه (٤) على البايع ، فانّ العلامة قد ذكر هنا انّه مستلزم للدور ، قال فى التذكرة : لو باعه شيئا بشرط ان يبيعه اياه ، لم يصحّ ، سواء اتّحد الثمن قدرا و جنسا و وصفا ، او لا ، و الّا جاء الدور (٥) لانّ بيعه (٦) له يتوقف على ملكيّته له

---

(١) الضمير يرجع الى الشرط (٢) الضمير يرجع الى قوله (بانّ للشرط قسطا من احد العوضين ، الخ) ، (٣) ، (الدَجاج) بالتثليث ، و الفتح اعلى : طائر معروف ، منه اهلىّ و منه برّى ، الواحدة (دَجاجة) للذكر و الانثى ، لانّ التاء انّما لحقتهُ للدلالة على كونه واحدا من جنس (اقرب الموارد) ، (٤) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى المشترى ، و الضمير المفعول الى المبيع (٥) فتقرير الدور ، انّ صحة البيع الأول يتوقف على صحّة البيع الثانى ، لانّ البيع الثانى شرط للبيع الأول على الفرض بحيث يلزم من عدم الشرط ، عدم المشروط ، و صحة البيع الثانى يتوقف على كون المشترى مالكا ، حيث لا بيع الّا فى ملك ، و لا يكون مالكا الّا بعد صحة البيع الأول ، فصحة البيع الأول يتوقف على صحة البيع الثانى ، و صحة البيع الثانى يتوقف على صحة البيع الأول ، فهذا دور باطل (٦) ←

المتوقفة (١) على بيعه (٢) فيدور ، امّا لو شرط ان يبيعه (٣) على غيره فانّه يصحّ عندنا ، حيث لا منافاة (٤) فيه للكتاب و السنة ، لا يقال : ما التزموه (٥) من الدور ، آت هنا

← اى لانّ بيع المشترى المبيع للبايع يتوقف على ملكيّة المشترى للمبيع (١) قوله (المتوقفة) صفة لِـ (الملكيّة) ، (٢) الضمير يرجع الى البايع (٣) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى المشترى ، و الضمير المفعول الى البايع (٤) حاصله ، انّه لو شرط ان يبيعه على غير البايع لكان صحيحا حيث انّه لا يجئ الدور ، و لا يكون منافيا للكتاب و السنة (٥) اشكال و دفع ، امّا الاشكال ، فانّه لو شرط ان يبيعه على غيره ، جاء الدور ايضا لانّ صحة البيع الأول يتوقف على صحة البيع الثانى ، لانّه شرط للبيع الأول ، و صحة البيع الثانى الذى هو البيع على الغير ، يتوقف على البيع الأول ، اشار الى الاشكال بقوله (ما التزموه من الدور ، آت هنا) و امّا الدفع ، فانّ صحة البيع الأول ، يتوقف على البيع الثانى الذى هو البيع على الغير ، و صحة البيع الثانى لا يتوقف على صحة البيع الأول لجواز ان يكون البيع الثانى مع فرض عدم صحة البيع الأول ، جاريا على حدّ التوكيل او عقد الفضولى ، بخلاف البيع على البايع ، لانّه لو لم يكن البيع الأول صحيحا ، لم يعقل بيع المشترى المتاع على البايع ، اذ يمتنع ان يباع ملك المالك على نفسه توكيلا و فضولة ، و اذا فرض عدم صحة البيع الأول ، يعقل بيع المبيع على الغير بعنوان كون المشترى وكيلا عن البايع او فضوليّا ، فصحة البيع على الغير الذى هو البيع الثانى ، لا يتوقف على صحة البيع الأول ، فلا دور ، و انّ توقف صحة البيع الأول ←

لانّا نقول : الفرق ظاهر . لجواز ان يكون (١) جاريا على حدّ التوكيل ،او عقد الفضولى . بخلاف ما لو شرط البيع على البايع،انتهى (٢) و سيأتى تقرير الدور (٣) مع جوابه فى باب النقد و النسيئة ، و قد صرّح فى الدروس . بانّ هذا الشرط(٤) باطل لا للدور،بل لعدم القصد (٥) الى

ـ على صحة البيع على الغير الذى هو البيع الثانى . و بالجملة ، بيع متاع المالك على نفسه توكيلا أو فضولة ، غير معقول ، و بيع متاع المالك على الغير ، معقول توكيلا او فضولة ، و اشار الى دفع الاشكال بقوله (لانّا نقول : الفرق ظاهر ، الخ) . (١) اسم (يكون) مستتر يرجع الى البيع على الغير (٢) اى انتهى ما ذكره فى التذكرة (٣) . ﴿ تذكرة ﴾ : فاعلم ، انّ الدور باطل ، لانّه يلزم منه محالات ثلاثة ، احدها : توقف الشئ على نفسه . لانّه اذا توقف الإبن على الأب ، كان الابن متوقفا على الأب و على جميع ما يتوقف عليه الأب ، و من جملة ما يتوقف عليه الأب هو الابن نفسه ، فيلزم توقف الابن على نفسه ، و ثانيها : تقدّم الشئ على نفسه . لانّ الابن اذا كان معلولا للأب ، يكون متأخرا عن الأب ، فاذا كان علّة للأب ، يكون متقدما على الأب و على نفسه ، فيلزم تقدّم الإبن على نفسه . و ثالثها : لزوم كون الشئ موجودا و معدوما معا ، لانّ الابن الذى هو المعلول للأب ، لو كان علة للأب ، لكان موجودا قبل نفسه ، فيكون موجودا و معدوما معا ! (٤) يعنى ان يشترط فى البيع ان يبيعه على البايع (٥) و حاصل ما ذكره فى الدروس ، انّ البايع الذى اشترط هذا الشرط ، لم يقصد فى الحقيقة نقل المتاع عن ملكه ، و الّا لم يشترط هذا الشرط . فبطلانه لعدم القصد الى البيع . لا للدور

البيع، و يرد عليه (١) و على الدور، النقض بما اذا اشترط البايع على المشترى ان يقف المبيع عليه (٢) و على عقبه، فقد صرّح في التذكرة بجوازه، و صرّح بجواز اشتراط رهن المبيع (٣) على الثمن مع جريان الدور فيه

الشرط الثامن: ان 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 يتوهم من ظاهر الخلاف و المختلف، و سيأتي، لانّ المشروط عليه (٦) ان انشأ الزام الشرط على نفسه قبل العقد، كان الزاما ابتدائيّا لا يجب الوفاء به قطعا، و ان كان اثره مستمرا في نفس الملزم الى حين العقد، بل الى حين حصول الوفاء و بعده (٧) نظير بقاء اثر الطلب المنشأ في زمان الى حين حصول المطلوب، و ان وعد (٨) بايقاع العقد مقرونا بالتزامه، فاذا ترك ذكره في العقد، فلم يحصل، ملزم له، نعم يمكن ان يقال: انّ العقد اذا وقع مع تواطئهما على الشرط، كان (٩) قيدا معنويّا له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون

---

(١) الضمير يرجع الى ما ذكره في الدروس (٢) يعنى انّ صحة البيع يتوقف على الوقف، و صحة الوقف يتوقف على البيع على ما ذكره العلامة في تقرير الدور (٣) يعنى لو باع المتاع بثمن مؤجل، و شرط ان يكون المبيع رهنا على الثمن (٤) يرجع الضمير الى الشرط (٥) الضمير يرجع الى الشرط (٦) قوله (لانّ المشروط عليه، الخ) علّة لقوله (فلو تواطيا عليه قبله، الخ)، (٧) اى بعد حصول الوفاء (٨) قوله (و ان وعد) عطف على قوله (ان انشأ)، (٩) اسم (كان) مستتر يرجع الى الشرط

الّا مع العمل بذلك الشرط و يكون العقد بدونه تجارة ، لا عن تراض ، اذ التراضى وقع مقيّدا بالشرط ، فانّهم قد صرّحوا ، بانّ الشرط كالجزء من احد العوضين ، فلا فرق بين ان يقول : بعتك العبد بعشرة ، و شرطت لك ماله ، و بين تواطئهما على كون مال العبد للمشترى ، فقال : بعتك العبد بعشرة ، قاصدين العشرة المقرونة بكون مال العبد للمشترى هذا مع انّ الخارج من عموم : المؤمنون عند شروطهم ، هو ما لم يقع العقد مبنيّا عليه ، فيعمّ (١) محلّ الكلام (٢) و على هذا (٣) فلو تواطيا على شرط فاسد ، فسد العقد المبنى عليه ، و ان لم يذكر فيه (٤) نعم لو نسيا الشرط (٥) المتواطئ عليه ، فاوقعا العقد غير بانين على الشرط بحيث (٦) يقصد انّ من العوض المقرون بالشرط اتّجه (٧) صحة العقد و عدم لزوم الشرط ، هذا و لكن الظاهر من كلمات الأكثر ، عدم لزوم الشرط الغير المذكور فى متن العقد ، و عدم اجراء احكام الشرط عليه و ان وقع العقد مبنيّا عليه (٨)

---

(١) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى قوله (المؤمنون عند شروطهم) (٢) محل الكلام ، ان يقع العقد مع تواطئهما على الشرط (٣) اى و على فرض ، انّ عموم : المؤمنون عند شروطهم ، شامل لتواطئهما على الشرط قبل العقد ، فلو تواطيا على شرط فاسد ، فسد العقد المبنّى عليه (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 انّه قيد لِ (الغير) ، (٧) قوله (اتّجه) جواب شرط لِ (لو) ، (٨) اى و ان وقع العقد مبنيّا على الشرط الغير المذكور فى متن العقد

بل فی الریاض عن بعض الأجلّة (۱) حکایة الاجماع علی عدم لزوم الوفاء بما یشترط ، لا فی عقد بعد ما ادّعی هو قدّس سرّه الاجماع علی انّه لاحکم للشروط اذا کانت قبل عقد النکاح ، و تتبع کلماتهم (۲) فی باب البیع و النکاح ، یکشف عن صدق ذلك المحکی ، فتریهم یجوّزون فی باب الربا (۳) و الصرف (۴) الاحتیال فی تحلیل معاوضة احد المتجانسین بأزید منه ببیع الجنس (۵) بمساویه ، ثمّ هبة الزائد من دون ان یشترط ذلك فی العقد ، فانّ الحیلة لا تتحقق الّا بالتواطئ علی هبة الزائد بعد البیع و التزام الواهب بها (۶) قبل العقد مستمرا الی ما بعده (۷)

---

(۱) ، (الجلیل) ج ، اَجِلاّء و اَجِلّة و جِلّة (المجد) ، (۲) قوله (تتبع کلماتهم فی باب البیع ، الخ) من کلام المصنف (ره) لا من کلام صاحب الریاض (۳) فمورد الربا ، المتجانسان اذا قدرا بالکیل او الوزن و زاد احدهما علی الآخر قدرا (۴) الصرف شرعا ، هو بیع الأثمان و یشترط فیه التقابض فی المجلس و عدم جواز التفاضل فی الجنس الواحد، کبیع الذهب بالذهب، و الفضة بالفضة (۵) قوله (ببیع الجنس) متعلق بـ (الاحتیال) ، (۶) یرجع الضمیر الی هبة الزائد (۷) حاصله ، انّه لو کان هذا الشرط المتقدم الذی هو هبة الزائد مذکورا فی متن العقد لکان العقد باطلا للزوم الربا ، بخلاف کونه غیر مذکور فی متن العقد بل متوطأ علیه قبل العقد ، فلا یجری احکام الشرط الذی ذکر فی متن العقد فی الشرط الذی ذکر قبل العقد

و قد صرّح المحقق و العلامة فى باب المرابحة (١) بجواز ان يبيع الشئ من غيره بثمن زائد مع قصدهما نقله بعد ذلك الى البايع ، ليخبر بذلك الثمن عند بيعه مرابحة (٢) اذا لم يشترطا ذلك (٣) لفظا ، و معلوم انّ المعاملة لأجل هذا الفرض لا يكون الّا مع التواطئ (٤) و الالتزام بالنقل

---

(١) فلا يخفى ، انّ المرابحة احد اقسام البيع بالنسبة الى الاخبار بالثمن الذى هو رأس المال وعدمه ، و هو اربعة ، لانّه امّا ان يخبر به اولا ، و الثانى المساومة ، و الأول ، امّا ان يبيع معه برأس المال ،او بزيادة عليه ، او بنقصال عنه ، و الأول :التولية ، و الثانى :المرابحة ،و الثالث: المواضعة (٢) مثلا ، باع زيد من عمرو فرسا بمأة درهم ، و الحال انّ الفرس المذكور يسوى خمسين دراهم ، ثمّ اشتراه زيد من عمرو ايضا بمأة درهم ، و انّما جعل البايع ذلك ليخبر بذلك الثمن الذى هو مأة درهم عند بيعه مرابحة (٣) يعنى اذا لم يشترطا نقل الشئ بعد ذلك الى البايع لفظا فى متن العقد ،يصح العقد ، فاذا اشترطا هذا النقل لفظا فى متن العقد ، يكون العقد باطلا ، امّا لأجل الدور، كما عن العلامة (ره) ، اولأجل عدم قصد البيع ، كما عن الشهيد الثانى (ره) و ايضا اذا كان التواطئ قبل العقد بالنقل المذكور بمنزلة ذكر الشرط فى متن العقد،يكون العقد ايضا باطلا ، فانّ تصريح العلامة بجواز ان يبيع الشئ من غيره ، الخ ، شاهد على انّ المتعاملين ، لو تواطيا على الشرط قبل العقد ، لم يكن ذلك الشرط بمنزلة ذكره فى متن العقد (٤) اى مع التواطئ و الالتزام قبل العقد بنقل المبيع ثانيا الى البايع الأول

ثانیا ، نعم خصّ فی المسالك ذلك بما اذا وثق البایع (۱) بانّ المشتری ینقله (۲) الیه (۳) من دون التزام ذلك (۴) و ایقاع العقد (۵) علی هذا الالتزام ، لکنّه (۶) تقیید لاطلاق کلماتهم خصوصا مع قولهم :اذا لم یشترطا لفظا ، و بالجملة ، فظاهر عبارتی الشرایع (۷) و التذکرة ، انّ

---

(۱) نعم خصّ صاحب المسالك ، جواز بیع الشئ من غیره بثمن زائد،الخ بما اذا وثق البایع بانّ المشتری ینقله الیه (۲) الضمیر الفاعل المستتر یرجع الی المشتری ، و الضمیر المفعول الی المبیع (۳) ای الی البایع (۴) ای من دون التزام قصد النقل ثانیا فی متن العقد (۵) قوله(ایقاع العقد) عطف علی قوله (التزام ذلك) ، (۶) ای لکن ما ذکره فی المسالك تقیید لاطلاق کلماتهم ، لانّ کلماتهم مثل قولهم (اذا لم یشترطاه ،ای البیع من البایع ثانیا) شاملة لصورة قصد الالتزام فی متن العقد و ایقاع العقد علیه وغیره (۷) قال فی الشرایع فی الجزء الثانی ص ۱۴ (ولو کان شرط فی حال البیع ان یبیعه ، لم یجز ، و ان کان ذلك من قصدهما و لم یشترطاه لفظا ، کره) فلا یخفی ، انّ غرض المصنف (ره) انّ الظاهر ، انّ لفظ (ذلك) فی کلام المحقق اشار الی شرط البیع،فیکون المعنی ، انّه کان شرط البیع ثانیا من البایع الأول من قصدهما ، و لکن لم یتعرض المتعاملان لذلك الشرط فی متن العقد و لم یتلفظا به کره ،لا انّه اشارة الی النقل و البیع المستفاد من قوله (یبیعه) کی یکون المعنی کما نقل عن المسالك ، من انّه لو کان النقل و البیع ثانیا من قصدهما و لکن لم یلتزما به اصلا و قصدا کره ، و الحاصل :انّ المتبایعین قد یلتزمان بالنقل و البیع ثانیا فی متن العقد لفظا ، و قد یلتزمان و یقصدان ←

الاشتراط و الالتزام من قصدهما، و لم يذكراه لفظا ، لا انّ النقل (١) من قصدهما ، فراجع ، و ايضا فقد حكى عن المشهور (٢) انّ عقد النكاح المقصود فيه الأجل و المهر المعين ، اذا خلّى عن ذكر الأجل ينقلب دائما ، نعم ربما ينسب (٣) الى الخلاف و المختلف ،صحة اشتراط عدم الخيار قبل عقد البيع ، لكن قد تقدم فى خيار المجلس النظر فى هذه النسبة الى الخلاف ، بل المختلف ، فراجع ، ثمّ انّ هنا (٤) وجها آخر

← فى متن العقد من دون لفظ ، و قد يقصدان فى متن العقد من دون لفظ و من دون التزام قبلى بمعنى انّ البايع يطمئن بالمشترى فى ما وعد ، و المصنف (ره) استظهر من كلام المحقق و العلامة القسم الثانى و المسالك خصّ بالقسم الثالث (١) لا انّ ظاهر عبارتيهما ، انّ النقل و البيع ثانيا من قصدهما فى متن العقد من دون لفظ و من دون التزام فى متن العقد ، كما خصّ المسالك به (٢) و ما حكى عن المشهور ، يدلّ على انّ الشرط قبل العقد لا اثر له ، لانّهما تواطئا قبل العقد على العقد المنقطع ، فاذا لم يذكر الأجل الذى هو من اركان المنقطع فى متن العقد ينقلب دائما ، فاذا اثّر الشرط قبل العقد يلزم ان يكون العقد منقطعا ، لا دائما ، و الحال انّه حكى عن المشهور اذا خلّى العقد من ذكر الأجل ، ينقلب دائما (٣) اى ربما ينسب الى خلاف الشيخ الطوسى و مختلف العلامة ، صحة اشتراط عدم الخيار قبل عقد البيع فعلى صحة النسبة ، انّ كلامهما يدلّ على صحة الشرط قبل العقد و لزوم الوفاء به (٤) اى ثمّ ، انّ هنا ، اى فى التواطئ على الشرط قبل العقد وعدم ذكره فى متن العقد وجها آخر غير ما ذكر ، فانّ بعضهم ←

لا یخلو عن وجه ، و هو بطلان العقد الواقع علی هذا الشرط ،لانّ الشرط من ارکان العقد المشروط ، بل عرفت انّه کالجزء من احد العوضین ،فیجب ذکره (۱) فی الایجاب و القبول ، کأجزاء العوضین . و قد صرّح الشهید فی غایة المراد بوجوب ذکر الثمن فی العقد و عدم الاستغناء عنه (۲) بذکره سابقا ،کما اذا قال : بعنی بدرهم ، فقال : بعتك ،فقال المشتری : قبلت ، و سیأتی فی حکم الشرط الفاسد کلام من المسالك (۳) ان شاء اللّه تعالی

و قد یتوهم هنا (۴) شرط تاسع ، و هو تنجیز الشرط بناء علی انّ تعلیقه یسری الی العقد ، بعد ملاحظة رجوع الشرط الی جزء من احد (۵) العوضین ، فانّ مرجع قوله : بعتك هذا بدرهم علی ان تخیط لی ان جاء زید ، علی وقوع المعاوضة بین المبیع و بین الدرهم المقرون بخیاطة

← ذکر صحة الشرط و العقد ، و بعضهم ذکر صحة العقد دون الشرط ، و الوجه الآخر بطلان الشرط و العقد ، و هذا الوجه لا یخلو عن وجه (۱) الضمیر یرجع الی الشرط (۲) ای عن ذکر الثمن (۳) و الکلام الذی سیأتی من المسالك هو قوله : و یظهر من المسالك قول ثالث،قال : و لو شرطاه قبل العقد لفظا ، فان کان یعلمان بانّ الشرط المتقدم لاحکم له فلا اثر له ، و الّا اتّجه بطلان العقد ، الخ (۴) ای قد یتوهم فی شروط صحة الشرط ، شرط تاسع و هو تنجیز الشرط ، فلا یصح الشرط اذا کان معلقا ، بناء علی انّ تعلیقه یسری الی العقد بعد ملاحظة رجوع الشرط الی جزء من احد العوضین (۵) احترز بقوله (بعد ملاحظة رجوع الشرط الی جزء من احد العوضین) عن احتمال ملاحظة عدم رجوعه الیه ،اذ ←

الثوب على تقدير مجئ زيد ، بل يؤدّى الى البيع بثمنين على تقديرين فباعه بالدرهم المجرّد على تقدير عدم مجئ زيد و بالدرهم المقرون مع خياطة الثوب على تقدير مجيئه ، و يندفع (١) بانّ الشرط هو الخياطة على تقدير المجئ ، لا الخياطة المطلقة ، ليرجع التعليق الى اصل المعاوضة الخاصة ، و مجرّد رجوعهما ، فى المعنى (٢) الى امر واحد لا يوجب البطلان ، و لذا اعترف بعضهم ، بانّ مرجع قوله : انت وكيلى اذا جاء رأس الشهر فى ان تبيع ، و انت وكيلى فى ان تبيع اذا جاء رأس الشهر ، الى واحد مع الاتفاق على صحة الثانى و بطلان الأول ، نعم (٣) ذكر فى التذكرة ، انّه لو شرط البايع كونه احقّ بالمبيع ، لو باعه

← عليه لا ريب فى عدم سراية تعليقه الى العقد (١) يعنى و يندفع بانّ الشرط ، هو الخياطة على تقدير مجئ زيد ، ليرجع التعليق الى الخياطة لا انّ الشرط ، هى الخياطة مطلقة ، ليرجع التعليق الى اصل المعاوضة حتى يبطل المعاوضة (٢) وهمٌ و دفعٌ ، امّا الوهم ،فانّ مرجع انّ الشرط هو الخياطة على تقدير مجئ زيد ، و انّ الشرط هو الخياطة المطلقة ، فى المعنى ، الى امر واحد ، فيرجع التعليق الى اصل المعاوضة ، و امّا الدفع ، فانّ مجرّد رجوعهما فى المعنى الى امر واحد لا يوجب البطلان ، و لذا اعترف بعضهم ، بانّ مرجع قوله : انت وكيلى اذا جاء رأس الشهر فى ان تبيع كتابى ، و انت وكيلى فى ان تبيع اذا جاء رأس الشهر ، فى المعنى الى امر واحد مع الاتفاق على صحة الثانى لانّ الوكالة منجّزة ، و البيع معلّق ، و بطلان الأول ، لانّ الوكالة معلقة بمجئ رأس الشهر (٣) قوله (نعم) استدراك عن صحة البيع اذا كان ←

المشتری ، ففیه اشکال ، لکن (۱) لم یعلم انّ وجهه (۲) تعلیق الشرط بل ظاهر (۳) عبارة التذکرة ، و کثیر منهم فی بیع الخیار بشرط ردّ الثمن کون الشرط ، و هو الخیار ، معلّقا علی ردّ الثمن ، و قد ذکرنا ذلك سابقا فی بیع الخیار

مسئلة

فی حکم الشرط الصحیح ، و تفصیله : انّ الشرط ، امّا ان یتعلق بصفة من صفات المبیع الشخصی ، ککون العبد (۴) کاتبا ، و الجاریة حاملا

← الشرط فیه معلقا ، یعنی نعم ، اشکل العلامة فی صحة البیع ، اذا کان شرطه معلّقا حیث قال : انّه لو شرط البایع کونه احقّ بالمبیع ، لو باعه المشتری ، ففیه اشکال (۱) و المصنف (ره) قال : لکن لم یعلم انّ وجه اشکال العلامة تعلیق الشرط ، لعلّ وجه الاشکال فی المسئلة التی ذکرها ، انّ ظاهر عبارة الشرط ، انّ البایع بعد وقوع البیع من المشتری یکون احقّ بالمبیع ، فیکون مفاد الشرط ، جعل حقّ کحقّ الشفعة ، فیخالف الکتاب و السنة ، فیفسد من اجل ذلك ، لا من اجل التعلیق ، فیحتمل ان یکون منشأ البطلان رجوع الشرط الی قصر سلطنة المشتری ، فلا یبیع علی من عداه ، فیکون کشرط عدم البیع الذی نسب بطلانه الی المشهور (۲) الضمیر یرجع الی اشکال العلامة (۳) ای بل ظاهر عبارة التذکرة ، و کثیر من الفقهاء ، کون الشرط الذی هو الخیار معلّقا علی ردّ الثمن یعنی الظاهر من کلامهم فی بیع الخیار بشرط ردّ الثمن ، انّ الشرط المعلق لا یوجب البطلان (۴) ککون العبد الشخصی کاتبا ، لانّه اذا کان المبیع کلّیا ، کما اذا باعه کتاب اللمعة بوصف کذا ، فسلّمه لمعة لیست بتلك ←

و نحوهما ، و امّا ان يتعلق بفعل من افعال احد المتعاقدين او غيرهما (١) كاشتراط اعتاق العبد و خياطة الثوب ، و امّا ان يتعلق بما هو من قبيل الغاية (٢) للفعل ، كاشتراط تملّك عين خاصة و انعتاق مملوك خاص و نحوهما ، و لا اشكال فى انّه لا حكم للقسم الأول (٣) الّا الخيار مع تبين فقد الوصف المشروط ، اذ لا يعقل تحصيله (٤) هنا ، فلا معنى لوجوب الوفاء فيه (٥) و عموم : المؤمنون (٦) مختص بغير هذا القسم (٧)

← الصفة ، فحينئذ انّ المشترى ليس له الخيار ، و انّما له ان لا يقبل هذا الفرد ، و يطالب من البايع بتسليم فرد آخر واجد للصفة المذكورة (١) فالظاهر من قوله (غيرهما) جواز اشتراط فعل على غير المتعاقدين فحينئذ لا بدّ من قبول الغير ، لانّه ايضا طرف لهذه المعاملة (٢) الغاية تسمّى نتيجة ايضا (٣) اى لا حكم للقسم الأول الذى يتعلق الشرط فيه بصفة من صفات المبيع ، الّا الخيار بين الفسخ و الامضاء مع تبيّن فقد الوصف المشروط (٤) اى لا يعقل تحصيل الوصف ، اذ المشروط هو الوصف فى حال البيع ، و المفروض انّه غير موجود ، و لا يمكن ايجاده ، لانّه ليس بفعل ، و لا يمكن ترتيب الأثر ، لانّه ليس نتيجة و غاية (٥) اى فلا معنى لوجوب الوفاء فى فقد الوصف المشروط ، لانّ وجوب الوفاء راجع الى فعل من افعال احد المتعاقدين ، فانّ الوصف ليس فعلا ، او راجع الى ترتيب الآثار ، كما اذا كان الشرط من قبيل الغاية ، فانّ الوصف ليس بغاية (٦) اى فعموم : المؤمنون عند شروطهم ، مختص بغير هذا القسم فحينئذ لا دليل على صحة هذا الشرط ، الّا الاجماع (٧) اشارة الى القسم الأول

و امّا الثالث (۱) فان اريد باشتراطه الغاية ، اعنى الملكيّة و الزوجيـة و نحوهما ، اشتراط تحصيلهما (۲) باسبابهما (۳) الشرعية ، فيرجع الـى الثانى ، و هو اشتراط الفعل ، و ان اريد حصول الغاية بنفس الاشتراط (۴) فان دلّ الدليل الشرعى على عدم تحقق تلك الغاية ، الّا بسببهـا الشرعى الخاص ، كالزوجيّة و الطلاق و العبودية و الانعتاق و كـون المرهون مبيعا عند انقضاء الأجل و نحو ذلك ، كان الشرط فاسـدا ، لمخالفته (۵) للكتاب و السنة ، كما انّه لو دلّ الدليل على كفاية الشـرط فيه (۶) كالوكالة و الوصاية و كون مال العبد و حمل الجارية (۷) و ثمـر الشجرة (۸) ملكا للمشترى ، فلا اشكال (۹) و امّا لو لم يدلّ دليل علـى

---

(۱) فالمراد من الثالث ، هو ان يتعلق الشرط بما هو من قبيل الغايـة للفعل (۲) قوله (اشتراط تحصيلهما) نائب الفاعل لقوله (اريـد) (۳) اشتراط ملكيّة الكتاب ، يعنى ان يبيعه ، و اشتراط زوجيّة المرئة ، يعنى ان يزوّجه (۴) اى و ان اريد حصول الغاية ، اى الملكيّة و الزوجيّة بنفـس الاشتراط ، فان دلّ الدليل الشرعى على عدم تحقق الغاية ، الّا بسببها الشرعى الخاص ، كالزوجية و الطلاق و الانعتاق ، كان الشرط فاسـدا لمخالفته للكتاب و السنة ، لانّ الكتاب و السنة جعلا لهذه الغايـات اسبابا خاصة ، و الشرط ليس من اسبابها (۵) يرجع الضمير الى الشرط (۶) الضمير يرجع الى تحقق الغاية (۷) يعنى باع جارية و شـرط ان يكون الحمل ملكا للمشترى فى حال كون الحمل مملوكا ، لا حرّا (۸) يعنى باع شجرة ، و شرط ان يكون ثمرة الشجرة ملكا للمشترى (۹) قوله (فلا اشكال) جواب شرط لِـ (لو) فى قوله (لو دلّ)

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

---

(١) احد الوجهين ، عدم تحقق تلك الغاية ، الّا بسببها الشرعى ، و ثانيهما ، كفاية الشرط فى تحقق الغاية (٢) فالمراد من الأمثلة المذكورة مال العبد ، و حمل الجارية ، و ثمرة الشجرة حيث انّها تابعة للمبيع (٣) لعل الفرق بين كون العبد الفلانى حرّا ، و بين شرط الانعتاق الذى حكم بعدم صحته ، بلا اشكال ، انّه فى هذا الفرض يقصد مجرّد الحرّية دون عنوان الانعتاق ، فانّ الانعتاق يحتاج الى صيغة خاصة ، بخلاف مطلق التحرير ، فانّه يمكن ان يقال : يكفى فيه الشرط ايضا (٤) اشارة الى شرط الغاية (٥) قوله (من اصالة عدم تحقق ، الخ) وجه لصحة هذا الشرط (٦) اشكالٌ و دفعٌ ، امّا الاشكال ، فانّ المؤمنون عند شروطهم و نحوه ، عامّ شامل لكلّ شرط الّا الشرط الذى علم خروجه ، و حيث لا يعلم خروج هذا الشرط ، فهو داخل تحت العموم ، و امّا الدفع ، فانّ عموم : المؤمنون عند شروطهم ، و نحوه ، لا يجرى هنا لعدم كون الشرط فعلا من افعال المتعاقدين حتى يجب الوفاء به (٧) قوله (من انّ الوفاء الخ) وجه لصحة هذا الشرط ، يعنى انّ الوفاء لا يختص بفعل ما شرط حتى يكون فعلا من افعال المتعاقدين ، بل الوفاء يشمل ترتيب ←

یشمل ترتیب الآثار علیه (۱) نظیر الوفاء بالعقد ، و یشهد له (۲) تمسك الامام ﴿ ع ﴾ بهذا العموم فی موارد کلّها من هذا القبیل (۳) کعدم الخیار للمکاتبة التی اعانها ولد زوجها علی اداء مال الکتابة مشترطا علیها عدم الخیار علی زوجها بعد الانعتاق (۴) مضافا (۵) الی کفایة دلیل الوفاء بالعقود فی ذلك بعد صیرورة الشرط جزء للعقد ، و امّا توقف الملك (۶) و شبهه علی اسباب خاصة

← الآثار علی ما شرط ، فاذا شرط ملکیّة کتاب ، کان معنی الشرط ترتیب آثار ملکیّة الکتاب للمشروط له (۱) الضمیر یرجع الی (ما) فی قوله : ما شرط (۲) ای و یشهد لانّ الوفاء یشمل ترتیب الآثار علی ما شرط ، تمسك الامام ﴿ ع ﴾ بعموم : المؤمنون عند شروطهم ، فی موارد کلها من هذا القبیل (۳) ای من قبیل ترتیب الآثار (۴) یعنی انّ الجاریة المکاتبة اذا ادّت مال الکتابة ، کانت حرّة و کانت لها الخیار بین البقاء علی النکاح ، و بین ابطال النکاح ، فاذا شرط ولد زوجها علیها عدم الخیار ، لم یکن لها الخیار بعد الانعتاق ، فهذا دلیل علی شمول الشرط لترتیب الآثار فلا یختص بالفعل (۵) قوله (مضافا ، الخ) دلیل علی صحة الشرط ، ای مضافا الی کفایة اَوْفُوا بالعقود فی صحة الشرط المذکور بعد کون الشرط جزء للعقد (۶) وهمٌ و دفعٌ ، امّا الوهم ، فانّ الملك و شبهه یتوقف علی اسباب خاصة ، فلا یصحّ ایجاده بالشرط ، و امّا الدفع ، فانّ توقف الملك و شبهه علی اسباب خاصة ، دعوی غیر مسموعة مع وجود افراد من الملك من دون اسباب خاصة اتّفق العلماء علی صحتها ، کما فی حمل الجاریة و مال العبد و ثمرة الشجرة و غیرها ، اذ لو کان الملك یتوقف ←

فهى (١) دعوى غير مسموعة مع وجود افراد اتّفق على صحتها (٢) كما فى حمل الجارية ، و مال العبد ، و غيرهما (٣) و دعوى تسويغ ذلك (٤) لكونها توابع للمبيع ، مدفوعة ، لعدم صلاحية ذلك (٥) للفرق مع انّه (٦) يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابة فى بيع اخرى (٧) كما يظهر من المحقق الثانى فى شرح عبارة القواعد فى شرائط العوضين و كلّ مجهول (٨) مقصود بالبيع ، لا يصحّ بيعه ، و ان انضمّ الى معلوم

← على اسباب خاصة ، لم يتحقق الملك فى الأفراد المذكورة ، و الحال انّه تحقق 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 و غيرهما (٥) اى لعدم صلاحية كونها توابع للمبيع للفرق (٦) قوله (مع انّه ،الخ) وجه آخر للدفع (٧) و الحال حمل هذه الدابة ليس تابعا لبيع دابة اخرى(٨) قوله (كلّ مجهول) عطف على قوله (شرائط العوضين) لانّ هذه بعينها عبارة القواعد ، و لم يذكر المصنف كلام المحقق الثانى ، فمقصوده انّ المحقق الثانى ذكر فى شرح هذه العبارة ما يظهر منه ما ذكر، حيث قال المحقق الثانى فى جامع المقاصد ج ١ ص ٢١٧ ، قوله :(و كلّ مجهول مقصود بالبيع ، لا يصحّ بيعه و ان انضم الى معلوم ، و يجوز مع الانضمام الى معلوم اذا كان تابعا) و قد صرّح بهذا الضابط فى المختلف فى مسائل ، و مثال ما اذا كان المجهول تابعا ، الحمل مع امّه ، و اطلاق العبارة يشمل ما اذا شرط حمل دابة مع بيع دابة اخرى ، الّا ان يقال : التبعيّة انّما يتحقق مع الامّ ،الى ←

و کیف کان ، فالأقوی صحة اشتراط الغایات التی لم یعلم من الشارع اناطتها باسباب خاصة ، کما یصح نذر مثل هذه الغایات ، بأن ینذر کون المال صدقة ، او الشاة اضحیة ، او کون هذا المال لزید ، و حینئذ فالظاهر عدم الخلاف فی وجوب الوفاء بها (۱) بمعنی ترتیب الآثار ، و انّما الخلاف و الاشکال (۲) فی القسم الثانی ، و هو ما تعلق فیه الاشتراط بفعل ، و الکلام فیه (۳) یقع فی مسائل

الأولی (۴) : فی وجوب الوفاء من حیث التکلیف الشرعی ، ظاهر المشهور هو الوجوب لظاهر النبوی : المؤمنون عند شروطهم (۵) و العلوی (۶) : من شرط لا مرئته شرطا فلیف لها به ، فانّ المسلمین عند شروطهم ، الّا شرطا حرّم حلالا ، او حلّل حراما ، و یؤکد الوجوب ما ارسل فی بعض الکتب من زیادة قوله : الّا من عصی اللّه (۷) فی النبوی

← ان قال : و فی استفادة ذلك من عبارة اصحاب خفاء ، لانّها مطلقة انتهی (۱) الضمیر یرجع الی الغایات التی لم یعلم من الشارع اناطتها باسباب خاصة (۲) فاذا علم حال القسم الأول و الثالث من الشرط ، و بقی القسم الثانی ، فنقول : و انّما الخلاف و الاشکال فیه (۳) یرجع الضمیر الی القسم الثانی (۴) ای المسئلة الاولی (۵) فلا یخفی ، انّ استفادة الوجوب من النبوّی ، مبنی علی تقدیر (یجب) یعنی المؤمنون یجب علیهم الثبوت عند شروطهم ، او استعمال الجملة الخبریة فی الانشاء (۶) و استفادة الوجوب من العلوّی ، مبنی علی ظهور صیغة الأمر للوجوب ((۷) یعنی انّ فی بعض الروایات ، المؤمنون عند شروطهم الّا من عصی اللّه فالمراد منه ارادة العصیان فی العمل بالشرط ، لا العصیان فی ←

بناء على كون الاستثناء (١) من المشروط عليه، لا من الشارط، هذا كلّه مضافا (٢) الى عموم وجوب الوفاء بالعقد، بعد كون الشرط كالجزء من ركن العقد، خلافا لظاهر الشهيد (٣) فى اللمعة، و ربما ينسب الى غيره، حيث قال: انّه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط، و انّما فائدته (٤) جعل العقد عرضة للزوال، و وجهه (٥) مع ضعفه يظهر ممّا ذكره قدّس سرّه فى تفصيله (٦) المحكى فى الروضة عنه (٧) قدّس سرّه فى بعض تحقيقاته (٨) و هو (٩) انّ الشرط الواقع فى العقد اللازم ان كان العقد كافيا فى تحققه و لا يحتاج بعده (١٠) الى صيغة

← اشتراط الشارط، فيكون استثناء من المشروط عليه الذى تكليفه الوفاء بالشرط و كونه عند شرطه، لا من الشارط (١) فالمراد من الاستثناء هو قوله (الّا من عصى اللّه)، (٢) قوله (مضافا، الخ) دليل آخر لقول المشهور (٣) فانّ الشهيد (ره) فى اللمعة مخالف لقول المشهور، حيث قال: انّه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط، و انّما فائدته جعل العقد عرضة للزوال عند عدم سلامة الشرط و لزومه عند الاتيان به (٤) يرجع الضمير الى الشرط (٥) اى و وجه ما ذكره الشهيد (ره) مع ضعفه (٦) اى فى تفصيل الوجه (٧) يرجع الضمير الى الشهيد (ره)، (٨) اى فى تفصيله المحكّى فى الروضة عنه فى بعض تحقيقاته فى غير اللمعة، الضمير فى تحقيقاته يرجع الى الشهيد الأول (ره)، (٩) يرجع الضمير الى التفصيل، قال فى الروضة ج ١ ص ٣٩٢: و للمصنف فى بعض تحقيقاته تفصيل، و هو انّ الشرط الواقع فى العقد اللازم، ان كان العقد كافيا فى تحققه، الخ، فراجع (١٠) الضمير يرجع الى العقد

فهو (١) لازم لا یجوز الاخلال به (٢) کشرط الوکالة ، و ان احتاج بعده (٣) الی امر آخر وراء ذکره فی العقد ، کشرط العتق ، فلیس بلازم ، بل یقلب العقد اللازم (٤) جائزا ، و جعل السرّ فیه (٥) انّ اشتراط ما فی العقد کاف (٦) فی تحققه (٧) کجزء من الایجاب و القبول ، فهو (٨) تابع لهما فی اللزوم و الجواز ، و اشتراط ما (٩) سیوجد امر منفصل عن العقد ، و قد علّق علیه (١٠) العقد ، و المعلق (١١) علی الممکن ممکن ، و هو معنی قلب اللازم جائزا ، انتهی (١٢) قال فی الروضة ، بعد حکایة هذا الکلام : و الأقوی اللزوم

---

(١) الضمیر یرجع الی الشرط (٢) یرجع الضمیر الی الشرط (٣) ای بعد العقد (٤) ای بل یقلّب شرط العتق ، العقد اللازم جائزا ، بمعنی انّ المشروط علیه ان لم یعتق ، کان للمشروط له الخیار بین الفسخ و الامضاء و ان اعتق کان العقد لازما (٥) الضمیر یرجع الی التفصیل (٦) قوله (کاف) خبر لِ (انّ) ، و قوله (فی تحققه) متعلق بقوله (کاف) ، (٧) الشرط الذی کان العقد کافیا فی تحققه ، هو مثل شرط الوکالة (٨) الضمیر یرجع الی (ما) ، (٩) و اشتراط الشرط الذی لیس العقد کافیا فی تحققه و کان امرا منفصلا عن العقد هو مثل شرط العتق (١٠) الضمیر یرجع الی الشرط الذی هو امر منفصل عن العقد (١١) فالمراد من المعلّق فی الفرض ، هو العقد ، و المراد من الممکن ، هو العتق ، یعنی العقد المعلق علی شرط العتق الممکن ممکن ، و هو معنی ما ذکر ، من انّ الشرط المنفصل یوجب قلب اللازم جائزا ، اذ لولا الشرط المنفصل ، کان العقد لازما (١٢) ای انتهی ←

مطلقا (١) و ان کان تفصیله (٢) اجود ممّا اختاره هنا ، اقول (٣) : ما ذکره قدّس سرّه فی بعض تحقیقاته لا یحسن عدّه تفصیلا فی محل الکلام مقابلا لما اختاره فی اللمعة (٤) لانّ الکلام فی اشتراط فعل سائغ و انّه هل یصیر واجبا علی المشروط علیه ، ام لا ؟ کما ذکره الشهید فی المتن ، فمثل اشتراط کونه وکیلا (٥) لیس الّا کاشتراط ثبوت الخیار ، او

← المحکی فی الروضة (١) ای سواء کان العقد کافیا فی تحققه ، کشرط الوکالة ، او احتاج بعده الی امر آخر ، کشرط العتق (٢) ای و ان کان تفصیل الشهید الأول فی بعض تحقیقاته اجود ممّا اختاره فی اللمعة (٣) فلا یخفی ، انّه استظهر المصنف ممّا افاده الشهید فی اللمعة خصوص شرط الفعل ، لا ما یعمّ شرط الفعل و النتیجة ، و استظهر الشهید الثانی منه ما یعمّ شرط الفعل و النتیجة ، فلذا اعترض المصنف (ره) علی الشهید الثانی بقوله : اقول ، ما ذکره فی بعض تحقیقاته ، الخ (٤) حاصل ما ذکره المصنف ، انّه ما ذکره الشهید فی بعض تحقیقاته لیس مقابلا لما اختاره فی اللمعة ، لانّه اختار فی اللمعة ، انّه لا یجب علی المشروط علیه فعل الشرط ، و اختار فی بعض تحقیقاته ، انّه ان احتاج بعده الی امر آخر ، کشرط العتق ، فلیس بلازم ، فانّه اختار فی کلا المقامین انّ الشرط الذی یتعلق بالفعل ، لا یجب ، فانّه خارج عن محلّ الکلام ، لانّ الکلام الذی ذکر فی بعض تحقیقاته فی اشتراط فعل سائغ ، و انّه هل یصیر واجبا علی المشروط علیه ، ام لا ؟ کما ذکره فی اللمعة ، و امّا اشتراط الوکالة الذی ذکر فی بعض تحقیقاته لیس فعلا من الافعال ، فانّه خارج عن محل الکلام (٥) ای فمثل اشتراط کونه وکیلا لیس الّا کاشتراط ثبوت ←

عدم ثبوته له ، فلا يقال :انّه يجب فعله ، او لا يجب ، نعم وجوب الوفاء بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المحقق بنفس العقد ، ممّا لا خلاف فيه اذ لم يقل احد ، بعدم ثبوت الخيار او آثار اللزوم بعد اشتراطهما (١) فى العقد ، و بالجملة (٢) فالكلام هنا فى اشتراط فعل يوجد بعد العقد نعم كلام الشهيد فى اللمعة اعمّ منه (٣) و من كل شرط لم يسلّم لمشترطه و مراده تعذّر الشرط ، و كيف كان ، فمثل اشتراط الوكالة او الخيار و عدمه خارج عن محل الكلام (٤) اذ لا كلام و لا خلاف فى وجوب ترتّب آثار الشرط عليه (٥)

← الخيار فى البيع بعد انقضاء المجلس ، اوعدم ثبوت الخيار له فى المجلس مثلا ، فلا يقال :انّه يجب فعله او لا يجب فعله ، لانّه ليس فعلا من افعال المتعاقدين ، نعم وجوب الوفاء فى مثل الوكالة و ثبوت الخيار وعدم ثبوت الخيار ، بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المحقق بنفس العقد ممّا لا خلاف فيه ، اذ لم يقل احد من العلماء ، بعدم ثبوت الخيار فيما اذا اشترط ثبوت الخيار ، اوعدم ثبوت آثار اللزوم فيما اذا اشترط عدم ثبوت الخيار (١) الضمير المثنّى يرجع الى الخيار و اللزوم (٢) و بالجملة فالكلام فى بعض تحقيقاته و كذا فى اللمعة فى اشتراط فعل يوجد بعد العقد ، كالعتق ، امّا 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 فى المجلس مثلا خارج عن محل الكلام ، لانّ محل الكلام هو اشتراط فعل من الافعال و هذه ليست من الافعال (٥) الضمير يرجع ←

ولا (١) فى عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار ، ولا فى انّ المشروط عليه (٢) يجبر على ترتيب الآثار ، وان شئت،قلت : اشتراط الوكالة من اشتراط الغايات ، لا المبادئ ، وممّا ذكرنا (٣) يظهر انّ تأييد القول المشهور، او الاستدلال عليه (٤) بما فى الغنية من الاجماع على لزوم الوفاء بالعقد غير صحيح ،لانّه انّما ذكر ذلك (٥) فى مسئلة اشتراط الخيار، وقد عرفت خروج مثل ذلك (٦) عن محل الكلام ، نعم فى التذكرة (٧) : لو اشترى عبدا بشرط ان يعتقه المشترى صحّ البيع و

← الى كلّ واحد من اشتراط الوكالة و الخيار، وعدمه (١) اى ولا كلام ولا خلاف فى عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار ، بمعنى انّه اذا لم يترتب المشروط عليه الأثر على شرط الوكالة ، لم ينفسخ العقد(٢)اى ولا كلام ولا خلاف فى انّ المشروط عليه يجبر على ترتيب الآثار من قبل الحاكم (٣) اى وممّا ذكرنا من انّ الخلاف بين المشهور و بين الشهيد ، هو شرط فعل من الأفعال ، لا شرط الغايات التى لا خلاف فى لزومها، يظهر انّ تأييد القول المشهور بما فى الغنية من الاجماع على لزوم الوفاء بالعقد ، غير صحيح ، لانّ صاحب الغنية ذكر الاجماع على لزوم الوفاء بالعقد فى مسئلة اشتراط الخيار ، وقد عرفت خروج مثل ذلك عن محل الكلام ، لانّ محل الكلام ، هو شرط فعل من الأفعال (٤) الضمير يرجع الى المشهور (٥) اشارة الى الاجماع على لزوم الوفاء بالعقد (٦) اشارة الى اشتراط الخيار (٧) ،(نعم فى التذكرة ، لو اشترى عبدا ،الخ) يعنى انّ الاجماع الذى ادّعاه فى التذكرة يكون مؤيدا لقول المشهور لانّ كلامه فى اشتراط العتق ، فهو فعل من الأفعال ،لا غاية من الغايات

لزم الشرط، عند علمائنا اجمع ، ثمّ انّ ما ذكره الشهيد قدّس سرّه ، من انّ اشتراط ما سيوجد امر منفصل و قد علّق عليه العقد ،الخ ،لا يخلو عن نظر (١) اذ حاصله (٢) انّ الشرط قد علّق علية العقد فی الحقيقة ، و ان كان لا تعليق صورة ، فحاصل قوله :بعتك هذا العبد على ان تعتقه انّ الالتزام بهذه المعاوضة معلّق على التزامك بالعتق ، فاذا لم يلتزم بالاعتاق ، لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضة ، و فيه مع انّ المعروف بينهم ، انّ الشرط بمنزلة الجزء من احد العوضين ،و انّ القاعدة (٣) اللفظيّة فی العقد المشروط، لا يقتضی هذا المعنى (٤) ايضا ، و انّ رجوعه (٥) الى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد و ان لم يكن فی صورة التعليق ، انّ (٦) لازم هذا الكلام اعنی دعوى

---

(١) و حاصل نظره الذی سيذكر ، انّ العقد لو كان معلقا على الممكن للزم بطلان العقد ، اذا لم يتحقق المعلق عليه الذی هو الشرط، لا انّ العقد اللازم ينقلب جائزا (٢) ای حاصل ما ذكره الشهيد (ره)، (٣) قوله (انّ القاعدة اللفظيّة)عطف على قوله (انّ المعروف)، (٤) فالمراد من (هذا المعنى) هو قوله (فاذا لم يلتزم بالاعتاق ، لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضة)، (٥) قوله (انّ رجوعه)عطف على قوله (انّ المعروف) يعنی رجوع الشرط الذی علّق عليه العقد الى التعليق على المحتمل ، يعنی كان البيع معلقا على الشرط المحتمل وقوعه و عدم وقوعه يوجب عدم الجزم الذی هو المفسد للعقد ، و ان لم يكن فی صورة التعليق (٦) قوله (انّ) مع اسمها و خبرها ، مبتدأ مؤخر ، و (فيه) خبر مقدّم

تعليق العقد على الممكن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط (١) لا انقلابه جائزا

الثانية (٢) : فى انّه لو قلنا بوجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع (٣) ؟ ظاهر جماعة ذلك (٤) و ظاهر التحرير خلافه (٥) قال (٦) فى باب الشروط : انّ الشرط ان تعلّق بمصلحة المتعاقدين ، كالأجل (٧) و الخيار و الشهادة (٨) و التضمين (٩) و الرهن (١٠) و اشتراط صفة مقصودة كالكتابة ، جاز (١١) و لزم الوفاء ، ثمّ قال (١٢) : اذا باع بشرط العتق ، صحّ البيع و الشرط ، فان اعتقه

---

(١) و الحاصل ، انّ الشهيد (ره) ذكر بقوله (و قد علّق عليه العقد و المعلق على الممكن ، ممكن ، و هو معنى قلب اللازم جائزا ، يعنى يكون العقد عند فقد الشرط جائزا ، و الحال انّ المصنف يقول : انّ 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) يعنى انّ المشروط عليه يجبر (٥) الضمير يرجع الى الاجبار يعنى ظاهر التحرير ، خلاف الاجبار (٦) اى قال العلامة فى التحرير (٧) يعنى ان يشترط بان يعطى الثمن او المثمن بعد ثلاثة اشهر (٨) لعلّ المراد من الشهادة ، هو اقامة البيّنة على انّ المبيع راجع الى البايع ملكا او ولاية او وكالة (٩) يعنى ان يكون ضامنا عند مطالبة دائنه (١٠) يعنى بان يشترط البايع بان يرهن المشترى المبيع عند البايع على الثمن ، او يرهن المبيع او غيره عند اجنبىّ لأجل دينه (١١) قوله (جاز) جواب شرط لِـ (ان) ، (١٢) اى ثمّ قال العلامة فى التحرير

المشتری (١) و الّا (٢) ففی اجباره وجهان ، اقربهما ، عدم الاجبار انتهی (٣) و قال فی الدروس : یجوز اشتراط سائغ فی العقد ، فیلزم الشرط فی طرف المشترط علیه (٤) فان اخلّ (٥) به ، فللمشترط الفسخ و هل یملك (٦) اجباره علیه ؟ فیه (٧) نظر ، انتهی (٨) و لا معنی للزوم الشرط (٩) الّا وجوب الوفاء به . و قال فی التذکرة ، فی فروع مسئلة العبد المشترط عتقه : اذا اعتقه المشتری فقد وفی بما وجب علیه ، الی ان قال : و ان امتنع (١٠) اجبر علیه (١١) ان قلنا : انّه حقّ للّه تعالی ، و ان قلنا : انّه حق للبایع ، لم یجبر کما فی شرط الرهن (١٢) و الکفیل (١٣)

---

(١) ای فان اعتقه المشتری ، فهو المطلوب (٢) ای و ان لم یعتقه المشتری ، ففی اجبار المشتری وجهان (٣) ای انتهی ما ذکره فی التحریر (٤) و المراد من المشترط علیه ، هو المشروط علیه (٥) ای و ان اخلّ المشروط علیه بالشرط ، فللمشترط الفسخ (٦) الضمیر الفاعل المستتر یرجع الی المشترط ، ای هل یملك المشترط اجبار المشروط علیه بالشرط (٧) ای فی اجباره نظر (٨) ای انتهی ما ذکره فی الدروس (٩) یعنی انّ الشهید (ره) ایضا قال بوجوب الوفاء بالشرط ، لانّ قوله (فیلزم الشرط) معناه یجب الوفاء بالشرط ، و مع ذلك قال : فی اجباره نظر (١٠) ای و ان امتنع المشتری عن الاعتاق اجبر علیه (١١) الضمیر یرجع الی الاعتاق (١٢) یعنی ان یشترط البایع ان یکون المبیع رهنا عند البایع علی الثمن (١٣) یعنی ان یشترط البایع ان یأتی المشتری بکفیل لاحضار المشتری لاداء الثمن فی وقته ، فلا یخفی ، انّ الکفالة هی التعهد بالنفس ای التزام الکفیل لاحضار المکفول متی طلبه المکفول له ، و انّ الضمان ←

لكن يتخيّر البايع (١) فى الفسخ بعد سلامة ما شرط ، ثمّ ذكر للشافعى وجهين فى الاجبار وعدمه ، الى ان قال : و الاولى عندى الاجبار فى شرط الرهن و الكفيل لو امتنع (٢) كما لو شرط تسليم الثمن معجّلا، فأهمل انتهى (٣) و يمكن ان يستظهر هذا القول ، اعنى الوجوب تكليفا مع عدم جواز الاجبار من كلّ من استدل على صحة الشرط بعموم : المؤمنون مع قوله بعدم وجوب الاجبار ، كالشيخ فى المبسوط ، حيث استدل على صحة اشتراط عتق العبد المبيع بقوله ﴿ ع ﴾ : المؤمنون عند شروطهم ، ثمّ ذكر ، انّ فى اجباره على الاعتاق لو امتنع ، قولين : الوجوب ، لانّ عتقه قد استحق بالشرط ، وعدم الوجوب ، و انّما يجعل له الخيار ، ثمّ قال : و الأقوى (٤) هو الثانى ، انتهى ، فانّ ظهور النبوىّ (٥) فى الوجوب من حيث نفسه و من جهة القرائن المتصلة (٦) و المنفصلة ، ممّا لا مساغ

← هو التعهد بالمال ، اى التزام به من البرئ (١) يعنى ان قلنا : انّه حقّ للبايع ، فانّه يتخيّر بين الفسخ و الامضاء فى صورة الامتناع مع كون الشرط شرعيّا و لم يكن فاسدا (٢) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى المشروط عليه (٣) اى انتهى ما ذكره فى التذكرة (٤) اى الأقوى هو عدم وجوب الاجبار (٥) فالمراد من النبوىّ هو قوله : المؤمنون عند شروطهم (٦) لعلّ المراد من القرائن المتصلة هو قوله (الّا من عصى اللّه) و من القرائن المنفصلة هو الخبر العلوىّ : من اشترط لامرئته شرطا ، فليف لها به ، فانّ المسلمين عند شروطهم الّا شرطا حرّم حلالا ، او حلّل حراما ، و عموم : وجوب الوفاء بالعقد

لانکاره ، بل الاستدلال (١) به (٢) علی صحة الشرط عند الشیخ و من تبعه فی عدم افساد الشرط الفاسد ، یتوقف (٣) ظاهرا علی ارادة الوجوب منه (٤) اذ لا تنافی بین استحباب الوفاء بالشرط و فساده ، فلا یدلّ استحباب الوفاء بالعتق المشروط فی البیع علی صحته (٥) ثمّ انّ الصیمری فی غایة المرام قال : لاخلاف بین علمائنا فی جواز اشتراط العتق ، لانّه غیر مخالف للکتاب و السنّة ، فیجب الوفاء به ، و قال : هل یکون (٦) حقّا للّه تعالی ، او للعبد ، او للبایع ؟ یحتمل الأول ، الی ان قال : و یحتمل الثالث و هو مذهب العلامة فی القواعد و التحریر ، لانّه استقرب فیهما عدم اجبار المشتری علی العتق ، و هو (٧) یدلّ علی انّه حقّ للبایع ، وعلی القول ، بانّه حقّ للّه ، یکون المطالبة للحاکم و یجبره مع الامتناع و لا یسقط باسقاط البایع ، وعلی القول بکونه للبایع تکون المطالبة له (٨) و یسقط باسقاطه و لا یجبر المشتری

---

(١) حاصله : انّ القائل بکون الشرط الفاسد غیر مفسد ، لا یمکنه الاستدلال لصحة الشروط الصحیحة بعموم ، المؤمنون عند شروطهم ، الّا مع ارادة الوجوب منه ، اذ لو اریدمنه الاستحباب ، لا یدلّ علی الصحة لانّ الشرط الفاسد ایضا مستحب الوفاء (٢) یرجع الضمیر الی النبوّی (٣) قوله (یتوقف) خبر لمبتدأ مقدّم ، و هو الاستدلال (٤) الضمیر یرجع الی النبوی (٥) ای علی صحة البیع (٦) ای هل یکون العتق بعد اشتراطه حقّا للّه تعالی ، او للعبد ، او للبایع (٧) ای ما ذکره العلامة من عدم اجبار المشتری علی العتق ، یدلّ علی انّ العتق بعد اشتراطه حقّ للبایع (٨) ای للبایع

و مع الامتناع (١) يتخيّر المشترط بين الامضاء و الفسخ ، و على القول بانّه للعبد ، يكون هو المطالب بالعتق ، و مع الامتناع (٢) يرافعه الى الحاكم ليجبره على ذلك ، و كسبه (٣) قبل العتق للمشترى على جميع التقادير ، انتهى (٤) و ظاهر استكشافه (٥) مذهب العلامة قدّس سرّه عن حكمه (٦) بعدم الاجبار (٧) ، انّ (٨) كلّ شرط يكون حقّا مختصا للمشترط ، لاكلام و لاخلاف فى عدم الاجبار عليه (٩) و هو (١٠) ظاهر اوّل الكلام السابق فى التذكرة ، لكن قد عرفت قوله اخيرا (١١) : و الاولى انّ له (١٢) اجباره عليه ، و ان قلنا :انّه حقّ للبايع ، و ما ابعد ما بين

---

(١) اى مع امتناع المشروط عليه الذى هو المشترى فى الفرض (٢) اى مع امتناع المشروط عليه (٣) اى كسب العبد قبل العتق للمشترى على جميع التقادير ، اى سواء كان العتق بعد اشتراطه حقّا للّه ، او للعبد او للبايع (٤) اى انتهى ما ذكره الصيمرى (٥) الضمير يرجع الى الصيمرى (٦) الضمير يرجع الى العلامة (٧) قوله (بعدم الاجبار) متعلق بقوله (حكمه) ، (٨) قوله (انّ كلّ شرط ، الخ) خبر لِ قوله (ظاهر استكشافه) ، (٩) يرجع الضمير الى المشروط عليه (١٠) الضمير يرجع الى حكم العلامة بعدم الاجبار ، يعنى حكم العلامة بعدم الاجبار اوّل الكلام السابق فى التذكرة بقوله : و ان قلنا :انّه حقّ للبايع ، لم يجبر كما فى شرط الرهن و الكفيل (١١) فالمراد من قوله (اخيرا) هو قوله :و الاولى عند الاجبار فى شرط الرهن و الكفيل ، لو امتنع (١٢) اى و الاولى ، انّ للمشروط له اجبار المشروط عليه على الشرط ، و ان قلنا :انّه حقّ للبايع

ما ذکره الصیمری و ما ذکره فی جامع المقاصد و المسالك، من (۱) انّه اذا قلنا بوجوب الوفاء ،فلاکلام فی ثبوت الاجبار، حیث قال(۲): و اعلم انّ فی اجبار المشتری علی الاعتاق وجهین، احدهما : العدم (۳) لانّ للبایع طریقا آخر للتخلص ، و هو الفسخ ، و الثانی(۴) :له ذلك لظاهر قوله تعالی : اوفوا بالعقود ، و المؤمنون عند شروطهم الّا من عصی اللّه ، و هو (۵) الاوجه، انتهی (۶) و فی المسالك جعل (۷) احد القولین ثبوت الخیار و عدم وجوب الوفاء ،مستدلّا له باصالة عدم وجوب الوفاء ، و القول الآخر ، وجوب والوفاء بالشرط، و استدلّ له (۸) بعموم الأمر بالوفاء بالعقد ، و المؤمنون عند شروطهم الّا من عصی اللّه، و ظاهره (۹) وحدة الخلاف فی مسئلتی وجوب الوفاء و التسلط علی الاجبار، کما انّ ظاهر الصیمری ، الاتفاق علی وجوب الوفاء ، بل و علی عدم الاجبار (۱۰) فیما کان حقّا مختصا للبایع ، و الأظهر فی کلمات الأصحاب وجود

---

(۱) بیان لِ (ما) فی قوله (ما ذکره)، (۲) ای قال المحقق الثانی فی جامع المقاصد (۳) ای عدم الاجبار (۴) ای الوجه الثانی للمشروط له اجبار المشتری علی الاعتاق (۵) ای الوجه الثانی ، الاوجه (۶) ای انتهی ما ذکره فی جامع المقاصد (۷) الضمیر الفاعل المستتر یرجع الی صاحب المسالك (۸) یرجع الضمیر الی وجوب الوفاء بالشرط (۹) ای ظاهر صاحب المسالك وحدة الخلاف فی مسئلتی وجوب الوفاء و التسلط علی الاجبار ، یعنی کلّ من قال : بوجوب الوفاء بالشرط، قال :بالتسلط علی الاجبار، و کلّ من قال بعدم التسلط علی الاجبار ، قال :بعدم وجوب الوفاء بالشرط (۱۰) بل الاتفاق علی عدم الاجبار

الخلاف فى المسئلتين (١) و كيف كان ، فالأقوى ما اختاره جماعة ، من انّ (٢) للمشروط له اجبار المشروط عليه ، لعموم وجوب الوفاء بالعقد ، و الشرط ، فانّ العمل بالشرط ليس الّا كتسليم العوضين (٣) فانّ المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط فيجبر على تسليمه (٤) و ما فى جامع المقاصد من (٥) توجيه عدم الاجبار ، بانّ له (٦) طريقا الى التخلّص بالفسخ ، ضعيف (٧) فى الغاية ، فانّ الخيار انّما شرّع بعد تعذّر الاجبار ، دفعا للضرر (٨) و قد يتوهم ، انّ ظاهر الشرط هو فعل الشئ اختيارا ، فاذا امتنع المشروط عليه (٩) فقد تعذّر الشرط ، و حضور الفعل منه (١٠) كرها

---

(١) احدهما : وجوب الوفاء ، و ثانيهما : الاجبار (٢) قوله (من انّ ، الخ) بيان لِ (ما) ، (٣) يعنى لو امتنع احد المتعاقدين من تسليم احد العوضين ، اجبر على التسليم ، و كذا لو امتنع المشروط عليه عن العمل بالشرط ، اجبر عليه (٤) اى تسليم الشرط (٥) قوله (من توجيه ، الخ) بيان لِ (ما) ، (٦) يرجع الضمير الى البايع (٧) قوله (ضعيف) خبر لمبتدأ مقدّم و هو قوله (ما) ، (٨) يعنى اذا لم يتعذر الاجبار ، لم تصل النوبة الى الخيار ، فاذا تعذّر الاجبار ، ثبت الخيار ، دفعا للضرر المتوجه الى المشروط له (٩) اى فاذا امتنع المشروط عليه عن العمل بالشرط ، فقد تعذّر الشرط ، فاذا تعذّر الشرط ، ثبت له الخيار ، فليس له الاجبار ، لانّ اتيان الشرط اختيارا غير ما اشترط عليه (١٠) يرجع الضمير الى المشروط عليه

غیر ما اشترط علیه ، فلا ینفع فی الوفاء بالشرط ، و یندفع (۱) بـــانّ المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختیار و الاجبار ، و انّما یعرض (۲) له من حیث انّه فعل واجب علیه ، فاذا اجبر ، فقد اجبـــر علی نفس الواجب ، نعم لو صرّح باشتراط صدور الفعل عنه (۳) اختیـارا و عن رضا منه ، لم ینفع اجباره فی حصول الشرط

الثالثة (۴) : فی انّه هل للمشروط له الفسخ مع التمکن من الاجبـــار فیکون مخیّرا بینهما ، ام لا یجوز له الفسخ الّا مع تعذّر الاجبار ؟ ظاهـر الروضة و غیر واحد ، هو الثانی (۵) و صریح موضع من التذکرة ، هـــو الأول (۶) قال : لو باعه شیئا بشرط ان یبیعه آخر ، او یقرضه بعد شهر او فی الحال ، لزمه الوفاء بالشرط ، فان اخلّ (۷) به لم یبطل البیـــع لکن یتخیّر المشترط بین فسخه للبیع و بین الزامه بما شرط ، انتهی ، و لا نعرف (۸) مستندا للخیار مع التمکن من الاجبار ، لما عرفت من انّ

---

(۱) الضمیر الفاعل المستتر یرجع الی التوهم (۲) الضمیر الفاعل المستتر یرجع الی الاجبار (۳) ای عن المشروط علیه (۴) ای المسئلة الثالثة من المسائل المتعلقة باشتراط الفعل (۵) فالمراد بالثانی ، هو انّه لا یجـوز للمشروط له الفسخ مع امکان الاجبار ، فانّ الاجبار مقدّم علی الفســـخ فاذا تعذّر الاجبار یجوز له الفسخ (۶) فالمراد بالأول ، انّه یجوز لـــه الفسخ مع التمکن من الاجبار (۷) الضمیر الفاعل المستتر یرجع الـــی المشتری ، و الضمیر فی قولـــه (به) یرجع الی الشرط (۸) قال المصنـف (ره) : و لا نعرف مستندا للخیار ، بین الفسخ و الامضاء مع التمکن مـــن الاجبار

مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختيارا او قهرا (١) الّا ان يقال (٢) : انّ العمل بالشرط حقّ لازم على المشروط عليه يجبر عليه (٣) اذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد ، و امّا اذا اراد (٤) الفسخ ، لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذى وقع(٥) عليه ، فله (٦) ذلك ، فيكون ذلك (٧) بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما ، و هذا الكلام (٨) لا يجرى مع امتناع احدهما عن تسليم احد العوضين ، ليجوز للآخر فسخ العقد ، لانّ كلا منهما قد ملك ما فى يد الآخر و لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه ، فيجبران على ذلك (٩)

---

(١) فالمراد من قوله (قهرا) هو ان يكون العمل على طبق الشرط اجبارا

(٢) اى الّا ان يقال : انّ المستند للخيار مع التمكن من الاجبار ، انّ المشروط عليه يجبر على العمل على الشرط ، اذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد ، و امّا اذا اراد الفسخ ، فله ذلك (٣) يرجع الضمير الى العمل بالشرط (٤) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى المشروط له (٥) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى العقد (٦) فللمشروط له فسخ العقد (٧) اى فيكون امتناع المشروط عليه عن العمل بالشرط ، و فسخ المشروط له بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما (٨) وهمٌ و دفعٌ امّا الوهم ، فانّه على هذا يلزم ان يفسخ كلّ واحد من المتعاقدين العقد مع امتناع الآخر عن تسليم احد العوضين ، و الحال انّه لم يقل احد بالفسخ مع امتناع التسليم ، بل يقولون : باجباره على التسليم ، و امّا الدفع ، فهو الذى ذكره المصنف (ره) بقوله : و هذا الكلام لا يجرى ، الخ

(٩) اشارة الى التسليم

بخلاف الشرط، فانّ المشروط حیث فرض فعلا (۱) کالاعتاق ، فلا معنی لتملکه (۲) فاذا امتنع المشروط علیه عنه (۳) فقد نقض العقد، فیجوز للمشروط له ایضا نقضه، فتأمل (۴) ثمّ علی المختار من عدم الخیار الّا مع تعذّر الاجبار لو کان الشرط من قبیل الانشاء القابل للنیابة (۵) فهل یوقعه (۶) الحاکم عنه (۷) اذا فرض تعذّر اجباره، الظاهر ذلک (۸) لعموم ولایة السلطان علی الممتنع ، فیندفع ضرر المشروط له بذلک (۹) الرابعة (۱۰) : لو تعذّر الشرط (۱۱) فلیس للمشترط الّا الخیار ،لعدم دلیل علی الأرش ، فانّ الشرط فی حکم القید لا یقابل بالمال ، بل المقابلة عرفا و شرعا انّما هی بین المالین (۱۲) و التقیید امر معنوی

---

(۱) ای فعلامن افعال احد المتعاقدین ،کالاعتاق(۲) یرجع الضمیر الی الفعل المشروط (۳) ای عن الفعل المشروط (۴) لعلّه اشارة الی انّ الفسخ موجب لانحلال العقد ، و مادام الاجبار ممکنا لا ینحلّ العقد بالفسخ ، لعدم حقّ الخیار حینئذ (۵) کأن یکون الشرط ان یوقف المشروط علیه الدار، او یعتق العبد (۶) یرجع الضمیر المفعول الی الانشاء (۷) یرجع الضمیر الی المشروط علیه (۸) اشارة الی ایقاع الحاکم الانشاء عن المشروط علیه (۹) ای فیندفع ضرر المشروط له بایقاع الحاکم الانشاء عن طرف المشروط علیه (۱۰) ای المسئلة الرابعة (۱۱) فالمراد بالشرط هنا ، هو الأعم ، ای سواء کان وصفا او نتیجة او عملا (۱۲) یعنی اذا باع زید عبده بألف علی انّه کاتب، فانّ العرف یری انّ الألف فی مقابل العبد ، لا انّ الف فی مقابل العبد و الکتابة ، و الشارع امضی ما بید العرف ایضا

لا يعدّ مالا و ان كانت ماليّة المال تزيد و تنقص بوجوده(١) و عدمه ،وثبوت الأرش(٢) فى العيب لأجل النص ، و ظاهر العلامة ، ثبوت الأرش(٣)اذا اشترط عتق العبد،فمات العبد قبل العتق ، و تبعه (٤) الصيمرى فيما اذا اشترط تدبير العبد (٥) قال(٦) :فان امتنع من تدبيره(٧) تخيّر البايع بين الفسخ و استرجاع العبد، و بين الامضاء ، فيرجع (٨)

---

(١) اى بوجود القيد وعدمه(٢) دخل و دفع،امّا الدخل،فانّ المشترى يسترد بعض الثمن اذا كان المبيع معيوبا ، فانّ هذا يدلّ على انّ الثمن بعضه فى مقابل الذات و بعضه فى مقابل القيد الذى هو وصف الصحة ، و امّا الدفع ، فهو الذى ذكره المصنف (ره) بقوله :و ثبوت الأرش الخ (٣) ظاهر العلامة ، ثبوت الأرش ، لعلّ وجهه ، انّ الشرط و ان لم يكن مقابلا بالعوض فى مقام الانشاء الّا انّه مقابل به فى عالم اللّب،لانّ الشرط موجب لزيادة القيمة و نقصانها ، و مقتضى هذه ، جواز اخذ الأرش (٤) الضمير المفعول يرجع الى العلامة (٥) فلايخفى ، انّه فرق بين ما ذكره العلامة ، و بين ما ذكره الصيمرى ، فانّ العلامة اثبت الأرش فى صورة تعذّر الشرط ، و الصيمرى اثبت الأرش ايضا فى صورة امتناع المشترى عن العمل بالشرط (٦) اى قال الصيمرى (٧) اى من تدبير العبد (٨) فيرجع البايع الى المشترى بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقا اى بدون شرط التدبير ، و بين قيمته بشرط التدبير ، مثلا قيمة العبد بدون شرط التدبير ثلاثة آلاف ، و مع شرط التدبير الفان ، و التفاوت بينهما ، الف ، فنسبة الألف الى ثلاثة آلاف ، هو الثلث ، فيأخذ البايع من المشترى ، مقدار ثلث الثمن

بالتفاوت بین قیمته لو بیع مطلقا ، و قیمته بشرط التدبیر ، انتهی (۱) و مراده (۲) بالتفاوت ، مقدار جزء من الثمن ، نسبته (۳) الیه ، کنسبة التفاوت الی القیمة ، لا تمام التفاوت ، لانّ للشرط قسطا من الثمن ، فهو (۴) مضمون به (۵) لا بتمام قیمته (۶) کما نصّ علیه (۷) فی التذکرة ، و ضعّف فی الدروس قول العلامة بما ذکرنا من (۸) انّ الثمن لا یقسّط علی الشروط ، و اضعف منه (۹) ثبوت الأرش بمجرّد امتناع المشتری عن الوفاء

---

(۱) ای انتهی ما ذکره الصیمری (۲) ای مراد الصیمری بالتفاوت ، مقدار جزء من الثمن ، مثلا انّ قیمة العبد بدون شرط التدبیر ، ثلاثة آلاف ، و مع شرط التدبیر ، الفان ، فالتفاوت بین ثلاثة آلاف ، و بین الألفین ، هو الألف ، و نسبة الألف الی ثلاثة آلاف ، هو الثلث ، فیأخذ البایع من المشتری مقدار ثلث الثمن (۳) یرجع الضمیر الی جزء الثمن (۴) یرجع الضمیر الی الشرط (۵) الضمیر یرجع الی قسط من الثمن (۶) مرجع الضمیر هو الشرط ، یعنی انّ البایع یأخذ من المشتری ، مقدار القسط من الثمن ، لا تمام التفاوت ، مثلا اذا کان قیمة العبد من دون شرط التدبیر ، ثلاثة آلاف ، و مع شرط التدبیر ، الفین ، فالتفاوت بینهما ، هو الألف ، و نسبة الألف الی ثلاثة آلاف ، هو الثلث ، فانّ مقدار الثلث من الثمن مضمون ، لا تمام التفاوت الذی هو الألف ، مثلا اذا کان الثمن ، الفا و مأتین ، فأربعة مأة مضمون ، لا الف (۷) ای کما نصّ العلامة علی انّ للشرط قسطا من الثمن (۸) قوله (من انّ الثمن) بیان لِ (ما) (۹) یرجع الضمیر الی قول العلامة

بالشرط، و ان لم يتعذّر كما عن الصيمرى (١) و لو كان الشرط عملا من المشروط عليه، يعدّ مالا و يقابل بالمال، كخياطة الثوب، فتعذّر، ففى استحقاق المشروط له لاجرته، او مجرّد ثبوت خيار له، وجهان، قال فى التذكرة: لو شرط (٢) على البايع عملا سائغا، تخيّر المشترى بين الفسخ و المطالبة به (٣) او بعوضه ان فات وقته و كان ممّا يتقوّم، كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغا، فأتاه (٤) به غير مصبوغ، و تلف (٥) فى يد المشترى، و لو لم يكن (٦) ممّا يتقوّم، تخيّر بين الفسخ و الامضاء مجانا انتهى. و قال (٧) ايضا: لو كان الشرط على المشترى

---

(١) حيث قال الصيمرى: فان امتنع من تدبيره، الى ان قال: فيرجع بالتفاوت بين قيمته مطلقا، و قيمته بشرط التدبير، انتهى، فانّه اثبت الأرش بمجرّد امتناع المشترى عن الوفاء بالشرط، و ان لم يتعذّر (٢) اى قال فى التذكرة: لو شرط المشترى على البايع عملا، تخيّر المشترى بين الفسخ و بين الامضاء و المطالبة بالصبغ او بعوضه، ان فات وقته، كصبغ الثوب الذى فات وقته بتلف الثوب (٣) اى المطالبة بالعمل او بعوض العمل ان فات وقت العمل (٤) اى اعطى البايع الثوب بالمشترى غير مصبوغ (٥) يرجع الضمير الى الثوب (٦) فلا يخفى، انّ الشرط قد يكون عملا يقابل بالمال، كالخياطة، و قد يكون عملا لا ماليّة له، كالعتق، فحينئذ لو لم يكن الشرط عملا ممّا يتقوّم، تخيّر المشترى بين الفسخ و الامضاء مجّانا (٧) اى و قال العلامة فى التذكرة ايضا: لو كان الشرط عملا من طرف البايع على المشترى، مثل ان باع البايع داره بشرط ان يصبغ المشترى له ثوبه، فتلف الثوب، تخيّر البايع بين الفسخ و بين الامضاء بقيمة ←

مثل ان باعه (۱) داره بشرط ان یصبغ (۲) له ثوبه ، فتلف الثوب ، تخیّر (۳) البایع بین الفسخ و الامضاء بقیمة الفائت ، ان کان (۴) ممّا له قیمة و الّا مجّانا ، انتهی (۵) و الظاهر انّ مراده (۶) بما یتقوّم ، ما یتقوّم فی نفسه ، سواء کان عملا محضا ، کالخیاطة ، اوعینا ،کمال العبد المشترط معه ، اوعینا وعملا ، کالصبغ ، لا ما (۷) له مدخل فی قیمة العوض ، اذ کلّ شرط کذلك ، و ما ذکره (۸) قدّس سرّه لا یخلو عن وجه و ان کان مقتضی المعاوضة بین العوضین بأنفسهما کون الشرط مطلقا (۹) قیدا غیر قابل بالمال ، فانّ المبیع هو الثوب المخیط و العبد المصاحب للمال ، لا الثوب و الخیاطة ، و العبد و ماله

← الفائت الذی هو الصبغ (۱) الضمیر الفاعل المستتر یرجع الی البایع و الضمیر المفعول الی المشتری (۲) الضمیر الفاعل المستتر یرجع الی المشتری ، و الضمیر فی قوله (له) و (ثوبه) یرجع الی البایع (۳) قوله (تخیّر) جواب شرط لِ (لو) ، (۴) ان کان الشرط ممّا له قیمة (۵) ای انتهی ما ذکره العلامة (۶) ای و الظاهر ،انّ مراد العلامة بقوله (ما یتقوّم) ما یتقوّم فی نفسه ، سواء کان عملا محضا ،کالخیاطة ، اوعینا محضا ،کمال العبد المشترط معه ، اوعینا وعملا ، کالصبغ ، فانّه عمل وعین ،لانّها المادّة التی یصبغ بها (۷) فالمراد بِ (ما) فی قوله (لا ما لَه) هو الشرط (۸) ای ما ذکره العلامة قدّس سرّه ، من انّ الشرط ،ان کان ممّا یتقوّم ، تخیّر بین الفسخ و الامضاء و المطالبة بعوضه ان فات وقته ، و ان لم یکن ممّا یتقوّم ، تخیّر بین الفسخ و الامضاء مجّانا ، لا یخلو عن وجه (۹) ای سواء کان ممّا یتقوّم ، کالخیاطة ، و مال العبد ، و الصبغ ، او لم یکن ←

ولذا (١) لا يشترط قبض ما بازاء المال من النقدين (٢) فى المجلس لو كان (٣) من احدهما ، و سيجئ (٤) فى المسئلة السابعة ، المعاملة مع بعض الشروط ، معاملة الأجزاء

الخامسة (٥) :لو تعذّر الشرط و قد خرج العين (٦) عن سلطنة المشروط عليه ، بتلف، او بنقل ، او رهن ، او استيلاد ، فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ (٧) فاذا فسخ ، ففى رجوعه

← ممّا يتقوّم ، كالعتق (١) اى و لأجل انّ الشرط مطلقا قيد غير قابل بالمال ، لا يشترط قبض مال العبد الذى كان من النقدين فى المجلس اذا جعل العبد و ماله مقابلا بأحد النقدين ، مثلا اذا كان للعبد دراهم ، و اشترط البايع عند بيع العبد ان يكون مال العبد للمشترى ايضا ، فلا يشترط قبض مال العبد فى المجلس ، لانّ الشرط قيد ،لا مقابل بالمال ، لانّه لو كان مقابلا بالمال ، لزم قبض مال العبد و مقابله فى المجلس ، لانّه يشترط فى بيع النقدين ، القبض فى المجلس (٢) قوله (من النقدين) بيان لِـ (المال)، (٣) اسم (كان) مستتر يرجع الى (ما)، (٤) اى و سيجئ فى المسئلة السابعة فى ص ٢٣٩ بقوله : و لكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة ، الخ (٥) اى المسئلة الخامسة (٦) اى العين المبيعة (٧) حاصله ، انّه اذا باع زيد عبده بألف ، و شرط على المشترى ، ان يخيط ثوبه ، و تلف الثوب قبل الخياطة ، و خرج العبد عن سلطنة المشترى بتلف او بنقل او رهن فالظاهر ، عدم منع خروج العبد عن سلطنة المشترى ، عن فسخ البايع العقد ، فاذا فسخ البايع ، ففى رجوعه على المشترى بالقيمة مطلقا ←

علیه بالقیمة (١) او بالعین مع بقائها بفسخ (٢) العقد الواقع علیه من حینه او من اصله (٣) وجوه یأتی فی احکام الخیار، و یأتی ، انّ الأقوی الرجوع بالبدل جمعا بین الأدلة (٤) هذا کلّه مع صحة العقد (٥) الواقع بان لا یکون منافیا للوفاء بالشرط (٦) و امّا لو کان (٧) منافیا کبیع ما اشترط وقفه علی البایع (٨)

← ای سواء خرج العین عن سلطنة المشتری بتلف او بنقل او رهن او استیلاد ، او بالعین مع بقائها بانفساخ العقد من حین الفسخ او من الأصل ، وجوه (١) فالمراد بالقیمة ، هو البدل الشامل للمثل فی المثلی و القیمة فی القیمی (٢) فالمراد بالفسخ ، هو الانفساخ (٣) یعنی اذا کان للمبیع منافع بین العقد و الفسخ ، فان قلنا : انّ الانفساخ من حین الفسخ ، کان المنافع بینهما لمن انتقل الیه ، و ان قلنا : انّه من الأصل کان المنافع بینهما لمن انتقل عنه (٤) ای انّ الأقوی ، الرجوع الی البدل جمعا بین ادلّة صحة المعاملات و لزومها الشاملة لما اوقعه المشتری ، و بین ادلّة الخیار (٥) فالمراد بالعقد فی قوله (مع صحة العقد) هو العقد الثانی الواقع علی المبیع (٦) ای بان لا یکون العقد الثانی الواقع علی المبیع منافیا للوفاء بالشرط ، کما اذا باع عبده للمشتری ، بألف بشرط ان یخیط المشتری ثوبه ، فانّه اذا باع المشتری العبد ، لم یکن بیعه منافیا بالشرط الذی هو خیاطة الثوب ، ثمّ تعذّر خیاطة الثوب المذکور بتلف و غیره (٧) اسم (کان) مستتر یرجع الی العقد الثانی الواقع علی المبیع (٨) قوله (علی) فی قوله (علی البایع) متعلق بقوله (وقفه)

ففى صحته مطلقا (١) او مع اذن المشروط له (٢) او اجازته ، او بطلانه (٣) وجوه ، خيرها (٤) اوسطها ، فلو باع (٥) بدون اذنه ، كان للمشروط له فسخه (٦) و الزامه (٧) بالوفاء بالشرط

---

(١) اى سواء اذن المشروط له بالتصرف قبل العقد الثانى ، ام لا ، و سواء اجاز المشروط له بعد تصرف المشروط عليه ، ام لا (٢) اى او مع اذن المشروط له سابقا على العقد الثانى ، او اجازته لاحقا على العقد الثانى (٣) اى بطلان العقد الثانى (٤) اى خير الوجوه اوسطها الذى هو صحة العقد مع اذن المشروط له او اجازته (٥) يعنى فلو باع المشروط عليه بدون اذن المشروط له ، كان للمشروط له فسخ العقد الثانى من دون فسخ العقد الأول ، و الزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط ، ان قلنا باجبار المشروط عليه ، نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه ، و قلنا : انّ وجوب الوفاء بالشرط وجوب تكليفى ، فالظاهر صحة العقد الثانى على نحو اللزوم مع فرض عدم فسخ المشروط له العقد الأول ، و امّا اذا فسخه البايع بخيار تخلّف الشرط ، ففى انفساخ العقد الثانى من حين فسخ العقد الأول ، او من اصله ، او الرجوع الى القيمة ، وجوه (٦) الضمير يرجع الى العقد الثانى ، و يكون اطلاق الفسخ من باب المسامحة ، لانّ المفروض بطلان العقد الثانى مع عدم الاذن على ما اختاره المصنف (ره) فيكون المراد ، انّه لو باع بدون اذنه ، كان للمشروط له الزامه بالوفاء بالشرط ، فلا يكون للمشروط له مع الزامه بالوفاء ، خيار فى العقد الأول لعدم تعذّر الشرط ، لانّه مع امكان الالزام بالوفاء بالشرط ، لا تصل النوبة الى الخيار (٧) الضمير يرجع الى المشروط عليه

نعم لو لم نقل باجبار المشروط علیه ، فالظاهر صحة العقد الثانی ، فاذا فسخ المشروط له ، ففی انفساخ العقد (۱) من حینه (۲) او من اصله او الرجوع بالقیمة ، وجوه (۳) رابعها (۴) التفصیل بین التصرف بالعتق فلا یبطل لبنائه علی التغلیب ، فیرجع (۵) بالقیمة ، و بین غیره (۶) فیبطل (۷) اختاره (۸) فی التذکرة و الروضة ،قال (۹) فی فروع مسئلة العبد المشترط عتقه ، بعد ما ذکر انّ اطلاق اشتراط العتق یقتضی عتقه مجانا

---

(۱) ای العقد الثانی (۲) ای حین فسخ العقد الأول (۳) ای وجوه ثلاثة ، احدها :انفساخ العقد الثانی من حین فسخ العقد الأول و ثانیها :انفساخ العقد الثانی من اصله ، و ثالثها :الرجوع الی القیمة (۴) ای رابع الوجوه ، التفصیل بین تصرف المشروط علیه بالعتق ، فلا یبطل التصرف بالعتق ، فاذا فسخ العقد ، رجع الی قیمة العبد ، لانّ بناء العتق علی التغلیب ، و بین غیره من التصرفات ، کبیعه ، فحینئذ یبطل تصرف المشروط علیه بفسخ المشروط له العقد الأول ، مثلا اذا باع المشروط علیه العبد المشروط وقفه و فسخ البایع العقد الأول ، لأجل تخلف الشرط ، انفسخ العقد الثانی و بطل (۵) ای فیرجع المشروط له بعد فسخ العقد الأول الی قیمة العبد (۶) ای و بین غیر التصرف بالعتق (۷) ای فیبطل التصرف الذی هو غیر التصرف بالعتق ، فیأخذ المشروط له بفسخ العقد الأول المبیع ، لانّه یکون تصرف المشروط علیه باطلا و منفسخا بفسخ العقد الأول (۸) الضمیر المفعول یرجع الی التفصیل (۹) ای قال العلامة فی التذکرة

فلو اعتقه بشرط الخدمة مدّة ، تخيّر المشروط له بين الامضاء و الفسخ (١) فيرجع بقيمة العبد ، قال (٢) بعد ذلك : و لو باعه المشترى او وقفه او كاتبه ، تخيّر البايع بين الفسخ و الامضاء ، فان فسخ بطلت هذه العقود لوقوعها فى غير ملك تامّ و تخالف (٣) هذه العتق بشرط الخدمة ، لانّ العتق مبنىّ على التغليب ، فلا سبيل (٤) الى فسخه ، و هل له (٥) امضاء البيع مع طلب فسخ ما نقله المشترى ؟ فيه احتمال ، انتهى (٦) و مثله (٧) ما فى الروضة ، و قال فى الدروس ، فى العبد المشروط عتقه

---

(١) يعنى فاذا فسخ المشروط له ، لم يبطل العتق بشرط الخدمة ، بل يرجع الى قيمة العبد ، و انّما لم يبطل العتق و يرجع الى القيمة ، لانّ العتق ، مبنى على التغليب (٢) اى قال العلامة بعد ذلك : و لو باع المشترى العبد المشترط عتقه او وقفه او كاتبه ، تخيّر البايع بين الفسخ و الامضاء ، فان فسخ المشروط له ، بطلت هذه العقود التى اجريها المشترى لوقوعها فى غير ملك تام (٣) اى تخالف هذه العقود بالعتق بشرط الخدمة ، لانّ هذه الامور الثلاثة باطلة بمجرّد فسخ العقد الأول بخلاف العتق بشرط الخدمة ، فانّه 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 و عدم فسخه مع طلب فسخ ما نقله المشترى ؟ فيه احتمال (٦) اى انتهى ما ذكره العلامة (٧) اى مثل ما ذكره العلامة فى التذكرة ما فى الروضة من التفصيل بين عتق المشترى ، و بين سائر العقود ، فانّ البايع اذا فسخ يرجع الى قيمة العبد ، فلا يبطل عتق المشترى بخلاف سائر العقود ←

و لو اخرجه (۱) عن ملكه ببيع او هبة او وقف، فللبايع فسخ ذلك كلّه انتهى ، و ظاهره ما اخترناه (۲) و يحتمل (۳) ضعيفا غيره ، و فی جامع المقاصد (۴) : الذی ينبغی انّ المشتری ممنوع من كلّ تصرف ينافی العتق المشترط ، ثمّ انّ هذا الخيار (۵) كما لا يسقط بتلف العين (۶) كذلك لا يسقط بالتصرف (۷) فيها

← فانّه اذا فسخ ، بطلت سائر العقود (۱) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى المشترى ، و الضمير المفعول الى العبد (۲) فالمراد بقوله (ما اخترناه) هو فسخ العقد الثانی و الزام المشترى بالوفاء بالشرط، حيث قال المصنف (ره) : فلو باع بدون اذنه كان للمشروط له فسخه ، الخ) فالمراد بالفسخ هنا ، هو ردّ العقد الثانی ، فيكون مراد الدروس من قوله (فسخ ذلك كلّه) ردّ العقود المذكورة (۳) لعلّ مراد المصنف (ره) بقوله (و يحتمل ضعيفا غيره) هو ان يكون مراد الدروس من الفسخ ، هو فسخ البايع العقد نفسه ، فينفسخ عقد المشترى بالتبع (۴) يعنى قال فی جامع المقاصد : الذی ينبغی انّ المشترى ممنوع من كلّ تصرف ينافی العتق المشترط، فاذا تصرف المشترى تصرفا ينافی العتق ، بطل (۵) اشارة الى خيار تخلف الشرط الذی يثبت للمشروط له بتخلف المشروط عليه (۶) يعنى خيار تخلف الشرط لا يسقط بتلف العين التى انتقلت للمشروط له ، فاذا باع عنبا بكتاب بشرط ان يخيط المشترى ثوبه ، فتلف الكتاب عند البايع ، فلا يسقط خيار تخلف شرط المشروط له اذا لم يخط المشترى ثوبه ، فحينئذ اذا فسخ ، اخذ العنب و ردّ الى المشترى قيمة الكتاب (۷) اى كذلك لا يسقط خيار البايع بتصرفه فی العين

كما نبّه عليه (١) فى المسالك فى اول خيار العيب فيما لو اشترط الصحة (٢) على البايع ، نعم اذا دلّ التصرف (٣) على الالتزام بالعقد لزم العقد و سقط الخيار نظير خيار المجلس و الحيوان (٤) بناء على ما استفيد من بعض اخبار خيار الحيوان (٥) المشتمل على سقوط خياره بالتصرف معلّلا بحصول الرضا بالعقد ، و امّا مطلق التصرف (٦) فلا

السادسة (٧) : للمشروط له اسقاط شرطه اذا كان ممّا يقبل الاسقاط (٨)

---

(١) يرجع الضمير الى عدم سقوط الخيار بالتصرف (٢) يعنى صاحب المسالك نبّه على عدم سقوط الخيار بالتصرف فى العين فيما لو اشترط المشترى صحة المبيع على البايع ، فانّ تصرف المشترى فى المبيع لا يسقط خياره (٣) اى نعم اذا دلّ تصرف ذى الخيار الذى هو المشروط له على الالتزام بالعقد لزم العقد و سقط خياره (٤) يعنى انّ خيار المجلس و خيار الحيوان لا يسقطان بالتصرف ، الّا اذا دلّ التصرف على الالتزام بالعقد (٥) فالمراد من بعض اخبار خيار الحيوان الذى تقدم فى خيار الحيوان ، هى صحيحة ابن رئاب ، فان احدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة ايّام ، فذلك رضا منه ، فلا شرط له ، فانّ المراد من العلة هو قوله : فذلك رضا منه (٦) امّا مطلق التصرف ، فلا يسقط الخيار به (٧) اى المسئلة السادسة (٨) يعنى اذا كان ممّا يقبل الاسقاط ، مثل ان يشترط ان يخيط ثوبه ، لا مثل ان يشترط ان يكون مال العبد و حمل الدابة ملكا للمشروط له ، فانّه يجوز للمشروط له ان يسقط الأول ، دون الثانى

لا مثل اشتراط مال العبد او حمل الدابة لعموم (۱) ما تقدّم فی اسقاط الخیار، وغیره من الحقوق، و قد یستثنی من ذلك (۲) ما کان حقّا لغیر المشروط له، کالعتق، فانّ المصرّح به فی کلام جماعة کالعلامة و ولده و الشهیدین و غیرهم، عدم سقوطه (۳) باسقاط المشروط له، قال فی التذکرة :الاقوی عندی انّ العتق المشروط اجتمع فیه حقوق ،حقّ للّه(۴) و حقّ للبایع و حقّ للعبد، ثمّ استقرب بناء علی ما ذکره، مطالبة العبد (۵) بالعتق لو امتنع المشتری، و فی الایضاح :الأقوی انّه (۶) حقّ للبایع و للّه تعالی، فلا یسقط بالاسقاط، انتهی. و فی الدروس : لو اسقط البایع الشرط، جاز، الّا العتق، لتعلق حقّ العبد و حقّ اللّه تعالی به، انتهی. و فی جامع المقاصد :انّ التحقیق، انّ العتق فیه معنی القربة و العبادة، و هو حقّ للّه تعالی، و زوال الحجر (۷) و هو حقّ للعبد، و فوات المالیّة علی الوجه المخصوص للقربة و هو (۸) حقّ للبایع، انتهی (۹)اقول :امّا کونه حقا للبایع من حیث تعلق غرضه بوقوع هذا الأمر المطلوب للشارع، فهو واضح، و امّا کونه حقّا للعبد، فانّه

---

(۱) قوله (للعموم، الخ) علّة لقوله (للمشروط له اسقاط شرطه)، (۲) ای و قد یستثنی من الشرط الذی هو قابل للاسقاط، الشرط الذی کان حقّا لغیر المشروط له، کالعتق (۳) الضمیر یرجع الی العتق (۴) قوله (حقّ للّه) بدل تفصیلی لقوله (حقوق)، (۵) قوله(مطالبة العبد) مفعول لقوله (استقرب)، (۶) یرجع الضمیر الی العتق المشروط (۷) ای زوال الحجر عن العبد و العتق حقّ للعبد (۸) یرجع الضمیر الی العتق (۹) ای انتهی ما ذکره فی جامع المقاصد

ان اريد به مجرّد انتفاعه (١) بذلك، فهذا لا يقتضى سلطنة له (٢) على المشترى، بل هو (٣) متفرع على حق البايع دائر معه وجودا وعدما، و ان اريد ثبوت حقّ على المشترى يوجب السلطنة على المطالبة، فلا دليل عليه (٤) و دليل الوفاء لا يوجب الّا ثبوت الحق للبايع، و بالجملة: فاشتراط عتق العبد ليس الّا كاشتراط (٥) ان يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل، او يتصدق به عليه، و لم يذكر احد ان لزيد المطالبة، و ممّا ذكر يظهر الكلام فى ثبوت حق اللّه تعالى، فانّه ان اريد به (٦) مجرّد وجوبه (٧) عليه، لانّه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض، فهذا (٨) جار فى كلّ شرط، و لا ينافى ذلك سقوط الشروط بالاسقاط، و ان اريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوبا للّه، كما ذكره جامع المقاصد، ففيه انّ مجرّد المطلوبية اذا لم يبلغ حدّ الوجوب لا يوجب الحقّ للّه على وجه يلزم (٩) به الحاكم، و لا وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد و القيام بحقوقهم، و قد عرفت انّ

---

(١) اى مجرّد انتفاع العبد بالعتق (٢) الضمير يرجع الى العبد (٣) يرجع الضمير الى انتفاع العبد (٤) يرجع الضمير الى ثبوت حقّ على المشترى (٥) اى كاشتراط البايع على المشترى ان يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل او يتصدق بالمبيع على زيد (٦) يرجع الضمير الى حقّ اللّه (٧) اى مجرّد وجوب العتق على المشترى (٨) اى فهذا الحق الذى للّه، جار فى كلّ شرط، لانّه تعالى اوجب الوفاء بالشرط فى كلّ شرط (٩) قوله (يلزم) من باب الافعال، و الضمير فى قوله (به) يرجع الى الحقّ

المطلوب غیر هذا (۱) فافهم

السابعة (۲) : قد عرفت انّ الشرط من حیث هو شرط ، لا یقسط علیه الثمن عند انکشاف التخلف (۳) علی المشهور ، لعدم الدلیل علیه (۴) بعد عدم دلالة العقد عرفا علی مقابلة احد العوضین الّا بالآخر، و الشرع لم یزد علی ذلك ، اذا امره (۵) بالوفاء ، بذلك المدلول العرفی فتخلف الشرط (۶) لا یقدح فی تملّك کلّ منهما لتمام العوضین هذا و لکن قد یکون الشرط تضمن المبیع (۷) لما هو جزء له حقیقة ، بان یشتری مرکّبا ، و یشترط کونه کذا و کذا جزء ، کأن یقول : بعتك هذا الأرض او الثوب او الصبرة (۸) علی ان یکون کذا ذراعا او صاعا

---

(۱) ای قد عرفت انّ المطلوب غیر هذا من کونه حقّا للبایع من حیث تعلق غرضه بوقوع هذا الأمر المطلوب للشارع (۲) ای المسئلة السابعة (۳) یعنی انّ الشرط من حیث هو شرط ، لا یقسط علی الثمن عند انکشاف تخلّف الشرط ، یعنی انّ الثمن لا یکون جزئین ، احدهما فی مقابل المبیع ، و الآخر فی مقابل الشرط ، حتی یکون تخلف الشرط موجبا لاسترداد المشروط له جزء من الثمن (۴) یرجع الضمیر الی التقسیط (۵) ای اذا امر الشرع بالوفاء بذلك المدلول العرفی و هو مقابلة احد العوضین بالآخر (۶) ای فتخلف الشرط ، لا یقدح فی تملّك کلّ منهما لتمام العوضین من دون ان یقسّط الثمن علی الشرط (۷) قوله (تضمن) مصدر مضاف الی (المبیع) و خبر لقوله (یکون) ، (۸) مثلا ، ان یقول البایع : بعتك هذه الصبرة علی انّها عشرة اصوع ، و قال المشتری : قبلت هکذا

فقد جعل الشرط تركّبه من اجزاء معينة ، فهل يلاحظ حينئذ جانب القيديّة ، و يقال :انّ المبيع (١) هو العين الشخصية المتصفة بوصف كونه كذا جزء ، فالمتخلف هو قيد من قيود العين ، كالكتابة و نحوها فى العبد لا يوجب فواتها الّا خيارا بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن ، او يلاحظ جانب الجزئية ؟ فانّ المذكور ، و ان كان بصورة القيد (٢)الّا انّ منشأ انتزاعه (٣) هو وجود الجزء الزائد وعدمه ، فالمبيع فى الحقيقة هو كذا و كذا جزء ، الّا انّه عبّر عنه بهذه العبارة (٤) كما لو اخبر بوزن المبيع المعيّن ، فباعه اعتمادا (٥)على اخباره ، فانّ وقوع البيع

---

(١) يعنى اذا ظهر المبيع اقلّ جزء ، كان للمشروط له خيار تخلف الشرط ، لانّ المبيع هو العين الشخصيّة ، فالمتخلف هو قيد من القيود كالكتابة فى العبد ، فلا يوجب فوات الشرط المذكور ، الّا خيارا بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن (٢) اى او يلاحظ جانب الجزئيّة ، فانّ المذكور بشرط ان يكون عشرة اصوع ، و ان كان بصورة الشرط و القيد ، الّا منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد وعدمه ، فالمبيع فى الحقيقة عشرة اصوع الّا عبّر البايع او المشترى بهذه العبارة التى هو قوله : بشرط ان يكون عشرة اصوع (٣) الضمير يرجع الى القيد (٤) اى بالعبارة الشرطية(٥) حاصل مضمون هذه العبارات ، انّه لو اخبر زيد بوزن المبيع المعيّن بانّه عشرة اصوع ، فباع زيد المبيع المعين لخالد ، و اشتراه منه خالد من دون وزن ، اعتمادا على اخبار زيد البايع بوزن المبيع المعين فليس معنى العبارات ، انّه لو اخبر البايع بوزن المبيع بانّه عشرة اصوع ، فباع المشترى للغير من دون وزن ، اعتمادا على اخبار البايع الأول، و انّما ←

على العين الشخصية (١) لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفائت ، و بالجملة ، فالفائت عرفا و فى الحقيقة هو الجزء ، و ان كان بصورة الشرط فلا يجرى فيه (٢) ما مرّ من عدم (٣) التقابل الّا بين نفس العوضين ، و لأجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باعه ارضا على انّها جربان (٤) معيّنة

← ليس معنى العبارات ما ذكر اخيرا ، لانّه لا يجوز ان يبيع المشترى الطعام بغير كيل الذى اشتراه من البايع بغير كيل ، اعتمادا على اخبار البايع لأجل رواية ابان عن محمد بن حمران المتقدمة فى ج ٦ ص ٢٢٦ بقوله قلت لأبى عبد اللّه ﴿ع﴾ : اشترينا طعاما ، فزعم صاحبه انّه كاله ، فصدّقناه و اخذناه بكيله ، قال ﴿ع﴾ : لا بأس ، قلت : أيجوز ان ابيعه كما اشتريته بغير كيل ، قال ﴿ع﴾ : امّا انت ، فلا تبعه حتى تكيله (١) يعنى اذا باع ارضا على انّها عشرة اجربة ، بألف دينار ، ثمّ انكشف انّها سبعة اجربة فانّ وقوع البيع على العين الشخصية التى هى سبعة اجربة ، لا يوجب عدم تقسيط الثمن الذى هو الف دينار على الفائت الذى ثلاثة اجربة (٢) يرجع الضمير الى الفائت المذكور (٣) قوله (من عدم التقابل ، الخ) بيان لِـ (ما) ، (٤) قال فى اقرب الموارد : (الجَريب) من الأرض و الطعام مقدار معلوم ، و نقل عن قدامة الكاتب ، انّه ثلاثة آلاف و ستمأة ذراع ، و قيل : انّه عشرة آلاف ذراع ، و الوادى مطلقا ، ج ، اَجْرِبَة و جِرْبان كرَغيف و اَرْغِفَة و رِغفان ، انتهى . قال فى المجمع : قدر الجَريب من الأرض ، بستّين ذراعا فى ستّين ، الى ان قال : جمع الجَريب ، جِرْبان و اَجْرِبَة ، انتهى

او صبرة على انّها اصوع (١) معيّنة ، و تفصيل ذلك العنوان الذى (٢) ذكره فى التذكرة بقوله :لو باع (٣) شيئا و شرط فيه قدرا معيّنا ، فتبيّن الاختلاف من حيث الكمّ ، فاقسامه اربعة (٤) لانّه (٥) امّا ان يكون مختلف الاجزاء (٦) او متفقها ، وعلى التقديرين ، فامّا ان يزيد (٧) و امّا ان ينقص (٨)

فالأول : تبين النقص فى متساوى الأجزاء ، و لا اشكال (٩) فى الخيار

---

(١) قال آية اللّه العظمى الخوئى فى ج ١ منهاج الصالحين : مقدار الصاع بحسب الكيلو ثلاث كيلوات تقريبا ، انتهى (٢) قوله (الذى) خبر لمبتدأ مقدّم و هو قوله (تفصيل) ، (٣) قوله (لو باع ،الخ) مفعول لقوله (ذكر) يعنى انّ جملة (لو باع شيئا ،الخ) منصوبة محلا حتى تكون مفعولة لقوله (ذكر) ، (٤) قوله (فاقسامه اربعة) جواب شرط لِـ (لو) ، (٥) الضمير يرجع الى الشئ الذى جعل مبيعا (٦) مختلف الأجزاء مثل الأرض ، و متفقها ، مثل الحنطة (٧) اى فامّا ان يزيد المبيع عمّا شرط فيه قدرا معيّنا ، سواء كان مختلف الأجزاء ، ام متفقها ، و امّا ان ينقص عمّا شرط فيه قدرا معيّنا ، سواء كان فى مختلف الأجزاء ، ام متفقها (٨) فلا يخفى انّ اوّل عبارة العلامة التى نقلها المصنف هنا ، هو قوله (لو باع شيئا) و آخرها قوله (و امّا ان ينقص) فانّ ما بعده و هو قوله (فالأول ، الخ) عبارة المصنف (ره) ، (٩) اى و لا اشكال فى الخيار ، و هو خيار تخلف الشرط على تقدير لحاظ جانب القيديّة ، و خيار تبعّض الصفقة على تقدير لحاظ جانب الجزئية

و انّما الاشکال و الخلاف فی انّ له الامضاء بحصة (۱) من الثمن او لیس له الامضاء الّا بتمام الثمن، فالمشهور کما عن غایة المرام، هو الأول (۲) و قد حکی عن المبسوط و الشرایع و جملة من کتب العلامة و الـــدروس و التنقیح (۳) و الروضة و ظاهر السرائر و ایضاح النافع (۴) حیث اختـارا ذلک فی مختلف الأجزاء، فیکون کذلک فی متساوی الأجزاء بطریق اولـی و یظهر من استـدلال بعضهم، علی الحکم فی مختلف الأجزاء کونه (۵) فی متساوی الأجزاء مفروغا عنه، و عن مجمع البرهان (۶) انّه ظاهـــر القوانین الشرعیة، و وجهه (۷) مضافا الی فحوی الروایة الآتیة

---

(۱) مثلا، باع صبرة علی انّها عشرة اصوع بخمسة دنانیر، ثمّ ظهر انّها ثمانیة اصوع، فنسبة التفاوت الذی هو الاثنان الی العشرة، هو الخمس ($\frac{1}{5}$) فیسترجع المشتری من الثمن، خمسه ($\frac{1}{5}$) و هو دینار واحد من خمسـة دنانیر (۲) فالمراد بالأول، هو انّ له الامضاء بحصة من الثمـــن (۳) للفاضل المقداد (۴) للفاضل القطیفی (۵) قوله (کونه) فاعل لقوله (یظهر) و الضمیر فی (کونه) یرجع الی الحکم (۶) للمحقق الأردبیلی (۷) ای وجـه الأول الذی هو انّ له الامضاء بحصة من الثمن، ما اشرنا الیه من انّ کون المبیع الشخصی الذی هی الصبرة بمقدار عشرة اصوع، و ان کان بصورة الشرط، حیث قال: بعتک هذه الصبرة علی انّها عشرة اصـوع، الا انّ مرجعه الی کون المبیع عشرة اصوع، کما لو کال البایع و المشتری طعاما فاشتراه المشتری، فتبیّن الغلط فی الکیل

فى القسم الثانى ، ما اشرنا اليه من (١) انّ كون المبيع الشخصى بذلك المقدار و ان كان بصورة الشرط ، الّا انّ مرجعه الى كون المبيع هـذا القدر ، كما لو كالا طعامعا ، فاشتراه ، فتبيّن الغلط فى الكيل ، و لا يرتاب اهل العرف فى مقابلة الثمن لمجموع المقدار المعين المشترط هنا ، خلافا لصريح القواعد (٢) و محكى الايضاح ، و قوّاه (٣) فى محكى حواشى الشهيد و الميسية (٤) و الكفاية ، و استوجهه (٥) فى المسالك ، و يظهر من جامع المقاصد ايضا ، لانّ المبيع (٦) هو الموجود الخارجى كائنا ما كان ، غاية الأمر ، انّه التزم ان يكون بمقدار معيّن

---

(١) قوله (من انّ ، الخ) بيان لِـ (ما) ، (٢) يعنى انّ صاحب القواعد صرّح بعدم التقسيط ، بمعنى انّه ليس له الامضاء الّا بتمام الثمن فى صورة عدم الفسخ (٣) الضمير يرجع الى الخلاف (٤) للشيخ على الميسى و هو المعاصر للمحقق الكركى (٥) يرجع الضمير الى الخلاف (٦) دليل عدم التقسيط قوله (لانّ المبيع هو الموجود الخارجى ، الخ) مثلا ، لو قال البايع : بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم على انّها عشرة اصوع ، فظهر انّها ثمانية اصوع ، فانّ المبيع بناء على صريح القواعد و محكى الايضاح و على قول من وافقهما ، هو ثمانية اصوع فى مقابل عشرة دراهم ، غاية الأمر ، انّه التزم على ان تكون الصبرة عشرة اصوعا ، فانّ العشرة صفة غير موجودة فى المبيع ، فاوجب الخيار بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن كالكتابة المفقودة فى العبد و ليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار الذى هو عشرة اصوع فى المثال ، لانّ ذلك المقدار الذى عشرة اصوع ، غير موجود فى الخارج

و هو (١) وصف غير موجود فى المبيع ، فاوجب الخيار ، كالكتابة المفقودة فى العبد ، و ليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار ، لانّه (٢) غير موجود فى الخارج مع انّ (٣) مقتضى تعارض الاشارة و الوصف غالبا (٤) ترجيح الاشارة عرفا ، فارجاع قوله : بعتك هذه الصبرة على انّها عشرة اصوع ، الى قوله : بعتك عشرة اصوع موجودة فى هذا المكان ، تكلّف (٥)

---

(١) الضمير يرجع الى مقدار معيّن (٢) يرجع الضمير الى ذلك المقدار (٣) قوله (مع انّ ، الخ) دليل آخر لعدم التقسيط ، مثلا لو قال البايع : بعتك هذه الصبرة على انّها عشرة اصوع بعشرة دراهم ، فظهر انّها ثمانية اصوع ، فان قلنا : بترجيح الاشارة ، فالثمن لا يقسط ، لانّ الثمن وقع فى مقابل الثمانية ، و ان قلنا : بترجيح الوصف ، فالثمن يقسط ، لانّ الثمن وقع فى مقابل العشرة ، فالمراد من الاشارة فى المثال المذكور هو قوله (هذه الصبرة) و المراد من الوصف هو قوله (على انّها عشرة اصوع) ، (٤) و انّما قال (غالبا) لانّه قد يقدّم الوصف على الاشارة فى معاوضة الجنس الربوى ، مثلا لو وازن الربوى بجنسه ، فطفّف فى احدهما ، فان قال البايع : بعتك هذه الصبرة على انّها عشرة اصوع بهذه الصبرة التى هى العشرة ، فظهر انّها ثمانية اصوع ، فحصل الاختلاف بين الوصف و المشار اليه ، لانّ الوصف هو العشرة ، و المشار اليه هو الثمانية ، لم يبعد تقديم الوصف حتى تكون المعاوضة صحيحة ، كما اختاره المصنف فى مسئلة التطفيف ، حيث قال : و لو جرت عليه على انّه بذلك الوزن بجعل ذلك عنوانا للعوض ، فحصل الاختلاف بين العنوان و المشار اليه ، لم يبعد الصحة (٥) قوله (تكلّف) خبر لمبتدأ مقدّم و هو قوله (فارجاع)

و الجواب (١) انّ كونه من قبيل الشرط مسلّم ، الّا انّ الكبرى (٢) و هى انّ كلّ شرط لا يوزّع عليه الثمن ، ممنوعة ، لانّ المستند فى عدم التوزيع عدم المقابلة عرفا ، و العرف حاكم فى هذا الشرط بالمقابلة ، فتأمل (٣) الثانى (٤) : تبيّن النقص فى مختلف الأجزاء (٥) و الأقوى فيه (٦) ما ذكر من التقسيط مع الامضاء ، وفاقا للأكثر ، لما ذكر سابقا من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع ، مضافا الى خبر ابن حنظلة : رجل باع ارضا على انّها عشرة اجربة ، فاشترى المشترى منه بحدوده و نقد (٧) الثمن و اوقع صفقة البيع و افترقا ، فلمّا مسح (٨) الأرض

---

(١) اى الجواب عن القول بعدم التقسيط ، انّ كون قوله (على انّها عشرة اصوع) من قبيل الشرط مسلّم (٢) يعنى لو استدل على عدم التقسيط بانّ قوله (على انّها عشرة اصوع) شرط ، و كلّ شرط لا يوزّع عليه الثمن فهذا الشرط لا يوزّع عليه الثمن لم يصحّ ، لانّ الكبرى ممنوعة (٣) لعلّه اشارة الى انّه على فرض الشرطيّة ، لا يكون فرق بينه و بين سائر الشروط فى عدم توزيع الثمن عليه ، لانّه مأخوذ فى البيع بنحو القيد ، و هو ما لا يوزّع عليه الثمن (٤) اى القسم الثانى من الأقسام الأربعة (٥) مثلا باع زيد ارضا معيّنا على انّها عشرة اجربة ، فظهر انّها ثمانية (٦) يرجع الضمير الى تبيّن النقص فى مختلف الأجزاء (٧) نَقَدَ فُلاناً و لِفُلانٍ الثمنَ : اعطاه ايّاه نقدا معجّلا . نقده درهما : اعطاه ايّاه (المنجد) ، (٨) قال فى اقرب الموارد : مَسَحَ المسّاحُ الأرضَ مَسْحاً و مِساحةً ، ذرعها و قسّمها بالمقياس

فاذا هی خمسة اجربة ، قال :فان شاء استرجع فضل ماله و اخذ الأرض (١) و ان شاء (٢) ردّ المبیع و اخذ المال کلّه ، الّا ان یکون له الی جنب تلك الأرض ارضون فلیوفه (٣) و یکون البیع لازما ، فان لم یکن له فی ذلك المکان غیر الذی باع ، فان شاء المشتری اخذ الأرض و استرجع فضل ماله ، و ان شاء ردّ الأرض و اخذ المال کلّه ، الخبر. ولا بأس باشتماله (٤) علی حکم مخالف للقواعد (٥) لانّ غایة الأمر علی فرض عدم امکان ارجاعه (٦) الیها و مخالفة ظاهره للاجماع طرح (٧) ذیله الغیر المسقط لصدره عن الاحتجاج ، خلافا (٨) للمحکی عن المبسوط

---

(١) یعنی قال الامام ﴿ع﴾ :فان شاء المشتری امضی البیع و استرجع من البایع التفاوت بین ثمن خمسة اجربة ، و بین ثمن عشر اجربة ، و اخذ الأرض ان لم یأخذها منه (٢) ای و ان شاء المشتری فسخ البیع و ردّ المبیع و اخذ المال کلّه الذی هو الثمن (٣) ای فلیوف البایع القدر الناقص الذی هو خمسة اجربة من الأرض المتصلة للأرض المشتراة (٤) الضمیر یرجع الی خبر ابن حنظلة (٥) و انّما کان ذیل الخبر مخالفا للقواعد ، لانّ البیع الذی ذکر فی الخبر وقع علی المبیع الشخصی و لم یقع علی المبیع الکلی حتی یجوز تکمیل الناقص من الأرض التی کانت فی جنب الأرض المبیعة (٦) ای ارجاع ما ذکر فی الخبر الی القواعد (٧) قوله (طرح) مضاف ، خبر لِ (انّ)، (٨) یعنی انّ المحکی عن المبسوط فی صورة تبیّن النقص فی مختلف الأجزاء و هو عدم التقسیط ، مخالف لقول المصنف ، حیث قال : و الأقوی فیه ما ذکر من التقسط

و جميع من قال فى الصورة الاولى (١) بعدم التقسط لما ذكر هناك(٢)من كون المبيع عينا خارجيّا لا يزيد و لا ينقص ، لوجود الشرط وعدمه ، و الشرط التزام من البايع بكون تلك (٣) العين بذلك المقدار، كما لو اشترط حمل الدابة او مال العبد ، فتبيّن عدمهما ، و زاد بعض هؤلاء ما (٤) فرق (٥) به فى المبسوط بين الصورتين ، بانّ (٦) الفائت هنا (٧) لا يعلم قسطه (٨) من الثمن ، لانّ المبيع مختلف الأجزاء ، فلا يمكن قسمته (٩) على عدد الجربان (١٠) و فيه (١١) انّ

---

(١) و هى صورة تبيّن النقص فى متساوى الأجزاء (٢) اشارة الى الصورة الاولى (٣) اى و الشرط التزام من البايع ، مثلا بكون هذه الصبرة بعشرة اصوع (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 (بانّ) متعلق بقوله (فرّق) ، (٧) اشارة الى القسم الثانى ، اى الصورة الثانية (٨) الضمير يرجع الى الفائت (٩) اى قسمة الثمن (١٠) و حاصل وجه ما فرّق به ، انّه فى صورة اختلاف الأجزاء لا يمكن ان يعلم اىّ مقدار من الثمن وقع بازاء الفائت، لانّ الفائت غير معلوم انّه من قبيل اىّ جزء من اجزاء الأرض الموجودة ، مثلا اذا باع ارضا على انّها عشرة اجربة ، و فرض نقصانها عنها بجريبين ، و المفروض انّ بعض تلك الأرض من السهل و بعضها من الحزن ، فلا يعلم انّ الجريبين الفائتين من اىّ قسمين ، فلا يمكن التقسيط (١١) و حاصل قوله (و فيه ، انّ عدم معلوميّة قسطه ، الخ) انّ عدم معلومية قسطه من الثمن لا يوجب عدم استحقاق المشترى ما يستحقه على تقدير العلم ، مثلا اذا ←

عدم معلومیّة قسطه (۱) لا یوجب عدم استحقاق المشتری ما یستحقه علی تقدیر العلم ، فیمکن التخلص بصلح او نحوه ، الّا ان یدّعی (۲) استلزام ذلك جهالة ثمن المبیع فی ابتداء العقد ، مع عدم امکان العلم به (۳) عند الحاجة الی التقسیط ، و فیه (۴) منع عدم المعلومیة

← باع ارضا علی انّها عشرة اجربة ، و فرض نقصانها عنها بجریبین فانّ عدم معلومیّة قسط الجریبین من الثمن لا یوجب عدم استحقاق المشتری الأرض الموجودة التی هی ثمانیة اجربة ، و یمکن التخلص من حق المشتری من الثمن الذی هو مقابل الجریبین بالصلح و نحوه (۱) الضمیر یرجع الی الفائت (۲) حاصل قوله (الّا ان یدّعی ، الخ) انّ عدم معلومیة قسط الفائت من الثمن یستلزم جهالة ثمن المبیع فی ابتداء العقد ، مثلا اذا باع ارضا علی انّها عشرة اجربة ، و فرض نقصانها عنها بجریبین ، فحینئذ لم یعلم حین العقد انّ ای مقدار من الثمن مقابل للأرض الموجودة التی هی ثمانیة اجربة ، و لا یخفی ، انّ المصنف (ره) لم یتعرض لردّ قوله (الّا ان یدّعی ، الخ) و لکن المناسب ان یتعرض لردّه ، بانّ اللازم لیس معرفة ما یقع ثمنا و مثمنا فی الواقع ، و انّما اللازم معرفة ما یقع ثمنا و مثمنا حین العقد بحسب بناء المتعاملین ، و هی عشرة اجربة من الأرض فی مقابل عشرة دنانیر مثلا ، فلا جهالة فی شئ منهما حین العقد (۳) ای مع عدم امکان العلم بثمن المبیع الموجود عند الحاجة الی التقسیط (۴) قوله (و فیه منع عدم المعلومیة ، الخ) ردّ علی قوله (مع عدم امکان العلم به ، الخ) و حاصل الردّ ، انّ المبیع بحسب فرض المتعاملین عشرة اجربة من الأرض المختلفة الأجزاء بالسهولة و الحزونة ، و الفائت ←

لانّ الفائت صفة (١) كون هذه الأرض المعيّنة المشخصة عشرة اجربة ، و يحصل فرضه (٢) و ان كان المفروض مستحيل الوقوع بتضاعف كلّ جزء من الأرض ، لانّه معنى فرض نفس الخمسة عشرة ، و فرضه (٣) ايضا بصيرورة ثلاثة منها ثمانية ،او اربعة تسعة ، او واحد ستّة ، اوغير ذلك ، و ان كان ممكنا الّا انّه لا ينفع مع فرض تساوى قطاع الأرض (٤) و مع اختلافها (٥)

← خمسة اجربة من الأرض التى تعيّنت بانّها عشرة اجربة ، فكيف يستحيل تقوّمه ، لانّ الفائت الذى هو خمسة اجربة جزء كون هذه الأرض المعيّنة المشخصة عشرة اجربة ، و يحصل فرضه بتضاعف كلّ جزء من الأرض لانّه معنى فرض نفس الخمسة عشرة ، فحينئذ يمكن العلم بثمن المبيع الموجود عند تقسيط الثمن على الفائت (١) فالمراد من قوله (صفة) هو الجزء ، لانّ المقصود فيما نحن فيه ان يفرض الفائت جزء لا وصفا (٢) اى و يحصل فرض كون هذه الأرض المعينة المشخصة عشرة اجربة بتضاعف كلّ جزء من الأرض (٣) الضمير يرجع الى قوله (كون هذه الأرض المعيّنة المشخصة عشرة اجربة) ، (٤) فلايخفى ، انّ مورد الاشكال صورة الاختلاف لا صورة التساوى ، لانّ صورة التساوى لا اشكال فيها، و لو لم يذكر صورة التساوى كان اولى (٥) و حاصل ما ذكره فى الجواب بقوله (الّا انّه لا ينفع مع فرض تساوى قطاع الأرض ، و مع اختلافها ، الخ) انّ العلم بالثمن عند الحاجة الى تقسيط الثمن على الفائت فى صورة الاختلاف ممكن ايضا لانّه اذا رأى المبيع الموجودة انّه مختلف من حيث السهولة و الحزونة ، و فرض نقصانه ، فالمقدار الناقص ايضا يؤخذ بوصف الموجود ، مثلا اذا كان نصفه ناقصا يؤخذ ذلك مثل النصف الموجود بحسب القيمة و الكيفيّة ←

فظاهر التزام کونها (١) عشرة مع رؤیة قطاعها المختلفة ، او وصفها (٢) له یقضی بلزوم کون کلّ جزء منها مضاعفا علی ما هو علیه من الصفات المرئیة او الموصوفة ، ثمّ انّ المحکی عن الشیخ العمل بذیل الروایة (٣) المذکورة و نفی عنه البعد فی التذکرة ، معلّلا بانّ القطعة المجاورة للمبیع اقرب الی المثل من الأرش ، و فیه (٤) مع منع کون نحو الأرض (٥) مثلیّا انّ (٦) الفائت لم یقع المعاوضة علیه فی ابتداء العقد ، و قسطه (٧)

← لانّ المفروض انّه رای هذا الموجود بهذه الکیفیّة و تخیّل انّه غیر ناقص ، فلو فرض ربع الموجود بوصف ، و ثلاثة ارباعه بوصف آخر یجعل الفائت ایضا کذلك و هکذا (١) ای کون الأرض عشرة اجربة (٢) ای وصف البایع الأرض للمشتری (٣) فالمراد من (ذیل الروایة) هو قوله ﴿ ع ﴾ : الّا ان یکون له الی جنب تلك الأرض ارضون ، فلیوفه ، و یکون البیع لازما (٤) یرجع الضمیر الی التعلیل الذی ذکره فی التذکرة (٥) انّما منع کون نحو الأرض مثلیّا ، لانّ ما لا تتساوی اجزائه لا یکون مثلیّا (٦) قوله (انّ) مع اسمها و خبرها ، مبتدأ مؤخر ، و خبره قوله (فیه) یعنی انّ الفائت الذی هو الأجربة الخمسة الناقصة ، لم یقع المعاوضة علیه حین العقد حتی اذا فات ، یکون البایع ضامنا لمثله او قیمته ، و مقابل الفائت من الثمن باق فی ملك المشتری (٧) الضمیر یرجع الی الفائت

من الثمن باق فى ملك المشترى ، و ليس (١) مضمونا على البايع حتى يقدّم مثله على قيمته ، و امّا الشيخ قدّس سرّه ، فالظاهر استناده فى ذلك الى الرواية (٢)

الثالث (٣) : ان يتبيّن الزيادة عمّا شرط على البايع ، فان دلّت القرينة (٤) على انّ المراد اشتراط بلوغه (٥) بهذا المقدار ، لا بشرط عدم

---

(١) اسم (ليس) مستتر يرجع الى الفائت (٢) فانّ الشيخ قدّس سرّه استند فى العمل المذكور الى الرواية ، و لم يذكر علّة له حتى يكون مطابقا للقاعدة ، كما ذكر العلامة العلّة فى التذكرة حتى يكون مطابقا للقاعدة ، فلا يرد على ما ذكره الشيخ ما اورد المصنف على ما ذكره العلامة (٣) اى القسم الثالث من الأقسام الأربعة ، ان يتبيّن الزيادة عمّا شرط على البايع فى متساوى الأجزاء (٤) يعنى فان دلّت القرينة على انّ المراد اشتراط بلوغ المبيع بهذا المقدار ، لا بشرط عدم الزيادة ، اى بالنسبة الى وجود الشرط و عدمه ، مثلا قال : بعتك هذه الصبرة على انّها عشرة اصوع ، فظهر انّها احدى عشرة صاعا ، و دلّت القرينة على انّ المراد على اشتراط بلوغ الصبرة بهذا المقدار ، لا بشرط عدم الزيادة ، يعنى سواء وجد الشرط الذى هو كونها عشرة اصوع ، ام لم يوجد ، فالظاهر انّ الكلّ للمشترى و لا خيار للبايع ، لانّه اذا دلّت القرينة على انّ المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار ، لا بشرط عدم الزيادة (٥) الضمير يرجع الى المبيع

الزیادة ، فالظاهر انّ الکلّ للمشتری ، و لاخیار (۱) ، و ان اريد ظاهره (۲) و هو کونه شرطا للبایع (۳) من حیث عدم الزیادة ، و علیه (۴) من حیث عدم النقیصة ، ففی کون (۵) الزیادة للبایع (۶) و تخیّر المشتری (۷) للشرکة ، او تخیّر البایع (۸) بین الفسخ و الاجازة لمجموع الشئ

---

(۱) ای و لاخیار للبایع ، لانّ المبیع ذات الصبرة ، سواء زادت ام نقصت (۲) یرجع الضمیر الی الشرط (۳) ای کونه شرطا لنفع البایع من حیث عدم الزیادة (۴) ای و علی ضرر البایع من حیث عدم النقیصة (۵) قوله (ففی کون الزیادة) جواب شرط لِ (ان) ، (۶) فوجه کون الزیادة للبایع انّ الجزء الزائد لابدّ له من سبب ملّك فیه للمشتری و لا سبب هنا الّا عقد البیع ، و المفروض انّ المبیع هو المقدّر بعشرة اصوع ، فالصاع الحادی عشر غیر داخل فی المبیع ، فیکون الزائد باقیا فی ملك البایع (۷) و وجه تخیّر المشتری بین الامضاء و الفسخ فی صورة کون الزیادة للبایع ، انّ البایع و المشتری یکونان شریکین فی الصبرة التی ظهر انّها احدی عشرة صاعا ، فیکون للمشتری الخیار للشرکة ، کما اذا اشتری شیئا و ظهر له شریك فی ذلك الشئ ، و هذا یسمّی خیار الشرکة (۸) و قوله (تخیّر البایع) عطف علی قوله (کون الزیادة) و وجه تخیّر البایع بین الفسخ و الاجازة لمجموع الشئ بالثمن ، انّ المبیع هو العین الشخصیة الموصوفة بکونها مقدارا مخصوصا بالثمن المعیّن و فوات الوصف لا یخرج الجمیع عن کونها مبیعا ، فیتخیّر البایع لفوات الوصف بین الفسخ و الاجازة لمجموع المبیع بالثمن

بالثمن، وجهان، من انّ مقتضى ما تقدم من (١) انّ اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزلة تعلق البيع به (٢) فهو (٣) شرط صورة و له حكم الجزء عرفا انّ اشتراط(٤)عدم الزيادة على المقدار هنا (٥) بمنزلة الاستثناء و اخراج الزائد عن المبيع، و من الفرق (٦) بينهما (٧) بانّ اشتراط عدم الزيادة شرط عرفا و ليس بمنزلة الاستثناء، فتخلّفه (٨) لا يوجب الّا الخيار، و لعلّ هذا (٩) اظهر مضافا (١٠) الى امكان الفرق بين الزيادة و النقيصة مع اشتراكهما (١١) فى كون مقتضى القاعدة فيهما كونهما

---

(١) قوله (من مقتضى ما تقدّم، الخ) بيان لقوله (كون الزيادة للبايع الخ)، (٢) يرجع الضمير الى المقدار المعيّن (٣) الضمير يرجع الى المقدار المعيّن (٤) قوله (انّ) مع اسمها و خبرها، خبر لِ (انّ) فى قوله (من انّ مقتضى)، (٥) اشارة الى ان يتبيّن الزيادة عمّا شرط على البايع (٦) قوله (و من الفرق بينهما، الخ) بيان لقوله (تخيّر البايع بين الفسخ و الاجازة، الخ)، (٧) يرجع الضمير المثنّى الى اشتراط عدم الزيادة و منزلة الاستثناء (٨) الضمير يرجع الى الشرط (٩) اشارة الى انّ اشتراط عدم الزيادة شرط عرفا، فيكون البايع مخيّرا بين الفسخ و الاجازة لمجموع الشئ بالثمن (١٠) اى مضافا الى امكان الفرق بين الزيادة و النقيصة بورود النصّ المتقدم فى النقيصة، حيث قال الامام ﴿ع﴾ (فان شاء استرجع فضل ماله و اخذ الأرض، و ان شاء ردّ المبيع و اخذ المال كلّه) فانّ الامام ﴿ع﴾ جعله من نقص الجزء، لا من تخلف الشرط. فلو لم يكن فى النقيصة نصّ لقلنا ايضا فيها انّه من تخلف الوصف (١١) حاصله انّ مقتضى القاعدة فى تبيّن الزيادة و النقيصة كونهما من تخلف الوصف ←

من تخلف الوصف لا نقص الجزء او زیادته بورود النصّ المتقدم فی النقیصة و تبقی الزیادة علی مقتضی الضابطة ، و لذا (۱) اختار الاحتمال الثانی (۲) بعض من قال : بالتقسیط فی اطراف النقیصة ، و قد یحکی عن المبسوط القول بالبطلان هنا (۳) لانّ البایع لم یقصد بیع الزائد ، و المشتری لم یقصد شراء البعض ، و فیه تأمل (۴).

الرابع (۵) : ان یتبیّن (۶) فی مختلف الأجزاء ، و حکمه یعلم ممّا ذکرنا (۷)

← لا من نقص الجزء او زیادته الّا انّ تبیّن النقیصة خرج بالنصّ و یبقی تبیّن الزیادة علی مقتضی القاعدة (۱) اشارة الی انّ الفارق بین الزیادة و النقیصة هو النص ، و انّ النقیصة خارجة عن القاعدة لأجل النص (۲) فالمراد من الاحتمال الثانی ، هو تخیّر البایع بین الفسخ و الاجازة لمجموع الشئ بالثمن (۳) اشارة الی تبیّن الزیادة (۴) لعلّه اشارة الی انّ البایع ان کان قاصدا لاستثناء الزائد بشرطه و ان کان قاصدا للشرط فالمشتری ایضا قاصد للاستثناء و قاصد للشرط ایضا ، فیحصل التطابق بین الایجاب و القبول و بین قصدهما ، لانّ العقد قد جری علی المجموع غایة ما هناک انّه قدّره بقدر معیّن ، فزاد علیه و لا دلیل علی قدح الزیادة فی الصحة (۵) ای القسم الرابع من الأقسام الأربعة (۶) ای ان یتبیّن الزیادة عمّا شرط علی البایع فی مختلف الأجزاء ، کما اذا باع ارضا علی انّها عشرة اجربة ، فظهر احد عشر جریبا (۷) فالمراد من قوله (ما ذکرنا) هو انّه ان دلّت القرینة علی انّ المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزیادة ، فالظاهر انّ الکلّ للمشتری و لا خیار ، و ان اُرید ظاهره ، ففی کون الزیادة للبایع او تخیّر البایع بین الفسخ و الاجازة ←

﴿ القول فى حكم الشرط الفاسد ﴾

الكلام فيه يقع فى امور :

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

← لمجموع الشئ بالثمن وجهان ، الخ (١) اى الأمر الأول (٢) فلا يخفى ، انّ العمل بالشرط الفاسد ، قسمان ، احدهما : العمل به مشروع كشرط ترك تزوّج امرئة اخرى على الزوجة فى متن عقد النكاح ، او شرط ترك اتيان السرّيّة عليها . فانّهما شرطان فاسدان لكن العمل بهما مشروع كما فى رواية ابن مسلم عن ابى جعفر ﴿ ع ﴾ قال : قضى امير المؤمنين ﴿ ع ﴾ : فى امرئة تزوّجها رجل ، و شرط عليها و على اهلها ان تزوّج عليها امرئة او هجرها او اتى عليها سرّيّة . فهى طالق ، فقال : شرط اللّه قبل شرطكم ان شاء وفى بشرطه ، و ان شاء امسك امرئة و تزوّج عليها و تسرّى و هجرها ان اتت بسبب ذلك ، الخبر . فانّ المراد بالشرط فى الرواية ، هو ترك التزوّج بأمرئة اخرى على الزوجة و ترك اتيان التسرّى عليها و عدم هجرها و ثانيهما : العمل به غير مشروع و حرام ، كشرط شرب الخمر ، فانّ العمل بهذا الشرط الفاسد ، حرام (٣) انّما استحب الوفاء بالشرط الفاسد لأجل ادلّة الوفاء بالوعد ، اذا قلنا بعدم فساد اصل العقد ، امّا اذا قلنا بفساد اصل العقد بسبب الشرط الفاسد ، فلا يستحب الوفاء به ، لانّه اذا لا يبقى العقد ، لا يبقى الشرط حتى يستحب الوفاء به ، اورد الغروى (ره) على المصنف (ره) بقوله : و ما افاده قدّس سرّه من التقييد بعدم كون الشرط الفاسد مفسدا ، فلا ارى لها وجها وجيها ، لانّ فساد العقد ←

علی القول بعدم فساد اصل العقد ، ولا تأمل ایضا فی انّ الشرط الفاسد لأجل الجهالة (۱) یفسد العقد لرجوع الجهالة فیه (۲) الی جهالة احد العوضین ، فیکون البیع غررا ، وکذا (۳) لو کان الاشتراط موجبا لمحذور آخر فی اصل البیع ، کاشتراط بیع المبیع من البایع ثانیا ، لانّه موجب للدور او لعدم القصد (۴) الی البیع الأول ، او للتعبّد (۵) من اجل الاجماع او النصّ ، وکاشتراط (۶) جعل الخشب المبیع صنما ، لانّ المعاملة علی هذا الوجه اکل للمال بالباطل (۷)

← یوجب خروج الالتزام المحقق عن کونه شرطا لخروجه عن الضمنیّة ، لا انّ طبیعة الالتزام تنعدم بفساد العقد ، انتهی (۱) کاشتراط عمل مجهول ، کما اذا قال : بعتك هذا الکتاب بدرهم بشرط ان تخیط لی ثوبا ، فانّ الشرط حینئذ مجهول یؤثر فی فساد العقد ، فانّ وجوده یوجب غرریّة البیع (۲) یرجع الضمیر الی الشرط (۳) ای وکذا لا تأمل ایضا فی فساد العقد ، لو کان الاشتراط موجبا لمحذور آخر فی اصل البیع ، کاشتراط بیع المبیع من البایع ثانیا ، لانّ وجوده یمنع عن وجود العقد ، لانّه موجب للدور (۴) ای لا تأمل ایضا فی فساد العقد فی صورة اشتراط بیع المبیع من البایع ثانیا ، لأجل عدم قصد البایع الی البیع الأول (۵) یعنی لا تأمل ایضا فی فساد العقد فی صورة بیع المبیع من البایع ثانیا ، لأجل التعبّد من اجل الاجماع او النصّ (۶) قوله (کاشتراط جعل الخشب) عطف علی قوله : کاشتراط بیع المبیع (۷) فانّ تقریب کونه اکلا للمال بالباطل ، انّ الثمن انّما هو بازاء مالیّة الخشب ، ولا مالیّة له الّا بلحاظ ما فیه من المنافع ، فاذا حصّر البایع ←

و لبعض الأخبار (١) و انّما الاشكال فيما كان فساده لا لأمر مخلّ (٢) بالعقد ، فهل يكون مجرّد فساد الشرط موجبا لفساد العقد ، ام يبقى العقد على الصحة ؟ قولان ، حكى اوّلهما (٣) عن الشيخ و الاسكافى و ابن البرّاج و ابن سعيد ، و ثانيهما ، للعلامة و الشهيدين

← منفعته فى المحرّم ، انحصر ماليّته فى المحرّم بحسب البناء ، فيكون الثمن حينئذ بازاء الماليّة المحرّمة و هى بمنزلة عدم الماليّة فى نظر الشارع ، فيكون البيع باطلا ، فيكون الثمن بازائه اكلا للمال بالباطل

(١) فالمراد من بعض الأخبار ، هو ما تقدّم فى ج ١ ص ١٥٥ ، ١٥٦ بقوله : مثل مكاتبة ابن اذينة عن رجل له خشب ، فباعه ممّن يتّخذه صلبانا ، قال :لا . و رواية عمرو بن الحريث ، عن التوت ابيعه ممّن يصنع الصليب او الصنم ، قال:لا

(٢) يعنى انّ الشرط المخلّ بالعقد ،لا اشكال و لا خلاف بين الشيخ و من تبعه ، و العلامة و من تبعه ، كالشرط المجهول ، فانّما الاشكال و الخلاف فى شرط لا يكون مخلّا بالعقد ، كما اذا قال :بعتك هذا الكتاب بدرهم بشرط ان تشرب الخمر ، او قال: بعتك هذا الكتاب بدرهم ،بشرط ان تخيط قبائى ، ان جاء زيد ،فهل يكون مجرّد فساد الشرط موجبا لفساد العقد ، ام يبقى العقد على الصحة ؟ قولان

(٣) قال السيّد و المامقانى و الشهيدى قدّس سرّهم :انّ الظاهر انّ هذا سهو من القلم ، اذ النسبة بعكس ما ذكره ، فانّ الشيخ و من بعده قائلون بعدم الافساد ، و العلامة و من بعده ، قائلون بالافساد

و المحقق الثانی و جماعة ممّن تبعهم ، و ظاهر ابن زهرة فی الغنیة التفصیل (۱) بین الشرط الغیر المقدور ، کصیرورة الزرع سنبلا و البسر تمرا ، و بین غیره من الشروط الفاسدة ، فادّعی فی الأول ، عدم الخلاف فی الفساد و الافساد ، و مقتضی التأمل فی کلامه ، انّ الوجه (۲) فی ذلك صیرورة المبیع ، غیر مقدور علی تسلیمه ، و لو صحّ ما ذکره من (۳) الوجه ، خرج هذا القسم (۴) من الفاسد عن محلّ الخلاف ، لرجوعه (۵) کالشرط المجهول الی ما یوجب اختلال بعض شروط العوضین ، لکن صریح العلامة فی التذکرة وقوع الخلاف فی الشرط الغیر المقدور ، و مثّل بالمثالین المذکورین (۶) و نسب (۷) القول بصحة العقد الی بعض علمائنا

---

(۱) ای هذا التفصیل بین الشرط الغیر المقدور ، و بین غیره من الشروط الفاسدة ، قول ثالث (۲) انّ الوجه فی عدم الخلاف فی الأول الذی هو انّ الشرط الغیر المقدور ، موجب لفساد العقد ، انّ الشرط فی الحقیقة کالجزء من احد العوضین ، فانّ غیر مقدوریّة الشرط ، یستلزم غیر مقدوریّة احد العوضین ، فاذا کان الشرط غیر مقدور ، صار المبیع الذی هو احد العوضین غیر مقدور (۳) یعنی لو صحّ ما ذکره ابن زهرة من الوجه خرج هذا القسم عن محل الخلاف ، فیکون ممّا لا خلاف فیه من کونه موجبا لفساد العقد لرجوعه الی اختلال بعض شروط العوضین ، کالشرط المجهول . قوله (من الوجه) بیان لِ (ما) ، (۴) اشارة الی الشرط الغیر المقدور (۵) یرجع الضمیر الی الشرط الغیر المقدور (۶) احد المثالین صیرورة الزرع سنبلا ، و ثانیهما :صیرورة البسر تمرا (۷) ای نسب العلامة القول بصحة العقد فی صورة کون الشرط ، غیر مقدور الی بعض العلماء

و الحقّ انّ الشرط الغير المقدور من حيث هو غير مقدور لا يوجب تعذّر التسليم فى احد العوضين، نعم لو اوجبه (١) فهو خارج عن محل النزاع كالشرط المجهول حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر، و ربما ينسب الى ابن المتوّج البحرانى، التفصيل (٢) بين الفاسد، لأجل عدم تعلّق غرض مقصود للعقلاء به، فلا يوجب فساد العقد، كأكل طعام بعينه او لبس ثوب كذلك، و بين غيره (٣) و قد تقدّم (٤) فى اشتراط كون الشرط ممّا يتعلق به غرض مقصود للعقلاء عن التذكرة و غيرها، انّ هذا الشرط لغو لا يؤثر الخيار، و الخلاف (٥) فى انّ اشتراط الكفر صحيح، ام لا، و عدم الخلاف (٦) ظاهرا فى لغوية اشتراط كيل المسلم فيه بمكيال شخصى

---

(١) اى نعم لو اوجب الشرط الغير المقدور، تعذّر التسليم فى احد العوضين، فهو خارج عن محل النزاع (٢) و هذا التفصيل الذى نسب الى ابن المتوّج، قول رابع (٣) فالمراد من (الغير) فى قوله (بين غيره) هو الشرط الفاسد الذى تعلق به غرض مقصود للعقلاء (٤) اى و قد تقدم انّ هذا الشرط لغو لا يؤثر الخيار، فاذا كان الشرط لغواً لا يوجب فساد العقد، فلا يوجب ايضا ثبوت الخيار (٥) و قوله (الخلاف) عطف على قوله (انّ هذا الشرط) يعنى تقدم الخلاف فى انّ اشتراط الكفر صحيح ام لا، بقوله (و لو اشترط كون العبد كافرا، ففى صحته او لغويّته قولان للشيخ و الحلّى، الخ) ظاهر القولين التسالم على صحة العقد (٦) قوله (عدم الخلاف) ايضا عطف على قوله (انّ هذا الشرط) فالظاهر من لغويّة هذا الاشتراط التسالم على صحة العقد و فساد الشرط

معیّن، و ظاهر ذلك (۱) کلّه التسالم علی صحة العقد و لو مع لغویة الشرط، و یؤید الاتفاق (۲) علی عدم الفساد ، استدلال القائلین بالافساد ، بانّ للشرط قسطا من الثمن، فیصیر الثمن مع فساد الشرط مجهولا ، نعم (۳) استدلالهم الآخر علی الافساد بعدم التراضی (۴)

---

(۱) قوله (ذلك) اشارة الی (انّ هذا الشرط لغو، الخ) و الی (و الخلاف فی انّ اشتراط الکفر صحیح ، ام لا) و الی (و عدم الخلاف، الخ) یعنی ظاهر العبارات الثلاثة التسالم علی صحة العقد و لو مع لغویة الشرط (۲) ای یؤید الاتفاق علی عدم فساد العقد بفساد الشرط من جهة اللغویة ، استدلال القائلین بالافساد ، بانّ للشرط قسطا من الثمن فیصیر الثمن مع الشرط مجهولا ، و قد علم انّ جهالة احد العوضین یوجب فساد العقد ، و انّما قال المصنف : انّ هذا الاستدلال مؤیّد للاتفاق علی عدم فساد العقد ، لانّ الشرط اذا کان لغوا ، لم یکن له قسط من الثمن حتی فی نظر هؤلاء القائلین بالافساد ، فحینئذ لا جهالة فی الثمن بسبب هذا الشرط الفاسد ، فلا یوجب فساد العقد ، فیکون عدم فساد العقد بفساد الشرط من جهة اللغویّة اتفاقیّا (۳) ای نعم یؤید عموم محل النزاع و الکلام لهذا الشرط اللغویّ ، استدلالهم الآخر علی الافساد بعدم التراضی مع انتفاء الشرط ، فاذا انتفی الشرط ، لم یتحقق التراضی بالعقد ، فعلی هذا یکون لغویّة الشرط مفسدا للعقد من جهة عدم التراضی لأجل انتفاء الشرط (۴) قوله (بعدم التراضی) متعلق بقوله (استدلالهم)

مع انتفاء الشرط ، ربما يؤيد (١) عموم محل الكلام لهذا الشرط (٢) الّا انّ الشهيدين ممّن استدلّ بهذا الوجه (٣) و صرّح بلغوية اشتراط الكفر ، و الجهل بالعبادات بحيث يظهر منه صحة العقد (٤) فراجع ، و كيف كان فالقول بالصحة فى اصل المسئلة (٥) لا يخلو عن قوّة وفاقا لمن تقدّم لعموم الأدلة (٦) السالم عن معارضة ما يخصّصه (٧) عدا وجوه

احدها : ما ذكره فى المبسوط للمانعين (٨) من انّ (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 التراضى مع انتفاء الشرط (٤) حاصل هذه العبارات المذكورة ، انّه يظهر من الشهيدين صحة العقد مع لغويّة الشرط ، كلغويّة اشتراط الكفر ، و اشتراط الجهل بالعبادات ، مع استدلالهما على الافساد بعدم التراضى مع انتفاء الشرط (٥) فالمراد من (اصل المسئلة) هو ما تقدّم فى ص ٢٥٨ بقوله (فهل يكون مجرّد فساد الشرط موجبا لفساد العقد ، ام يبقى العقد على الصحة ؟ قولان) يعنى فالقول بصحة العقد فى اصل المسئلة المذكورة ، لا يخلو عن قوّة وفاقا لمن تقدم من الشيخ و الاسكافى و ابن البرّاج و ابن سعيد (٦) كعموم : اوفوا بالعقود ، فانّ كلّ واحد من العقد مع الشرط الفاسد و العقد المجرّد 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) اى للمانعين عن صحة العقد مع فساد الشرط (٩) قوله (من انّ) بيان لِـ (ما)

العوض مجهولا ، فاذا سقط لفساده ،صار العوض مجهولا (۱) و فیه(۲)

(۱) فلا یخفی ، انّ هذا الاستدلال علی عدم صحة العقد بفساد الشرط متضمن لامور ثلاثة ، احدها :انّ الشرط قسط من العوض و مقابل ببعض احد العوضین ، و ثانیها :انّ هذا القسط المقابل ببعض احد العوضین مجهول للمتعاقدین ، و ثالثها :انّ اسقاط هذا القسط المقابل المجهول بسبب الفساد قادح ، فیکون العقد فاسدا بسبب الشرط الفاسد ، مثلا اذا باعه ثوبا بأحد عشر درهما ، و اشترط البایع ان یعمل للمشتری صلیبا فانّ الدراهم وقع فی مقابل الثوب و عمل الصلیب ، فاذا لم یعمل الصلیب لانّه غیر مشروع ، سقط فی مقابله شئ من الدراهم ، و عند ذلك لم یعلم قیمة الثوب ، و اجاب المصنف (ره) عن هذا الاستدلال الذی تضمن امورا ثلاثة بعد النقض بالشرط الفاسد فی النکاح بوجوه ثلاثة ، احدها :انّ الشرط لیس قسطا من العوض و مقابلا ببعض احد العوضین ،لانّ مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بین الثمن و المثمن فقط ، و هذا الوجه راجع الی الأمر الأول ، و هو کون الشرط قسطا من العوض ، و ثانیها :انّه مع تسلیم انّ الشرط قسط من العوضین و مقابل ببعض احد العوضین لا نسلّم الجهالة لانضباط النسبة عند العرف کما فی باب العرش ، و هذا الوجه الثانی راجع الی الأمر الثانی ، و هو کون هذا القسط مجهولا للمتعاقدین و ثالثها :انّ الجهالة الطاریة لیست قادحة ، و انّما القادح هو الجهل به عند انشاء العقد ، و هذا الوجه الثالث راجع الی الأمر الثالث ، و هو اسقاط هذا القسط بسبب الفساد قادح (۲) الضمیر یرجع الی الاستدلال الذی ذکره بقوله (احدها :ما ذکره ، الخ) قوله (فیه) خبره

بعد النقض بالشرط الفاسد فى النكاح الذى يكون بمنزلة جزء من الصداق فيجب على هذا سقوط المسمى(۱) و الرجوع الى مهر المثل ، اوّلا : منع مقابلة الشرط (۲) بشئ من العوضين عرفا و لا شرعا ، لانّ مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن و المثمن ، غاية الأمر كون الشرط قيدا لاحدهما يكون له (۳) دخل فى زيادة العوض و نقصانه ، و الشرع لم يحكم على هذا العقد الّا بامضائه على النحو الواقع عليه (۴) فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين ، و لذا (۵) لم يكن فى فقده الّا الخيار بين الفسخ و الامضاء مجّانا ، كما عرفت

← لمبتدأ مؤخر و هو قوله (منع) ، (۱) مثلا اذا تزوّج امرئة بخمسين دينارا و اشترطت عليه فى متن عقد النكاح ان يجعل لها العنب خمرا فانّ الصداق حينئذ امران ، احدهما : خمسون دينارا ، و ثانيهما : جعل العنب خمرا ، فاذا سقط الشرط لأجل فساده ، فيكون المهر مجهولا فيجب على هذا سقوط المسمّى و الرجوع الى مهر المثل ، و الحال لم يقل احد بهذا ، فيصح النكاح ، فيجب ثبوت المسمّى (۲) يعنى منع مقابلة الشرط بشئ من العوضين ، لانّ الشرط ليس قسطا من العوضين عرفا و شرعا ، و لا مقابلا بشئ من العوضين ، لانّ مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن و المثمن فقط(۳) يرجع الضمير الى الشرط(۴)فالمراد من النحو الواقع عليه ، هو وقوع المعاوضة بين الثمن و المثمن و عدم مقابلة الشرط بجزء من العوضين(۵) و لأجل انّه ليس فى مقابل الشرط جزء من العوضين ، لم يكن فى فقد الشرط الصحيح الّا الخيار بين الفسخ و الامضاء مجّانا

و ثانیا (۱) : منع جهالة ما بازاء الشرط من العوض ، اذ لیس العوض المنضم الی الشرط ، و المجرد عنه الّا کالمتصف بوصف الصحة ، و المجرد عنه فی کون التفاوت بینهما مضبوطا فی العرف ، و لذا (۲) حکم العلامة فیما تقدم بوجوب الأرش لو لم یتحقق العتق المشروط فی صحة بیع المملوك و بلزوم قیمة الصبغ (۳) المشروط فی بیع الثوب

---

(۱) قوله (ثانیا) عطف علی قوله (اوّلا) ای و فیه ثانیا منع جهالة ما بازاء الشرط من العوض ، یعنی مع فرض تسلیم انّ الشرط قسط من العوضین و مقابل بشئ من العوضین ، نمنع الجهالة لانضباط النسبة عند العرف ، اذ لیس العوض المنضم الی الشرط ، و المجرد عنه الّا کالمتصف بوصف الصحة ، و المجرد عنه فی کون التفاوت بینهما مضبوطا فی العرف (۲) اشارة الی عدم جهالة ما بازاء الشرط من العوض ، ای لأجل عدم جهالة ما بازاء الشرط من العوض ، حکم العلامة بوجوب الأرش لو لم یتحقق العتق المشروط فی بیع المملوك ، کما اذا باع عبدا بشرط ان یعتقه المشتری ، فاذا لم یعتقه ، کان علی المشتری الأرش ، و هو التفاوت بین قیمة العبد الذی بیع بیعا مطلقا ، و بین قیمة العبد الذی بیع بشرط العتق (۳) قوله (بلزوم قیمة الصبغ) عطف علی قوله (بوجوب الأرش) یعنی و لذا حکم العلامة بلزوم قیمة الصبغ المشروط فی بیع الثوب ، مثلا اذا باع ثوبا و شرط البایع علی نفسه ان یصبغه ، ثمّ لم یصبغه ، فحینئذ للمشتری ان یأخذ من البایع قیمة الصبغ

و ثالثا (١) :منع كون الجهالة الطارئة على العوض قادحة ، انّما القادح هو الجهل به (٢) عند انشاء العقد

الثانى (٣) : انّ التراضى انّما وقع على العقد الواقع على النحوالخاص فاذا تعذّر الخصوصية ، لم يبق التراضى ، لانتفاء المقيّد (٤) بانتفاء القيد ، وعدم بقاء الجنس (٥) مع ارتفاع الفصل ، فالمعاوضة بين الثمن

---

(١) قوله (و ثالثا) عطف على قوله (اوّلا) اى و فيه ثالثا منع كون الجهالة الخ ، يعنى مع فرض تسليم الجهالة ، انّ الجهالة طارئة و نحن نمنع كون الجهالة الطارئة على العوض قادحة ، انّما القادح هو الجهل به عند انشاء العقد ، بحيث لا يعلم انّ العوض الذى يقع عليه العقد ماذا (٢) يرجع الضمير الى العوض (٣) اى الوجه الثانى من الوجوه التى ذكرت للمانعين عن صحة العقد بفساد الشرط ، انّ التراضى انّما وقع على العقد المقيّد على الشرط ، فاذا تعذّر الشرط لأجل الفساد ، لم يبق التراضى لانتفاء العقد المقيّد بانتفاء القيد ، و ربما يقال : انّ العقد مقيّد بحسب الانشاء ، لانّ الشرط قيد ، و المقيّد ينتفى بانتفاء قيده ، فلا اختصاص الاشكال بخصوص الرضا (٤) فالمراد من المقيّد ، هو العقد ، و من القيد هو الشرط ، يعنى انّ المرضى به هو المقيّد مع القيد ، فاذا انتفى المقيّد بانتفاء القيد ، فلا يبقى المرضى به (٥) يعنى بعبارة اخرى ، انّ التجارة و المعاوضة المؤثرة و الصحيحة هو المركب من العقد و التراضى فانّ العقد بمنزلة الجنس ، و التراضى بمنزلة الفصل ، فاذا ارتفع الفصل ارتفع الجنس ، فالمعاوضة و التجارة بين الثمن و المثمن مع الشرط الفاسد ارتفعت لأجل عدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل ، و المعاوضة ←

و المثمن بدون الشرط معاوضة اخری محتاجة الی تراض جدید و انشاء جدید ، و بدونه (۱) یکون التصرف اکلا للمال ، لا عن تراض ، و فیه (۲) منع کون ارتباط الشرط (۳) بالعقد علی وجه یحوج انتفائه الی معاوضة جدیدة عن تراض جدید ، و مجرّد الارتباط لا یقتضی ذلك (۴)

← بین الثمن و المثمن بدون الشرط معاوضة اخری محتاجة الی تراض جدید و انشاء جدید (۱) ای و بدون تراض جدید و انشاء جدید یکون التصرف اکلا للمال ، لا عن تراض (۲) الضمیر یرجع الی الوجه الثانی (۳) یعنی نمنع کون ارتباط الشرط بالعقد علی وجه یحوج انتفاءالارتباط المذکور الی معاوضة جدیدة ، لانّ العرف یری انّ العقد الواجد للقید و الفاقد للقید متحدان ، لامتغایران ، و یری ایضا انّ المعقود علیه و المرضیّ به موجود فلا حاجة الی تجدید المعاوضة بین الثمن و المثمن بدون الشرط عن تراض جدید ، و بعبارة اخری ، انّ القید اعنی الشرط فی المبیع المطلوب ، قد یکون رکنا و مقوّما للمبیع المطلوب ، کما لو قال : بعتك هذا الحیوان علی انّه ناطق ، فاذاً هو ناهق ، فانّ العرف یحکم بانتفاء المبیع لانتفاء النطق ، فلا یقوم الحمار مقام العبد ، و قد لا یکون رکنا و مقوّما ، کما لو قال : بعتك هذا العبد علی انّه صحیح ، و الحال انّه معیوب ، فانّ العرف یحکم بانّ العبد نفس المطلوب و ان لم یکن صحیحا فیقوم العبد الغیر الصحیح ، مقام العبد الصحیح ، و من هذا القبیل انتفاء الشرط ، فانّ انتفائه لا یوجب بطلان العقد (۴) ای و مجرّد ارتباط الشرط بالعقد ، لا یقتضی الانتفاء عند الانتفاء حتی یحتاج الی معاوضة جدیدة و تراض جدید ، کما اذا تبیّن نقص احد العوضین ، فانّه ←

كما اذا تبيّن نقص احد العوضين ، او انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع كالكتابة و الصحة و كالشروط الفاسدة في عقد النكاح (۱) فانّه لا خلاف نصّا و فتوى في عدم فساد النكاح بمجرّد فساد شرطه المأخوذ فيه ، و قد تقدّم (۲) انّ ظاهرهم في الشرط الغير المقصود للعقلاء في السلم و غيره عدم فساد العقد به ، و تقدّم (۳) ايضا انّ ظاهرهم انّ الشرط الغير المذكور في العقد لا حكم له صحيحا كان او فاسدا ، و دعوى (۴) انّ الأصل في الارتباط ، هو انتفاء الشئ بانتفاء ما ارتبط به

← اذا اشترى احد عشر منّا من الحنطة باحد عشر درهما ، فظهر انّ ثلاثة امنان منه راجع الى الغير ، لا يستلزم ذلك بطلان البيع (۱) مثلا اذا تزوّج امرئة بسبعين دينارا ، و شرطت عليه ان يجعل لها العنب خمرا ، فانّه لا خلاف في عدم فساد النكاح بمجرد فساد الشرط (۲) اى تقدم في ص ۱۱۷ بقوله : و قد صرّح جماعة ، بانّ اشتراط الكيل او الوزن بمكيال معيّن او ميزان معيّن من افراد المتعارف لغو ، سواء في السلم و غيره (۳) اى تقدّم ايضا في ص ۱۹۵ بقوله :فلو تواطيا عليه قبله ، لم يكف ذلك في التزام المشروط عليه به على المشهور (۴) وهمٌ و دفعٌ ، امّا الوهم ، فانّ ارتباط القيد و المقيّد على قسمين ، احدهما :انّ فقد القيد يوجب فقد المقيّد ، كما اذا قال :بعتك هذا الحيوان على انّه ناطق ، فظهر ناهقا ، و ثانيهما :انّ انتفاء القيد لا يوجب انتفاء المقيّد كالشروط الفاسدة في عقد النكاح و كالشرط الغير المقصود للعقلاء و غيرهما ، فالأصل في الارتباط هو كونه من القسم الأول ، لانّ مجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد كالشروط الفاسدة في عقد النكاح و غيرها ←

و مجرّد عدم الانتفاء فی بعض الموارد (۱) لأجل الدلیل لا یوجب (۲) التعدی ، مدفوعة (۳) بانّ المقصود من بیان الأمثلة (۴) انّه لا یستحیل التفکیك بین الشرط و العقد ، و انّه (۵) لیس التصرف المترتب علی العقد بعد انتفاء ما ارتبط به فی الموارد المذکورة تصرفا (۶) لا عن تراض ، جوّزه الشارع تعبّدا و قهرا علی المتعاقدین (۷) فما هو التوجیه (۸) فی

← لأجل الدلیل لا یوجب التعدی ، و امّا الدفع ، فانّ هذا التوهم مدفوعة ، بانّ المقصود من بیان الأمثلة انّه یجوز التفکیك بین الشرط و العقد و لا یستحیل ، فما هو التوجیه فی هذه الأمثلة ، هو التوجیه فی ما نحن فیه (۱) فالمراد من (بعض الموارد) هو مثل الشروط الفاسدة فی عقد النکاح ، و الشرط الغیر المقصود للعقلاء ، و الشرط الغیر المذکور فی متن العقد (۲) قوله (لا یوجب) خبر لقوله (مجرّد) مضاف الی (عدم الانتفاء) ، (۳) قوله (مدفوعة) خبر لقوله (دعوی) ، (۴) فالمراد من (الأمثلة) هو مثل الشروط الفاسدة فی عقد النکاح ، و الشرط الغیر المقصود للعقلاء ، و الشرط الغیر المذکور فی متن العقد (۵) قوله (انّه) عطف علی قوله (انّ المقصود) ، (۶) قوله (تصرفا) خبر لِ (لیس) ، (۷) حاصل هذه العبارات ، انّ التصرف المترتب علی العقد بعد انتفاء الشرط تصرف عن تراض ، و انّه لیس هذا التصرف ، تصرفا لا عن تراض حتی یقال : انّ جواز هذا التصرف لیس لأجل کونه عن تراض ، بل لأجل تجویز الشارع تعبّدا (۸) ای فما هو التوجیه فی عدم فساد العقد بفساد شرطه فی هذه الأمثلة المذکورة هو التوجیه فیما نحن فیه ، و هو عدم فساد عقد البیع بفساد شرطه

هذه الأمثلة ، هو التوجيه فيما نحن فيه ، و لذا اعترف فى جامع المقاصد بانّ فى الفرق بين الشرط الفاسد و الجزء الفاسد عسرا (١) و الحاصل (٢) انّه يكفى للمستدل بالعمومات ، منع كون الارتباط مقتضيا لكون العقد بدون الشرط، تجارة ، لا عن تراض ، مستندا الى النقض بهذه الموارد ، و حلّ ذلك (٣) انّ القيود المأخوذة فى المطلوبات العرفية

---

(١) يعنى اذا لم يكن العقد فاسدا بفساد جزئه ، لم يكن فاسدا بفساد شرطه ، فانّ فى الفرق بينهما عسرا (٢) اى الحاصل ، انّ القائل بفساد العقد مع فساد شرطه ، استدلّ بانّ الارتباط بين العقد و الشرط يقتضى 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 مقتضيا لكون العقد بدون الشرط ، تجارة ، لاعن تراض ، فى حال كون هذا المستدل مستندا فى المنع المذكور الى النقض بهذه الموارد ، مثل الشروط الفاسدة فى عقد النكاح ، و الشرط الغير المقصود للعقلاء ، و الشرط الغير المذكور فى متن العقد (٣) اى حلّ الاشكال الذى هو الارتباط بين العقد و الشرط مقتضيا لكون العقد بدون الشرط ، تجارة ، لا عن تراض ، انّ القيود المأخوذة فى المطلوبات العرفية ، كاتيان تتن الشطب ، لا الأصفر الصالح للنارجيل ، و المطلوبات الشرعية ، كالغسل بالماء للزيادة ، لا التيمّم ، منها ما هو ركن المطلوب كما اذا باع ذهبا ، فظهر نحاسا ، و منها ما ليس ركنا ، كما اذا باع العبد على انّه صحيح ، فظهر معيبا ، فانّ العرف يحكم فى المورد الأول بانتفاء المطلوب بانتفاء الشرط ، فيبطل العقد ، و انّه يحكم فى ←

و الشرعية ، منها (۱):ما هو ركن المطلوب، ككون المبيع حيوانا ناطقا ،لا ناهقا ، و كون مطلوب المولى اتيان تتن الشطب، لا الأصفر الصالح للنارجيل (۲) و مطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة ، لأجل التنظيف فانّ العرف يحكم فی هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود ،فلا يقوم الحمار مقام العبد ، و لا الأصفر مقام التتن ، و لا التيمّم مقام الغسل و منها (۳) : ما ليس كذلك ، ككون العبد صحيحا و التتن جيّدا ، و الغسل بماء الفرات، فانّ العرف يحكم فی هذه الموارد بكون الفاقد (۴) نفس المطلوب ، و الظاهر انّ الشرط(۵) من هذا القبيل ، لا من قبيل الأول (۶) فلا يعدّ التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفا لا عن تراض ، نعم (۷) غاية الأمر، انّ

← المورد الثانی بعدم انتفاء المطلوب بانتفاء الشرط، و بانّ الفاقد نفس المطلوب، فلا يبطل العقد (۱) الضمير يرجع الى القيود (۲) قال فی المنجد : (النارجيلة) لآلة يدّخن بها التنبك ، و العامة تقول :اركية (۳) يرجع الضمير الى القيود (۴) اى المبيع الفاقد للوصف ، يعنی انّ العرف يحكم فی هذه الموارد ، انّ المبيع الفاقد للوصف نفس المطلوب (۵) اى و الظاهر ، انّ الشرط من هذا القبيل ، اى انّ الشرط ليس ركنا للمطلوب (۶) و هو ان يكون الشرط ركنا للمطلوب (۷) يعنی نعم ، اذا قلنا بصحة العقد مع الشرط الفاسد ، لا يبقى العقد على لزومه ، لانّ فوات الشرط يوجب الخيار لو كان المشروط له جاهلا بفساد الشرط نظير فوات الجزء الصحيح ، كما اذا اشترى صبرة على انّها ثلاثون منّا ، فظهر عشرون ، و نظير فوات الشرط الصحيح ، كما اذا اشترى ←

فوات القيد هنا (١) موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلا بالفساد نظير فوات الجزء و الشرط الصحيحين، و لا مانع (٢) من التزامه (٣) و ان لم يظهر منه (٤) اثر فى كلام القائلين بهذا القول (٥)

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

← عبدا على انّه كاتب، فظهر غير كاتب، فانّ فوات الجزء الصحيح و الشرط الصحيح ، يوجبان الخيار(١) اشارة الى الشرط الفاسد (٢) اى و لا مانع من التزام الخيار فى العقد فى صورة كون الشرط فاسدا ، و ان لم يظهر من الخيار اثر فى كلام القائلين بالقول بصحة العقد مع فساد شرطه ،قال السيّد (ره) فى ص ١٣٨ قوله (و ان لم يظهر منه اثر، الخ) اقول :فى الجواهر بعد بيان عدم كون الشرط الفاسد مفسدا ، قال :بل اقصاه ثبوت الخيار للتضرر، و لا بأس بالتزامه هنا مع الجهل بالفساد ، بل لعلّ القائلين ببطلان الشرط خاصة ، يلتزمون بذلك ، و ان يصرّحوا به و لعلّه لمعلوميّته ، انتهى ، اى انتهى ما ذكره فى الجواهر (٣) الضمير يرجع الى الخيار (٤) مرجع الضمير هو الخيار (٥) اشارة الى القول بصحة العقد مع فساد الشرط (٦) اى الوجه الثالث من الوجوه التى استدلّوا بها على فساد العقد بفساد شرطه رواية عبد الملك (٧) فى الوسائل ، ج ١٢ ص ٤٠٩ عن عبد الملك بن عتبة ، قال سئلت ابا الحسن موسى ﴿ع﴾ عن الرجل ابتاع منه طعاما او ابتاع منه متاعا على ان ليس علىّ منه وضيعة ، هل يستقيم هذا و كيف يستقيم وجه ذلك ؟ قال :لا ينبغى ، فلا يخفى انّ الشيخ ذكر، انّ الرواية المذكورة عن الرضا ﴿ع﴾ ، و الحال انّه ذكر فى الوسائل ، انّ الرواية المذكورة عن ←

ابتاع (١) منه طعاما او متاعا على ان ليس منه علىّ وضيعة (٢) هل يستقيم هذا ، وكيف هنا ، وما حدّ ذلك ؟ قال :لا ينبغى ، والظاهر(٣) انّ المراد ، الحرمة لا الكراهة ، كما فى المختلف، اذ مع صحة العقد (٤)

← ابى الحسن موسى ﴿ع﴾ و يحتمل ان يكون رواية عبد الملك بن عتبة اثنتين ، احديهما عن ابى الحسن موسى ﴿ع﴾ ، و ثانيتهما عن الرضا﴿ع﴾

(١) قوله (ابتاع) هو المتكلم وحدة (٢) قال فى المجمع : (الوضيعة) الخسارة و النقيصة ، يعنى انّ المشترى شرط على البايع انّ خسارة المتاع على البايع عند بيع المشترى المتاع بثمن انقص من الثمن الذى اشتراه به ، لا على المشترى (٣) يعنى انّ الظاهر من قوله ﴿ع﴾:لا ينبغى هى الحرمة ، لا الكراهة ، و المراد من الحرمة ، هى الحرمة الوضعيّة،اعنى فساد العقد ، فيدل قوله (لا ينبغى)على فساد العقد المشتمل على الشرط المذكور، فحينئذ تدلّ الرواية على انّ فساد الشرط موجب لفساد العقد (٤) يعنى لو كان المراد من قوله (لا ينبغى) هى الكراهة ،يكون العقد صحيحا ، و مع صحة العقد لا يكون مكروها ، فلا بدّ من ارجاع الكراهة الى الوفاء بالشرط المذكور فى الرواية ، فحينئذ لا وجه لكراهة الوفاء بالشرط المذكور ايضا لما تقدم من استحباب الوفاء به لو كان العمل به مشروعا على القول بصحة العقد المشروط به ، و الدليل على عدم كراهة الوفاء بالشرط و استحباب الوفاء به ان كان العمل به مشروعا على القول بصحة العقد المشروط به ، قول امير المؤمنين ﴿ع﴾ : (ان شاء وَفىٰ بشرطه) فى رواية ابن مسلم عن ابى جعفر ﴿ع﴾ ، قال :قضى امير المؤمنين ﴿ع﴾ فى امرئة تزوّجها رجل و شرط عليها و على اهلها اِنْ تزوّج ←

لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد (١) و رواية الحسين ابن المنذر (٢) قال : قلت لأبى عبد الله ﴿ع﴾ :الرجل يجيئنى ، فيطلب منّى العينة (٣) فاشترى المتاع لأجله، ثمّ ابيعه ايّاه ، ثمّ اشتريه منه مكانى (٤) قال :فقال :اذا كان هو (٥) بالخيار، ان شاء باع ، و ان شاء لم يبع ، و كنت انت ايضا بالخيار ان شئت اشتريت، و ان شئت لم تشتر، فلا بأس (٦)

← عليها او هجرها او اتى عليها سريّة ، فهى طالق ، فقال ﴿ع﴾ :شرط الله قبل شرطكم ، ان شاء وفى بشرطه ، الخ ، فراجع ص ١٢٣ فاذا لم يكن وجه لكراهة الوفاء ، فلابدّ ان يراد من قوله (لا ينبغى) الحرمة الوضعية ، اعنى الفساد ، فعلى هذا رواية عبد الملك تدلّ على انّ الشرط الفاسد ، مفسد للعقد (١) فالمراد من الوعد ، هو الشرط المذكور فى رواية عبد الملك (٢) رواية الحسين ابن المنذر، عطف على رواية عبد الملك (٣) قال فى المجمع: (العِيْنَة) بالكسر و قد جاء فى الحديث ذكرها ، و اختلف فى تفسيرها ، فقال ابن ادريس فى السرائر :العينة معناها فى الشريعة ، هو ان يشترى سلعة بثمن مؤجل ، ثمّ يبعها بدون ذلك الثمن نقدا ، ليقضى دينا عليه ، الى ان قال :مأخوذ ذلك من العين ، و هو النقد الحاضر، انتهى (٤) مثلا باع زيد متاعا للرجل الذى يطلب العينة بتسعين دينارا مؤجلا ، ثمّ اشترى زيد المتاع المذكور من الرجل الطالب بسبعين دينارا نقدا ، و فائدة هذا العمل هو الفرار من الربا فى القرض (٥) يرجع الضمير الى الرجل الطالب (٦) فموضع الشاهد فى الرواية ، قوله (ابيعه ايّاه ، ثمّ اشتريه منه مكانى) لانّ اشتراء المتاع من اجل المشترى غير دخيل فيما هو المقصود من الفرار ←

قال (۱) :فقلت:انّ اهل المسجد (۲) یزعمون انّ هذا فاسد ، و یقولون انّه ان جاء به (۳) بعد اشهر، صحّ ، قال(۴) : انّما هذا تقدیم (۵) و تأخیر، لا بأس ، فانّ مفهومه (۶) ثبوت البأس اذا لم یکونا او احدهما

← من الربا فی القرض، انّما ذلك لعدم فعلیّة المتاع عنده ، فاحتاج الی الشراء حتی یبیع الی طالب العینیة ، ثمّ یشتری منه ، فحاصل الروایة انّ البایع و المشتری ان کانا مختارین فی ترك المعاملة وعدمه، فلا بأس فی صحة البیع الأول ، وکذا فی صحة البیع الثانی ، و ان لم یکونا مختارین فی ترکها وعدمها ، ففی صحة البیع الأول بأس ، لأجل فساد الشرط، لانّه لم یکن فساده الّا من جهة الشرط الفاسد ، و هو اشتراط البیع الثانی فی متن بیع الأول ، وفی صحة البیع الثانی ایضا بأس(۱) ای قال الحسین بن المنذر (۲) فالمراد من (اهل المسجد) هم علماء العامّة ، فانّهم یجلسون فی المسجد و یفتون الناس و یزعمون انّ هذا فاسد ، و یقولون :انّه ان کان اشتراء البایع المتاع المذکور بعد اشهر صحّ (۳) یرجع الضمیر الی اشتراء البایع المتاع ثانیا (۴) ای قال الامام ﴿ع﴾، (۵) یعنی انّما هذا الشراء الثانی تقدیم، ان کان فی المکان المذکور الذی ذکره بقوله (فی مکانی)،و تأخیر، ان کان بعد اشهر لا بأس لانّ الشراء الثانی ان صحّ فی الثانی ،صحّ فی الأول ایضا ، و ان لم یصح فی الأول ، لم یصح فی الثانی ایضا ، فلا معنی لصحة الثانی و بطلان الأول ، کما یزعمون (۶) ای مفهوم قول الامام ﴿ع﴾ حیث قال :اذا کان هو بالخیار، ان شاء باع، الخ) یعنی مفهومه ثبوت البأس فی البیع الأول لانّه مقیّد بالشرط الفاسد ، فیکون باطلا لأجل فساد شرطه ، وکذا فی←

مختارا فى ترك المعاملة الثانية ، وعدم الاختيار فى تركها (١) انّما يتحقق باشتراط فعلها (٢) فى ضمن العقد الأول ، و الّا فلا يلزم (٣) عليها (٤) فيصير الحاصل ، انّه اذا باعه (٥) بشرط ان يبيعه منه او يشتريه منه ، لم يصح البيع الأول (٦) فكذا الثانى

← البيع الثانى ، لانّ صحته متوقفة على صحة البيع الأول ، او يكون مفهومه ثبوت البأس فى البيع الثانى ، لأجل فساد البيع الأول اذا لم يكونا او احدهما مختارا فى ترك المعاملة الثانية (١) الضمير يرجع الى المعاملة الثانية (٢) مرجع الضمير ، هى المعاملة الثانية ، يعنى عدم الاختيار فى ترك المعاملة الثانية ، انّما يتحقق باشتراط فعل المعاملة الثانية فى ضمن العقد الأول ، و ان لم يتحقق عدم الاختيار باشتراط فعلها فى العقد الأول ، فلا يُلْزم كلّ واحد منهما على المعاملة الثانية (٣) قوله (لا يُلْزم) فعل مضارع مجهول من باب الافعال (٤) الضمير يرجع الى المعاملة الثانية (٥) اذا باعه بشرط ان يبيع المشترى المتاع من البايع ، او بشرط ان يشترى البايع من المشترى ، لم يصح البيع الأول (٦) ، يعنى يحتمل ان يكون متعلق البأس فى قوله (فانّ مفهومه ثبوت البأس) هو البيع الأول ، اى ثبوت البأس فى البيع الأول ، فحينئذ اذا شرط ان يبيعه منه او يشتريه منه ، ففى البيع الأول بأس ، اى لم يصح البيع الأول ، لانّه مقيّد بالشرط الفاسد ، فيكون البيع الأول فاسدا لأجل فساد شرطه ، فكذا لم يصح البيع الثانى ، لانّ صحته متوقفة على صحة البيع الأول ، فاذا لم يصح الأول ، لم يصح الثانى مع انّه اذا بطل البيع الأول ، لم ينتقل المتاع الى المشترى حتى يملك و يكون بيعه صحيحا

او لم یصح الثانی (۱) لأجل فساد الأول ، اذ لا مفسد له غیره ، و روایة علی ابن جعفر (۲) عن اخیه ﴿ ع ﴾ ، قال : سئلته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم الی اجل ، ثمّ اشتراه بخمسة نقدا ، أیحلّ ؟ قال : اذا لم یشترطا و رضیا ، فلا بأس (۳) و دلالتها اوضح من الاولی ، و الجواب امّا عن الاولی (۴) فبظهور ﴿ لا ینبغی ﴾ فی الکراهة ، و لا مانع من کراهة البیع علی هذا النحو ، لا انّ البیع صحیح غیر مکروه ، و الوفاء بالشرط مکروه ، و امّا عن الروایتین (۶) فاوّلا ، بانّ الظاهر من الروایتین بقرینة حکایة فتوی اهل المسجد (۷) علی خلاف قول الامام ﴿ ع ﴾ فی الروایة

---

(۱) یعنی یحتمل ان یکون متعلق البأس فی قوله (فانّ مفهومه ثبوت البأس) هو البیع الثانی ، ای ثبوت البأس فی البیع الثانی ، فحینئذ اذا شرط ان یبیعه منه او یشتریه منه ، ففی البیع الثانی بأس ، ای لم یصح البیع الثانی لأجل فساد الأول ، لانّ صحة الثانی متوقفة علی صحة الأول ، فعلی کلّ واحد من الاحتمالین تدلّ الروایة علی انّ الشرط الفاسد موجب لفساد العقد (۲) روایة علی ابن جعفر ، عطف علی قوله (روایة عبد الملك) ، (۳) و مفهومه انّهما اذا شرطا و رضیا ، ففیه بأس (۴) ای عن روایة عبد الملك (۵) یعنی و لا مانع من ان یکون البیع صحیحا و مکروها فی صورة شرط عدم الضیعة علی المشتری (۶) یعنی ، و امّا الجواب عن الروایتین ، احدهما : روایة الحسین ابن المنذر ، و ثانیهما : روایة علی ابن جعفر ، فاوّلا ، بانّ الظاهر من الروایتین هو رجوع البأس فی المفهوم الی شراء المتاع من المشتری (۷) انّما کانت حکایة فتوی اهل المسجد ، قرینة علی رجوع البأس فی المفهوم الی الشراء ، لانّهم ←

الاولى ، هو رجوع البأس فى المفهوم الى الشراء (١) و لا ينحصر وجه فساده فى فساد البيع ، لاحتمال (٢) ان يكون من جهة عدم الاختيار فيه (٣) الناشئ عن التزامه (٤) فى خارج العقد الأول ، فانّ 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) و ثانيا (٨) : بانّ غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه

← يزعمون ، انّ شراء المتاع من المشترى فى المكان ، باطل ، على خلاف قول الامام ﴿ ع ﴾ ، فيكون رجوع عدم البأس فى المنطوق ، و البأس فى المفهوم الى شراء البايع المتاع من المشترى (١) فالمراد من الشراء هو شراء البايع المتاع ثانيا من المشترى (٢) قوله (لاحتمال ان يكون الخ) علّة لقوله (و لا ينحصر وجه فساده فى فساد البيع الأول) (٣) اى ان يكون فساد الشرط من جهة عدم الاختيار فى البيع الثانى (٤) اى التزام المشروط عليه بالبيع الثانى فى خارج العقد الأول (٥) الضمير يرجع الى الشرط (٦) اى وقوع الشرط (٧) و حاصل الوجه الذى احتمله المصنف (ره) فى اقتضاء فساد الشرط ، فساد البيع الثانى من جهة عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه فى خارج العقد الأول ، انّ العرف لا يفرقون فى الزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين وقوع الشرط فى متن العقد ، او فى خارجه ، فلو صدر البيع الثانى بتوهم اللزوم ، كان صادرا عن غير طيب النفس ، و صار العقد الثانى مكرها عليه ، فيكون فاسدا لأجل عدم طيب النفس (٨) قوله (ثانيا) عطف على قوله (اوّلا) يعنى ←

بیعه (۱) علیه ثانیا ، و هو (۲) ممّا لا خلاف فیه حتی ممّن قال : بعدم فساد العقد بفساد شرطه ، کالشیخ فی المبسوط ، فلا یتعدی منه (۳) الی غیره ، فلعلّ البطلان فیه (۴) للزوم الدور ، کما ذکره العلامة ، او لعدم قصد البیع ، کما ذکره الشهید قدّس سرّه ، او لغیر ذلک (۵) بل التحقیق ، انّ مسئلة : اشتراط بیع المبیع ، خارجة عمّا نحن فیه (۶) لانّ الفساد لیس لأجل کون نفس الشرط فاسدا ، لانّه (۷) لیس مخالفا للکتاب و السنة ، و لا منافیا لمقتضی العقد ، بل الفساد فی اصل البیع لأجل نفس هذا الاشتراط فیه (۸) لا لفساد ما اشترط ، و قد اشرنا الی

← و امّا الجواب عن الروایتین فثانیا ، بانّ غایة مدلول الروایة فساد البیع الذی یشترط فیه بیع المشتری المبیع علی البایع ثانیا ، لانّ فساد هذا البیع الأول لیس لأجل فساد شرطه حتی یقال : انّ الروایة تدلّ انّ الشرط الفاسد مفسد للعقد ، و لعلّ بطلان هذا البیع ، للزوم الدور ، او لعدم قصد البیع الأول ، او لغیرهما ، بل اشتراط بیع المشتری المبیع علی البایع ثانیا ، خارج عن مسئلة انّ الشرط الفاسد مفسد للعقد ام لا ، لانّ فساد البیع الأول فیما نحن فیه ممّا لا خلاف فیه (۱) ای بیع المشتری المبیع علی البایع ثانیا (۲) یرجع الضمیر الی فساد البیع المذکور (۳) ای فلا یتعدی من مدلول الروایة الی غیره (۴) ای فی البیع المشروط فیه بیعه علیه ثانیا (۵) او لغیر ذلک ، ای او للتعبّد من اجل الاجماع او النصّ (۶) فما نحن فیه ، هل انّ الشرط الفاسد مفسد للعقد ، ام لا (۷) الضمیر یرجع الی اشتراط بیع المبیع (۸) ای بل الفساد فی اصل البیع الأول ، لأجل نفس هذا الاشتراط ، و بعبارة ←

ذلك فى اوّل المسئلة (١) و لعلّه لما ذكرنا (٢) لم يستند اليها (٣) احد فى مسئلتنا هذه ، و الحاصل (٤) انّى لم اجد لتخصيص العمومات فى هذه المسئلة ما يطمئن به النفس ، و يدلّ على الصحة (٥) ايضا جملة من

← اخرى ، انّ اشتراط بيع المبيع على البايع ثانيا ليس شرطا فاسدا حتى يقال : انّ هذا الشرط فاسد ، موجب لفساد البيع الأول ، بل فساد البيع الأول لأجل كون البيع مشروطا بعدم مثل هذا الشرط فيه و ان كان هذا الشرط صحيحا فى حدّ نفسه ، لانّ محل الكلام ما اذا كان الشرط فاسدا فى نفسه ، و هذا الشرط صحيح من حيث هو ، نعم بعد فساد البيع الأول يفسد الشرط لأجل تبعيّته للبيع الأول (١) لعلّ المراد من قوله (و قد اشرنا الى ذلك فى اوّل المسئلة) هو ما تقدم فى ص ٢٥٨ بقوله (و انّما الاشكال فيما كان فساده ، لا لأمر مخلّ بالعقد) فانّ اشتراط بيع المبيع على البايع ثانيا ، امر مخلّ بالعقد (٢) فالمراد من قوله (ما ذكرنا) هو انّ مسئلة اشتراط بيع المبيع ثانيا على البايع خارجة عمّا نحن فيه (٣) الضمير يرجع الى الرواية ، يعنى لعلّه لما ذكرنا لم يستند الى الرواية احد من الفقهاء فى مسئلتنا هذه ، و هى مسئلة : انّ الشرط الفاسد مفسد للعقد ، ام لا (٤) و الحاصل ، انّ العمومات مثل : اوفوا بالعقود ، و احلّ اللّه البيع ، شامل لجميع العقود حتى للعقد الذى كان شرطه فاسدا ، يعنى انّ صحة العقد مع فساد شرطه كان من افراد العمومات ، فالوجوه التى تقدمت ، ليست صالحة لتخصيص العمومات حتى تخرج هذه المسئلة عنها (٥) اى و يدلّ على صحة العقد مع فساد شرطه ، جملة من الاخبار

الأخبار، منها :ما عن المشایخ الثلاثة (۱) فی الصحیح عن الحلبی عن الصادق ﴿ع﴾ ، انّه (۲) ذکر انّ بریرة کانت عند زوج لها و هی مملوکة فاشترتها عائشة ، فاعتقتها ، فخیّرها (۳) رسول اللّه ﴿ص﴾ ، فقال : ان شائت (۴) قعدت عند زوجها ، و ان شائت فارقته (۵) و کان مواليها الذین باعوها اشترطوا (۶) علی عائشة ، انّ لهم ولائها (۷) فقال ﴿ص﴾ : الولاء لمن اعتق (۸) و حملها علی الشرط الخارج عن العقد مخالف

---

(۱) و هم الصدوق و الکلینی و الطوسی قدّس سرّهم (۲) ای انّ الصادق ﴿ع﴾ ذکر انّ بریرة ، الخ (۳) یرجع الضمیر المفعول الی بریرة (۴) یرجع الضمیر الفاعل المستتر الی بریرة (۵) الضمیر الفاعل المستتر یرجع الی بریرة ، و الضمیر المفعول الی الزوج (۶) ای اشتراط موالی بریرة فی البیع علی عائشة ، انّ لهم ولائها (۷) قال فی الروضة : (الوَلاء) بفتح الواو ،و اصله القرب و الدّنوّ ، و المراد هنا قرب احد شخصین فصاعدا الی آخر علی وجه یوجب الارث بغیر نسب و لا زوجیة ، و اقسامه ثلاثة کما سبق :ولاء العتق و ضمان الجریرة و الامامة ، و یرث المعتق عتیقه اذا تبرّع بعتقه و لم یتبرّء المعتق من ضمان جریرته عند العتق مقارنا له لا بعده علی الأقوی ، و لم یخلف العتیق وارثا له مناسبا ، انتهی (۸) و الحاصل ،انّ هذا الخبر یدلّ علی انّ اشتراط الموالی علی انّ لهم الولاء ، فاسد، لانّ الولاء لعائشة التی اعتقتها ، لانّه قال ﴿ص﴾ : الولاء لمن اعتق ، فعلی هذا یکون بیع الموالی بریرة من عائشة صحیحا مع فساد شرطه ،لانّ هذا الشرط لنقل الارث عن الوارث الی الغیر ، فانّ وارث بریرة هی عائشة التی اعتقتها

لتعليل فساده (١) فى هذه الرواية ، اشارةً (٢) و فى غيرها (٣) صراحة بكونه (٤) مخالفا للكتاب و السنة ، فالانصاف، انّ الرواية فى غاية الظهور (٥) و منها : مرسلة جميل ، و صحيحة الحلبى،الاولى (٦) عن احدهما (٧) فى الرجل يشترى الجارية و يشترط لأهلها ان لا يبيع و لا يهب

---

(١) الضمير يرجع الى الشرط (٢) يعنى حمل الرواية التى ذكر فيها انّ الشرط الفاسد ليس مفسدا للعقد ، على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فساده فى هذه الرواية ، اشارةً ، امّا تعليل فساده فى هذه الرواية ، اشارةً ، فانّ قوله ﴿ص﴾ : (الولاء لمن اعتق) مع كونه بيانا لحكم كلّى اشارة ، الى انّ هذا الشرط مخالف للكتاب و السنة ، لانّ شرط انتقال الارث عن الوارث الى غيره مخالف لهما ، و امّا تعليل فساده فى غير هذه الرواية ، صراحةً ، فهو قوله ﴿ص﴾ ، (قضاء اللّه احقّ و شرطه اوثق) حيث قال ﴿ص﴾ فى حكاية بريرة لما اشتريها عائشة و اشترط مواليها عليها ولائها: ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب اللّه ، فما كان من شرط ليس فى كتاب اللّه عزّ و جلّ ، فهو باطل قضاء اللّه احقّ و شرطه اوثق و الولاء لمن اعتق (٣) الضمير يرجع الى هذه الرواية (٤) قوله (بكونه) متعلق بقوله (تعليل فساده) ، (٥) فالانصاف، انّ هذه الرواية فى غاية الظهور على صحة العقد مع فساد شرطه (٦) فالمراد من الاولى هى مرسلة الجميل (٧) اى الباقر او الصادق عليهما السلام

و لا یورّث (۱) قال : یفی (۲) بذلك اذا اشترط لهم الّا المیراث

---

(۱) فلا یخفی ، انّ فی الروایة بعد قوله (لا یهب) احتمالات ثلاثة احدها : ان یکون (لا تورث) بالبناء للمفعول ، و ثانیها : ان یکون (لا یورّث) بالبناء للفاعل من باب التفعیل ، و ثالثها : ان یکون (لا یرث) بالبناء للفاعل من باب حسب یحسب ، ک (وَفِقَ یَفِقُ) و ک (وَرِمَ یَرِمُ) فیکون المعنی علی الأول : انّ الرجل یشترط لأهلها ان لا یرثها ورثته بعد موته لتکون بعد موته حرّة ، و یؤید الأول روایة صفوان عن ابن سنان ، قال : سئلت ابا عبد اللّه ﴿ ع ﴾ عن الشرط فی الاماء ، لا تباع و لا توهب ، قال : یجوز ذلك غیر المیراث ، فانّها تورث ، لانّ کلّ شرط خالف الکتاب ، باطل فراجع الی الوسائل ، ج ۱۲ ص ۳۵۳ ، و یکون علی الثانی : انّ الرجل یشترط لأهلها ان لا یورّث الجاریة بعد موته حتی یرثها ورثته ، فلا یخفی انّ المعنی علی الأول و علی الثانی یرجع الی معنی واحد ، و هو ان لا یرث الجاریة ورثته بعد موته ، و یکون المعنی علی الثالث : انّ الرجل یشترط لأهلها انّه اذا اعتق الجاریة و ماتت لا یرثها ، فالاحتمال الثالث ضعیف ، فحینئذ هذه الروایة علی الاحتمال الأول و الثانی ، تدل علی بطلان شرط عدم الارث ، لانّ الأمة بعد موت مولیها تکون من جملة ما ترکه المیّت و یرثها ورثة المولی ، فشرط عدم کونها میراثا للورثة مخالف للکتاب و السنة ، فیکون فاسدا ، فشرط عدم البیع و عدم الهبة و عدم الارث فی عقد واحد مع صحة الاوّلین ، و فساد الثالث ، یدلّ علی انّ العقد صحیح مع فساد شرط عدم الارث (۲) ای قال الامام ﴿ ع ﴾ : یفی المشتری بهذا الشرط و هو عدم البیع و عدم الهبة اذا اشترط لأهل ←

فانّ الحكم بوجوب الوفاء بالأولين، دون الثالث، مع اشتراط الجميع فى العقد لا يكون الّا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه، و لو قلنا (١) بمقالة المشهور من فساد اشتراط عدم البيع و الهبة حتى انّه حكى عن كاشف الرموز، انّى لم اجد عاملا بهذه الرواية، كان (٢) الأمر بالوفاء، محمولا على الاستحباب، و يتمّ المطلوب (٣) ايضا، و يكون (٤) استثناء شرط

← الجارية الذين باعوها (١) وهمٌ و دفعٌ، امّا الوهم، فانّ المشهور قائلون بفساد شرط عدم البيع و عدم الهبة، فتكون الرواية ساقطة حتى حكى عن كاشف الرموز، انّى لم اجد عاملا بهذه الرواية، و امّا الدفع فانّه لو قلنا بمقالة المشهور بفساد اشتراط عدم البيع و عدم الهبة، كان الأمر بالوفاء، محمولا على الاستحباب، فمع فساد شرط عدم البيع و عدم الهبة يكون الوفاء بهما مستحبا و يتمّ المطلوب ايضا، فهو صحة البيع مع فساد شرطه (٢) قوله (كان) جواب شرط لِ (لو)، (٣) فالمراد بالمطلوب هو صحة العقد مع فساد شرطه، فوجه تماميّة المطلوب، انّ استحباب الوفاء بالشرط، انّما هو دخوله فى الوعد، و قد تقدّم انّ الوعد لا يبقى الّا مع صحة العقد (٤) وهمٌ و دفعٌ، امّا الوهم، فانّه اذا كان كلّ واحد من شرط عدم البيع و عدم الهبة و عدم الارث باطلا، فلماذا فرّق الامام ﴿ع﴾ بين شرط عدم البيع و عدم الهبة، و بين شرط عدم الارث، فابطل الثالث، و قرّر الاولين و لو استحبابا، و امّا الدفع، فانّ الملك فى الارث قهرىّ للوارث، فلا معنى لاستحباب ان لا يعطى الارث، لانّ الارث ليس فى اختيار المشترى، حتى يقال: انّه باختياره يورّث او لا يورّث بخلاف الشرطين الاولين، فانّ فيهما معنى الاستحباب، فيستحب ←

الا رث ، لانّ الملك فيه قهرىّ للوارث ، لا معنى لاستحباب وفاء المشترى به ، مع انّ تحقق الاجماع على بطلان شرط عدم البيع و الهبة ، ممنوع كما لا يخفى ، و الثانية (۱) عن ابى عبد اللّه ﴿ ع ﴾ عن الشرط فى الاماء لا تباع و لا تورث و لا توهب ، قال : يجوز ذلك (۲) غير الميراث ، فانّها (۳) تورث و كلّ شرط خالف كتاب اللّه ، فهو ردّ ، الخبر ، فانّ قوله (۴) فانّها تورث ، يدلّ على بقاء البيع الذى شرط فيه ان لا تورث ، على الصحة بل يمكن (۵) ان يستفاد من قوله ، بعد ذلك : كلّ شرط خالف كتاب اللّه عزّ و جلّ ، فهو ردّ ، اى لا يعمل به انّ (۶) جميع ما ورد فى بطلان الشروط المخالفة لكتاب اللّه جلّ ذكره يراد بها (۷) عدم العمل بالشرط

← على الرجل المشترى ان لا يبيع و لا يهب ، لانّ البيع و عدم البيع ، و الهبة و عدم الهبة فى اختياره (۱) فالمراد من الثانية ، هى صحيحة الحلبى ، و من الاولى ، مرسلة جميل (۲) اى قال الامام ﴿ ع ﴾ يجوز شرط عدم البيع و الهبة ، غير شرط عدم الميراث ، فانّ الاماء تورث لانّها بعد موت المولى تكون من جملة تركة الميّت و تكون ميراثا للورثة (۳) يرجع الضمير الى الاماء (۴) فانّ قوله : فانّها تورث ، يدلّ على بقاء البيع على الصحة مع فساد شرط ان لا تورث (۵) اى بل يمكن ان يستفاد من قوله : كلّ شرط خالف كتاب اللّه عزّ و جلّ ، فهو ردّ ، انّ جميع ما ورد فى بطلان الشروط المخالفة لكتاب اللّه جلّ ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط لا بطلان اصل البيع (۶) قوله (انّ) مع اسمها و خبرها ، نائب الفاعل لقوله (يستفاد) ، (۷) الضمير يرجع الى الشروط

لا بطلان اصل البيع، و يؤيده (١) ما ورد فى بطلان الشروط الفاسدة فى ضمن عقد النكاح ، و قد يستدل على الصحة ، بانّ صحة الشرط فرع على صحة البيع، فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفا على صحة الشرط ، لزم الدور، و فيه (٢) ما لا يخفى ، و الانصاف، انّ المسئلة فى غاية الاشكال و لذا (٣) توقف فيها (٤) بعض تبعا للمحقق قدّس سرّه ، ثمّ على تقدير صحة العقد ، ففى ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله (٥) بفساد الشرط

---

(١) اى يؤيد ما ذكرناه من انّ العقد صحيح مع فساد شرطه، ما ورد فى بطلان الشروط الفاسدة فى ضمن عقد النكاح مع الحكم بصحة عقد النكاح لعلّ نظره قدّس سرّه فى ذلك الى الرواية المتقدمة فى ص ١٢٣ عن ابن مسلم عن ابى جعفر ﴿ع﴾ قال :قضى امير المؤمنين ﴿ع﴾ فى امرئة تزوّجها رجل شرط عليها و على اهلها ، الخ ، و الى الرواية المتقدمة فى ص ١٢٢ عن محمّد بن قيس عن ابى جعفر ﴿ع﴾ فيمن تزوّج امرئة و اشترطت عليه انّ بيدها الجماع و الطلاق ، الخ ، و الى غيرهما (٢) اى (و فيه ما لا يخفى) لانّ 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 مخالفا للكتاب و السنة ، و عدم كونه مخالفا لمقتضى العقد و غير ذلك ، فلا دور (٣) فلأجل كون المسئلة فى غاية الاشكال ، توقف فيها بعض تبعا للمحقق (٤) يرجع الضمير الى المسئلة ، و هى انّ العقد مع فساد الشرط صحيح ، ام لا (٥) لعلّ المراد فى التقييد بالجهل ، انّه لا يكون له الخيار مع العلم بفساد الشرط ،لانّ قاعدة الضرر لا تجرى هنا لصدق الاقدام عليه

وجه (١) من حيث كونه فى حكم تخلف الشرط الصحيح ، فانّ المانع الشرعى (٢) كالعقلى ، فيدلّ عليه (٣) ما يدلّ على خيار تخلف الشرط ولافرق فى الجهل المعتبر فى الخيار بين كونه بالموضوع (٤) او بالحكم الشرعى ، ولذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار او بفوريته ، ولكن يشكل (٥) بانّ العمدة فى خيار تخلف الشرط هو الاجماع ، وادلّة نفى الضرر قد تقدّم غير مرّة انّها (٦) لاتصلح لتأسيس الحكم الشرعى اذا لم يعتضد بعمل جماعة ،لانّ المعلوم اجمالا ، انّه لو عمل بعمومها (٧)

---

(١) قوله (وجه) مبتدأ مؤخر ، لخبر مقدّم و هو قوله (ففى ثبوت الخيار) ، (٢) فلايخفى ، انّ المانع عن الوصول الى غرضه المعاملى بالاشتراط ، تارة : واقعى قهرى ، كتعذر الشرط ، واخرى :اختيارىّ كتخلف المشروط عليه عن العمل بالشرط ، وثالثة :شرعى ، كحكم الشارع بفساد الشرط ، فالأول مانع عقلى ، وكذلك الثانى ، والثالث مانع شرعى (٣) يرجع الضمير الى ثبوت الخيار مع الجهل بفساد الشرط (٤) اى فلا فرق فى الجهل المعتبر فى الخيار ، بين كونه بالموضوع كما انّه لا يعلم انّ هذا الشرط فاسد ، ام لا ، او بالحكم كما انّه يعلم انّ هذا الشرط فاسد ولا يعلم انّ فساد الشرط موجب للخيار ، ام لا (٥) اى ولكن يشكل الحكم بثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط ، بانّ العمدة فى خيار تخلف الشرط ، هو الاجماع وادلّة نفى الضرر ، امّا الاجماع فهو هنا غير محقق ، وامّا ادلّة نفى الضرر ، فقد تقدم غير مرّة انّها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعى ، اذا لم يعتضد بعمل جماعة (٦) يرجع الضمير الى ادلّة نفى الضرر (٧) اى لو عمل بعموم ادلّة نفى الضرر ، لزم منه تأسيس فقه

لزم منه (١) تأسيس فقه جديد ، خصوصا اذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعى عذرا ، فربّ ضرر يترتب على المعاملات من اجل الجهل باحكامها خصوصا الصحة و الفساد ، فانّ ضرورة الشرع قاضية فى اغلب الموارد ، بانّ الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به ، لا يتدارك (٢) مع (٣) انّ مقتضى تلك الأدلة نفى الضرر الغير الناشئ عن تقصير المتضرر فى دفعه ، سواء كان الجهل متعلقا بالموضوع ، ام بالحكم ، و ان قام الدليل فى بعض المقامات على التسوية (٤) بين القاصر و المقصّر فالأقوى فى المقام (٥) عدم الخيار

← جديد (١) الضمير يرجع الى العمل بعمومها (٢) كما لو استأجر دارا الى مدّة مجهولة مع عدم علمهما بفساد هذه الاجارة ، و خربت الدار ، فانّ المستأجر لا يضمن قيمة الدار ، فلا يجرى هنا ادلّة نفى الضرر وكذا لو شرطا فى عقد الاجارة ضمانها ، فسد العقد لفساد الشرط من حيث مخالفته للمشروع ، و مقتضى الاجارة كما فى الروضة ، فلا يضمن المستأجر قيمة الدار ايضا لو خربت الدار ، ولا يجرى هنا ايضا ادلّة نفى الضرر (٣) قوله (مع انّ مقتضى تلك ، الخ) اشكال آخر على دلالة ادلّة نفى الضرر على الخيار فى المقام مع جهله بفساد الشرط ، يعنى مقتضى تلك الأدلة نفى الضرر الناشئ عن قصور ، فلا تشمل لنفى الضرر الناشئ عن تقصير (٤) اى و ان قام الدليل فى بعض المقامات على التسوية بين القاصر و المقصّر ، كما فى مورد الجهل بالقصر و الاتمام ، و الجهر و الاخفات ، و قال بعض الأجلّة : لعلّ من جملة تلك المقامات خيار الغبن (٥) فالمراد من (المقام) هو جهل المشترى بالفساد مع فرض صحة ←

و ان کان بسبق خلافه (۱) فی بادی الانظار
الثانی (۲) :لو اسقط (۳) المشروط له الشرط الفاسد علی القول بافساده لم یصح بذلك (۴) العقد (۵) لانعقاده (۶) بینهما علی الفساد ، فلا ینفع اسقاط المفسد ، و یحتمل الصحة (۷) بناء علی انّ التراضی انّما حصل علی العقد المجرّد عن الشرط ، فیکون کتراضیهما علیه حال العقد ، و فیه (۸) انّ التراضی انّما ینفع اذا وقع علیه (۹) العقد ، او لحق العقد السابق ، کما فی بیع المکره و الفضولی ، و امّا اذا طرء الرضا (۱۰) علی غیر

← العقد ، قال المصنف (ره) فی ما تقدم فی ص ۲۸۶ بقوله (ففی ثبوت الخیار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط ،وجه) و قال هنا (فالأقوی فی المقام عدم الخیار) ، (۱) الضمیر یرجع الی عدم الخیار (۲) ای الأمر الثانی من الامور المتعلقة بالشرط الفاسد (۳) لیس المراد من الاسقاط ما هو ظاهر من کون المورد قابلا للسقوط ، فانّه مختص بالحقوق ، بل المراد من الاسقاط ، هو الرضاالمتجدد بالعقد المجرد عن الشرط الفاسد (۴) اشارة الی اسقاط الشرط الفاسد (۵) قوله (العقد) فاعل لقوله (لم یصح) ، (۶) الضمیر یرجع الی العقد (۷) و یحتمل صحة العقد بعد اسقاط الشرط الفاسد ، بناء علی انّ التراضی بعد اسقاط الشرط الفاسد ، حصل علی العقد المجرد عن الشرط الفاسد (۸) و فیه انّ التراضی انّما ینفع فی صحة العقد اذا وقع علیه العقد ، کما فی بیع المالك الغیر المکره ، او لحق التراضی العقد السابق ، کما فی بیع المکره و الفضولی (۹) یرجع الضمیر الی التراضی (۱۰) یعنی و امّا اذا طرء الرضا علی غیر ما وقع علیه العقد ، فلا ینفع ، لانّ ما وقع علیه العقد ←

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

← هى المعاوضة مع الشرط الفاسد ، و الرضا طرء على المعاوضة المجردة عن الشرط الفاسد ، فمتعلق الرضا ، و هى المعاوضة المجردة لم يقع عليه العقد ، و متعلق العقد و هى المعاوضة مع الشرط الفاسد لم يرض به (١) اى يظهر التردّد فى فساد العقد بعد اسقاط المشروط له الشرط الفاسد من بعض مواضع التذكرة (٢) اى قال العلامة (ره) ، (٣) اى عدم صحة البيع مطلقا ، اى سواء اسقط الشرط بعد البيع ، ام لا ، على اشكال (٤) قوله (من جواز اسقاط المشترى ، الخ) وجه لصحة البيع ، و الحاصل ، انّه 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 (عنه) و (هو) يرجع الى الشرط (٧) قوله (و من اقتران البيع بالمبطل) وجه لعدم صحة البيع (٨) قوله (بطلان) مفعول لقوله (يثمر)

باسقاطه لا یرجع البیع صحیحا ، او ایقاف البیع (١) بدونه ، فان لم یرض بدونه بطل ، و الّا صحّ ، انتهی . و لا یعرف وجه (٢) لما ذکره من احتمال الایقاف

الثالث (٣) :لو ذکر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا و لم یذکر فی العقد فهل یبطل العقد بذلك (٤) بناء علی انّ الشرط الفاسد مفسد له ام لا ؟ وجهان ، بل قولان مبنیّان علی تأثیر الشرط قبل العقد ، فان قلنا :بانّه لاحکم له (٥) کما هو ظاهر المشهور ، و قد تقدم فی الشروط ، لم یفسد (٦) و الّا فسد (٧) و یظهر من المسالك هنا قول ثالث ، قال (٨) فی

---

(١) ، (ایقاف البیع) عطف علی (بطلان البیع) یعنی او یثمر اقتران مثل هذا الشرط ایقاف البیع بدون الشرط ، فان لم یرض المشروط له بالبیع بدون الشرط ، بطل ، و ان رضی بالبیع بدون الشرط ، صحّ (٢) ای و لم یعرف وجه معتدّ به لما ذکره من احتمال الایقاف ، لکن وجه بطلان البیع من اصله واضح ، لانّ متعلق الرضا لم یعقد علیه ، و متعلق العقد لم یرض به (٣) ای الأمر الثالث من الامور المتعلقة بالشرط الفاسد (٤) اشارة الی ذکر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا (٥) یرجع الضمیر الی ذکر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا (٦) الضمیر المستتر یرجع الی العقد (٧) و الحاصل ، دوران الصحة و البطلان مدار القول بتأثیر الشرط المتقدم الغیر المذکور فی متن العقد ، وعدمه ، فان قلنا :بالأول فسد العقد ، لانّه مثل الشرط الفاسد المذکور فی متن العقد ، و ان قلنا : بالثانی ، لم یفسد ، لانّ الشرط الغیر المذکور فی متن العقد لاحکم له (٨) یعنی قال الشهید الثانی (ره) :المراد باشتراط بیع المبیع من ←

مسئلة اشتراط بيع المبيع من البايع : المراد باشتراط ذلك شرطه فى متن العقد ، فلو كان فى انفسهما ذلك و لم يشترطاه ، لم يضرّ ، و لو شرطاه قبل العقد لفظا ، فان كانا يعلمان بانّ الشرط المتقدم لا حكم له فلا اثر له (١) و الّا (٢) اتّجه بطلان العقد ، كما لو ذكراه فى متنه لانّهما (٣) لم يقدما الّا على الشرط ، و لم يتم (٤) لهما ، فيبطل العقد انتهى (٥)

← البايع شرطه فى متن العقد ، فحينئذ يكون العقد باطلا ، فلو كان فى انفسهما بيع المبيع من البايع و لم يشترطاه فى متن العقد ، لم يضرّ و يصحّ العقد . قوله (و لو شرطاه قبل العقد لفظا ،الخ) يعنى انّ ابتناء صحة العقد و فساده على العلم بفساد الشرط المتقدم و على الجهل بفساده ، فيصح العقد فى الأول ، و يفسد فى الثانى ، نظرا الى انّه مع علمه بفساد الشرط المتقدم ، لا يوقع العقد مبنيّا على الشرط ،فلذا يصح العقد ، و مع جهله بالفساد يوقع العقد مبنيّا عليه ، فيفسد العقد لتقيّد العقد لبّا بالشرط الفاسد (١) قوله (فلا اثر له) جواب شرط لِـ(ان) اى فلا اثر للشرط الفاسد المتقدم قبل العقد ، فصح البيع (٢) اى و ان لم يعلما ، بانّ الشرط المتقدم لا حكم له ، اتّجه بطلان العقد ، فهو كما لو ذكراه فى متن العقد (٣) قوله (لانّهما) علّة لبطلان العقد ،اى لانّهما لم يقدما على العقد الّا على الشرط معه (٤) الضمير المستتر يرجع الى الشرط (٥) اى انتهى ما ذكر فى المسالك ، فالظاهر منه التفصيل بين علمهما ، بانّ الشرط المتقدم لا حكم له ، و بين عدم علمهما ، فالعقد فى الأول ليس باطلا ، و فى الثانى كان باطلا

و فی (١) باب المرابحة (٢) بعد ذکر المحقق فی المسئلة المذکورة (٣) انّه (٤) لو کان من قصدهما ذلك (٥) و لم یشترطاه لفظا ، کره ، قال فی المسالك : ای لم یشترطاه (٦) فی نفس العقد ، فلا عبرة بشرطه قبله نعم (٧) لو توهم لزوم ذلك او نسی ذکره فیه مع ذکره قبله ، اتّجه الفساد انتهی (٨) ثمّ حکی (٩) اعتراضا علی المحقق قدّس سرّه ، و جوابا عنه بقوله : قیل علیه (١٠) انّ مخالفة القصد للفظ تقتضی بطلان العقد ، لانّ

---

(١) ای قال صاحب المسالك فی باب المرابحة (٢) فلا یخفی ، انّ العقد باعتبار الاخبار برأس المال و عدمه ، اربعة اقسام ، لانّه امّا ان یخبر به اَوْلاٰ ، و الثانی : المساومة ، و هی افضل اقسامه ، و الأول ، امّا ان یبیع معه برأس المال ، او بزیادة علیه ، او بنقصان عنه ، و الأول : التولیة ، و الثانی : المرابحة ، و الثالث : المواضعة ، کما فی المسالك (٣) ای فی مسئلة اشتراط بیع المبیع من البایع (٤) قوله (انّه لو کان ، الخ) مفعول لِ (ذِکْر) مضاف الی فاعله (٥) اشارة الی اشتراط بیع المبیع من البایع (٦) الضمیر المفعول یرجع الی قوله (اشتراط بیع المبیع من البایع (٧) ای نعم ، لو توهم لزوم ذلك الشرط المذکور قبل العقد ، او نسی ذکره فی العقد مع ذکره قبله ، اتّجه الفساد (٨) ای انتهی ما ذکر فی المسالك (٩) ثمّ حکی الشهید الثانی (ره) فی المسالك اعتراضا علی المحقق قدّس سرّه ، و جوابا عن الاعتراض (١٠) ای قیل علی المحقق ، انّ مخالفة القصد للفظ ، یعنی تخلف القصد عن مضمون اللفظ لکون مضمون اللفظ خالیا عن الشرط ، و تعلق القصد بمضمون اللفظ مع الشرط ، فیکون العقد باطلا ، لانّ ما وقع علیه العقد لم یقصد ، و ما قصد لم یقع علیه العقد

العقود تتبع القصود ، فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ للقصد ، و اجيب عنه (١) بانّ القصد و ان كان معتبرا فى الصحة (٢) فلا يعتبر فى البطلان (٣) لتوقف البطلان (٤) على اللفظ و القصد ، و كذلك الصحة (٥) و لم يوجد (٦) فى الفرض

---

(١) لعلّ فى عبارة المجيب سقطا قبل قوله (لتوقف البطلان) و هو (بخلاف المقام) كما فى الجواهر ، فراجع الى ج ٢٣ ص ٣١٥ فحينئذ يكون معناه ، انّ قصد مدلول اللفظ معتبر فى العقود ، فلا يعتبر القصد فى بطلان العقود ، بل يكفى فى بطلان العقود عدم القصد ، كما فى النائم و الساهى و غيرهما ، بخلاف المقام ، و هو الشرط الفاسد المبطل كاشتراط بيع المبيع على البايع ، لتوقف كونه فاسدا و مبطلا على اللفظ و القصد ، و كذلك الشرط الصحيح الذى لزم الوفاء به ، لانّ توقف كون الشرط صحيحا على اللفظ و القصد ، و الحال انّه لم يوجد اللفظ للشرط الفاسد فى العقد مع وجود القصد فى الفرض المذكور فى الشرايع حتى يكون مفسدا ، و هو قوله (انّه لو كان من قصدهما ذلك و لم يشترطاه لفظا كره) فعلى هذا يكون العقد صحيحا فى الفرض المذكور ، كما هو مختار المحقق فى الشرايع (٢) اى فى صحة العقد (٣) اى فى بطلان العقد (٤) قوله (لتوقف البطلان) علّة لمحذوف ، و هو (بخلاف المقام) يعنى لتوقف الشرط الفاسد المبطل للعقد على اللفظ و القصد (٥) يعنى و كذلك الشرط الصحيح الذى يجب الوفاء به ، لانّ صحته موقوفة على اللفظ و القصد (٦) الضمير المستتر يرجع الى (اللفظ) اى لم يوجد اللفظ فى الفرض المذكور فى الشرايع ، فاذا لم يوجد اللفظ فى الشرط الفاسد ←

ثمّ قال قدّس سرّه (۱) : و فیه منع ظاهر، فانّ اعتبارهما معا فی الصحة یقتضی کون تخلف احد هما کافیا فی البطلان، و یرشد الیه عبارة الساهی و الغالط و المکره، فانّ المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصة ،و الّا فاللفظ موجود ، ثمّ قال :و الذی ینبغی فهمه (۲)

← المبطل ، لم یکن البیع باطلا و ان کان القصد موجودا (۱) ثم قال فی المسالك :و فیه منع ظاهر،الخ . و قوله (و فیه منع ظاهر، الخ) ردّ لقوله (و اجیب عنه) و حاصل المنع ، انّ اعتبار اللفظ و القصد معا فی صحة العقد ، یقتضی کون تخلف احد هما کافیا فی البطلان، فحینئذ اذا لم یشترطا بیع المبیع علی البایع لفظا فی متن العقد و قصداه، یکون هذا العقد باطلا ، لاصحیحا ، لانّ قصد شرط بیع المبیع من البایع موجود فی العقد ، و التلفظ به غیر موجود ، فانّ تخلف احد هما کاف فی بطلان العقد ، و یرشد الی کون تخلف احد هما کافیا فی البطلان عبارة الساهی ، فانّ المتخلّف الموجب للبطلان فی الساهی هو القصد ، و الّا فاللفظ موجود ، امّا المتخلّف الموجب للبطلان فیما نحن فیه فهو اللفظ، و الّا فالقصد موجود (۲) فلایخفی ، انّ نظر الشهید الثانی من قوله(و الذی ینبغی فهمه، الخ) الی تصحیح مسئلة (انّه لو کان من قصد هما ذلك و لم یشترطاه لفظا ، کره) و حاصل کلامه ، انّ البیع انّما یبطل اذا کان المشتری ملتزما ببیع المبیع من البایع ثانیا ، و مجرد قصد المشتری الی ذلك من دون التزام فی متن البیع مع وثوق البایع بانّه یبیعه اختیارا لیس التزاما و مخرجا له عن الاختیار، فلایکون البیع باطلا ، لعلّ السّر فی عدم تقیید العقد به هو الاعتماد و الوثوق علی المشتری، بانّه یفی ←

انّه لا بدّ (١) من قصدهما الى البيع المترتب عليه اثر الملك للمشترى على وجه لا يلزمه (٢) ردّه (٣) و انّما يفتقر قصدهما لردّه (٤) بعد ذلك (٥) بطريق الاختيار، نظرا الى وثوق البايع بالمشترى انّه (٦) لا يمتنع من ردّه اليه بعقد جديد بمحض اختياره و مروّته (٧) انتهى كلامه، اقول (٨)

← من غير حاجة الى الزامه به فى متن العقد (١) يعنى انّه لا بدّ من قصدهما الى البيع المترتب عليه اثر الملك للمشترى حتى يكون المبيع ملكا له على وجه لا يلزم على المشترى ردّ المبيع ثانيا، بل لو باع ثانيا، باع اختيارا، و ذلك بان لا يشترطا بيع المبيع من البايع فى متن العقد (٢) الضمير يرجع الى المشترى (٣) مرجع الضمير، هو المبيع المعلوم بالمقام (٤) اى ردّ المشترى المبيع (٥) اى بعد البيع الأول (٦) اى انّ المشترى لا يمتنع من ردّ المبيع الى البايع (٧) قال فى اقرب الموارد: (المُرُوءَة) كسُهُولة: مصدر مَرُؤَ. و النخوة و كمال الرجولية، و فى المصباح: المُرُوءَة، آداب نفسانية تحمل مراعاتها الانسان على الوقوف عند محاسن الاخلاق و جميل العادات، و قد تقلب الهمزة واوا و تدغم، فيقال: مُرُوَّة انتهى (٨) شرع المصنف (ره) ان يردّ التفصيل الذى ذكره فى المسالك بقوله (اقول، الخ) يعنى اقول: انّ ابتناء صحة العقد و فساده على العلم بفساد الشرط المتقدم و على الجهل به حتى يصح العقد فى الأول و يبطل فى الثانى، غير صحيح، لانّهما اوقعا العقد المجرد عن التلفظ بالشرط على النحو الذى يوقعانه مقترنا بالتلفظ بالشرط، و فرض عدم التفاوت بينهما فى البناء على الالتزام به الّا بالتلفظ بالشرط و عدمه فحينئذ، فان قلنا: بعدم اعتبار التلفظ فى تأثير الشرط الصحيح و ←

اذا اوقعا العقد المجرد على النحو الذى يوقعانه مقترنا بالشرط و فرض عدم التفاوت بينهما (١) فى البناء على الشرط و الالتزام به (٢) الّا بالتلفظ بالشرط وعدمه ، فان قلنا (٣) : بعدم اعتبار التلفظ فى تأثير الشرط الصحيح و الفاسد ، فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط ، و غيره ، فانّ العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الاقدام على العقد مقيّدا بالالتزام بما اشترطه (٤) خارج العقد ، بل اقدامه (٥) كاقدام من يعتقد الصحة ، كما لا فرق (٦) فى ايقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساده وعدم ترتب (٧) اثر شرعى عليه ، وغيره (٨) و بالجملة : فالاقدام على العقد مقيّدا (٩) امر عرفى يصدر من المتعاقدين ، و ان علما بفساد

← الفاسد ، فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط ، وغيره ، فانّ العالم بالفساد الذى يعتقد عدم الصحة ، لا يمنعه علمه عن الاقدام على العقد مقيّدا بالالتزام بما اشترطاه خارج العقد ، بل اقدام العالم بالفساد ، كاقدام الجاهل بالفساد الذى يعتقد الصحة ، فالتفصيل بين علم الفساد و الجهل به ، كما فى المسالك ، غير صحيح (١) الضمير المثنى يرجع الى العقد المجرد و العقد المقترن (٢) يرجع الضمير الى الشرط (٣) قوله (فان قلنا) جواب شرط لِ (اذا) ، (٤) يرجع الضمير المستتر الفاعل الى العالم ، و الضمير المفعول الى (ما) ، (٥) يرجع الضمير الى العالم بالفساد (٦) اى كما لافرق فى ايقاع العقد الفاسد بين العالم بالفساد ، و الجاهل به ، فانّ العقد الفاسد فاسد ، سواء كان عالما به ام جاهلا (٧) قوله (عدم ترتب) عطف على قوله (فساده) ، (٨) قوله (غيره) عطف على قوله (من يعلم) و الضمير يرجع الى (من يعلم) ، (٩) ←

الشرط، و امّا حكم (١) صورة نسيان ذكر الشرط، فان كان (٢) مع نسيان اصل الشرط، كما هو الغالب (٣) فالظاهر الصحة، لعدم الاقدام على العقد مقيّدا (٤) غاية الأمر انّه كان عازما على ذلك (٥) لكن غفل عنه نعم، لو اتفق ايقاع العقد مع الالتفات الى الشرط، ثمّ طرء عليه النسيان فى محل ذكر الشرط كان (٦) كتارك ذكر الشرط عمدا تعويلا على تواطئهما السابق

الرابع (٧) :لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتدّ به عند

← اى مقيّدا بالشرط (١) يعنى و امّا حكم نسيان ذكر الشرط الذى ذكره فى المسالك بقوله (او نسى ذكره فيه مع ذكره قبله، اتّجه الفساد) ففيه انّ حكم نسيان ذكر الشرط، ان كان مع نسيان اصل الشرط، فالظاهر الصحة، لعدم الاقدام على العقد مقيّدا بالشرط، غاية الأمر انّه كان عازما على ذلك الشرط، لكن غفل عنه، و ان اتفق ايقاع العقد مع الالتفات الى الشرط و البناء على ذكر الشرط الفاسد فى متن العقد، ثمّ طرء عليه نسيان ذكر الشرط الفاسد فى محل ذكر الشرط، كان كتارك ذكر الشرط عمدا تعويلا على تواطئهما السابق فى انّه ان قلنا :انّ الشرط البنائى مفسد للعقد، فهذا ايضا مفسد، و ان قلنا :انّه ليس بمفسد فهذا ايضا ليس بمفسد (٢) اسم (كان) مستتر يرجع الى نسيان ذكر الشرط (٣) يعنى انّ نسيان الذكر يلازم نسيان الأصل غالبا (٤) اى مقيّدا بالشرط (٥) اشارة الى الشرط (٦) قوله (كان) جواب شرط لِـ (لو) (٧) اى الأمر الرابع من الامور المتعلقة بالشرط الفاسد

العقلاء (١) فظاهر كلام جماعة من القائلين بافساد الشرط الفاسد كونه لغوا غير مفسد للعقد. قال فی التذكرة، فی باب العيب: لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء و لا يزيد به المالية، فانّه لغو لا يوجب الخيار، و قد صرّح فی مواضع اخر، فی باب الشروط، بصحة العقد و لغويّة الشرط، و قد صرّح الشهيد بعدم ثبوت الخيار اذا اشترط كون العبد كافرا، فبان مسلما و مرجعه الى لغويّة الاشتراط، و قد ذكروا فی السلم، لغويّة بعض الشروط، كاشتراط الوزن بميزان معيّن، و لعلّ (٢) وجه عدم قدح هذه الشروط، انّ الوفاء بها لمّا لم يجب شرعا و لم يكن فی تخلفها او تعذّرها خيار خرجت عن قابليّة تقييد العقد بها، لعدم عدّها كالجزء من احد

---

(١) مثلا اذا اشترطا الكيل او الوزن بمكيال معيّن او ميزان معيّن من افراد المتعارف، فحينئذ هذا الشرط فاسد، لأجل عدم تعلق غرض معتدّ به عند العقلاء، فلايخفى، انّ هذا الشرط الملتزم به فی متن العقد اذا لم يكن فيه غرض عقلائی، فمعناه انّ العقلاء لا يرونه التزاما اعتباريّا عندهم لانّ الالتزام و العقد و العهد كالملكيّة و الزوجية اعتبارات عرفيّة عقلانيّة فاذا لم يكن انشاء الالتزام، التزاما اعتباريا عند العقلاء، فيكون لغوا

(٢) لعل وجه عدم كون هذه الشروط مبطلا للعقد، انّ الوفاء بها لمّا لم يجب شرعا، و لم يكن فی تخلفها خيار خرجت عن قابلية تقييد العقد بها عرفا و شرعا، و بعبارة اخرى، انّ الشرط اللغو لمّا كان اجنبيّا عن مقاصد العقلاء، لم يعقل تقيّد العقد به لعدم القصد به حتى يعقل جعله قيدا

العوضين، و يشكل (١) بانّ لغويتها (٢) لا تنافى تقييد العقد بها فى نظر المتعاقدين، فاللازم امّا بطلان العقد، و امّا وجوب الوفاء (٣) كما اذا جعل بعض الثمن ممّا لا يعدّ مالا فى العرف

﴿ الكلام فى احكام الخيار ﴾

الخيار موروث بانواعه، بلا خلاف بين الأصحاب، كما فى الرياض و ظاهر الحدائق، و فى التذكرة: انّ الخيار عندنا موروث، لانّه من الحقوق كالشفعة (٤) و القصاص فى جميع انواعه (٥) و به (٦) قال الشافعى الّا فى خيار المجلس، و ادّعى فى الغنية، الاجماع على ارث خيار المجلس و الشرط، و استدل عليه(٧) مع ذلك، بانّه حقّ للميت، فيورث، لظاهر

---

(١) و يشكل بانّ لغوية الشروط المذكورة و انّها ليست عقلائية، لا يستدعى عدم صدورها من عاقل لغرض شخصى، كاشتراط كون العبد كافرا، لو فرض انّ هذا الشرط لغو عند العقلاء، كما عن الشهيد (ره) فحينئذ انّ لغويتها عند العقلاء لا تنافى تقييد العقد بها فى نظر المتعاقدين فاللازم امّا بطلان العقد، ان قلنا: انّ الشرط الفاسد مفسد، و امّا وجوب الوفاء بالشرط، كما اذا جعل بعض الثمن ممّا لا يعدّ مالا فى العرف، كالعقرب (٢) يرجع الضمير الى الشروط المذكورة (٣) اى وجوب الوفاء بالشروط (٤) و هو استحقاق الشريك الحصة المبيعة فى شركته (٥) يرجع الضمير الى الخيار (٦) يرجع الضمير الى انّ الخيار موروث (٧) اى و استدل فى الغنية على ارث خيار المجلس و الشرط، بانّ الخيار حقّ للميّت، فيورث، لظاهر القرآن، كآية: اولى الأرحام بعضهم اولى ببعض، و غيرها

القرآن. و تبعه (١) بعض من تأخر عنه، و زيد عليه (٢) الاستدلال بالنبوى: ما ترك الميت من حق فلوارثه، اقول: الاستدلال على هذا الحكم (٣) بالكتاب و السنة الواردين فى ارث ما ترك الميّت، يتوقف على ثبوت امرين

احدهما: كون الخيار حقّا لا حكما شرعيا (٤) كاجازة العقد الفضولى و جواز الرجوع فى الهبة و سائر العقود الجائزة، فانّ الحكم الشرعى ممّا لا يورث، وكذا ما تردّد بينهما (٥) للأصل (٦) و ليس فى الأخبار ما يدلّ على ذلك عدا ما دلّ على انتفاء الخيار بالتصرف معلّلا بانّه رضا (٧) كما تقدم فى خيار الحيوان، و التمسك بالاجماع على سقوطه

---

(١) الضمير المفعول يرجع الى صاحب الغنية، يعنى تبعه فى الاستدلال بظاهر القرآن، بعض من تأخر عنه (٢) اى و زيد على ما ذكر من الاستدلالات، الاستدلال بالنبوى (٣) فالمراد من (هذا الحكم) هو الموروث المحمول للخيار (٤) فالفرق بين الحقّ و الحكم، فانّ بعض الحقوق يورث و يسقط بالاسقاط، بخلاف الحكم، فانّه لا يورث و لا يسقط بالاسقاط، كاجازة العقد الفضولى، و جواز الرجوع فى الهبة، و جواز الرجوع فى سائر العقود الجائزة، فانّها احكام شرعيّة، فلذا لا تورث و لا تسقط بالاسقاط (٥) يرجع الضمير المثنى الى الحقّ و الحكم (٦) اى الأصل فى ما تردّد بينهما عدم الانتقال الى الوارث (٧) اى ليس فى الأخبار ما يدلّ على انّ الخيار حقّ عدا ما دلّ على انتفاء الخيار بالتصرف، معلّلا بانّه رضا، فانّه ظاهر فى كون الرضا مسقطا، و الحكم لا يسقط به

بالاسقاط، فيكشف عن كونه حقا ، لاحكما، مستغنى عنه بقيام الاجماع على نفس الحكم

الثانى(١) : كونه حقّا قابلا للانتقال ، ليصدق انّه ممّا ترك الميّت بان لا يكون(٢) وجود الشخص و حياته مقوّما له ، و الّا (٣) فمثل حقّ الجلوس فى السوق و المسجد و حق التولية و النظارة ، غير قابل للانتقال ، فلا يورث، و اثبات هذا الأمر بغير الاجماع ايضا مشكل ، و التمسك (٤) فى

---

(١) اى الأمر الثانى ، كون الخيار حقّا قابلا للانتقال ، لانّ بعض الحقوق ليس قابلا للانتقال ، كحقّ الحضانة و حقّ الولاية و حقّ السكنى فى المدارس الموقوفة ، و نظائرها ، و انّما نحتاج الى اثبات كون الخيار حقّا لأجل ان يصدق انّه ممّا تركه الميت حتى يورث (٢) قوله (بان لا يكون الخ) تفسير لكون الخيار حقّا قابلا للانتقال ، يعنى لا يكون وجود شخص صاحب الحق و حياته مقوّما لهذا الحق (٣) يعنى و ان كان وجود الشخص مقوّما له ، فيكون كحق الجلوس فى السوق و المسجد و حقّ التولية و النظارة ، غير قابل للانتقال ، فلا يورث ، و اثبات كون الخيار حقّا قابلا للانتقال بغير الاجماع، ايضا مشكل (٤) و التمسك فى كون الخيار حقا قابلا للانتقال باستصحاب بقاء حقّ الخيار و عدم انقطاعه بموت ذى الحق اشكل لعدم احراز الموضوع ، بل للقطع بارتفاع الموضوع ، فانّ الحقّ الشخصى كان قائما بشخص ذى الحق ، و قد ارتفع ، فكيف يستصحب الحق مع ذلك

ذلك (۱) باستصحاب بقاء الحق وعدم انقطاعه بموت ذی الحق ، اشکل (۲) لعدم احراز الموضوع ، لانّ الحق لا یتقوّم الّا بالمستحق ، وکیف کان ففی الاجماع المنعقد علی نفس الحکم (۳) کفایة ، ان شاء اللّه تعالی بقی الکلام فی ، انّ ارث الخیار لیس تابعا لارث المال فعلا (۴) فلو فرض استغراق دین المیت (۵) لترکته ، لم یمنع (۶) انتقال الخیار الی الوارث ، ولو کان الوارث (۷) ممنوعا لنقصان فیه (۸) کالرقیّة ، او القتل للمورث ، او الکفر ، فلا اشکال فی عدم الارث ، لانّ الموجب لحرمانه (۹)

---

(۱) اشارة الی کون الخیار حقّا قابلا للانتقال (۲) قوله (اشکل) خبر لمبتدأ مقدّم ، وهو قوله (التمسك) ، (۳) فالمراد من (الحکم) هو ارث الخیار ، یعنی انّ الاجماع منعقد علی انّ الخیار موروث (۴) معنی تبعیّة ارث الخیار لارث المال فعلا ، انّ المال اذا یورث ، یورث الخیار ، و معنی عدم تبعیة ارث الخیار لارث المال فعلا ، انّ المال اذا لا یورث فی بعض الموارد یورث الخیار ، کما لو فرض استغراق دین المیّت لترکته فحینئذ لا یورث المال ، لکن یورث الخیار (۵) انّ استغراق الدین لترکته الذی یمنع عن انتقال المال الی الورثة ، لا یمنع عن انتقال الخیار الی الورثة (۶) یرجع الضمیر المستتر الفاعل الی الاستغراق (۷) ای ولو کان الوارث ممنوعا عن الارث ، لنقصان فیه ، کالرقیة و نحوها ، فلا اشکال فی عدم ارث الخیار ، لانّ الموجب لحرمانه من المال ، موجب لحرمانه من سائر الحقوق (۸) یرجع الضمیر الی الوارث (۹) ای لحرمان الوارث

من المال ، موجب لحرمانه من سائر الحقوق ، و لو كان حرمانه (١) من المال لتعبّد شرعى ، كالزوجة الغير ذات الولد ، او مطلقا بالنسبة الى العقار (٢) و غير الأكبر من الاولاد بالنسبة الى الحبوة (٣) ففى حرمانه من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقا ، او عدم حرمانه كذلك وجوه (٤)

---

(١) يرجع الضمير الى الوارث ، يعنى لو كان حرمان الوارث من المال لتعبّد شرعى ، لا لنقص فى المال بسبب الدين المستغرق ، و لا لنقص فى الوارث بسبب الكفر و غيره ، كالزوجة الغير ذات الولد ، او مطلقا ، اى سواء كانت ذات الولد او غيرها بالنسبة الى العقار ، و كغير الأكبر من الاولاد بالنسبة الى الحبوة ، ففى حرمانه من الخيار مطلقا ، او عدم حرمانه كذلك وجوه اربعة ، بل اقوال ثلاثة (٢) قال فى المجمع : (العقار) كسلام ، و هو كلّ ملك ثابت له اصل ، كالدار و الأرض و النخل و الضياع ، و منه قولهم : ماله دار و لا عقار ، و جمع العقار ، عقارات (٣) ، (الحَبْوة) ما يعطى للولد الاكبر اى اكبر الذكور ان تعدّدوا ، و الّا فالذكر ، من تركة ابيه من ثيابه و خاتمه و سيفه و مصحفه ، زيادة على غيره من الورّاث (٤) اى ففى حرمانه من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقا ، او عدم حرمانه كذلك وجوه اربعة ، احدها : حرمانه مطلقا ، و ثانيها : عدم حرمانه مطلقا ، و ثالثها التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت او منتقلا عنه ، فيرث فى الأول دون الثانى ، و رابعها : عدم جواز الارث فى صورة الأول ، و الاشكال فى غيرها

بل اقوال (۱) ثالثها (۲) :التفصیل (۳) بین کون ما یحرم الوارث عنه منتقلا الی المیت او عنه ، فیرث فی الأول (۴) صرّح به فخرالدین فی الایضاح ، و فسّر به عبارة والده (۵) کالسیّد العمید (۶) و شیخنا الشهید فی الحواشی . و رابعها (۷) :عدم الجواز فی تلك الصورة ،و الاشکال فی غیرها ، صرّح به (۸) فی جامع المقاصد ، و لم اجد من جزم بعدم الارث مطلقا (۹) و ان امکن توجیهه (۱۰) بانّ ما یحرم منه هذا

---

(۱) یعنی الأقوال ثلاثة ، و انّما کانت الوجوه اربعة ، و الأقوال ثلاثة لانّه لم یوجد قول ، بعدم الارث مطلقا . کما صرّح المصنف به بقوله : و لم اجد من جزم بعدم الارث مطلقا (۲) الضمیر یرجع الی الوجوه ، لا الی الأقوال لانّ الأقوال ثلاثة (۳) یعنی التفصیل بین المال المنتقل الی المیت ،بان اشتری المیّت حال حیاته الأرض و السیف ، و بین المال المنتقل عن المیّت ، بان باع المیّت حال حیاته الأرض و السف ، فیرث الزوجة و الولد الأکبر ، الخیار فی الأول دون الثانی (۴) فالمراد من الأول ، انتقال المال الی المیت (۵) ای و فسّر به عبارة والده التی ینقلها المصنف (ره) فی ص ۳۱۳ بقوله :قال فی القواعد :الخیار موروث بالحصص ،الخ (۶) یعنی انّ السیّد العمید و الشهید ایضا فسّرا به عبارة العلامة فی القواعد (۷) ای رابع الوجوه ، عدم جواز الارث فی صورة الأول ، و هو انتقال ما یحرم الوارث عنه الی المیّت ، و الاشکال فیما انتقل عن المیّت (۸) الضمیر یرجع الی الوجه الرابع (۹) عدم الارث مطلقا ، هو الوجه الأول ، و لم یجد المصنف من جزم به (۱۰) الضمیر یرجع الی عدم الارث مطلقا ، یعنی توجیهه بانّ ما یحرم منه هذا الوارث ، کالأرض ، ان کان قد انتقل عن ←

الوارث ان كان قد انتقل عن الميّت، فالفسخ لا معنى له، لانّه لا ينتقل اليه (١) بازاء ما ينتقل عنه من الثمن شئ (٢) من المثمن، و بعبارة اخرى الخيار (٣) علاقة لصاحبه فيما انتقل عنه توجب سلطنته (٤) عليه (٥) و لا علاقة هنا (٦) و لا سلطنة، و ان كان (٧) قد انتقل الى الميت، فهو لباقى الورثة، و لا سلطنة لهذا المحروم، و الخيار (٨) حقّ فيما انتقل

← الميّت، بان باع الميت الأرض حال حياته، فالفسخ لا معنى له، لانّه لا ينتقل الى الوارث شئ من المثمن بازاء شئ من الثمن، لانّه اذا فسخ فى هذه الصورة تنتقل الأرض الى الورثة و الزوجة محرومة عنها، فلا معنى للفسخ فى هذه الصورة (١) الضمير فى قوله (اليه) و (عنه) يرجع الى الوارث (٢) قوله (شئ) فاعل لقوله (لا ينتقل)، (٣) يعنى الخيار علاقة لصاحبه فيما انتقل عنه، كالأرض المبيعة، توجب سلطنته عليه بان يستردّه الى نفسه، و الحال لا علاقة هنا و لا سلطنة، لانّ الزوجة لا سلطنة لها ان يسترد الأرض الى نفسها (٤) الضمير يرجع الى صاحب الخيار (٥) يرجع الضمير الى (ما) فى قوله (فيما)، (٦) اشارة الى كون ما يحرم منه الوارث منتقلا عن الميت (٧) قوله (ان كان، الخ) عطف على قوله (ان كان قد انتقل عن الميت) يعنى انّ ما يحرم عنه هذا الوارث ان كان قد انتقل الى الميت، بان اشترى الميّت حال حياته ارضا، فهو لباقى الورثة، لانّ الزوجة ليست لها حقّ الأرث فيها حتى تفسخ، لانّها لغير الزوجة (٨) يعنى انّ الخيار حقّ فيما انتقل عنه بان يسترده الى نفسه بعد احراز تسلّطه على ما وصل بازاء ما انتقل عنه، و الحال انّه ليس له على ما وصل تسلّط حتى يرده و يسترد ما انتقل عنه، لانّ ما وصل اليه ارض، فلا ←

عنه بعد احراز تسلطه (١) على ما وصل بازائه (٢) و لكن يرد (٣) ذلك (٤) بما فى الايضاح ، من انّ الخيار لا يتوقف على الملك ،كخيار الأجنبى فعمومات الارث (٥) بالنسبة الى الخيار ، لم يخرج عنها الزوجة ، و ان خرجت عنها (٦) بالنسبة الى المال ، و الحاصل (٧) :انّ حق الخيار ليس تابعا للملكيّة ، و لذا قوى بعض المعاصرين (٨) ثبوت الخيار فى الصورتين ، و يضعّفه (٩) انّ حقّ الخيار علقة فى الملك المنتقل الى

← تسلط للزوجة ان يرد الأرض حتى يسترد ثمنها (١) يرجع الضمير الى صاحب الخيار (٢) مرجع الضمير هو (ما) فى قوله (فيما انتقل عنه) (٣) اى لكن يردّ ذلك التوجيه المتقدم ، لعدم الارث مطلقا ، بما فى الايضاح ، من انّ الخيار لا يتوقف على الملك ، كخيار الأجنبى ، فاذا جعل الخيار لأجنبىّ ثبت له الخيار و ان لم تكن له سلطنة الملكيّة ، و كذلك الزوجة فيما نحن فيه ، فانّها ترث الخيار و ان لم تكن لها سلطنة الملكيّة على الأرض (٤) اشارة الى التوجيه المتقدم (٥) فعمومات الارث كقوله تعالى (و اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض) و كحديث نبوىّ (ما ترك الميت من حقّ ، فلوارثه) بالنسبة الى الخيار ، لم يخرج عنها الزوجة و ان خرجت عنها بالنسبة الى الأرض (٦) الضمير يرجع الى العمومات (٧) اى حاصل الردّ ، انّ حقّ الخيار ليس تابعا للملكيّة و متوقفا عليها و لذا قوّى بعض المعاصرين ، ثبوت الخيار فى الصورتين ، اى صورة انتقال الأرض عن الميت ، و صورة انتقالها الى الميت (٨) فالمراد من (بعض المعاصرين) هو صاحب الجواهر ، كما عن بعض (٩) فلا يخفى انّ التضعيف متوجه الى حاصل الرد الذى هو ثبوت الخيار فى ←

الغير من حيث التسلط (١) على استرداده الى نفسه، او الى من هو(٢) منصوب من قبله (٣) كما فى الأجنبى، و بعبارة اخرى (٤) ملك لتملك المعوض لنفسه، او لمن نصب عنه، و هذه العلاقة لا تنتقل من الميت الّا الى وارث يكون كالميت فى كونه مالكا لا ن يملك، فاذا فرض انّ الميت باع ارضا بثمن، فالعلاقة المذكورة انّما هى لسائر الورثة دون الزوجة، لانّها بالخيار، لا تردّ شيئا من الأرض الى نفسها، و لا الى آخر، هى من قبله

← الصورتين، كما هو قول صاحب الجواهر(ره) و نتيجة التضعيف مع قوله (نعم، لو كان الميت، الخ) هو الوجه الثالث، اى ارث الخيار فى صورة انتقال الأرض الى الميّت، وعدم الارث فى صورة انتقالها عن الميّت (١) اى من حيث تسلط ذى الخيار على استرداد الملك المنتقل الى نفسه، او الى من هو منصوب من قبله، كما فى الأجنبى، فانّ الأجنبى الذى هو صاحب الخيار، مسلط على استرداد الملك الى من هو منصوب من قبله (٢) يرجع الضمير الى صاحب الخيار (٣) الضمير يرجع الى (من)، (٤) و بعبارة اخرى، الخيار ملك لتملّك المعوض المنتقل الى الغير لنفسه، او لمن نصب عنه، و هذه العلاقة لا تنتقل من الميّت، الّا الى وارث يكون كالميّت فى كونه مالكا لا ن يملك المال المنتقل الى الغير بعد الفسخ فالزوجة ليست كذلك بالنسبة الى الأرض المنتقلة الى الغير، لانّها بعد الفسخ لا تملك شيئا من الأرض، فلا يثبت لها الخيار فى الأرض المنتقلة عن الميت

لتكون كالأجنبى المجعول له ، نعم (١) لو كان الميت قد انتقلت اليه الأرض، كان الثمن (٢) المدفوع الى البايع متزلزلا فى ملكه (٣) فيكون فى معرض الانتقال الى جميع الورثة و منهم الزوجة ، فهى ايضا مالكة لتملك حصتها من الثمن ، لكن فيه (٤) ما ذكرنا سابقا ، من انّ الخيار حقّ فيما انتقل عنه بعد احراز التسلط على ما وصل بازائه ، وعبّر عنه فى جامع المقاصد، بلزوم تسلط الزوجة على مال الغير ، و حاصله (٥) انّ الميت انّما كان له الخيار و العلقة فيما انتقل عنه من حيث تسلطه على

---

(١) اى نعم ، لو كان الميت قد انتقلت اليه الأرض كان للزوجة حقّ الخيار ، لانّ 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 فى صورة انتقال الأرض الى الميت (٢) ، (كان الثمن ، الخ) جواب شرط لِـ (لو) (٣) يرجع الضمير الى البايع (٤) قوله (لكن فيه ما ذكرنا سابقا ، الخ) ابطال لقوله (نعم ، لو كان الميّت ، الخ) و ردّ له (٥) اى حاصل قوله (لكن فيه ما ذكرنا ، الخ) انّ الميت انّما كان له الخيار و التسلط على استرداد الثمن من حيث تسلّطه على ردّ الأرض التى فى يده ، و هذا التسلط لا ينتقل الّا الى من هو كذلك من ورثته ، و الزوجة ليست كذلك ، لانّها بالفسخ لا تتسلط على الأرض المنتقلة الى الميت لتردّها و تسترد الثمن ، فلا يثبت لها الخيار فى صورة انتقال الأرض الى الميت ، و الحاصل ، انّ نتيجة التضعيف المتقدم بلحاظ ابطال الاستدراك المذكور ، و هو قوله (نعم لو كان الميت ، الخ) و ردّه بقوله (لكن فيه ما ذكرنا ، الخ) هو الحرمان ←

ردّ ما فى يده لتملك ما انتقل عنه بازائه (١) فلا تنتقل هذه العلاقة الّا الى من هو كذلك من ورثته، كما مرّ نظيره فى عكس هذه الصورة (٢) و ليست الزوجة كذلك (٣) و قد تقدم فى مسئلة ثبوت خيار المجلس للوكيل انّ ادلّة الخيار مسوقة لبيان تسلّط ذى الخيار على صاحبه من جهة تسلطه على تملك ما فى يده، فلا يثبت بها (٤) تسلط الوكيل على ما وصل اليه لموكله (٥) و ما نحن فيه كذلك، و يمكن (٦)

← مطلقا، الذى هو الوجه الأول (١) الضمير يرجع الى (ما) فى قوله (ما فى يده)، (٢) فالمراد من (هذه الصورة) هى صورة انتقال الأرض الى الميت، فالمراد من عكسها، هى صورة انتقال الأرض عن الميت فالمراد من قوله (ما مرّ نظيره) هو انّ حق الخيار علقة فى الملك المنتقل الى الغير من حيث التسلط على استرداده الى نفسه .... فاذا فرض انّ الميت باع ارضا بثمن، فالعلاقة المذكورة، انّما هى لسائر الورثة دون الزوجة، لانّها بالخيار لا تردّ شيئا من الأرض الى نفسها و لا الى آخر هى منصوبة من قبله (٣) اى ليست الزوجة كسائر الورثة فى ردّ الأرض الى المشترى و استرداد الثمن منه (٤) الضمير يرجع الى ادلّة الخيار (٥) يعنى انّ الوكيل لا يثبت له التسلط على تملك ما فى يده حتى يتسلط بردّ ما فى يده و يسترد ما فى يد الطرف الآخر، و الزوجة كذلك بالنسبة الى الأرض المنتقلة الى الميت (٦) فلا يخفى، انّ المصنف (ره) ذكر فى التضعيف المذكور الاستدراك، ثمّ ردّ الاستدراك، ثمّ دفع الردّ، فذكر الاستدراك بقوله (نعم، لو كان الميت، الخ) ثمّ ذكر ردّ الاستدراك بقوله (لكن فيه ما ذكرنا، الخ) ثمّ ذكر دفع الردّ بقوله (و ←

دفعه (١) بانّ ملك بايع الأرض للثمن لمّا كان متزلزلا و فی معـــرض الانتقال الی جميع الورثة ، اقتضی (٢) بقاء هذا التزلزل بعد موت ذی الخيار ثبوت حقّ للزوجة ، و ان لم يكن لها تسلط على نفـس الأرض ، و الفرق (٣) بين ما نحن فيه و بين ما تقدم فی الوكيل ، انّ الخيار هناك

← يمكن دفعه ،الخ) ، (١) الضمير يرجع الى (ما ذكرنا) فی قوله (لكن فيه ما ذكرنا ،الخ) اى و يمكن دفعه ، بانّ الميت اذا اشترى الأرض مـن البايع ، فانّ ملك البايع للثمن متزلزل و فی معرض الانتقال الى جميـع الورثة ، فاذا كان ملكه للثمن متزلزلا ، اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت ذی الخيار ثبوت حقّ للزوجة ، و ان لم يكن لها تسلط على نفس الأرض فعلى هذا ، فترث الزوجة الخيار فی صورة انتقال الأرض الى الميّـت فيثبت الوجه الثالث الذی ذكر فی الاستدراك ، و حاصل الدفع ، هـو دفع الرد الذی ذكره بقوله (لكن فيه ما ذكرنا ،الخ) و اثبات الاستدراك الذی ذكره بقوله (نعم ، لو كان الميت ،الخ) فنتيجة التضعيف المتقـدم ايضا بلحاظ ما ذكره فی دفع الردّ بقوله (و يمكن دفعه ،الخ) هو الوجه الثالث الذی ذكره فی الاستدراك بقوله (نعم ، لو كان الميت ،الخ) ، (٢) قوله (اقتضى) جواب شرط لِـ (لمّا) ، (٣) اى و الفرق بين ما نحن فيه و بين ما تقدم فی الوكيل ، واضح ، لانّ الخيار و تزلزل ملك الطرف الآخر هنـاك كان متوقفا على تسلط الوكيل على ما فی يده ، و الحال انّه ليس لـه التسلط على ما فی يده ، امّا تزلزل ملك الطرف الآخر هنا ، فهو ثابـت على كلّ حال ، اى سواء قلنا : بثبوت الخيار للزوجة ، ام لا ، لانّ باقـی الورثة لو ردّوا الأرض و استـردّوا الثمن ، شاركتهم الزوجة فيه ،فحينئذ ←

و تزلزل ملك الطرف الآخر(١) و كونه (٢) فى معرض الانتقال الى موكل الوكيل ، كان (٣) متوقفا على تسلط الوكيل على ما فى يده ، و تزلزل ملك الطرف الآخر هنا (۴) و كونه (۵) فى معرض الانتقال الى الورثة ثابت على كلّ حال ، و لو لم نقل بثبوت الخيار للزوجة ، فانّ باقى الورثة لو ردّوا الأرض و استردّوا الثمن ، شاركتهم الزوجة فيه (۶) فحقّ الزوجة فى الثمن المنتقل الى البايع ثابت، فلها استيفائه (٧) بالفسخ ، ثمّ انّ ما ذكر (٨) وارد على فسخ باقى

← حقّ الزوجة فى الثمن المنتقل الى البايع ثابت، فلها استيفاء حقّها بالفسخ (١) قوله (تزلزل ملك الطرف الآخر)عطف على قوله (الخيار) (٢) قوله (كونه)عطف على قوله (الخيار) و الضمير فيه يرجع الى ملك الطرف الآخر (٣) قوله (كان) خبر لِ (انّ)، (۴) اشارة الى ما نحن فيه (۵) قوله (كونه)عطف الى (تزلزل ملك الطرف الآخر)، (۶) اى فى الثمن (٧) يرجع الضمير الى الحقّ (٨) ثمّ انّما ذكره فى مقام دفع الردّ المذكور لثبوت الخيار للزوجة فى صورة انتقال الأرض الى الميت، وارد وجار فى صورة انتقال الأرض عن الميّت، بان يقال : انّ تزلزل ملك الطرف الآخر و كونه فى معرض الانتقال الى الورثة ، ثابت على كلّ حال ، اى سواء ثبت الخيار للزوجة ، ام لا ، لانّ لباقى الورثة فسخ المعاملة و ردّ الثمن و استرداد الأرض و ان لم يكن لها نصيب من الأرض ، فعلى هذا يثبت ارثها فى هذه الصورة ايضا ، كما يثبت ارثها فى صورة انتقال الأرض الى الميّت، فحينئذ يثبت الوجه الثانى من الوجوه الأربعة ، و هو عدم حرمانها عن ارث الخيار مطلقا

الورثة للأرض (١) المبيعة بثمن معين تشترك فيه الزوجة ، الّا (٢) ان يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ ، الّا فى مقدار حصتهم من الثمن ، فيلزم تبعيض الصفقة ، فما اختاره فى الايضاح من التفصيل (٣) مفسرا به (٤) عبارة والده فى القواعد لا يخلو (٥) عن قوّة . قال فى القواعد : الخيار موروث بالحصص ، كالمال من اىّ انواعه (٦) كان الّا الزوجة غير ذات الولد فى الأرض ، على اشكال ، اقربه ذلك (٧)

---

(١) يعنى فسخ باقى الورثة للأرض التى باعها الميّت بثمن معيّن تشترك فى الثمن ، الزوجة (٢) فالمراد من قوله (الّا أن يلتزم ، الخ) انّ ما ذكر فى صورة انتقال الأرض الى الميت ، ليس واردا و جاريا فى صورة انتقال الأرض عن الميت حتى يثبت ارث للزوجة ايضا فى هذه الصورة حيث قال المصنف (ره) : الّا ان يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ فى تمام الأرض ، و انّما لهم ذلك فى المقدار من الأرض القابل لحصتهم من الثمن و ليس لهم التسلط على ردّ حصتها من الأرض ، فيلزم تبعّض الصفقة فى مقام فسخ باقى الورثة ، فاذا لم يكن ما ذكر واردا و جاريا فى صورة انتقال الأرض عن الميت ، و كان واردا و جاريا فقط فى صورة انتقال الأرض الى الميت ، فيثبت القول الثالث ، فلذا قال المصنف (ره) : فما اختاره فى الايضاح ، لا يخلو عن قوّة (٣) قوله (من التفصيل) بيان لِـ (ما) ، (٤) يرجع الضمير الى التفصيل (٥) قوله (لا يخلو) خبر لمبتدأ مقدّم و هو قوله (ما) ، (٦) يرجع الضمير الى الخيار (٧) فلا يخفى ، انّ صاحب الايضاح و السيّد العميد حملا قول العلامة (اقربه ذلك ، الخ) على انّ الأقرب ارث الزوجة اذا اشترى الميت الأرض بخيار ، لانّها حينئذ تفسخ ، فترث ←

ان اشترى بخيار لترث من الثمن، انتهى (١) و قال (٢) فى الايضاح: ينشأ الاشكال من عدم ارثها (٣) منها، فلا يتعلق (٤) بها (٥) فلا ترث من خيارها، و من انّ الخيار (٦) لا يتوقف على الملك، كالأجنبى، ثمّ فرّع (٧) المصنف (٨) انّه

← من الثمن، و لكن حمل المحقق الثانى فى جامع المقاصد قول العلامة (و اقربه ذلك، الخ) على انّ الأقرب من هذا الاشكال، عدم ارث الزوجة ان كان الميت قد اشترى الأرض بخيار، فارادت الفسخ لترث من الثمن، فقال ايضا: فانّ المتبادر انّ المشار اليه بقوله (ذلك) هو عدم الارث الذى سيقت لأجله العبارة، ففهم ارادة الارث منها ارتكاب لما لا يدلّ عليه دليل، انتهى (١) اى انتهى ما ذكره فى القواعد (٢) قال فى الايضاح: ينشأ الاشكال الذى ذكره العلامة بقوله (على اشكال) من عدم ارثها منها، فلا يتعلق ارثها بالأرض، فلا ترث الزوجة من خيارها و من انّ الخيار لا يتوقف على الملك، كخيار الأجنبى، 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 انّ الخيار، الخ) دليل على ارثها (٧) قوله (ثمّ فرّع المصنف، الخ) عبارات الايضاح فى شرح قول العلامة (اقربه ذلك، الخ) الّا انّه قدّم فى الشرح ما كان فى القواعد متأخرا، و اخّر فيه ما كان فيها متقدما، لانّ قوله (اقربه ذلك) كان فى القواعد متقدّما، و هو اخّره فى الشرح، و انّ قوله (ان اشترى بخيار لترث من الثمن) فى القواعد متأخر، و هو فى الشرح قدّمه (٨) فالمراد من (المصنف) هو العلامة (ره)

لو کان الموروث (١) قد اشتری بخیار ، فالأقرب ارثها (٢) من الخیار لانّ لها حقّا فی الثمن ، و یحتمل عدمه (٣) لانّها لا ترث من الثمن الّا بعد الفسخ ، فلو علّل بارثها دار (٤) و الأصح (٥) اختیار المصنف لانّ الشراء (٦) یستلزم منعها (٧) من شئ نزله الشارع منزلة جزء من الترکة ، و هو (٨) الثمن ، فقد تعلق الخیار بما ترث منه (٩) انتهی (١٠) و قد حمل (١١) العبارة علی هذا المعنی السید العمید الشارح

---

(١) فالمراد من (الموروث) هی الأرض (٢) ای ارث الزوجة (٣) الضمیر یرجع الی الارث (٤) بیان الدور : انّ ارث الثمن موقوف علی الفسخ ، و الفسخ موقوف علی ثبوت الخیار ، فثبوت الخیار موقوف علی کون الثمن موروثا و فیه ، انّ ارث الثمن موقوف علی الفسخ فعلا ، و الخیار لا یتوقف الّا علی کون الثمن موروثا شأنا ، فلا دور (٥) ای و الأصح اختیار المصنف (ره) و هو ارث الزوجة من الخیار فی صورة انتقال الأرض الی المیت ، لانّ الثمن من حیث هو مع قطع النظر عن الشراء کان جزء من الترکة موروثا للزوجة و شراء الأرض یستلزم منعها من ذلک ، فلو قلنا : بثبوت الخیار لها لا یلزم تعلق الخیار بغیر الموروث ، و حاصل غرض الایضاح : انّ ارث الثمن موقوف علی الخیار ، لکن الخیار لا یتوقف الّا علی کون الثمن موروثا شأنا فلا دور (٦) ای شراء الأرض (٧) ای منع الزوجة (٨) یرجع الضمیر الی الشئ (٩) الضمیر یرجع الی (ما) ، (١٠) انتهی ما ذکره فی الایضاح فی شرح عبارة والده (١١) یعنی انّ السید العمید الشارح للکتاب القواعد حمل عبارة العلامة علی هذا المعنی ، و هو ارث الزوجة من الخیار فی صورة انتقال الأرض الی المیت

للكتاب، و استظهر خلاف ذلك(١) من عبارة جامع المقاصد، فانّه (٢) بعد بيان منشأ الاشكال على ما يقرب من الايضاح ، قال :فالأقرب من هذا الاشكال عدم ارثها (٣) ان كان الميّت قد اشترى ارضا بخيار، فارادت الفسخ لترث من الثمن ، و امّا اذا باع ارضا بخيار، فالاشكال حينئذ بحاله ،لانّها اذا فسخت فى هذه الصورة ، لم ترث شيئا ، و حمل الشارحان (٤) العبارة على انّ الأقرب ارثها اذا اشترى بخيار ، لانّها حينئذ تفسخ ، فترث من الثمن ، بخلاف ما اذا باع بخيار، و هو (٥) خلاف الظاهر ، فانّ المتبادر انّ المشار اليه بقوله ذلك (٦) هو عدم الارث الذى سيقت لأجله (٧) العبارة ، مع انّه (٨) من حيث الحكم

---

(١) قوله (ذلك) اشارة الى المعنى الذى حمل السيّد العميد عبارة القواعد عليه ، و فسّر الايضاح عبارة والده به ، و هو ارث الزوجة من الخيار فى صورة انتقال الأرض الى الميّت ، و المراد من خلاف هذا المعنى الذى استظهر من عبارة جامع المقاصد ، هو عدم ارث الزوجة من الخيار فى صورة انتقال الأرض الى الميت (٢) يرجع الضمير الى جامع المقاصد (٣) اى عدم ارث الزوجة من الخيار (٤) قوله (و حمل الشارحان ،الخ) عبارة جامع المقاصد ، اى حمل صاحب الايضاح و السيّد العميد عبارة القواعد على انّ الأقرب ارثها اذا اشترى بخيار، لانّها حينئذ تفسخ فترث من الثمن (٥) يعنى وحمل الشارحين عبارة القواعد على انّ الأقرب ارثها ، خلاف الظاهر (٦) فالمراد من (ذلك) هو ما ذكر فى عبارة القواعد بقوله (اقربه ذلك) ، (٧) يرجع الضمير الى عدم الارث (٨) يرجع الضمير الى حمل الشارحين

غیر مستقیم ایضا ، فانّ الأرض حقّ لباقی الورّاث استحقّوها بالموت ،فکیف تملك الزوجة ابطال استحقاقهم لها (١) و اخراجها (٢) عن ملکهم ، نعم (٣) لو قلنا :انّ ذلك یحصل بانقضاء مدّة الخیار ، استقام ذلك (٤) و ایضا (٥) فانّها اذا ورثت فی هذه الصورة ، وجب ان ترث فی ما اذا باع

---

(١) الضمیر یرجع الی الأرض (٢) فی قوله (اخراجها) اضافة المصدر الی مفعوله مع حذف الفاعل ، ای اخراج الزوجة الأرض عن ملکهم (٣) قوله (نعم ، لو قلنا ، الخ) ایضا عبارة جامع المقاصد ، یعنی نعم ، لو قلنا :انّ ملك المیت للأرض و ملك بایع الأرض للثمن یحصل بانقضاء الخیار کما حکی عن الشیخ الطوسی (ره) ، انّ ملکیّة العوضین لا یحصل الّا بانقضاء الخیار ، استقام ما ذکره الشارحان ، من انّ الأقرب ارث الزوجة من الخیار اذا اشتری بخیار ، لانّ الأرض لم تنتقل الی المیت ، و الثمن لم ینتقل الی بایع الأرض فی زمان الخیار ، فحینئذ تفسخ الزوجة و ترث من الثمن (٤) اشارة الی ما ذکره الشارحان ، من انّ الأقرب ارث الزوجة من الأرض اذا اشتری بخیار (٥) اعترض فی جامع المقاصد علی الشارحین ایضا بقوله (و ایضا ، فانّها اذا ورثت ، الخ) یعنی ما ذکره الشارحان غیر صحیح لانّ الزوجة اذا ورثت فی صورة انتقال الأرض الی المیت ، وجب ان ترث من الخیار فی صورة انتقال الأرض عن المیت بطریق اولی ، و الحال انّهما لا یقولان بارثها فی هذه الصورة

الميّت ارضا بخيار، بطريق اولى (١) لانّها ترث حينئذ من الثمن و اقصى (٢) ما يلزم من ارثها من الخياران تبطل حقّها من الثمن، و هو (٣) اولى من ابطال ارثها حقّ غيرها (٤) من الأرض التى اختصوا بملكها

---

(١) و انّما كان بطريق اولى ، لانّ الثمن انتقل الى الميّت، و الزوجة ترث منه و لها حقّ فى ان تتصرف فى الثمن بان تفسخ و تردّ الثمن و استردت الأرض (٢) قال فى جامع المقاصد ايضا (اقصى ما يلزم ،الخ) حاصل هذه العبارة ، انّ ارث الزوجة من الخيار فى صورة انتقال الأرض عن الميّت مبطل لحقّها ، لانّه بالفسخ ينتقل الثمن الى الطرف الآخر ،و تنتقل الأرض الى سائر الورثة ، فحينئذ تكون الزوجة محرومة من الأرض مع بطلان حقّها من الثمن ايضا ، امّا ارثها من الخيار فى صورة انتقال الأرض الى الميّت، فهو مبطل لحقوق سائر الورثة ، لانّه بالفسخ تنتقل الأرض من الورثة الى الطرف الآخر، و ينتقل الثمن الى الورثة ،و انّما كان الابطال فى الصورة الاولى ،اولى من الصورة الثانية ، لانّ الابطال فى الاولى ابطال حقّ واحد ، و هو راجع الى نفسها ، و انّ الابطال فى الثانية ابطال لحقوق راجعة الى سائر الورثة ، فاذا دار الأمر بين ابطال حقّ واحد راجع الى نفسها ، و بين ابطال حقوق راجعة الى سائر الورثة ، فالأول اولى بالارتكاب من الثانى (٣) الضمير يرجع الى ابطال حقّها من الثمن (٤) فالمراد من (غيرها) هو سائر الورثة ، يعنى انّ ارثها من الخيار فى صورة انتقال الأرض الى الميت مبطل لحق سائر الورثة من الأرض التى اختصوا بملكها

ثمّ قال(١) :و الحقّ انّ ارثها من الخیار فی الأرض المشتراة ، مستبعد جدّا ، و ابطال حقّ قد ثبت لغیرها یحتاج الی دلیل ، نعم (٢) قوله : لترث من الثمن ، علی هذا التقدیر (٣) ، یحتاج الی تکلّف زیادة تقدیر (٤) بخلاف ما حملا (٥) علیه ، انتهی (٦) و قد تقدم ما یمکن (٧) ان

---

(١) ثمّ قال فی جامع المقاصد (و الحق ،الخ) و حاصل ما قال ، انّ ارث الزوجة من الخیار فی الأرض التی اشتراها المیت، مستبعد جدا ،و ابطال حقّ الورثة من الأرض التی اشتراها المیت یحتاج الی دلیل و هو هنا مفقود (٢) قال فی جامع المقاصد (نعم ، قوله :لترث من الثمن الخ) یعنی ، نعم قول العلامة (لترث من الثمن) علی هذا التقدیر الذی فسرت قوله به ، یحتاج الی تکلف زیادة تقدیر ، بخلاف ما حمل الشارحان علیه (٣) فالمراد من (هذا التقدیر) هو الذی فسر قول العلامة به بقوله (فانّ المتبادر ، انّ المشار الیه ، بقوله ذلك هو عدم الارث الذی سیقت لأجله العبارة)(٤) لعل المراد من زیادة التقدیر فی صورة عدم الارث هو ما ظهر من کلامه حیث قال (فارادت الفسخ لترث من الثمن) ، (٥) یرجع الضمیر فی قوله (حملا) الی الشارحان ، و فی قوله (علیه) الی (ما)(٦) ای انتهی ما ذکره فی جامع المقاصد (٧) فالمراد بما تقدّم ، هو ما تقدّم فی ص ٣١١ بقوله (و یمکن دفعه ، بانّ ملك بایع الأرض ،الخ) و المراد من هذا الکلام هو قول جامع المقاصد (ابطال حقّ قد ثبت لغیرها ، یحتاج الی دلیل) یعنی و قد تقدّم ما یمکن ان یقال علی ردّ هذا الکلام الذی ذکره جامع المقاصد ، و حاصل هذه العبارة : انّ جامع المقاصد یقول (ابطال حقّ قد ثبت لغیرها ، یحتاج الی دلیل) ←

يقال على هذا الكلام ، ثمّ انّ الكلام فى ثبوت الخيار لغير مستحق الحبوة من الورثة (١) اذا اشترى الميت ، او باع بعض اعيان الحبوة بخيار ، هو (٢) الكلام فى ثبوته للزوجة فى الأرض المشتراة (٣) و المبيعة

مسئلة

فى كيفيّة استحقاق كلّ من الورثة للخيار مع انّه شئ واحد غير قابل للتجزئة و التقسيم ، وجوه (٤)

الأول : ما اختاره بعضهم من استحقاق كلّ منهم خيارا مستقلا ، كمورثه بحيث يكون له الفسخ فى الكلّ ، و ان اجاز الباقون (٥)

← و المصنف يقول : و الدليل على الابطال المذكور ثابت بما تقدّم من انّ ملك بايع الأرض للثمن لمّا كان متزلزلا و فى معرض الانتقال الى جميع الورثة اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت ذى الخيار ثبوت حقّ للزوجة ، و ان لم يكن لها تسلط على نفس الأرض (١) قوله (من الورثة) بيان لـ (الغير) ، (٢) يرجع الضمير الى (الكلام) فى قوله (انّ الكلام) (٣) اى فى الأرض التى اشتراها الميت او باعها (٤) اى وجوه ثلاثة ، بل وجوه اربعة ، بناء على انّ الوجه الثالث يتصور على وجهين (٥) فلا يخفى ، انّ فى قوله (و ان اجاز الباقون) احتمالين ، احدهما : كون المتقدم من الفسخ و الاجازة نافذا ، بمعنى انّه اذا سبق احدهما بالفسخ او الامضاء لم يبق خيار حتى يستوفيه اللاحق ، و ثانيهما : انّ الفسخ نافذ ، و ان تقدمت الاجازة على الفسخ ، و ظاهر كلام المصنف فيما يأتى هو الثانى

نظیر حدّ القذف (١) الذی لا یسقط بعفو بعض المستحقین ، وکذلک (٢) حق الشفعة علی المشهور . واستند فی ذلك (٣) الی انّ ظاهر النبوی المتقدم (٤) وغیره : ثبوت الحق (٥) لکلّ وارث ، لتعقّل (٦) تعدّد من لهم الخیار ، بخلاف المال الذی لا بدّ من تنزیل مثل ذلك علی ارادة الاشتراك ، لعدم تعدّد الملاّك شرعا لمال واحد ، بخلاف محل البحث (٧)

الثانی (٨) : استحقاق کلّ منهم خیارا مستقلا فی نصیبه

---

(١) القذف : هو الرمی بالزنا او اللواط ، مثل قوله : زنیت او لطّت ، و حدّه ثمانون جلدة ، مثلا اذا مات المقذوف عن وارثین ، وعفی احدهما دون الآخر ، لم یسقط الحدّ عن القاذف (٢) اذا مات الشفیع عن وارثین ، وعفی احدهما دون الآخر ، لم یسقط حقّ الشفعة علی المشهور (٣) اشارة الی (ما اختار بعضهم) ، (٤) ای المتقدم فی ص ٣٠١ (ما ترك المیّت من حقّ ، فلوارثه) ، (٥) قوله (ثبوت الحق) خبر لِ (انّ) (٦) ای لتعقّل تعدّد من لهم الخیار ، بمعنی ان یکون لکلّ واحد منهم استقلال فی فسخ الکلّ ، بخلاف المال ، فانّه لا یعقل ان یکون کلّ واحد من الوثة مستقلا فی اخذ المال ، بل ارث الورثة من المال ، کان بنحو الاشتراك (٧) فالمراد من (محلّ البحث) هو کیفیّة استحقاق کلّ من الورثة للخیار مع انّه شئ واحد (٨) ای الوجه الثانی

فله الفسخ فيه (١) دون باقى الحصص ، غاية الأمر مع اختلاف الورثة فى الفسخ و الامضاء تبعّض الصفقة على من عليه الخيار ، فيثبت له (٢) الخيار و وجه ذلك (٣) انّ الخيار لما لم يكن قابلا للتجزئة ، و كان مقتضى ادلّة الارث ، كما سيجئ ، اشتراك الورثة فيما ترك مورثهم ، تعيّن (٤) تبعضّة بحسب متعلقه (٥) فيكون نظير المشتريين لصفقة (٦) واحدة اذا قلنا بثبوت الخيار لكلّ منهما (٧)

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

---

(١) اى فى نصيبه (٢) الضمير يرجع الى (من) ، (٣) اشارة الى الوجه الثانى (٤) قوله : (تعيّن) جواب شرط لِـ (لمّا) يعنى انّ الخيار لمّا لم يكن قابلا للتجزئة ، تعيّن تبعضّه بحسب متعلقه الذى هو المال ، ثمنا كان او مثمنا ، فحينئذ يكون لكلّ واحد من الورثة الفسخ فى نصيبه (٥) فانّ متعلق الخيار ، هو المال ، ثمنا كان او مثمنا (٦) قال فى المجمع : و كانت العرب اذا وجب البيع ضرب احدهما يده على يد صاحبه ، ثمّ استعملت الصفقة فى العقد ، فقيل : بارك اللّه لك فى صفقة يدك ، انتهى (٧) يعنى يكون لكلّ واحد من المشتريين الفسخ فى حصته ، اذا قلنا بثبوت الخيار لكلّ واحد منهما فى حصته (٨) اى الوجه الثالث (٩) يرجع الضمير الى الخيار (١٠) فانّه بقوله (من دون ارتكاب تعدّده بالنسبة الى جميع المال) يردّ الوجه الأول ، و بقوله (و لا بالنسبة الى حصة كلّ منهم) يردّ الوجه الثانى

ولا بالنسبة الی حصة کلّ منهم ، لانّ مقتضی ادلّة الارث فی الحقوق الغیر القابلة للتجزئة ، و الاموال القابلة لها امر (۱) واحد ، و هو (۲) ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة ، الّا انّ التقسیم فی الأموال لما کان امرا ممکنا ، کان مرجع اشتراك المجموع فی المجموع الی اختصاص کلّ منهم بحصة مشاعة ، بخلاف الحقوق ، فانّها تبقی علی حالها من اشتراك مجموع الورثة فیها ، فلا یجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ ، لا فی الکلّ ، و لا فی حصته (۳) فافهم (۴) و هنا (۵) معنی آخر لقیام الخیار بالمجموع و هو (۶) ان یقوم (۷) بالمجموع من حیث تحقق الطبیعة (۸) فی ضمنه ، لا من حیث کونه مجموعا ، فیجوز لکلّ منهم الاستقلال بالفسخ ما لم یجز الآخر ، لتحقق الطبیعة فی الواحد (۹)

---

(۱) قوله (امر) خبر لِ (انّ) ، (۲) الضمیر یرجع الی (امر واحد) ، (۳) فلا یخفی ، انّ حاصل الوجه الثالث ، انّه لو فسخ احدهم ، و اجاز ، الآخر لغی الفسخ و ان کان الفسخ متقدما (۴) لعله اشارة الی انّ ذلك یستلزم بطلان حقّ الشخص الذی یرید الفسخ ، لانّه یوجب عدم جواز اعمال حقّه لا فی الکلّ ، و لا فی حصته (۵) قوله (هنا) اشارة الی الوجه الثالث یعنی فی الوجه الثالث معنی آخر (۶) الضمیر یرجع الی المعنی الآخر (۷) یرجع الضمیر المستتر الی الخیار (۸) ای من حیث تحقق طبیعة الوارث فی ضمن المجموع (۹) حاصل المعنی الآخر الذی ذکره المصنف (ره) ، انّ الخیار یقوم بطبیعة الوارث فی ضمن مجموع الورثة ، فیکون المجموع مصداقا لطبیعة الوارث ، و کذلك کلّ واحد من الورثة یکون مصداقا لطبیعة الوارث ایضا ، فیکون الخیار لمجموع الورثة لتحقق ←

و ليس له (١) الاجازة بعد ذلك (٢) كما انّه لو اجاز الآخر، لم يجز الفسخ بعده، لانّ الخيار الواحد اذا قام بماهية الوارث (٣) واحدا كان او متعدّدا ، كان امضاء الواحد كفسخه ماضيا ، فلا عبرة بما يقع متأخرا عن الآخر، لانّ الأول قد استوفاه (٤) و لو اتّحدا زمانا (٥) كان ذلك كالامضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرف واحد ، لا انّ الفاسخ متقدّم، كما سيجئ فى احكام التصرف (٦) ثمّ انّه لا ريب فى فساد

← الطبيعة فى ضمنه و يكون الخيار ايضا لكلّ واحد منهم لتحقق طبيعة الوارث فى ضمن كلّ واحد منهم، فيجوز لكلّ واحد منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر قبله، و الاستقلال بالاجازة ما لم يفسخ الآخر قبلها لتحقق الطبيعة فى الوارث الواحد ، و انّ 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) اى بعد الفسخ (٣) ماهية الوارث ، اى طبيعة الوارث (٤) الضمير المفعول يرجع الى حق الخيار (٥) يعنى لو اتّحد الفسخ و الاجازة زمانا كان ذلك كالامضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرف واحد ، كما لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار، فقال : اعتقتهما ، و قد تعرّض لهذا الفرع فى ج ١٠ ص ٢ (٦) اى كما سيجئ عدم تقدم الفاسخ على المجيز فى ج ١٠ ص ٢ فى احكام التصرف بقوله (و فيه ، انه لا دليل على التقديم فى مثل المقام مما وقع الاجازة و الفسخ من طرف واحد دفعة ، الخ) فلايخفى ، انّ محصل الوجه الأول ، هو تقديم الفسخ على الاجازة و ان وقع الاجازة قبل الفسخ ، و محصل الوجه الثانى ، انّ لكلّ واحد من الورثة الفسخ فى نصيبه لا فى ←

مستند الوجه الأول المذکور (١) له ، لمنع ظهور النبوی و غیره (٢) فی ثبوت ما ترک لکلّ واحد من الورثة ، لانّ المراد بالوارث فی النبوی و غیره ممّا افرد فیه لفظ الوارث ، جنس (٣) الوارث المتحقق فی ضمن الواحد و الکثیر ، و قیام الخیار بالجنس یتأتی علی الوجوه الأربعة المتقدمة (٤) کما لا یخفی علی المتأمل ، و امّا ما ورد فیه لفظ الورثة (٥) بصیغة الجمع

← باقی الحصص ، غایة الأمر مع اختلاف الورثة فی الفسخ و الامضاء یثبت للطرف الآخر الخیار لتبعض الصفقة ، و محصل الوجه الثالث ، انّ المجموع ان اتفق علی الفسخ ، انفسخ ، و الّا فلا ، و محصل الوجه الرابع انّه یجوز لکلّ واحد منهم الاستقلال باستیفاء الخیار بالفسخ او الامضاء من دون حاجة الی انضمام الباقی ، فان سبق احدهم باستیفائه بفسخ او امضاء ، لم یبق خیار حتی یستوفیه اللاحق ، فیکون عمل اللاحق فسخا کان او اجازة ، لغوا ، و ان اتّحدا زمانا کان ذلک کالامضاء و الفسخ بتصرف واحد (١) قوله (المذکور) صفة لِـ (مستند) مضاف الی الوجه ، و الضمیر فی قوله (له) یرجع الی الوجه الأول (٢) ای و غیره من ادلّة الارث (٣) فالمراد من الجنس هو الطبیعة (٤) ای و قیام الخیار بجنس الوارث یتأتی علی الوجوه الأربعة المتقدمة ، و قضیة هذا هو الاجمال فعلی هذا لا یکون النبوی ظاهرا فی الوجه الأول ، و کذا غیره ممّا افرد فیه لفظ الوارث (٥) فلا یخفی ، انّ فی لفظ ﴿ العلماء ﴾ فی قول المولی : اکرم العلماء ، احتمالات اربعة ، احدها : ان یراد منه جنس الجمع و لم ینسلخ عنه معنی الجمعیة ، فحینئذ انّ العبد ان اکرم کلّهم ، اطاع و لم یعص ، و ان اکرم ثلاثة منهم و ترک اکرام الباقی ، اطاع و لم یعص ←

فلايخفى ، انّ المراد به (١) ايضا امّا جنس الجمع او جنس الفرد او الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الافرادى ، و الأظهر هو الثانى (٢) كما فى نظائره ، هذا كلّه مع قيام القرينة العقلية (٣) و اللفظية على

← ايضا ، لانّ المراد ايجاد طبيعة الجمع ، فهو حاصل باكرام الكل و باكرام ثلاثة ايضا ، و إنْ اكرم فردا منهم لم يطع اصلا ، لانّ المراد منه جنس الجمع لا جنس الفرد ، و ثانيها : ان يراد منه جنس الفرد ، و انسلخ منه معنى الجمعية و بقى ارادة الجنس ، فحينئذ انّ العبد إنْ اكرم كلّهم ، اطاع و لم يعص ، و إنْ اكرم فردا منهم و ترك اكرام الباقى اطاع و لم يعص ايضا ، لانّ المراد منه ايجاد الطبيعة فهو حاصل باكرام كلّهم و باكرام فرد منهم ايضا ، و ثالثها : ان يراد منه الاستغراق المجموعى فحينئذ ، انّ العبد إنْ اكرم ثلاثة منهم و ترك اكرام الباقى ، اطاع بالنسبة الى اكرام الثلاثة ، و عصى بالنسبة الى ترك اكرام الباقى ، و إنْ اكرم فردا منهم ، لم يطع اصلا ، لانّ المراد منه الاستغراق المجموعى ، لا الاستغراق الافرادى ، و رابعها : ان يراد منه الاستغراق الافرادى فحينئذ ، انّ العبد إنْ اكرم فردا منهم و ترك اكرام الباقى ، فانّه اطاع بالنسبة الى اكرام الفرد ، و عصى بالنسبة الى ترك اكرام الباقى ، و فى لفظ الورثة ايضا احتمالات اربعة التى ذكرها المصنف (ره) بقوله (انّ المراد به ايضا امّا جنس الجمع او جنس الفرد ، الخ) ، (١) الضمير يرجع الى لفظ الورثة (٢) فالمراد من الثانى ، هو جنس الفرد ، فحينئذ يكون مجملا مردّدا بين الوجوه الأربعة ، و لا يكون لفظ الورثة ظاهرا فى الوجه الأول (٣) و المصنف (ره) ذكر لفساد الوجه الأول ، دليلين ←

عدم ارادة ثبوته لکلّ واحد مستقلا فی الکلّ ، امّا الاولی (١) فلانّ المفروض ان ما کان للمیت و ترکه للوارث حق واحد شخصی ، و قیامه(٢) بالاشخاص المتعدّدین اوضح استحالة ، و اظهر بطلانا من تجزّیه (٣) و انقسامه علی الورثة ، فکیف یدّعی ظهور ادلّة الارث فیه (٤) و امّا الثانیة (٥) فلانّ مفاد تلک الأدلة (٦) بالنسبة الی المال المتروک و الحق المتروک شئ واحد ، و لا یستفاد منها (٧) بالنسبة الی المال الاشتراک، وبالنسبة الی الحق التعدد ، الّا مع استعمال الکلام فی معنیین هذا ،مع انّ (٨)

← احدهما : ما ذکره بقوله (بمنع ظهور النبوی و غیره ،الخ) و ثانیهما : قوله (مع قیام القرینة العقلیة ،الخ)، (١) فالمراد من (الاولی) هی القرینة العقلیة (٢) یرجع الضمیر الی حقّ واحد (٣) الضمیر یرجع الی حق واحد ایضا (٤) یرجع الضمیر الی قیام حق واحد بالاشخاص المتعددین(٥) فالمراد من (الثانیة) هی القرینة اللفظیة (٦) یعنی انّ مفادّ ادلّة الارث بالنسبة الی المال المتروک و الحقّ المتروک ، شئ واحد ، و لا یستفاد من ادلّة الارث بالنسبة الی المال الاشتراک بان یکون الورثة مشترکین فی المال بحسب حصة کلّ واحد منهم ، و بالنسبة الی الحقّ ، التعدد ، بان یکون کلّ واحد منهم مستقلا فی فسخ الکلّ الّا مع استعمال الکلام فی المعنیین ، و هذا خلاف الظاهر من الأدلة(٧) الضمیر یرجع الی الأدلة (٨) قوله (مع انّ مقتضی ثبوت،الخ) دلیل ثالث لفساد الوجه الأول ، و حاصله :انّ مقتضی ثبوت ، ما کان للمیت لکلّ من الورثة ان یکون الورثة کالوکلاء المستقلین ، فیمضی السابق من اجازة احدهم او فسخه ، فلا یؤثر اللاحق ، فاذا اجاز احدهم سابقا ←

مقتضى ثبوت، ما كان للميت لكلّ (١) من الورثة ان يكونوا كالوكلاء المستقلين، فيمضى السابق من اجازة احدهم او فسخه (٢) ولا يؤثر اللاحق، فلاوجه لتقدم الفسخ على الاجازة على ما ذكره (٣) وامّا الوجه الثانى (٤) فهو، وان لم يكن منافيا لظاهر ادلّة الارث من ثبوت مجموع المتروك لمجموع الوارث، الّا ان تجزية الخيار (٥) بحسب متعلقه (٦) كما تقدم ممّا لم يدلّ عليه ادلّة الارث، امّا ما كان منها (٧) كالنبوى، غير متعرض للقسمة، فواضح، وامّا 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 وجه لتقدم الفسخ على الاجازة كما هو قضية الوجه الأول على ما ذكره البعض (١) قوله (لكلّ) متعلق بقوله (ثبوت)، (٢) يرجع الضمير الى احدهم (٣) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى البعض الذى اختار الوجه الأول، والضمير المفعول يرجع الى (ما)، (٤) اى الوجه الثانى من الوجوه الأربعة (٥) اى الّا انّ تجزية الخيار وتبعّضه بحسب متعلق الخيار الذى هو المال، كما تقدم ممّا لم يدلّ عليه ادلّة الارث (٦) فالضمير يرجع الى الخيار، والمراد من المتعلق، هو المال، لانّ الخيار يتعلق بالمال، ثمنا كان او مثمنا (٧) يرجع الضمير الى ادلّة الارث (٨) يعنى وامّا ما تعرض فيه للقسمة كآيات قسمة الارث بين الورثة، كقوله تعالى: فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ولِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ س ٤ آية ١١ وغيرها، فغاية ما يستفاد منها ثبوت القسمة فى المال الذى يحصل باعمال حقّ الخيار، فيقسّم بينهم العين←

الارث بین الورثة ، فغایة ما یستفاد منها (١) فی المقام بعد ملاحظة عدم انقسام نفس المتروك (٢) هنا ثبوت القسمة (٣) فیما یحصل باعمال هذا الحق او اسقاطه (٤) فیقسّم بینهم العین المستردة بالفسخ او ثمنها (٥) الباقی فی ملکهم بعد الاجازة علی طریق الارث (٦) و امّا ثبوت الخیار لکلّ منهم مستقلا فی حصته ، فلا یستفاد من تلك الأدلة ،فالمتیقن (٧) من مفادّها (٨) هو ثبوت الخیار الواحد الشخصی للمجموع ، فان اتفق المجموع علی الفسخ انفسخ (٩) فی المجموع ، و الّا فلا دلیل علی الانفساخ فی شئ منه ، و من ذلك (١٠) یظهر انّ المعنی الثانی (١١)

← المستردّة بالفسخ ، او اسقاطه ، فیقسّم بینهم ثمن العین الباقی فی ملکهم علی طریق الارث (١) الضمیر یرجع الی الآیات (٢) ای بعد ملاحظة عدم انقسام نفس حق الخیار المتروك من قبل المیت هنا (٣) قوله (ثبوت القسمة) خبر لمبتدأ مقدّم ، و هو قوله (فغایة) مضافة الی (ما) (٤) یرجع الضمیر الی الحق (٥) الضمیر یرجع الی العین (٦) قوله (علی طریق الارث) متعلق علی قوله (فیقسّم) ، (٧) ای فالمتیقن من مفاد الأدلة ، هو الوجه الثالث ، و هو ثبوت الخیار الواحد الشخصی للمجموع ، فان اتفق المجموع علی الفسخ انفسخ فی المجموع ، و ان لم یتفق المجموع علی الفسخ ، فلا دلیل علی الانفساخ فی شئ منه (٨) الضمیر یرجع الی الأدلة (٩) الضمیر المستتر یرجع الی العقد (١٠) اشارة الی انّ مفادّ الأدلة ، هو ثبوت الخیار الواحد الشخصی للمجموع (١١) فالمراد من الوجه الثانی ، هو الذی ذکره فی ص ٣٢٣ بقوله : و هنا معنی آخر لقیام الخیار بالمجموع ، الخ

للوجه الثالث، و هو قيام الخيار بالطبيعة المتحققة فى ضمن المجموع ايضا لا دليل (١) عليه، فلايؤثر فسخ احدهم و ان لم يجز الآخر، مع انّ هذا المعنى (٢) ايضا مخالف لأدلة الارث، لما عرفت (٣) من انّ مفادها (٤) بالنسبة الى المال و الحق، واحد، و من المعلوم (٥) انّ المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق فى ضمن المجموع، ثمّ انّ ما ذكرنا (٦) جار فى كلّ حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج كونه (٧) على خصوص واحد من الوجوه (٨) المذكورة

---

(١) قوله (لا دليل عليه) خبر لِـ (انّ) فى قوله (انّ المعنى الثانى) و الضمير فى قوله (عليه) يرجع الى المعنى الثانى (٢) اشارة الى المعنى الثانى للوجه الثالث (٣) اى لما عرفت فى ص ٣٢٧ بقوله (و امّا الثانية فلانّ مفادّ تلك الأدلة بالنسبة الى المال المتروك و الحق المتروك، شئ واحد) من انّ مفادها بالنسبة الى المال و الحق، واحد، فلا يستفاد منها بالنسبة الى الحق، التعدد، و بالنسبة الى المال، الاشتراك (٤) قوله (من انّ مفادها، الخ) بيان لِـ (ما)، (٥) اى و من المعلوم انّ المالك للمال ليس هو الطبيعة المتحققة فى ضمن المجموع حتى يكون كلّ واحد منهم بالنسبة الى المال مستقلا، كما هو قضية الوجه الرابع، بل كلّهم بالنسبة الى المال مشتركون على طريق الارث (٦) يعنى انّ ما ذكرنا من انّ المتيقن من مفاد الأدلة، هو ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع و ان اتفق المجموع على الفسخ، انفسخ فى المجموع، و الّا فلا، جار فى كلّ حق ثبت لمتعدّد لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه الأربعة المذكورة (٧) الضمير يرجع الى الحق (٨) اى الوجوه ←

نعم، لو علم ذلك (١) من دليل خارج اتبع، كما فی حدّ القذف، فانّ النص قد دلّ على انّه (٢) لا يسقط بعفو احد الشريكين، وكذا حق القصاص، فانّه لا يسقط بعفو احد الشريكين، لكن مع دفع الآخر (٣) مقدار حصة الباقی من الدية الى اولياء المقتصّ منه (٤) جمعا بين الحقّين، لكن (٥) يبقى الاشكال فی حكم المشهور من غير خلاف يعرف بينهم، وان احتمله (٦) فی الدروس، من انّ احد الورثة اذا عفى عن

← الأربعة المتقدمة (١) يعنى لو علم كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة فی حق ثبت لمتعدّد من دليل خارج، اتّبع، كما فی حدّ القذف وحق القصاص، مثلا اذا قتل الحارث والد بكر وزيد، فعفى بكر حقّه، فلزيد ان يقتصّ من الحارث فی صورة عدم عفوه، لكنه اذا قتله لأجل القصاص، يجب ان يدفع الى ورثة الحارث نصف الدية، لانّ للمقتصّ من حق القصاص نصفه (٢) الضمير يرجع الى حدّ القذف (٣) فالمراد من (الآخر) هو المقتص الذی يريد ان يقتص من الجانی الذی هو المقتص منه (٤) فالمراد من (المقتص منه) هو الجانی، سواء كان قاتلا، ام لا (٥) قال المصنف (ره) قبل هذا (ثمّ، انّ ما ذكرنا جار فی كلّ حق ثبت لمتعدّد، الخ) ثمّ قال هنا (لكن يبقى الاشكال، الخ) يعنى لكن، انّ المشهور حكموا فی الشفعة بخلاف ما ذكرنا، من انّ المتيقّن من مفادّها، هو ثبوت الخيار الواحد الشخصی للمجموع، لانّهم حكموا، بانّ احد الورثة اذا عفى عن الشفعة كان للآخر الأخذ بكلّ المبيع، فانّ الظاهر انّ حكمهم بذلك ليس لأجل دليل خارجی، والفرق بينه وبين ما نحن فيه، مشكل (٦) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى ←

الشفعة كان للآخر الأخذ بكلّ المبيع ، فانّ الظاهر انّ قولهم بذلك ليس لأجل دليل خارجى ، و الفرق بينه (١) و بين ما نحن فيه ، مشكل . و يمكن ان يفرق بالضرر (٢) فانّه لو سقطت الشفعة بعفو احد الشريكين تضرر الآخر بالشركة ، بل لعلّ هذا هو (٣) السرّ فى عدم سقوط حدّى القذف و القصاص بعفو البعض ، لانّ الحكمة فيهما (٤) التشفّى، فابطالهما بعفو احد الشركاء اضرار على غير العافى ، و هذا غير موجود فيما نحن فيه ، فتأمل (٥) ثمّ انّ ما اخترناه من الوجه الأول (٦) هو مختار العلامة فى القواعد بعد ان احتمل الوجه الثانى (٧)

← صاحب الدروس ، و الضمير المفعول الى حكم المشهور (١) الضمير يرجع الى حق الشفعة (٢) اى و يمكن ان يفرّق بين ما نحن فيه ، و بين حقّ الشفعة ، لانّه لو سقطت الشفعة بعفو احد الشريكين تضرّر الآخر بالشركة ، لانّ تبدّل شريكه الأول الى شريك آخر لا يعلم حاله ضرر بخلاف ما نحن فيه (٣) اى لعلّ هذا هو السرّ فى عدم سقوط حدّ القذف عن القاذف بعفو احد ورثة المقذوف و عدم سقوط حق القصاص عن الجانى بعفو احد ورثة المجنىّ عليه (٤) يرجع الضمير المثنى الى حدّى القذف و القصاص (٥) لعلّه اشارة الى ورود مثله فى ما نحن فيه ايضا ، لانّه اذا لم يفسخ احد الورثة ، و اراد الباقون الفسخ ، فمنعهم عن الفسخ ضرر عليهم خصوصا فيما كان الامضاء ضررا على الجميع (٦) فالمراد من (الوجه الأول) هو الوجه الأول من الوجه الثالث ، و حاصل الوجه الأول من وجهى الثالث ، انّه متى فسخ احدهم و اجاز الآخر ، لغى الفسخ (٧) فالمراد من الوجه الثانى الذى احتمله العلامة فى القواعد ، هو الوجه ←

و ولده (١) فی الایضاح و الشهید (٢) فی الدروس و الشهید الثانی (٣) فی المسالك، و حکی (٤) عن غیرهم، قال فی القواعد (٥): و هل للورثة التفریق؟ فیه نظر، اقربه المنع، و ان جوّزناه (٦) مع تعدّد المشتری، و زاد (٧) فی الایضاح بعد توجیه المنع بانّه لم یکن لمورثهم الّا خیار واحد، انّه (٨) لا وجه لاحتمال التفریق، و قال فی الدروس فی باب خیار العیب: لو جوّزنا لأحد المشتریین (٩) الردّ، لم نجوّزه لأحد

← الثانی من الوجوه الأربعة المذکورة (١) قوله (ولده) عطف علی قوله (العلامة) یعنی الوجه الأول مختار ولده فی الایضاح (٢) قوله (الشهید) عطف علی قوله (العلامة) یعنی الوجه الأول هو مختار الشهید فی الدروس (٣) قوله (الشهید الثانی) عطف علی قوله (العلامة)، (٤) الضمیر المستتر یرجع الی الوجه الأول (٥) ای قال فی القواعد: و هل للورثة التفریق، ای الوجه الثانی من الوجوه الأربعة؟ فیه نظر، ای فیه احتمالان، احدهما: التفریق، و ثانیهما: منع التفریق، و قال بعد احتمال التفریق بقوله (و فیه نظر): اقربه المنع، ای منع التفریق، و هو الوجه الأول من وجهی الثالث (٦) یرجع الضمیر الی التفریق (٧) ای زاد بعد توجیه المنع الذی ذکره العلامة بقوله (اقربه المنع) بانّه لم یکن لمورّثهم الّا خیار واحد، انّه لا وجه لاحتمال التفریق حتی یکون لکلّ واحد منهم خیار مستقل فی نصیبه (٨) قوله (انّه لا وجه لاحتمال التفریق) فاعل لقوله (زاد)، (٩) کما لو اشتری رجلان متاعا بخیار، ثمّ اراد احدهما الفسخ دون الآخر، جوّز الشهید (ره) له الفسخ و الردّ، و لم یجوّز الفسخ و الردّ لأحد الوارثین

الوارثين عن واحد ، لانّ التعدد طار (١) على العقد ، سواء كان الموروث خيار عيب او غيره ، انتهى (٢) و فى المسالك بعد المنع عن تفرّق المشتريين فى الخيار ، هذا (٣) كلّه فيما لو تعدد المشترى ، امّا لو تعدّد مستحق المبيع مع اتحاد المشترى ابتداء ، كما لو تعدّد وارث المشترى الواحد ، فانّه ليس لهم التفرّق لاتّحاد الصفقة ، و التعدّد طار مع احتماله (٤) انتهى (٥) و ظاهر التذكرة فى خيار المجلس ، الوجه الأول (٦) من الوجوه المتقدمة ، قال : لو فسخ بعضهم و اجاز الآخر فالأقوى انّه ينفسخ فى الكلّ كالمورّث ، لو فسخ فى حياته فى البعض و اجاز فى البعض ، انتهى (٧) و يحتمل (٨) ان لا يريد بذلك انّ لكلّ منهما

---

(١) يعنى تعدّد الخيار طار على العقد ، لانّه كان حين العقد خيار واحد لواحد ، فاذا مات صاحب الخيار و انتقل الخيار الى الورثة ، حصل التعدّد بعد العقد ، بخلاف ثبوت الخيار للمشتريين ، فانّه ثبت له التعدّد من حين العقد (٢) اى انتهى ما ذكره فى الدروس (٣) اشارة الى المنع عن التفرّق (٤) اى مع احتمال التفرق (٥) اى انتهى ما ذكره فى المسالك (٦) و هو استحقاق كلّ واحد منهم خيارا مستقلا كمورثه بحيث يكون له الفسخ فى الكلّ (٧) اى انتهى ما ذكره فى التذكرة (٨) اى و يحتمل ان يريد العلامة بقوله (لو فسخ بعضهم و اجاز الآخر فالأقوى انّه ينفسخ فى الكلّ) انّ لكلّ منهما ملك الفسخ فى الكلّ كما هو مقتضى الوجه الأول ، بل يحتمل ان يريد بذلك ، انّه يملك الفسخ فى البعض و يسرى فى الكلّ نظير فسخ المورث فى البعض ، مثلا فسخ المورّث العقد فى نصف المبيع دون نصفه الآخر ، فيسرى هذا الفسخ ←

ملك الفسخ فی الکلّ ، کما هو مقتضی الوجه الأول (١) بل یملك الفسخ فی البعض ، و یسری فی الکلّ ، نظیر فسخ المورّث فی البعض ، و کیف کان (٢) فقد ذکر فی خیار العیب ، انّه لو اشتری عبدا ، فمات ، و خلف وارثین ، فوجدا به عیبا لم یکن لأحدهما ردّ حصته خاصة للتشقیص ، انتهی (٣) و قال فی التحریر (٤) : لو ورث اثنان عن ابیهما خیار عیب ، فرضی احدهما سقط حقّ الآخر من الردّ دون الأرش ، و الظاهر (٥) انّ خیار العیب و خیار المجلس واحد ، کما تقدم (٦) عن الدروس

← الی الکلّ ، فیکون الکل منفسخا (١) ای مقتضی الوجه الأول من الوجوه الأربعة (٢) و کیف کان مراد العلامة فی خیار المجلس ، فقد کان کلامه فی خیار العیب موافقا لکلامه فی القواعد ، حیث ذکر بقوله (انّه لو اشتری عبدا ، الخ) یعنی کلامه فی خیار العیب موافق لکلامه فی القواعد و کلامه فی القواعد موافق لما اختاره المصنف ، فکلامه فی خیار العیب موافق لما اختاره المصنف و هو الوجه الأول من وجهی الثالث ، و حاصل الوجه الأول ، انّه متی فسخ احدهم و اجاز الآخر ، لغی الفسخ (٣) ای انتهی کلام العلامة (ره) ، (٤) غرض المصنف (ره) من نقل کلام العلامة فی التحریر ، افادة موافقته لکلامه فی القواعد ، و کلامه فی القواعد موافق لما اختاره المصنف (ره) و هو الوجه الأول من وجهی الثالث (٥) و الظاهر انّ خیار العیب و خیار المجلس واحد ، و ان ذکر فی التحریر حکم خیار العیب (٦) ای کما تقدم عن الدروس ، انّ حکم خیار العیب و خیار المجلس واحد ، حیث قال : سواء کان الموروث خیار عیب او غیره

فلعلّه (١) رجوع عمّا ذكره فى خيار المجلس ، ثمّ انّه (٢) ربما يحمل ما فى القواعد وغيرها من (٣) عدم جواز التفريق على انّه لا يصحّ تبعض المبيع من حيث الفسخ و الاجازة ، بل لابدّ من الفسخ ، او الاجازة فى الكلّ ، فلا دلالة فيها (٤) على عدم استقلال كلّ منهم على الفسخ فى الكلّ

---

(١) اى فلعلّ ما ذكره فى التحرير فى خيار العيب ، رجوع عمّا ذكره فى خيار المجلس ، يعنى المستفاد من كلام العلامة (ره) فى خيار المجلس هو الوجه الأول من الوجوه الأربعة ، و هو استحقاق كلّ واحد منهم خيارا مستقلا ، كمورثه بحيث يكون له الفسخ فى الكلّ و ان اجاز الباقون ، و المستفاد من كلامه فى التحرير فى خيار العيب هو الوجه الأول من وجهى الثالث ، و هو استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار ، فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ ، لا فى الكلّ ولا فى حصته ، و حاصله ، انّه متى فسخ احدهم و اجاز الآخر ، لغى الفسخ ، وعلى هذا فلعلّ ما ذكره فى التحرير فى خيار العيب رجوع عمّا ذكره فى خيار المجلس (٢) ثمّ انّه ربما يحمل ما فى القواعد وغيرها ، و هو عدم جواز التفريق على انّه لا يصح تبعضّ المبيع من حيث الفسخ و الاجازة ، و حاصل هذه العبارة ، انّ بعض العلماء حمل عبارة القواعد على الوجه الأول من الوجوه الأربعة ، يعنى انّ مراد العلامة (ره) من عدم جواز التفريق ، عدم صحة تبعض المبيع من حيث الفسخ و الاجازة ، بل لابدّ من الفسخ او الاجازة فى الكلّ ، فان فسخ احدهم و اجاز الآخر ، قدّم الفسخ على الاجازة (٣) قوله (من عدم الخ) بيان لِـ (ما) ، (٤) يرجع الضمير الى (ما) و تأنيث الضمير باعتبار المعنى ، اى فى العبارة التى كان فى القواعد

و حینئذ ، فان فسخ احدهم ، و اجاز الآخر ، قدّم الفسخ علی الاجازة ، و ینسب تقدیم الفسخ الی کلّ من منع من التفریق ، بل فی الحدائق تصریح الأصحاب بتقدیم الفاسخ من الورثة علی المجیز ، و لازم ذلك (١) الاتفاق علی انّه متی فسخ احدهم انفسخ فی الکلّ ، و ما ابعد (٢) بین هذه الدعوی ، و بین ما فی الریاض ، من قوله : و لو اختلفوا ، یعنی الورثة قیل : قدّم الفسخ ، و فیه نظر (٣) لکن الأظهر فی عبارة القواعد ما ذکرنا (٤) و انّ المراد بعدم جواز التفریق انّ فسخ احدهم لیس ماضیا مع عدم موافقة الباقین ، کما یدلّ علیه (٥) قوله فیما بعد ذلك فی باب خیار العیب : امّا لو اورثا خیار العیب ، فلا اشکال فی وجوب توافقهما (٦)

---

(١) ای و لازم تصریح الأصحاب بتقدیم الفاسخ علی المجیز علی ما ادّعاه فی الحدائق ، الاتفاق علی انّه متی فسخ احدهم انفسخ فی الکل ، و ان اجاز الباقون (٢) ای و ما ابعد بین دعوی صاحب الحدائق ، الاجماع علی تقدیم الفاسخ ، و بین ما ذکره فی الریاض بقوله (قیل : قدّم الفسخ) فوجه البعد ، انّ صاحب الحدائق نسب تقدیم الفاسخ ، الی الاجماع و صاحب الریاض نسبه الی (قیل) ، (٣) قوله (فیه نظر) هو کلام صاحب الریاض (٤) فالمراد من قوله (ما ذکرنا) هو الوجه الأول من وجهی الثالث (٥) الضمیر یرجع الی قوله : انّ المراد بعدم جواز التفریق انّ فسخ احدهم ، الخ (٦) فلا یخفی ، انّ قوله (امّا لو اورثا خیار العیب ، فلا اشکال فی وجوب توافقهما) هو قول العلامة (ره) و قوله (فانّ المراد ، الخ) هو قول المصنف (ره)

فانّ المراد بوجوب التوافق، وجوبه الشرطى ، و معناه (١) عدم نفوذ التخالف، و لا ريب انّ عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الاجازة من احدهما مع فسخ صاحبه، بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون اجازته لفسخ صاحبه (٢) و هو المطلوب ، و اصرح منه ما تقدم من عبارة التحرير(٣) ثمّ التذكرة (٤) نعم (٥) ما تقدم (٦) من قوله (٧) فى الزوجة غير ذات الولد :اقربه ذلك (٨) ان اشترى بخيار لترث من الثمن

---

(١) اى معنا وجوبه الشرطى (٢) و حاصله ، انّه اذا اجاز احدهم و فسخ الآخر، لزم البيع ، فيكون الفسخ لغوا ، و هو المطلوب الذى ذكرناه (٣) و حاصل ما تقدم من التحرير، انّه لو رضى احدهما بالبيع سقط حقّ الآخر من الردّ ، لانّ فسخ احدهما مع اجازة الآخر ، لغو (٤) فالمراد ممّا تقدم من التذكرة هو قوله (فقد ذكر فى خيار العيب، انّه لو اشترى عبدا ، فمات، و خلف وارثين، فوجدا به عيبا لم يكن لأحدهما ردّ حصته خاصة للتشقيص) فانّ المستفاد من قوله (لم يكن لأحدهما ردّ حصته خاصة) انّه لو فسخ احدهما و اجاز الآخر، لكان الفسخ لغوا (٥) شرع المصنف (ره) ان يذكر بقوله (نعم، ما تقدم ،الخ) انّ بعض عبارات القواعد و ان كان موافقا لما ذكرنا ، لكن بعض عباراتها مخالف لما ذكرنا ، و هو قوله (اقربه ذلك ان اشترى بخيار لترث من الثمن) فانّه يدلّ على انّ فسخ الزوجة فقط كاف فى استرجاع تمام الثمن لترث منه (٦) اى تقدّم فى ص ٣١٣ بقوله (اقربه ذلك ،الخ) ، (٧) الضمير يرجع الى العلامة (٨) قوله (اقربه ذلك .... لترث من الثمن) مقول لقول العلامة

قد یدلّ (١) علی انّ فسخ الزوجة فقط کاف فی استرجاع تمام الثمن لترث منه ، اذ استرداد مقدار حصتها (٢) موجب للتفریق الممنوع عنده (٣) و عند غیره ، و کیف کان (٤) فمقتضی ادلّة الارث ثبوت الخیار للورثة علی الوجه الثالث الذی اخترناه ، و حاصله (٥) انّه متی فسخ احدهم و اجاز الآخر ، لغی الفسخ . و قد یتوهم (٦) استلزام ذلك بطلان حقّ شخص لعدم اعمال الآخر حقّه ، و یندفع ، بانّ الحق اذا کان مشترکا ، لم یجز اعماله (٧) الّا برضا الکلّ ، کما لو جعل الخیار لأجنبیین علی سبیل التوافق

---

(١) قوله (قد یدلّ) خبر لمبتدأ مقدم و هو قوله (ما) ، (٢) سؤالٌ وجوابٌ امّا السؤال ، فلعلّ مراد العلامة من قوله (اقربه ذلك ، الخ) انّ الزوجة تفسخ فی حصته ، لا فی الکلّ ، و امّا الجواب ، انّ استرداد مقدار حصتها موجب للتفریق الممنوع عنده و عند غیره ، و اشار المصنف الی الجواب بقوله اذ استرداد مقدار حصتها ، الخ (٣) الضمیر یرجع الی العلامة (٤) ای و کیف کان مراد العلامة و غیره ، فمقتضی ادلّة الارث من الکتاب و السنة الواردین فی ارث ماترك المیت ثبوت الخیار للورثة علی الوجه الثالث الذی هو الوجه الأول من وجهی الثالث (٥) ای حاصل الوجه الثالث (٦) ای قد یتوهم استلزام الوجه الثالث بطلان حق شخص ، لانّه لو کان مع اجازة احدهم ، فسخ الآخر لغوا ، لکان حق الفاسخ باطلا ، و یندفع ، بانّ الحقّ اذا کان مشترکا ، لم یجز اعماله ، فانّ حق الخیار مشترك بین الورثة فلا یجوز الفسخ الّا برضا الکلّ ، کما لو جعل الخیار لأجنبیین علی سبیل التوافق ، فانّه لا یجوز الفسخ لأحدهما الّا برضا الآخر (٧) الضمیر یرجع الی الحقّ

فـــــرع

اذا اجتمع الورثة كلّهم على الفسخ فيما باعه مورّثهم ، فان كان عين الثمن موجودا فى ملك الميت ، دفعوه الى المشترى ، و ان لم يكن (١) موجودا اخرج من مال الميت ، و لا يمنعون (٢) من ذلك (٣) و ان (٤) كان على الميت دين مستغرق للتركة ، لانّ المحجور (٥) له الفسخ بخياره ، و فى اشتراط ذلك (٦) بمصلحة الديان و عدمه ، وجهان . و لو كان مصلحتهم (٧) فى الفسخ ، لم يجبروا الورثة عليه (٨) لانّه حقّ لهم ، فلا يجبرون على اعماله ، و لو لم يكن للميت مال (٩) ففى وجوب دفع الثمن من مالهم

---

(١) اى و ان لم يكن الثمن موجودا ، اخرج من مال الميت (٢) يعنى و لا يمنع الورثة من الفسخ و ان كان على الميت دين مستغرق للتركة ، لانّ ثبوت الدين المستغرق لا يمنع من فسخ الورثة (٣) اشارة الى الفسخ (٤) (ان) فى قوله (و ان كان) وصليّة (٥) اى لانّ المحجور عن التصرف فى المال ، له الفسخ بخياره ، فانّ المحجور ممنوع عن التصرف فى اموالـــه لا فى حقوقه ، فانّ للورثة الفسخ ، و ان كان على الميت دين مستغـــرق (٦) اشارة الى فسخ الورثة (٧) اى و لو كان مصلحة الديان فى الفســخ لا يجوز لهم اجبار الورثة على الفسخ ، لانّه حقّ لهم ، فلا يجبرون شرعـــا على اعماله (٨) الضمير يرجع الى الفسخ (٩) اى و لو باع الميت فـــى حال حياته داراً ، و اتلف الثمن ، ثمّ مات ، و لم يكن له مال حين المـوت و فسخ الورثة ، ففى وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص ، مثلا فـانّ الابن الذى يرث الثلثين ، يدفع ثلثى الثمن من ماله ، و البنت التى تـــرث الثلث ، تدفع ثلث الثمن من مالها ، و هكذا وجهان ، احدهما : عـدم ←

بقدر الحصص ، وجهان ، من انّه (١) ليس لهم الّا حقّ الفسخ كالأجنبى (٢) المجعول له الخيار او الوكيل المستناب فى الفسخ و الامضاء و انحلال العقد (٣) المستلزم لدخول المبيع فى ملك الميت يوفى عنه ديونه ، و خروج الثمن من ملكه فى المعيّن و اشتغال ذمته ببدله فى الثمن الكلى ، فلا يكون (٤) مال الورثة عوضا عن المبيع

← وجوب دفع الثمن من مالهم ، لانّه بالفسخ ينتقل المال الى الميت و يصير الثمن دينا على الميت ، فيكون المشترى واحدا من الغرماء و يقسمون المبيع على نسبة الديون ، و ثانيهما : وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص ، لانّه بالفسخ ينتقل المبيع الى الورثة ، فحينئذ لابدّ ان يدفعوا الثمن من مالهم ، ذكر المصنف دليل الوجه الأول بقوله (من انّه ليس لهم الّا حقّ الفسخ ، الخ) و دليل الوجه الثانى بقوله (و من انّهم قائمون الخ)

(١) قوله (من انّه ، الخ) دليل لوجه عدم وجوب دفع الثمن من مالهم

(٢) يعنى انّ الأجنبى الذى جعل له الخيار اذا فسخ ، لا يجب عليه دفع الثمن من ماله ، لانّ مقتضى انحلال العقد ، الرجوع الى الميت و كذلك الوكيل المستناب فى الفسخ و الامضاء ، فانّه اذا فسخ ، فليس عليه وجوب دفع الثمن من ماله ، لانّ مقتضى انحلال العقد حينئذ ، الرجوع الى الموكل الميت (٣) يعنى اذا لم يكن للورثة الّا حقّ الفسخ ، فانّهم اذا فسخوا ، انحلّ العقد ، فانّ انحلاله يستلزم دخول المبيع فى ملك الميت يوفى عنه ديونه (٤) اى فلا يكون مال الورثة عوضا عن المبيع ، اذ لا علاقة بين مالهم و بين المبيع ، كما لاعلاقة بين مال الأجنبى المجعول له الخيار ، و بين المبيع ، الّا على وجه يكون مال الورثة وفاء عن دين ←

الّا على وجه كونه (١) وفاء لدين الميت، و حينئذ ، فلا اختصاص له(٢) بالورثة على حسب سهامهم ، بل يجوز للغير اداء ذلك الدين ، بل لو كان للميت غرماء ضرب المشترى (٣) مع الغرماء ، و هذا غير اشتغال ذمم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع، و من انّهم (٤) قائمون مقام الميت فى الفسخ بردّ الثمن او بدله و تملك المبيع ، فاذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث انّهم قائمون مقام الميت ، اشتغلت ذممهم بثمنه من حيث انّهم كنفس الميت، كما انّ معنى ارثهم (٥) لحق الشفعة استحقاقهم لتملك الحصة بثمن 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) اى بل لو كان للميت غرماء ضرب المشترى مع الغرماء فى المبيع الذى انتقل الى الميت، فيكون المشترى واحدا من الغرماء فى تقسيم المبيع بنسبة الديون (٤) قوله (و من انّهم ،الخ) دليل لوجه وجوب دفع الثمن من مال الورثة ، يعنى انّ الورثة قائمون مقام الميت فى الفسخ بردّ الثمن ان كان باقيا ، و بدله ان كان تالفا ، و تملك المبيع من المشترى ، فاذا كان المبيع مردودا على الورثة اشتغلت ذممهم بثمنه فوجب عليهم دفع الثمن من مالهم على حسب سهامهم (٥) يعنى انّ معنى ارث الورثة لحق الشفعة استحقاقهم لتملك الحصة المبيعة فى شركة الميت بثمن من مالهم ، لا من مال الميت

ثمّ لو قلنا (١) بجواز الفسخ لبعض الورثة و ان لم يوافقه الباقى و فسخ ففى انتقال المبيع الى الكلّ او الى الفاسخ ، وجهان ، ممّا ذكرنا (٢) من مقتضى الفسخ ، و ما ذكرنا (٣) اخيرا من مقتضى النيابة و القيام (٤) مقام الميت ، و الأظهر فى الفرعين (٥) هو كون ولاية الوارث ، لا كولاية الولى (٦) او الوكيل فى كونها لاستيفاء حقّ للغير ، بل هى ولاية استيفاء حقّ متعلق بنفسه (٧) فهو (٨) كنفس الميت ، لا نائب عنه فى الفسخ

---

(١) قوله (ثمّ ، لو قلنا : بجواز الفسخ لبعض الورثة ، الخ) فرع آخر (٢) قوله (ممّا ذكرنا من مقتضى الفسخ) دليل للوجه الأول ، و هو انتقال المبيع الى الكلّ (٣) قوله (و ما ذكرنا ، الخ) دليل للوجه الثانى ، و هو انتقال المبيع الى الفاسخ (٤) فلا يخفى انّ قوله (القيام) تفسير لـ (النيابة) فليس المراد من النيابة معناها الظاهر ، بل المراد منها ، هو القيام لانّ الوجه الأول نيابة ، دون الوجه الثانى ، لانّ الوارث فى الوجه الثانى قائم مقام الميت فى الفسخ ، فينتقل المبيع الى الفاسخ (٥) احد الفرعين ما تقدم فى ص ٣٤٠ بقوله (اذا اجتمع الورثة كلّهم ، الخ) و ثانيهما : قوله (ثمّ لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة ، الخ) ، (٦) يعنى لو كان ولاية الوارث كولاية الولى او الوكيل فى صورة الفسخ ، انتقل المبيع الى الميت فى صورة الفسخ ، و لو كان ولايته ولاية استيفاء حقّ متعلق بنفسه انتقل المبيع الى الوارث ، فمراد المصنف (ره) من ولاية الوارث فى الفرعين ، هى ولاية استيفاء حقّ متعلق بنفسه لينتقل المبيع بفسخ الوارث الى الفاسخ (٧) الضمير يرجع الى الوارث (٨) يرجع الضمير الى الوارث ايضا

و من هنا (١) جرت السيرة بانّ ورثة البايع ببيع (٢) خيار ردّ الثمن يردّون مثل الثمن من اموالهم ، و يستردون المبيع لأنفسهم من دون ان يلزموا باداء الديون منه (٣) بعد الاخراج ، و المسئلة تحتاج الى تنقيح زائد

مسئلة

لو كان الخيار لأجنبى (٤) و مات ، ففى انتقاله الى وارثه (٥) كما فى التحرير ، او الى المتعاقدين ، او سقوطه (٦) كما اختاره غير واحد من المعاصرين ، و ربما يظهر (٧) من القواعد ، وجوه (٨) من انّه (٩) حقّ تركه الميت ، فلوارثه (١٠) و من انّه (١١) حق لمن اشترط له

---

(١) اى من اجل انّ ولاية الوارث ، هى ولاية استيفاء حق متعلق بنفسه جرت السيرة المتشرعة ، بانّ ورثة البايع الذى باع شيئا و اشترط الخيار لنفسه مدّة بان يردّ الثمن فيها و يرتجع المبيع يردّون مثل الثمن من اموالهم ، و يستردّون المبيع لأنفسهم من دون ان يلزم الورثة باداء الدين من المبيع (٢) قوله (ببيع) متعلق بِـ (البايع) ، (٣) الضمير يرجع الى المبيع (٤) يعنى لو جعل المتعاقدان خيار الفسخ للأجنبى و مات ، ففى انتقال الخيار الى وارث الأجنبى ، او الى المتعاقدين ، او سقوط الخيار وجوه (٥) يرجع الضمير الى الأجنبى (٦) الضمير يرجع الى الخيار (٧) الضمير المستتر الفاعل يرجع الى السقوط (٨) قوله (وجوه) مبتدأ مؤخر لخبر مقدّم ، و هو قوله (ففى انتقاله) ، (٩) قوله (من انّه حقّ تركه الميت ، الخ) دليل للوجه الأول ، و هو انتقاله الى وارث الأجنبى (١٠) يرجع الضمير الى الأجنبى (١١) قوله (و من انّه حقّ لمن اشترط له) ←

من المتعاقدين، لانّه (١) بمنزلة الوكيل الذى حكم فى التذكرة بانتقال خياره (٢) الى موكّله دون وارثه (٣) و من انّ ظاهر الجعل (٤) او محتمله مدخلية نفس الأجنبى، فلايدخل فى ما تركه، و هذا (٥) لا يخلو عن قوّة، لأجل الشك فى مدخلية نفس الأجنبى، و فى القواعد (٦): لو

← دليل للوجه الثانى، و هو انتقال الخيار للمتعاقدين (١) الضمير يرجع الى الأجنبى (٢) يرجع الضمير الى الوكيل (٣) الضمير يرجع الى الوكيل (٤) قوله (و من انّ ظاهر الجعل، الخ) دليل للوجه الثالث، و هو سقوط الخيار بموت الأجنبى، يعنى انّ ظاهر جعل الخيار للأجنبى مدخليّة نفس الأجنبى فى الخيار، فاذا مات سقط الخيار لفوت محل الخيار، فحينئذ لا يدخل الخيار فى عموم ما تركه الميت، فلوارثه، هذا بالنسبة الى ظاهر جعل الخيار للأجنبى، امّا بالنسبة الى محتمل جعل الخيار للأجنبى، فانّ المحتمل مدخليّة نفس الأجنبى ايضا، لانّ الشك فى مدخلية نفس الأجنبى هو الشك فى انتقال الخيار الى الغير، فالقدر المتيقن هو ثبوته للأجنبى، و الشك فى انتقاله الى غيره، فالأصل عدم الانتقال الى الغير، سواء كان متعاقدين، ام وارث الأجنبى (٥) اى سقوط الخيار بموت الأجنبى، لا يخلو عن قوّة، لانّ الشك فى مدخلية نفس الأجنبى فى الخيار هو الشك فى انتقاله الى الغير، فانّ القدر المتيقن هو ثبوته للأجنبى بجعل المتعاقدين، و الشك فى انتقاله الى غيره بعد الموت، فالأصل عدم الانتقال الى الغير، سواء كان متعاقدين، ام وارث الأجنبى (٦) اى قال فى القواعد ص ١٤٣ سطر آخر (و لو شرط المتعاقدان الخيار لعبد احدهما، ملك المولى الخيار) فما ذكره ←

جعل الخيار لعبد احدهما ، فالخيار لمولاه (١) و لعلّه (٢) لعدم نفوذ فسخه ، و لا اجازته بدون رضا مولاه ، و اذا امره باحدهما (٣) اجبر شرعا عليه ، فلو امتنع (٤) فللمولى فعله عنه (٥) فيرجع الخيار بالأخرة له (٦) لكن هذا (٧) يقتضى ان يكون عبد الأجنبى كذلك (٨) مع انّه قال (٩) : لو كان العبد لأجنبى

← المصنف مضمون لهذه العبارات (١) قوله (لمولاه) آخر مضمون كلام العلامة فى القواعد (٢) قوله (لعلّه لعدم نفوذ فسخه ، الخ) كلام للمصنف لا كلام العلامة ، يعنى لعلّ خيار العبد لمولاه لأجل عدم نفوذ فسخ العبد ، و لا اجازته بدون رضا مولاه (٣) الضمير المثنى يرجع الى الفسخ و الاجازة (٤) يعنى فلو امتنع العبد من امره باحدهما ، فللمولى فعله عنه (٥) يرجع الضمير فى (فعله) الى احدهما ، و فى (عنه) الى العبد (٦) الضمير يرجع الى المولى (٧) اى لكنّ هذا الذى ذكره العلامة (ره) ، فى انّه لو جعل الخيار لعبد احدهما ، فالخيار لمولاه ، يقتضى ان يكون عبد الأجنبى كذلك ، مع انّه قائل ، انّه لو كان العبد لأجنبى ، فالخيار ليس لمولاه ، فيظهر من قوله الأخير ، و هو قوله (لو كان العبد لأجنبى ، لم يملك مولاه) فساد الوجه المذكور و هو قوله (لو جعل الخيار لعبد احدهما ، فالخيار لمولاه) ، (٨) اى كعبد احد المتعاقدين (٩) اى قال العلامة فى القواعد ص ١٤٤ سطر ١ (و لو كان العبد لأجنبى ، لم يملك مولاه ، و لا يتوقف على رضاه ، اذا لم يمنع حقّا للمولى) انتهى ما ذكره فى القواعد ، و حاصله : انّ عبد الأجنبى مستقل فى الخيار ، و لا يتوقف على رضا المولى ، اذا لم يمنع اعمال ←

لم يملك مولاه (١) و لا يتوقف على رضاه (٢) اذا لم يمنع حقا للمولى فيظهر (٣) من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا و حلاّ، فافهم

مسئلة

و من احكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار، و قد مرّ بيان ذلك فى مسقطات الخيار، و المقصود هنا بيان انّه، كما يحصل اسقاط الخيار و التزام العقد بالتصرف، فيكون التصرف اجازة فعلية (٤) كذلك يحصل الفسخ (٥) بالتصرف، فيكون فسخا فعليّا، و قد صرّح فى التذكرة

الخيار حقّا للمولى، و الّا توقف على رضاه (١) اى لم يملك مولى العبد خياره (٢) اى و لا يتوقف اعمال الخيار على رضا مولاه الأجنبى، اذا لم يمنع حقّا للمولى، و الّا توقف على رضاه، كما اذا جعل المتعاقدان الخيار لعبد الأجنبى، بان يجئ الى المكان الفلانى و يعمل الخيار، فانّ ذهابه الى المكان المذكور يمنع عن حق المولى ساعة من اليوم مثلا (٣) اى فيظهر من قوله (الأخير) و هو قوله (لو كان العبد لأجنبى، الخ) فساد الوجه المذكور، و هو قوله (لو جعل الخيار لعبد احدهما، فالخيار لمولاه) نقضا و حلّا، امّا فساده نقضا، فانتقاضه بخيار عبد الأجنبى، و امّا فساده حلاّ، فلما ذكره فى خيار عبد الأجنبى بقوله (لم يملك مولاه، و لا يتوقف على رضاه)، (٤) يعنى فيكون التصرف اجازة بالفعل، لا بالقول كما اذا اشترى زيد جارية بألف درهم، ثمّ قبّل الجارية فى زمان خياره فانّ التقبيل فى زمان الخيار، اجازة فعليّة مسقطة لخياره (٥) اى كذلك يحصل الفسخ بالتصرف، فيكون فسخا فعليا، كما اذا باع زيد جارية بخيار، ثمّ قبّل الجارية فى زمان خياره، فانّ تقبيلها فى زمانه فسخ فعلى

بانّ الفسخ كالاجازة قد يكون بالقول ، و قد يكون بالفعل . و قد ذكر جماعة ، كالشيخ و ابن زهرة و ابن ادريس و جماعة من المتأخرين عنهم كالعلامة وغيره قدّس اللّه اسرارهم ، انّ التصرف ان وقع فيما انتقل عنه (١) كان فسخا ، و ان وقع فيما انتقل اليه (٢) كان اجازة ، و قد عرفت فى مسئلة الاسقاط ، انّ ظاهر الأكثر انّ المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا ، و قد دلّ عليه الصحيحة (٣) المتقدمة فى خيار الحيوان المعللة للسقوط ، بانّ التصرف رضا بالعقد ، فلا خيار ، وكذا النبوى (٤) المتقدم ، و مقتضى ذلك (٥) منهم انّ التصرف فيما انتقل عنه انّما يكون فسخا اذا كان مؤذنا بالفسخ ليكون (٦) فسخا فعليا ، و امّا (٧) ما لا يدلّ على ارادة الفسخ

---

(١) الضمير يرجع الى صاحب الخيار (٢) اى الى صاحب الخيار (٣) فهى صحيحة ابن رئاب : (فان احدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة ايّام ، فذلك رضا منه ، و لا شرط له ، الخ) فهى متقدمة فى ج ٧ ص ١٨٨ (٤) فالمراد بالنبوى هو ما تقدم فى ج ٧ ص ١٩٤ من رواية عبد اللّه بن الحسن بن زيد بن على بن الحسين عن ابيه عن جعفر عن ابيه ﴿ ع ﴾ قال : قال رسول اللّه ﴿ ص ﴾ فى رجل اشترى عبدا بشرط الى ثلاثة ايّام فمات العبد فى الشرط ، قال : يستحلف باللّه ما رضيه ، ثمّ هو برئ من الضمان (٥) يعنى مقتضى قولهم و هو (انّ التصرف ان وقع فيما انتقل عنه كان فاسخا) انّما يكون فسخا اذا كان مؤذنا بالفسخ و دالّا على الرضا بلزوم العقد ليكون فسخا فعليّا ، كالفسخ القولى (٦) اسم (يكون) مستتر يرجع الى التصرف (٧) و امّا التصرف الذى لا يدلّ على الرضا بلزوم العقد وعلى ارادة الفسخ ، فلا وجه لانفساخ العقد به ، و ان قلنا : بحصول ←

فلاوجه لانفساخ العقد به (١) و ان (٢) قلنا بحصول الاجازة به(٣) بناء على حمل الصحيحة (٤) المتقدمة على سقوط الخيار بالتصرف تعبّدا شرعيّا من غير ان يكون فيه (٥) دلالة عرفية نوعية على الرضا بلزوم العقد كما تقدّم نقله (٦)عن بعض ، الّا ان يدعى (٧) الاجماع على اتحاد ما يحصل به الاجازة و الفسخ ، فكلّ ما (٨) يكون اجازة لو ورد على ما فى يده ، يكون فسخا اذا ورد منه (٩)على ما فى يد صاحبه (١٠) و هذا الاتفاق (١١)

← الاجازة بالتصرف الذى لا يدلّ على الرضا بلزوم العقد بناء على حمل الصحيحة المتقدمة على سقوط الخيار بالتصرف تعبّدا شرعيّا و ان لم يكن فيه دلالة عرفية نوعية على الرضا بلزوم العقد (١) يرجع الضمير الى التصرف (٢) ، (ان) فى قوله (و ان قلنا) وصليّة (٣) اى بالتصرف (٤) اى صحيحة ابن رئاب المتقدمةفى ج ٧ ص ١٨٨ (٥) اى فى التصرف (٦) اى كما تقدم نقل القول بانّ سقوط الخيار بالتصرف تعبّد شرعى لأجل الصحيحة (٧) فمحصل الكلام ، انّ التصرف الذى لا يدلّ على الرضا بلزوم العقد ،لم يكن فسخا ، و ان كان هذا التصرف اجازة لتعبّد شرعى الّا ان يدّعى الاجماع على اتّحاد التصرف الذى يحصل به الاجازة و الفسخ ، فكل تصرف يكون اجازة فى ما انتقل اليه ، يكون فسخا فيما انتقل عنه (٨) اى فكلّ تصرف يكون اجازة لو ورد 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 تحققه ، الّا انّ اكثر كلمات هولاء ←

و ان كان الظاهر تحققه(١) الّا انّ اكثر كلمات هؤلاء كما عرفتها فى سقوط خيار الشرط بالتصرف، يدلّ (٢) على اعتبار الدلالة على الرضا فى التصرف(٣) المسقط ، فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ فى التصرف (٤) الفاسخ ، و يدلّ عليه (٥) كثير من كلماتهم فى هذا المقام ايضا . قال فى التذكرة : امّا العرض على البيع و الاذن فيه(٦) و التوكيل (٧) و الرهن (٨) غير المقبوض بناء على اشتراطه (٩) فيه

← الخ) و حاصل الجواب، انّ اكثر هؤلاء اعتبروا فى باب الاجازة التصرف الدال على الرضا ، و لا بدّ لهم بمقتضى المقابلة ان يقولون فى باب الفسخ ايضا كذلك، فاذا اعتبروا ، انّ التصرف الدال على الرضا مسقط، و لا بدّ لهم ان يقولوا ، انّ التصرف الدال على الرضا ، فاسخ (١) الضمير يرجع الى الاتفاق (٢) قوله (يدلّ) خبر لِ (انّ) فى قوله (انّ اكثر كلمات هؤلاء)، (٣) اى فى التصرف الذى هو المسقط للخيار (٤) اى فى التصرف الذى هو الفاسخ للعقد (٥) اى و يدلّ على اعتبار الدلالة على الرضا فى التصرف ، كثير من كلماتهم فى مقام الفسخ ايضا (٦) اى و الاذن فى البيع (٧) اى و التوكيل فى البيع (٨) و الرهن الذى لم يقبضه المرتهن بناء على اشتراط القبض فى الرهن، و انّما يتمّ الرهن بالقبض على قول البعض ، و حاصله : انّ البايع الذى هو صاحب الخيار مثلا اذا رهن المثمن، كان فسخا للعقد و ان لم يقبضه المرتهن، و انّ المشترى الذى هو صاحب الخيار مثلا اذا رهن المثمن، كان اجازة مسقطا للخيار (٩) يرجع الضمير فى (اشتراطه) الى القبض، و فى قوله (فيه) الى الرهن

و الهبة الغير المعوضة (١) فالأقرب (٢) انّها (٣) من البايع فسخ ، و من المشترى اجازة ، لدلالتها على طلب المبيع (٤) و استيفائه (٥) و هذا هو الأقوى (٦) و نحوها (٧) جامع المقاصد ، ثمّ انّك قد عرفت الاشكال فى كثير من امثلتهم المتقدمة للتصرفات (٨) الملزمة ، كركوب الدابة فى طريق الردّ (٩) و نحوه ممّا لم يدلّ على الالتزام اصلا ، لكن الأمر هنا (١٠)

---

(١) فلايخفى ، انّ الهبة المعوضة لازمة ، و الهبة الغير المعوضة من العقود الجائزة (٢) قوله (فالأقرب) جواب شرط لِـ (امّا) ، (٣) الضمير يرجع الى الامور المذكورة (٤) اى دلالة الامور المذكورة من طرف البايع على طلب المبيع ، لانّه بهذه الامور يفسخ العقد ليطلبه (٥) اى دلالة الامور المذكورة من طرف المشترى على استيفاء المبيع ، لانّه بهذه الامور يسقط الخيار ليستوفيه (٦) قوله (و هذا هو الأقوى) من تتمّة كلام العلامة (ره) ، (٧) اى نحو العبارات المذكورة ، عبارة جامع المقاصد (٨) قوله (للتصرفات) متعلق بقوله (امثلتهم) ، (٩) من امثلتهم ، ركوب الدابة فى الطريق فيما اذا اشترى دابّة ، ثمّ اراد ردّها ، فركبها فى طريق الردّ فانّهم قالوا : انّ هذا الركوب تصرف مسقط للخيار ، و نحو الركوب ، قوله : اسقنى او ناولنى الثوب ، ممّا لم يدلّ على الالتزام اصلا (١٠) اى و الأمر فى التصرف فيما انتقل عنه سهل ، بناء على انّ صاحب الخيار اذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا الّا من المالك ، دلّ ذلك التصرف بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا ، على ارادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف ليقع التصرف فى ملكه ، اذ لو لم يكن ارادة الانفساخ قبل التصرف لكان التصرف تصرفا فى ملك الغير ، فيكون حراما ، فلأجل ←

اسهل ، بناء على انّ ذا الخيار اذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا ، الّا من المالك او باذنه ، دلّ ذلك (١) بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح (٢) شرعا ، على ارادة

← صون المسلم عن الفعل الحرام ، يقال : انّ تصرفه دالّ على ارادة الانفساخ قبل التصرف (١) اشارة الى التصرف (٢) فلايخفى ، انّ اصالة الصحة فى فعل الغير المسلم فى الجملة من الاصول المجمع عليها فتوى وعملا بين المسلمين ، فلا عبرة فى موردها باصالة الفساد ، و المدارك التى ذكرت لها ، هى الأدلة الأربعة ، قال فى الفرائد فى ص ٤١٤ : امّا الكتاب فمنه آيات ، منها قوله تعالى : و قولوا للناس حسنا ، بناء على تفسيره بما فى الكافى من قوله ﴿ ع ﴾ : لا تقولوا الّا خيرا حتى تعلموا ما هو .... و منها ، قوله تعالى : اجتنبوا كثيرا من الظنّ انّ بعض الظنّ اثم .... و منها ، قوله تعالى : اوفوا بالعقود ، بناء على انّ الخارج من عمومه ليس الّا ما علم فساده ، لانّه المتيقن ، و كذا قوله تعالى : الّا ان تكون تجارة عن تراض ... لكن لا يخفى ما فيه من الضعف ، و اضعف منه دعوى دلالة الآيتين الاولتين ، و امّا السنة ، فمنها ما فى الكافى عن امير المؤمنين ﴿ ع ﴾ : ضع امر اخيك على احسنه حتى يأتيك ما يقلّبك عنه و لا تظنن بكلمة خرجت من اخيك سوءً و انت تجد لها فى الخير سبيلا ، و منها ، قول الصادق ﴿ ع ﴾ لمحمّد بن الفضل : يا محمّد كذّب سمعك و بصرك عن اخيك ، فان شهد عندك خمسون قسامة ، انّه قال : و قال : لم اقل فصدقه و كذّبهم ، و منها ، ما ورد مستفيضا : انّ المؤمن لا يتّهم اخاه و انّه اذا اتّهم اخاه انماث الايمان فى قلبه كانمياث الملح فى الماء و انّ←

. . . . . .

. . . . . .

← من اتّهم اخاه ، فلاحرمة بينهما ، و انّ من اتّهم اخاه ، فهو ملعون ملعون . . . . الثالث: الاجماع القولى و العملى ، امّا القولى ، فهو مستفاد من تتبع فتاوى الفقهاء فى موارد كثيرة ، فانّهم لا يختلفون فى انّ قول مدّعى الصحة فى الجملة مطابق للأصل . . . . و امّا العملى ،فلايخفى على احد انّ سيرة المسلمين فى جميع الأعصار ، على حمل الأعمال على الصحيح ، و ترتيب آثار الصحة فى عباداتهم و معاملاتهم ، و لا اظنّ احدا ينكر ذلك الّا مكابرة ، الرابع :العقل المستقل الحاكم ، بانّه لو لم يبن على هذا الأصل ، لزم اختلال نظام المعاد و المعاش ، انتهى كلامه رفع فى اعلى العلّيين مقامه ﴿ تذكرة ﴾ :لعلّ المراد فى رواية محمّد بن الفضل من تكذيب خمسين قسامة ، هو التكذيب فى سمعهم و بصرهم ، بمعنى ،انّ تصديق الأخ هو الحكم بانّ قوله مطابق للواقع المستلزم لتكذيب القسامة بالنسبة الى الواقع ، يعنى انّ قولهم ليس مطابقا للواقع مع الحكم بتصديق اعتقادهم ، مثلا اذا قال خمسون قسامة : انّ زيدا قال :اللّهم الْعَن بكرا ، و قال زيد :لم اقل هكذا ، بل قلت: اللّهم ارحم بكرا ،فحينئذ فصدق زيدا و كذّبهم ، لانّ تصديق زيد بالنسبة الى الواقع، مستلزم لتكذيبهم بالنسبة الى الواقع ، فلايلزم من تكذيبهم بحسب الواقع تكذيبهم بحسب الاعتقاد ، فيجب تصديقهم بحسب الاعتقاد ، فلايخفى ، انّ الرواية مخصّصة بما دلّ على اعتبار البيّنة العادلة فى التداعى و فى غيره ، كما اذا شهدت البيّنة العادلة على انّ زيدا شرب الخمر ، و زيد قال :انا لم اشرب الخمر ، سمع قول البيّنة ، لا قول زيد ، كما انّه لا يخفى ايضا ،انّ ←

انفساخ العقد (١) قبل هذا التصرف ، قال فى التذكرة (٢) :لو قبّل الجارية بشهوة او باشر فيما دون الفرج ، او لمس بشهوة ، فالوجه عندنا انّه يكون فسخا ، لانّ الاسلام يصون صاحبه عن القبيح ، فلو لم يختر الامساك لكان مقدما على المعصية ، انتهى . ثمّ نقل (٣) عن بعض الشافعية ، احتمال العدم نظرا الى حدوث هذه الامور عمّن تردّد فى الفسخ و الاجازة ، و فى جامع المقاصد (٤) عند قول المصنف قدّس سرّه

← تكذيب خمسين قسامة فيما لم يحصل العلم من قولهم ، و الّا فلا اشكال فى وجوب تصديقهم ، فلايخفى ايضا ، انّ القسامة بالفتح فى اللغة اسم من يخبر عن شئ مع الحلف عليه ، كما عن القاموس، و فى عرفهم يطلق على البيّنة العادلة ، كما فى الرسائل ، و عن المصنف (ره) :انّ عبارة القاموس و ان كانت ظاهرة فى الاخبار مع الحلف ، الّا انّه يمكن ان يستفاد منها بالتأمل انّها يطلق على المخبر عن شئ على سبيل الجزم بحيث لا يأبى عن الحلف عليه (١) قوله (على ارادة انفساخ العقد) متعلق بقوله (دلّ) ، (٢) يعنى ما ذكره فى التذكرة شاهد على انّ التصرف المذكور فيما انتقل عنه فسخ بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح ، فلذا قال العلامة : لانّ الاسلام يصون صاحبه عن القبيح ، فلو لم يختر صاحب الخيار بتقبيل الجارية و غيره ، الفسخ حتى يملك الجارية ، لكان مقدما على المعصية (٣) اى ثمّ نقل العلامة عن بعض الشافعية ، احتمال عدم الفسخ ، نظرا الى حدوث هذه الامور عمّن تردّد فى الفسخ و الاجازة (٤) يعنى انّ ما ذكره فى جامع المقاصد شاهد على انّ التصرف المذكور فيما انتقل عنه فسخ بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح ، حيث قال ←

و يحصل الفسخ بوطئ البايع 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 . ثمّ انّ اصالة حمل فعل المسلم (٦) على الجائز

← لوجوب صيانة فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد اليه سبيل ، فانّ ارادة الفسخ من التصرفات المذكورة الموجب للفسخ سبيل حتى تقع فى ملكه (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) يعنى لتنزيل فعل المسلم على الفعل الحلال الذى يجوز للمسلم فعله مع امكان ثبوت طريق الجواز ، مثلا اذا باع المسلم جارية بخيار ، ثمّ وطئ الجارية فى زمان الخيار ، ينزل وطئ البايع على الوطئ الحلال الذى يجوز للبايع المسلم فعله مع امكان ثبوت طريق الجواز ، كما ذكر ، و امّا مع عدم امكان ثبوت طريق الجواز ، فلا ، كما اذا وطئ الجارية بعد انقضاء مدّة الخيار (٥) يرجع الضمير فى قوله (له) الى المسلم و فى قوله (فعله) الى (ما) ، (٦) سؤالٌ و جوابٌ ، امّا السؤال هل كان اصل الصحة امارة من الامارات الشرعية ، سواء كان بمعنى حمل فعل المسلم على الوجه الحسن الجائز دون القبيح الحرام ، او بمعنى حمله على الصحيح التام دون الفاسد الناقص ، او كان اصلا من الاصول العمليّة ، و على تقدير كونه امارة ، فهل يكون مثبتاته حجّة كالبيّنة و نحوها ام لا ، مثلا اذا سمعنا من مسلم كلاما و علمنا اجمالا انّه امّا سلام و امّا شتم ، فالأصل الصحة بمعنى حمله على الوجه الحسن الجائز دون ←

من باب الظواهر (١) المعتبرة شرعا ، كما صرّح به جماعة كغيرها (٢) من الامارات الشرعية ، فيدلّ (٣) على الفسخ ، لا من الاصول التعبّدية حتى

← القبيح الحرام ، هل هو يثبت انّه قد سلّم علينا ، فيجب علينا جواب سلامه ، ام لا ، واذا صدر من مسلم شراء شئ وعلمنا اجمالا انّه امّا اشتراه بالخنزير الذى لا يملك ، او بهذا الفرس المعين الشخصى من امواله ، فأصل الصحة فى شرائه بمعنى حمله على الصحيح التام الواجد لتمام الأجزاء والشرائط ، هل هو يثبت انّه قد اشتراه بهذا الفرس الشخصى ، وانّه قد خرج فعلا عن ملكه وتركته ، ولا حقّ لوارثه فيه ابدا ام لا ، وامّا الجواب ، فهو الذى ذكره المصنف (ره) بقوله (ثمّ انّ اصالة حمل فعل المسلم على الجائز ، الخ) فحاصل الجواب ، انّ اصالة حمل فعل المسلم على الجائز امارة من الامارات الشرعية ، تثبت اللوازم الشرعية والعقلية والعادية ، وعلى هذا فانّ تصرف البايع فيما انتقل عنه يثبت ارادة الفسخ الذى هو من اللوازم العقليّة ، لانّه اذا كان تصرفه جائزا ولم يكن حراما كان تصرفه فى ملكه (١) يعنى فعل المسلم ظاهر فى الجواز ، كما انّ صيغة الأمر ظاهرة فى الوجوب وصيغة النهى ظاهرة فى النهى (٢) الضمير يرجع الى اصالة حمل فعل المسلم ، وقوله (من الامارات الشرعية) بيان لِـ (الغير) ، (٣) يعنى 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 الّا اللوازم الشرعية لمجاريها ، و هنا كلام مذكور (١) فى الاصول ، ثمّ انّ مثل التصرف (٢) الذى يحرم شرعا الّا على المالك ،او مأذونه التصرف (٣) الذى لا ينفذ شرعا الّا من المالك ، او مأذونه و ان لم يحرم (٤) كالبيع

---

(١) يعنى فى اثبات اصالة حمل فعل المسلم اللوازم العقلية و العادية كلام و اشكال مذكور فى الاصول ، و اشار المصنف (ره) الى الكلام والاشكال فى الرسائل فى ص ٤٢٠ فى الأمر الخامس بقوله : الخامس ، انّ الثابت من القاعدة المذكورة ﴿ اى اصالة الصحة فى فعل الغير ﴾ الحكم بوقوع الفعل بحيث يترتّب عليه الآثار الشرعية المترتبة على العمل الصحيح ، امّا ما يلازم الصحة من الامور الخارجة عن حقيقة الصحيح ، فلا دليل على ترتّبها عليه ، فلو شكّ فى انّ الشراء الصادر من الغير كان بما لا يملك كالخمر و الخنزير ، او بعين من اعيان ماله ، فلا يحكم بخروج تلك العين من تركته ، بل يحكم بصحة الشراء وعدم انتقال شئ من تركته الى البايع لاصالة عدمه (٢) انّ مثل التصرف الذى يحمل على الحسن الجائز دون القبيح الحرام التصرف الذى 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 و النكاح (٣) قوله (التصرف) خبر لِ (انّ) ، (٤) يعنى انّ انشاء ملكيّة ما انتقل عنه بقوله (بعت) ليس تصرفا فى ملك الغير ، حتى يقال :انّه حرام ، او ليس بحرام ، وكذلك تزويج الأمة التى انتقلت عنه ، ليس تصرفا فى امة الغير ، حتى يقال :انّه←

و الاجارة و النكاح (١) فانّ هذه العقود و ان حلّت لغير المالك لعدم عدّها (٢) تصرفا فى ملك الغير ، الّا انّها (٣) تدلّ على ارادة الانفساخ بها (٤) بضميمة اصالة عدم الفضولية ، كما صرّح بها (٥) جامع المقاصد عند قول المصنف و الاجارة و التزويج فى معنى البيع (٦) و المراد بهذا الأصل (٧) الظاهر ، فلا وجه لمعارضته باصالة عدم الفسخ مع انّه (٨)

← حرام ، او ليس بحرام ، كالوطئ و التقبيل بشهوة (١) اى تزويج الأمة المنتقلة عنه (٢) يرجع الضمير الى العقود المذكورة (٣) يعنى الّا انّ العقود المذكورة اذا صدرت من البايع فيما انتقل عنه ، تدلّ على ارادة الفسخ بها بضميمة اصالة عدم الفضوليّة (٤) الضمير يرجع الى العقود المذكورة (٥) يرجع الضمير الى دلالة العقود المذكورة على ارادة الفسخ (٦) قوله (و الاجارة و التزويج فى معنى البيع) كلام المصنف ، اى العلامة فانّ صاحب جامع المقاصد قال فى كتابه فى ص ٢٤٦ قوله (و الاجارة و التزويج فى معنى البيع) امّا الاجارة ، فلانّها تمليك للمنفعة ، و الأصل فيها ان لا تكون فضوليّة ، و النكاح لا يقصر عن الاجارة (٧) اى و المراد بأصل عدم الفضولية ، هو الظاهر ، فحينئذ لا وجه لمعارضة الظاهر الذى هو اصل عدم الفضوليّة باصالة عدم الفسخ ، لانّ الظاهر كان دليلا فلا يعارضه الأصل (٨) يعنى مع انّه لو اريد من اصالة عدم الفضوليّة ، اصالة عدم قصد العقد عن الغير ، اى الأصل العملى حتى يكون من الاصول التعبّدية ، فهو حاكم على اصالة عدم الفسخ ، فوجه الحكومة : انّ الشك فى الفسخ ناش من الشك فى قصد العقد عن الغير فضولا ، فاذا دفع هذا القصد بالأصل المذكور ، لم يبق شك فى الفسخ ، لانّ اصل عدم ←

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

← قصد العقد عن الغير سبب مقدّم على اصل عدم الفسخ المسبّب (١) الضمير يرجع الى اصل عدم الفضولية (٢) الضمير يرجع الى اصل عدم قصد العقد عن الغير (٣) اى لكن الانصاف ، انّه لو اريد بأصل عدم الفضوليّة ، الأصل العملى التعبّدى دون الظهور ، لم يثبت الفسخ ايضا لانّ 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 اى الأصل العملى التعبّدى (٦) الضمير يرجع الى اصل عدم قصد العقد عن الغير ، اى الأصل العملى التعبدى (٧) وكيف كان ، فلا اشكال فى اناطة الفسخ بتصرف البايع فيما انتقل عنه عند العلماء بدلالة التصرف عليه ، لانّ ذا الخيار اذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا ، لا يجوز شرعا الّا من المالك ، دلّ 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 ، و هو اناطة الفسخ بذلك عندهم ، كالاجازة بدلالة التصرف عليه (١١) اى يؤيده استشكالهم فى بعض افراد التصرف ←

في بعض افراده (١) من حيث دلالته (٢) بالالتزام على الالتزام بالبيع او فسخه (٣) و من حيث امكان (٤) صدوره عمّن تردّد 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) اى فسخ البيع (٤) قوله (من حيث امكان) عطف على قوله (من حيث دلالته) يعنى يؤيده استشكالهم في بعض افراد التصرف من حيث امكان صدور هذا الفرد من التصرف عمّن تردّد في الفسخ (٥) اى كما ذكر كلّ واحد من منشأى الاشكال في الايضاح في وجه اشكال القواعد ، قال في القواعد (و العرض على المبيع و الاذن فيه كالبيع على اشكال) و قال في الايضاح على ما حكى ، ينشأ من دلالتهما (اى العرض على البيع و الاذن فيه) بالالتزام على الالتزام بالبيع ،فيكون من البايع فسخا .... و من المحتمل صدورهما عن تردّده في الفسخ و الاجازة ، انتهى (٦) قوله (جامع المقاصد) عطف على قوله (الايضاح) يعنى كما ذكر كلّ واحد من منشأى الاشكال في جامع المقاصد في وجه اشكال القواعد ، قال في القواعد (و العرض على البيع و الاذن فيه كالبيع ، على اشكال) و قال في جامع المقاصد : و منشأ الاشكال من دلالته بالالتزام على الرضا بالبيع من طرف المشترى ، فيكون اجازة ، و عدمه من طرف البايع، فيكون فسخا .... و من انّ احدهما (اى العرض على البيع و الاذن فيه) لا يقتضى ازالة الملك و لا ينافى التردّد في ←

فی کون العرض علی البیع و الاذن فیه (۱) فسخا ، و ممّا ذکرنا یعلم انّه لو وقع التصرف فیما انتقل عنه نسیانا للبیع ، او مسامحة فی التصرف فی ملك الغیر ، او اعتمادا علی شهادة الحال (۲) بالاذن ، لم یحصل الفسخ بذلك (۳)

﴿ مسئلة ﴾

هل الفسخ یحصل بنفس التصرف ، او یحصل قبله متصلا به ؟ و بعبارة اخری ، التصرف سبب (۴) او کاشف ، فیه وجهان ، بل قولان ، من ظهور کلماتهم (۵) فی کون نفس التصرف فسخا او اجازة ، و انّه (۶) فسخ فعلی فی مقابل القولی ، و ظهور اتّفاقهم (۷) علی انّ الفسخ ، بل مطلق الانشاء لا یحصل بالنیة ، بل لابدّ من حصوله بالقول او الفعل

← الفسخ و الاجازة ، و احدهما (ای الفسخ و الاجازة) لا یتحقق بالمحتمل ، انتهی کلامه ، فراجع ص ۲۴۶ الی جامع المقاصد (۱) ای فی البیع (۲) یعنی لو وقع التصرف من البایع فیما انتقل عنه اعتمادا علی شهادة الحال بالاذن فی التصرف ،کما اذا کان المشتری صدیقه لم یحصل الفسخ بذلك التصرف (۳) اشارة الی التصرف المذکور (۴) یعنی اذا کان التصرف سببا ، یحصل الفسخ بنفس التصرف ، و اذا کان کاشفا یحصل الفسخ قبل التصرف فی حال کون الفسخ متصلا به (۵) قوله (من ظهور کلماتهم) الی قوله (بل لابدّ من حصوله بالقول او الفعل) دلیل علی انّ التصرف سبب (۶) قوله (انّه فسخ فعلی) عطف علی قوله (کون نفس) ، (۷) قوله (ظهور اتفاقهم) عطف علی قوله (ظهور کلماتهم)

و ممّا عرفت من التذكرة (١) وغيرها من تعليل (٢) تحقق الفسخ بصيانة فعل المسلم عن القبيح، و من المعلوم انّه لا يصان عنه (٣) الّا اذا وقع الفسخ قبله (٤) و الّا لوقع الجزء الأول منه (٥) محرّما، و يمكن (٦) ان يحمل قولهم، بكون التصرف فسخا على كونه (٧) دالّا عليه (٨) و ان لم يتحقق به (٩) و هذا المقدار (١٠) يكفى فى جعله مقابلا للقول، و يؤيده (١١) ما دلّ من الأخبار المتقدمة (١٢) على (١٣) كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد و سقوط الخيار (١٤) و ان (١٥) اعتبر كونه مكشوفا عنه

---

(١) قوله (ممّا عرفت من التذكرة، الخ) دليل على انّ التصرف كاشف (٢) قوله (من تعليل، الخ) بيان لِ (ما)، (٣) الضمير يرجع الى القبيح (٤) اى قبل التصرف (٥) اى من التصرف (٦) اى و يمكن ان يحمل قولهم بكون التصرف فسخا، على كون التصرف دالّا عليه، حتى يكون الفسخ قبل التصرف (٧) قوله (على كونه) متعلق على قوله (يحمل)، (٨) الضمير يرجع الى الفسخ (٩) اى و ان لم يتحقق الفسخ بالتصرف (١٠) سؤالٌ و جوابٌ، امّا السؤال، فانّ ظاهر الفقهاء، انّ الفسخ الفعلى الذى جعلوه مقابلا للفسخ القولى، هو كونه بنفسه فاسخا، لا انّه كاشفا عن الفسخ، و امّا الجواب، فهو الذى ذكره المصنف بقوله (و هذا المقدار يكفى، الخ) يعنى هذا المقدار و هو كون الفعل دالّا على الفسخ، يكفى فى جعله مقابلا للفسخ القولى (١١) الضمير المفعول يرجع الى انّ التصرف كاشف (١٢) فالمراد من (الأخبار المتقدمة) هى صحيحة ابن رئاب وغيرها المتقدمة فى مسقطات خيار الحيوان (١٣) قوله (على) متعلق بقوله (دلّ) (١٤) قوله (سقوط الخيار) عطف على قوله (الالتزام)، (١٥)، (إنْ) فى ←

بالتصرف، و قد عرفت (۱) هناك (۲) التصریح بذلك (۳) من الدروس و صرّح به فی التذکرة ایضا حیث ذکر (۴) انّ قصد المتبایعین لأخذ عوضی الصرف قبل التصرف رضا بالعقد ، فمقتضی المقابلة ، هو کون کراهة العقد باطنا ، وعدم الرضا به هو الموجب للفسخ اذا کشف عنه (۵) التصرف، و یؤیده (۶) انّهم ذکروا انّه لا تحصل الاجازة بسکوت البایع ذی الخیار (۷) علی وطئ المشتری معلّلا (۸) بانّ السکوت لا یدلّ

← قوله (و ان اعتبر) وصلیّة ، یعنی و ان اعتبر کونه مکشوفا عنه بالتصرف و کان التصرف کاشفا عنه (۱) ای و قد عرفت من الدروس فی سقوط الخیار بالتصرف فی باب مسقطات الخیار ، التصریح بانّ الرضا مناط سقوط الخیار (۲) اشارة الی سقوط الخیار بالتصرف فی باب مسقطات الخیار (۳) اشارة الی انّ الرضا مناط سقوط الخیار (۴) یعنی حیث ذکر فی التذکرة انّ قصد المتبایعین لأخذ عوضی الصرف و ارادته قبل التصرف رضا بالعقد اذا کشف عنه التصرف ، فمقتضی المقابلة بین العقد و فسخه هو کون کراهة العقد باطنا ، وعدم الرضا به هو الموجب للفسخ اذا کشف عن الفسخ التصرف، فانّ کلام العلامة (ره) فی التذکرة ظاهر فی انّ التصرف کاشف ، لا سبب (۵) الضمیر یرجع الی الفسخ (۶) الضمیر المفعول یرجع الی انّ التصرف کاشف وعدم الرضا موجب للفسخ (۷)(ذی الخیار) صفة لِ (البایع) ، (۸) یعنی عدم حصول الاجازة بسکوت البایع معلّل فی کلامهم ، بانّ السکوت لا یدلّ علی الرضا بالعقد ، فانّ هذا الکلام منهم ظاهر فی انّ العبرة فی الفسخ و الاجازة ، هو الرضا ،اذا کشف عنه التصرف

على الرضا ، فانّ هذا الكلام ظاهر فى انّ العبرة بالرضا ، وصرّح فى المبسوط، بانّه لو علم رضاه (١) بوطئ المشترى، سقط خياره ، فاقتصر (٢) فى الاجازة على مجرّد الرضا ، و امّا ما اتّفقوا عليه (٣) من عدم حصول الفسخ بالنية ، فمرادهم بها نيّة الانفساخ ، اعنى الكراهة الباطنية لبقاء العقد ، و البناء (٤) على كونه منفسخا من دون ان يدلّ عليها بفعل مقارن له (٥) ، و امّا مع اقترانها (٦) بالفعل ، فلا قائل بعدم

---

(١) الضمير يرجع الى البايع (٢) اى و اقتصر فى المبسوط فى اجازة العقد على مجرّد الرضا به (٣) شبهة و ازالة ، امّا الشبهة ، فانّ الفقهاء اتّفقوا على عدم حصول الفسخ بالنيّة ، فكيف كان مجرد الرضا اجازة ، و مجرد الكراهة الباطنة فسخا ، و امّا الازالة ، فهو الذى ذكره المصنف بقوله (و امّا ما اتّفقوا عليه ،الخ) و حاصله ، انّ مراد الفقهاء من عدم حصول الفسخ بالنيّة ، هى النيّة المجردة عن الفعل الدال عليها ، امّا مع اقترانها بالفعل الدال عليها ، كما اذا قبّل الجارية التى انتقلت عنه فلا قائل بعدم تأثيرها فيما يكفى فيه الفعل ، اى فيما لا يحتاج الى اللفظ كما اذا باع جاريته بخيار، ثمّ قبّلها ، او وطئها فى زمان الخيار، فانّ كلّ واحد منهما يكفى فى انفساخ البيع، امّا اذا اراد ان يزوج الجارية للغير فى زمان الخيار، فلابدّ ان يزوّجها بالقول ، حتى ينفسخ البيع لانّ النكاح لا يحصل بالفعل (٤) قوله (البناء) عطف على قوله (الكراهة) (٥) يرجع الضمير الى النية (٦) يعنى و امّا مع اقتران النية بالفعل فلا قائل بعدم تأثيرها فيما يكفى فيه الفعل ، كما اذا باع جاريته بخيار ثمّ نوى الانفساخ و وطئها ، فحينئذ ينفسخ البيع، و لا قائل بعدم ←

تأثیرها فیما یکفی فیه الفعل ، اذ کلّ ما (۱) یکفی فیه الفعل من الانشاءآت (۲) و لا یعتبر فیه (۳) خصوص القول ، فهو (۴) من هذا القبیل ، لانّ الفعل (۵) لا انشاء فیه

← تأثیرها ، و امّا فیما لا یکفی فیه الفعل ، بل یحتاج فیه الی اللفظ ،کما اذا اراد ان یزوّج الجاریة للغیر فی زمان الخیار ، فلابدّ من ان یزوّجها بالقول ، لا بالفعل ، لانّ النکاح لا یحصل بالفعل (۱) قوله (اذ کلّ ما الخ) علّة لقوله (مع اقترانها بالفعل) ، (۲) قوله (من الانشاءآت) بیان لِـ (ما) ، (۳) الضمیر یرجع الی (ما) ، (۴) الضمیر ایضا یرجع الی (ما) یعنی کلّ ما یکفی فیه الفعل من الانشاءآت ، فهو من قبیل تأثیر النیّة مع اقترانها بالفعل (۵) فلا یخفی ، انّ هنا فعل مجرد عن النیّة ، و نیّة مجردة عن الفعل ، و نیّة مقترنة بالفعل ، و ما اتفق الفقهاء علیه من عدم حصول الفسخ بالنیة ، هی النیّة المجردة ، و کلام المصنف (ره) انّها تکفی ، هی النیّة المقترنة بالفعل ، فلیس ما ذکره المصنف (ره) مخالفا لاتفاقهم ، و یدلّ علی انّ الفعل لیس سببا للفسخ ، بل کان کاشفا ،انّ الفعل لا انشاء فیه ، فالمنشأ یحصل بارادته و نیّته المتصلة بالفعل ، لا بنفس الفعل ، لعدم دلالة الفعل علی الفسخ ، فلایخفی ، انّ السیّد (ره) اورد علی المصنف (ره) بقوله (قوله :لانّ الفعل ، لاانشاء فیه ،الخ اقول :لم افهم الفرق بین الفعل و القول فی امکان الانشاء بهما، وعدم الدلالة ممنوع ، بل المفروض الدلالة ، و الّا فکیف یکون کاشفا ، و لا یجب ان یکون دالّا علی الانشاء ، و الّا فالقول ایضا کذلک ، اذ کونه انشاء ،او اخبارا ، انّما یستفاد من الخارج ، لا من نفس اللفظ ، کما لا یخفی ،ثمّ ←

فالمنشأ يحصل بارادته (١) المتصلة بالفعل، لا بنفس الفعل، لعدم دلالته (٢) عليه، نعم يلزم من ذلك (٣) ان لا يحصل الفسخ باللفظ اصلا، لانّ اللفظ ابدا مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ، وقد ذكر العلامة في بعض مواضع التذكرة (٤) انّ 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 الذى يحصل به الفسخ (٨) و انّ الفسخ يحصل بأول جزء منه (٩) فيكشف عن عدم الفسخ قبله و هو (١٠)

← انّ لازم ما ذكره كون الملكيّة او الاباحة 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، وفي (عليه) الى الانشاء (٣) اى نعم يلزم من انّ الانفساخ يحصل بالارادة لا بالفعل، بل الفعل كاشف ان لا يحصل الفسخ بالقول اصلا، لانّ اللفظ مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ (٤) يعنى انّ المستفاد من كلام العلامة في بعض مواضع التذكرة، انّ القصد هو الفاسخ مع اقترانه بالفعل (٥)، (عود الملك) خبر لِ (انّ)، (٦) اسم (فيكون) مستتر يرجع الى الوطئ (٧) احدهما: انّ الفسخ يحصل بنفس التصرف، وثانيهما: انّه يحصل بالقصد مع اقترانه بالفعل (٨) يعنى المستفاد من كلام العلامة في التحرير، انّ الفسخ يحصل بنفس الوطئ لا يقصد الفسخ مع اقترانه بالوطئ (٩) اى من الوطئ (١٠) اى وحصول الفسخ بنفس الوطئ لازم كلّ من قال، بعدم صحة عقد الواهب، كما ←

لازم کلّ من قال :بعدم صحة عقد الواهب الذی (۱) یتحقق به الرجوع کما فی الشرایع (۲) وعن المبسوط (۳) و المهذب (۴) و الجامع (۵) و الحکم فی باب الهبة و الخیار، واحد (۶)

← اذا وهب زید کتابا لبکر، ثمّ باع الکتاب الموهوب ، فمن قال :بعدم صحة بیع الواهب الکتاب، قال :انّ البیع وقع فی ملك الغیر، فلا یصح البیع ، اذ لو کان الرجوع بالقصد مع اقترانه ببیع الموهوب ، کان اللازم ان یقول : بصحة عقد الواهب ، لا بعدم صحته (۱) قوله (الذی) صفة لِ (العقد) یعنی عقد الواهب لیس بصحیح و ان یتحقق به الرجوع (۲) قال المحقق فی الجزء الثانی من الشرایع ص ۲۳۱ : لو وهب فاقبض ، ثمّ باع من آخر ، فان کان الموهوب له رحما ، لم یصح البیع ،و کذا ان کان اجنبیّا و قد عوض ، امّا لو کان اجنبیا و لم یعوض ، قیل : یبطل ، لانّه باع ما لا یملك ، و قیل :یصحّ ، لانّ له الرجوع ،و الأول اشبه انتهی ، فهو اختار عدم صحة عقد الواهب (۳) یعنی انّ عدم صحة عقد الواهب حکی عن المبسوط و المهذب و الجامع (۴) المهذب لابن فهد (۵) الجامع لیحیی بن سعید (۶) و الحکم فی باب الهبة و الخیار واحد یعنی اذا قیل :انّ الرجوع یحصل بنفس البیع فی بیع الواهب ، فلابدّ من ان یقال :انّ الفسخ یحصل بنفس الوطئ ، فحینئذ یکون بیع الواهب باطلا ، و وطئ البایع الجاریة المبیعة بالخیار حراما ، لانّ کلّ واحد منهما وقع فی ملك الغیر ، و اذا قیل :انّ الرجوع فی بیع الواهب یحصل قبل بیعه بالقصد ، فلا بدّ من ان یقال :انّ الفسخ فی وطئ البایع یحصل قبل وطئه بالقصد ، فحینئذ یکون بیع الواهب صحیحا ←

و توقف الشهيد فى الدروس فى المقامين (١) مع حكمه (٢) بصحة رهن ذى الخيار، و جزم الشهيد و المحقق الثانيان(٣) بالحلّ ، نظرا الى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن، ثمّ انّه لو قلنا :بحصول الفسخ قبيل هذه الأفعال ، فلا اشكال فى وقوعها فى ملك الفاسخ ، فيترتب عليها آثارها ، فيصح بيعه و سائر العقود الواقعة منه على العين لمصادفتها (٤) للملك ، و لو قلنا :بحصوله بنفس الأفعال ، فينبغى عدم صحة التصرفات المذكورة ، كالبيع و العتق من حيث عدم مصادفتها (٥) لملك العاقد التى (٦) هى شرط لصحتها (٧) و قد يقرّر المانع (٨) بما فى التذكرة عن بعض العامة

← و وطئ البايع ذى الخيار حلالا ، لانّ كلّ واحد منهما وقع فى ملكهما (١) احد المقامين : عقد الواهب، و ثانيهما :وطئ البايع ذى الخيار (٢) اى مع حكمه بصحة رهن ذى الخيار، كما اذا باع دارا بخيار، ثمّ رهنها البايع ذو الخيار (٣) اى جزم الثانيان بحلّ وطئ ذى الخيار فى زمان الخيار نظرا الى حصول الفسخ قبل الوطئ بالقصد المقارن له (٤) الضمير يرجع الى الأفعال (٥) يرجع الضمير ايضا الى الأفعال (٦) (التى) صفة لِ (المصادفة) ، (٧) يرجع الضمير الى الأفعال (٨) يعنى و قد يقرّر المانع الذى يمنع عن التصرفات المذكورة فى زمان الخيار كالبيع و الوطئ ، بما فى التذكرة عن بعض العامة ، من انّ الشئ الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد ، بمعنى انّ الفسخ استرجاع للملك و البيع للغير اخراج عن الملك ، و لا يعقل الاخراج عن الملك ، الّا بعد الادخال فى الملك ، فكيف يكون الاخراج و الادخال فى عرض واحد ←

من انّ الشئ (۱) الواحد لا یحصل به الفسخ و العقد ، کما انّ التکبیرة الثانیة (۲) فی الصلاة بنیّة الشروع یخرج بها عن الصلاة و لا یشرع بها (۳) فی الصلاة ، و بانّ البیع (۴) موقوف علی الملك الموقوف علی الفسخ المتأخر عن البیع ، و اجاب (۵) فی التذکرة عن الأول ، بمنع عدم صحة حصول الفسخ و العقد لشئ واحد بالنسبة الی شیئین ، و اجاب الشهید عن الثانی ، بمنع الدور التوقفی (۶) و انّ الدور (۷) معیّ

← بانشاء واحد (۱) قوله (من انّ الشئ ،الخ) بیان لِـ (ما) ،(۲) انّ التکبیرة الثانیة فی الصلاة بنیّة الشروع لیست صحیحة ، بدعوی انّ المبطل و المزیل ، لا یکون مصححا لشئ آخر (۳) یرجع الضمیر الی التکبیرة الثانیة (۴) قوله (بانّ البیع) عطف علی قوله (بما فی التذکرة) یعنی قد یقرّر المانع الذی یمنع عن التصرفات المذکورة فی زمان الخیار بلزوم الدور ، بمعنی انّ بیع المبیع للغیر فی زمان الخیار موقوف علی الملك ، و الملك موقوف علی الفسخ ، و الفسخ موقوف علی البیع ، فیکون الفسخ موقوفا علی البیع ، و البیع موقوفا علی الفسخ ، فهذا دور باطل (۵) و حاصل ما اجاب به العلامة (ره) : انّ الممنوع هو کون البیع تملیك کتاب لزید ، و فسخا لذلك التملیك فی زمان واحد ، لانّ الفعل لا یعقل ان یکون تملیکا و فسخا لذلك التملیك ، و امّا اذا کان البیع تملیك الکتاب لزید ، و فسخا لملکیّة بکر ، فلا مانع منه (۶) فالمراد من الدور التوقفی هو کون احدهما علّة للآخر (۷) لعلّ مراد الشهید من انّ الدور معیّ انّ البیع و الفسخ المحقق للملك معلولان لعلّة واحدة ، و الفسخ و البیع الحقیقی متلازمان ، لا کلّ واحد منهما علّة للآخر . توضیحه: انّ الموقوف ←

و قال فى الايضاح (١) :انّ الفسخ يحصل بأوّل جزء من العقد ،و زاد(٢) فى باب الهبة ، قوله :فيبقى المحل قابلا لمجموع العقد ، انتهى . و قد يستدل (٣) للصحة ، بانّه اذا وقع العقد على مال الغير ، فملكه بمجرد العقد كاف، كمن باع مال غيره ، ثمّ ملكه . اقول (٤) : ان قلنا : بانّ

← على الملك هو البيع الحقيقى المعبّر عنه النقل و الانتقال عرفا و شرعا دون البيع الانشائى ، فالعقد المتضمن للبيع الانشائى سبب لأمرين احدهما :الفسخ المحقق للملك ، و ثانيهما :البيع الحقيقى العرفى فالفسخ و البيع معلولان لعلّة واحدة و هو البيع الانشائى ، و يحتمل ان يكون مراده ، انّهما معلولان للارادة (١) فلايخفى ، انّ ما ذكره فى الايضاح ايضا جواب عن الدور ، بمعنى انّ الفسخ المحقق للملك موقوف على اوّل جزء من العقد ، و تمام العقد موقوف على الفسخ المحقق للملك فليس الفسخ موقوفا على العقد و العقد موقوفا على الفسخ حتى يكون دورا (٢) اى و زاد فخر المحقّقين فى الايضاح فى باب الهبة ، فيبقى المحل اى المبيع قابلا لمجموع العقد ، اى لتمام العقد (٣) يعنى استدل بعضهم لصحة التصرف المقصود به الفسخ باندراجه تحت عنوان ، من باع مال الغير ، ثمّ ملك ، بمعنى انّ صاحب الخيار اذا باع الكتاب الذى انتقل عنه ، و قال :بعت الكتاب ، فانّه بقوله :بعت الكتاب ، باع مال الغير ، فيكون فضوليّا ، لانّ مناط الفضولية هو عدم وقوع الانشاء فى ملك المنشئ و مقارن بيعه مال الغير ملكه ، فيكون من قبيل من باع مال الغير ثمّ ملكه (٤) قوله (اقول :ان قلنا :بانّ المستفاد ،الخ) ايراد على ما ذكره فى الايضاح

المستفاد من ادلّة توقف البیع و العتق علی الملك ، نحو قوله : لا بیع الّا فی ملك ، و لاعتق الّا فی ملك ، هو (١) اشتراط وقوع الانشاء فی ملك المنشئ (٢) فلا مناص عن القول (٣) بالبطلان ، لانّ صحة العقد حینئذ

---

(١) قوله (هو) ضمیر فصل ، و (اشتراط) خبر لِ (انّ) ، (٢) قوله (المنشئ) اسم الفاعل (٣) ای فلا مناص عن القول ببطلان العقد فی صورة بیع صاحب الخیار ما انتقل عنه ، لانّ صحة العقد حین اشتراط وقوع الانشاء فی ملك المنشئ یتوقف علی تقدّم تملك العاقد علی جمیع اجزاء العقد لتقع جمیع اجزاء العقد فی ملك العاقد ، فاذا فرض العقد او جزء من اجزائه فسخا ، کما فرض فی الایضاح کان سببا و مقدما علی تملك العاقد ، لانّ المسبب الذی هو الملك ، انّما یحصل بالجزء الأخیر من سببه ، لانّه بدون تمام السبب لا یحصل المسبب ، و الّا لزم تقدّم المسبب علی السبب ، فحینئذ انّ العقد لا یکون صحیحا ، لانّ صحته مشروط بتقدم الملك علی العقد ، و الحال انّ تملك العاقد متأخر عن العقد ، لانّه سبب للتملك ، و حاصله : انّ مقتضی الظرفیة الحقیقیّة تقدّم الظرف علی المظروف ، و لازمه تقدّم الملك علی الانشاء بجمیع اجزائه حتی یقع الانشاء بجمیع اجزائه فی ملك المنشئ ، فحینئذ انّ حصول الفسخ بتمام العقد لم یصح العقد ، لعدم تقدّم الملك علی العقد ، و انّ حصول الفسخ بجزئه الأول لم یصح العقد ایضا ، لانّ الجزء الذی لا یتجزی ، غیر موجود ، لانّ کلّ جزء قابل للقسمة ، فلا یتعیّن جزء للاوّلیّة حتی یکون ما عداه واقعا فی ملك المنشئ

يتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع اجزاء العقد ، لتقع فيه(١) فاذا فرض العقد او جزء من اجزائه فسخا ، كان سببا لتملك العاقد مقدما(٢) عليه ، لانّ المسبب انّما يحصل بالجزء الأخير من سببه (٣) فكلّ ما فرض جزء من العقد قابل للتجزئة سببا للتملك ، كان التملك متأخرا عن بعض ذلك الجزء ، و الّا (٤) لزم تقدّم وجود المسبب على السبب ، و الجزء (٥) الذى لا يتجزى ، غير موجود (٦)

---

(١) اى فى الملك (٢) اى كان العقد او جزئه سببا مقدّما على الملك (٣) الضمير يرجع الى المسبب (٤) يعنى و ان لم يكن التملك متأخرا عن بعض ذلك الجزء ، لزم تقدم وجود المسبب على السبب (٥) وهم و دفع امّا الوهم ، فانّ العقد يتجزى الى اجزاء ، فانّ الفسخ المحقق للملك يحصل بأول جزء من اجزاء العقد ، فيكون البيع واقعا فى ملك العاقد و ان كان الجزء الأول منها وقع قبل ملكه ، و امّا الدفع ، فهو الذى ذكره المصنف (ره) بقوله (و الجزء الذى لا يتجزى ، غير موجود) و حاصله : انّ الفسخ بجزئه الأول لا يصح ، لانّ الجزء الذى لا يتجزى ، غير موجود ، فكل جزء قابل للقسمة ، فلا يتعيّن جزء للأوليّة حتى يكون ما عداه واقعا فى ملك العاقد (٦) ، ﴿تذكرة﴾ انّ الحكماء استدلوا على نفى الجزء الذى لا يتجزّى ، بوجوه ، احدها : ما ذكره فى شرح التجريد ، بقوله : تقريره (اى تقرير الدليل الأول) انّا اذا فرضنا جوهرا متوسطا بين جوهرين فامّا ان يحجبهما عن التماسّ ، اولا ، و الثانى باطل ، و الّا لزم التداخل ، و الأول يوجب الانقسام ، لانّ الطرف الملاقى لأحدهما مغاير للطرف الملاقى للآخر

فلایکون (۱) سببا ، مع انّ (۲) غایة الأمر حینئذ المقارنة بینه و بین التملك ، و قد عرفت ، انّ الشرط بمقتضی الأدلة (۳) سبق التملك علی جمیع اجزاء العقد قضاء لحق الظرفیة ، و امّا (۴) دخول المسئلة فیمن باع شیئا ثمّ ملکه ، فهو (۵) بعد فرض القول بصحته (۶) یوجب اعتبار

---

(۱) اسم (فلا یکون) مستتر یرجع الی الجزء الذی لا یتجزی (۲) مع انّه لو فرض وجود الجزء الذی لا یتجزی ، لم ینفع المستدل الذی هو صاحب الایضاح ایضا ، لانّ غایة الأمر حینئذ المقارنة بینه و بین التملك ، فلا یندفع اشکال عدم صحة عقد العاقد ، لانّك قد عرفت ، انّ الشرط بمقتضی الأدلة سبق التملك علی جمیع اجزاء العقد قضاء لحق الظرفیة لانّ الظرف هو الملك ، و المظروف هو البیع ، کما فی قوله (لا بیع الّا فی ملك) فمقتضی الظرفیة الحقیقیة تقدم الظرف علی المظروف ، و لازمه تقدم الملك علی الانشاء بجمیع اجزائه (۳) و من الأدلة قوله : لا بیع الّا فی ملك (۴) قوله (و امّا دخول المسئلة ، الخ) جواب عمّا استدل به بعضهم لصحة التصرف المقصود به الفسخ من ادراج المسئلة تحت عنوان ، من باع مال الغیر ، ثمّ ملکه ، و حاصل الجواب ، انّ ما نحن فیه لو کان من قبیل من باع شیئا ثمّ ملکه ، اوجب اعتبار اجازة العاقد ثانیا ، بناء علی ما ذکر فی الفضولی من توقف العقد المذکور علی الاجازة ، الّا ان یقال : انّ المتوقف علی الاجازة بیعه للمالك ، و امّا بیعه لنفسه نظیر بیع الغاصب فلا یحتاج الی الاجازة بعد العقد ، فحینئذ یکون بیع العاقد ما انتقل عنه فضولیّا ، و یکون من قبیل من باع شیئا ثمّ ملکه (۵) یرجع الضمیر الی قوله (دخول) ، (۶) ای بعد فرض القول بصحة ، من باع شیئا ثمّ ملکه

اجازة العاقد ثانيا ، بناء على ما ذكرنا فى مسئلة الفضولى ، من توقف لزوم العقد المذكور (١) على الاجازة ، الّا ان يقال : انّ المتوقف على الاجازة عقد الفضولى و بيعه للمالك ، و امّا بيعه لنفسه نظير بيع الغاصب ، فلا يحتاج الى الاجازة بعد العقد ، لكن (٢) هذا على تقدير القول به و الاغماض عمّا تقدم فى عقد الفضولى ، لا يجرى فى مثل العتق الغير القابل للفضولى ، و ان قلنا (٣) : انّ المستفاد من تلك الأدلة (٤) هو عدم وقوع البيع فى ملك الغير ، ليؤثر فى نقل مال الغير بغير اذنه ، فالممنوع (٥) شرعا تمام السبب فى ملك الغير ، لا وقوع بعض اجزائه فى ملك الغير و تمامه فى ملك نفسه (٦) لينقل بتمام العقد

---

(١) اى العقد الذى اجراه على ملك الغير قبل ان يملكه (٢) يعنى لكن كون ما نحن فيه نظير بيع الغاصب لنفسه على تقدير القول بصحته و الاغماض عن الاشكال الذى تقدّم فى عقد الفضولى ، لا يجرى فى مثل العتق الغير القابل للفضولى ، لانّ القائل بصحة التصرف فيما نحن فيه لا يفرّق بين العقد و الايقاعات ، مع انّه لا فضولى فى الايقاعات (٣) قوله (و ان قلنا : انّ المستفاد ، الخ) وجه لصحة بيع العاقد (٤) فالمراد من الأدلة هو قوله (لا بيع الّا فى ملك) و (لا عتق الّا فى ملك) ، (٥) يعنى فالممنوع شرعا فى قوله (لا بيع الّا فى ملك) هو تمام اجزاء السبب فى ملك الغير ، لا وقوع بعض اجزاء السبب فى ملك الغير و تمامه فى ملك العاقد لينقل العاقد الى المشترى بتمام العقد الملك الذى انتقل الى العاقد ببعض العقد (٦) الضمير يرجع الى العاقد

الملك الحادث ببعضه (۱) فلا مانع (۲) من تأثیر هذا العقد لانتقال ما انتقل الی البایع بأوّل جزء منه (۳) و هذا (۴) لا یخلو عن قوة ، اذ لا دلالة فی ادلّة اعتبار الملکیة فی المبیع ، الّا علی اعتبار کونه (۵) مملوکا قبل کونه مبیعا ، و الحصر (۶) فی قوله :لا بیع الّا فی ملك ، اضافی بالنسبة الی البیع فی ملك الغیر او فی غیر ملك ، کالمباحات الأصلیة (۷)

---

(۱) الضمیر یرجع الی العقد (۲) ای فلا مانع من صحة هذا العقد و تأثیره لانتقال المبیع الی المشتری الذی انتقل الی البایع العاقد بأوّل جزء من العقد (۳) الضمیر یرجع الی ألعقد (۴) ای القول بانّه لا مانع من صحة هذا العقد و تأثیره لانتقال المبیع الی المشتری الذی انتقل الی البایع بأوّل جزء من العقد ، لا یخلو عن قوّة ، اذ لا دلالة فی اعتبار الملکیة فی المبیع کقوله (لا بیع الّا فی ملك) الّا علی اعتبار کونه مملوکا للعاقد قبل کونه مبیعا ، و من المعلوم ، انّ کونه مملوکا فیما نحن فیه یحصل بأول جزء من العقد،و کونه مبیعا یحصل بتمام العقد (۵) الضمیر یرجع الی المبیع (۶) وهمٌ و دفعٌ، امّا الوهم ، فانّ ظاهر قوله (لا بیع الّا فی ملك) انّ تمام اجزاء العقد یلزم ان یکون فی ملك البایع، فاذا کان بعض اجزاء العقد فی ملك الغیر ، و بعضه فی ملك البایع ، لا یکون البیع فی ملك البایع ، فلا یکون صحیحا ، و امّا الدفع ، فانّ الحصر فی قوله (لا بیع الّا فی ملك) اضافی بالنسبة الی البیع فی ملك الغیر ، فلا یعمّ المستثنی منه البیع الواقع بعضه فی ملك الغیر و تمامه فی ملك البایع فالمراد من المستثنی منه ، هو البیع الذی وقع تمام اجزائه فی ملك الغیر (۷) مثلا اذا باع سمکة فی الماء ، و وقع بعض اجزاء العقد قبل اخذ ←

فلا يعمّ المستثنى منه البيع الواقع بعضه فى ملك الغير و تمامه فى ملك البايع هذا ، مع انّه يقرب (١) ان يقال : انّ المراد بالبيع هو النقل العرفى الحاصل من العقد ، لا نفس العقد ، لانّ العرف لا يفهمون من لفظ البيع الّا هذا (٢) المعنى المأخوذ فى قولهم : بعت ، و حينئذ ، فالفسخ الموجب للملك يحصل بأوّل جزء من العقد و النقل ، و التملك العرفى يحصل بتمامه (٣) فيقع النقل فى الملك ، وكذا الكلام فى العتق و غيره من التصرفات القولية ، عقدا كان او ايقاعا ، و لعلّ هذا (٤) معنى ما فى الايضاح ، من انّ الفسخ يحصل بأوّل جزء ، و بتمامه يحصل العتق

← السمكة ، و بعضها الآخر بعد الأخذ ، يكون العقد صحيحا ، و يصدق انّ البيع وقع فى ملك البايع (١) قوله (مع انّه يقرب ان يقال ، الخ) وجه آخر لصحة بيع العاقد ، يعنى مع انّه يقرب الى صحة بيع العاقد ، ان يقال : انّ المراد بالبيع فى قوله (لا بيع الّا فى ملك) هو النقل العرفى الذى هو الأثر الخارجى الحاصل من العقد ، لا انّ المراد بالبيع نفس العقد ، لانّ العرف يفهمون من لفظ البيع هذا المعنى الذى هو النقل الخارجى المأخوذ فى قولهم : بعت ، و حينئذ ، فالفسخ الموجب للملك يحصل بأوّل 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 الأخير ، لانّ كلام الايضاح قابل للحمل على كلّ من الوجهين

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

---

(١) نعم التصرفات الفعليّة ، كالوطئ ، لا وجه لحلّية الجزء الأول منها لانّ الجزء الأول وقع فی ملك الغير ، فيكون الجزء الأول من التصرفات الفعلية حراما ، فانّ ظاهر قوله تعالى فی س ٢٣ آية ٦ : الّا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم ، اعتبار وقوع الوطئ فيما اتصف بكونها مملوكة فالوطئ المحصل للفسخ لا يكون بتمامه حلالا ، لانّ الجزء الأول منه حرام وغيره حلال (٢) يرجع الضمير الى التصرفات (٣) وهم و دفع ، امّا الوهم ، فانّ الفسخ اذا جاز بحكم الخيار ، جاز كلّ تصرف يحصل به الفسخ ، قولا كان او فعلا ، و بعبارة اخرى ، انّ المستفاد من ادلّة الخيار ، سلطنة صاحبه على الفسخ ، و مقتضى هذا جوازه بمعنى عدم حرمته ايضا ، فانّ ظاهر قوله : لك الخيار ، اى لك الفسخ ، انّه لا مانع منه من حيث التكليف ايضا ، لا مجرّد انّه اذا حصل يكون صحيحا ، و امّا الدفع ، فانّ معنى جواز الفسخ لأجل الخيار ، هو الجواز الوضعى بمعنى انّ صاحب الخيار اذا فسخ فی زمان الخيار ، كان فسخه صحيحا لا انّ معنى جواز الفسخ ، هو التكليفى ، اى الاباحة ، فحينئذ اذا وطئ فی زمان الخيار ، يكون الفسخ صحيحا ، و الوطئ حراما و ان كان بأوّل جزئه

جاز بحكم الخيار، جاز كلّ ما يحصل (١) به، قولا كان او فعلا، فاسد فانّ معنى جواز الفسخ لأجل الخيار، الجواز الوضعى، اعنى الصحة، لا التكليفى، فلا ينافى تحريم ما يحصل به الفسخ، كما لا يخفى، مع انّه (٢) لو فرض دلالة دليل الفسخ على اباحة ما يحصل (٣) به تعيّن (٤) حمل ذلك (٥) على حصول الفسخ قبيل التصرف جمعا بينه (٦) و بين ما دلّ (٧) على عدم جواز ذلك التصرف، الّا اذا وقع فى الملك، و بالجملة فما (٨) اختاره المحقق و الشهيد الثانيان فى المسئلة، لا يخلو عن قوّة و به يرتفع الاشكال عن جواز التصرفات تكليفا (٩) و وضعا

---

(١) الضمير المستتر يرجع الى الفسخ، و الضمير فى قوله (به) يرجع الى (ما)، (٢) قوله (مع انّه، الخ) وجه ثان لدفع التوهم، حاصله، انّه لو فرض دلالة دليل الفسخ على الحكم التكليفى، اى الاباحة ايضا، تعيّن حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف جمعا بين دليل الفسخ و بين ما دلّ على عدم جواز ذلك التصرف، الّا اذا وقع فى الملك، كقوله: لا وطئ الّا فى ملك (٣) يرجع الضمير المستتر الفاعل الى الفسخ، و الضمير فى قوله (به) الى (ما)، (٤) قوله (تعيّن) جواب شرط لِ (لو)، (٥) اشارة الى دلالة دليل الفسخ على الاباحة (٦) يرجع الضمير الى دليل الفسخ الدال على الاباحة (٧) كقوله (لا وطئ الّا فى ملك) فانّه يدلّ على عدم جواز ذلك التصرف، اى الوطئ الّا اذا وقع فى الملك (٨) فما اختاره المحقق و الشهيد الثانيان، و هو حلّ التصرف نظرا الى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن له، لا يخلو عن قوّة (٩) جواز التصرف تكليفا، هو انّ وطئ ذى الخيار فى زمان الخيار يكون كلّه حلالا، لانّ الفسخ حصل ←

و هذا (۱) هو الظاهر من الشیخ فی المبسوط حیث جوّز للمتصارفین تبایع النقدین ثانیا فی مجلس الصرف ، و قال : انّ شروعهما فی البیع قطع لخیار المجلس ، مع انّ الملك (۲) عنده یحصل بانقطاع الخیار المتحقق (۳) هنا (۴) بالبیع المتوقف علی الملك ، لکنّه (۵) فی باب الهبة لم یصحح البیع الذی یحصل به الرجوع فیها ، معلّلا بعدم وقوعه (۶) فی الملك

← بالقصد المقارن له ، و جواز التصرف وضعا ، هو انّ بیع ذی الخیار فی زمان الخیار یکون صحیحا ، لانّ تمام اجزاء العقد یقع فی ملکه ، لانّ الفسخ حصل بالقصد المقارن له (۱) قوله (هذا) اشارة الی ما اختاره المحقق و الشهید الثانیان (۲) سؤالٌ و جوابٌ ، امّا السؤال ، فانّ الملك عند الشیخ (ره) یحصل بانقضاء الخیار ، فمادام الخیار باقیا ، لم یحصل الملك ، و الحال انّه قال هنا ، بجواز بیع کلّ منهما ما انتقل الیه فی زمان الخیار ، مع انّ البیع متوقف علی الملك ، فما الوجه فی تجویزه بیعهما فی زمان الخیار ، و امّا الجواب ، فانّ الملك عند الشیخ یحصل بانقضاء الخیار و باسقاط الخیار ایضا ، فانّ قصد المتبایعین و شروعهما البیع یسقط الخیار و یحصل الملك لکلّ واحد منهما قبل البیع بالقصد و الشروع ، و وقع بیع کلّ منهما فی ملکه (۳) قوله (المتحقق) صفة لِـ انقطاع الخیار (۴) اشارة الی بیعهما فی زمان خیار المجلس(۵) ای لکن الشیخ (ره) فی باب الهبة لم یصحح البیع الذی یحصل به الرجوع فی الهبة ، معلّلا بعدم وقوع البیع فی الملك (۶) الضمیر یرجع الی البیع

الموضوع	الصفحة
فى انّ بعض العيب يختص الى السنة	٢
فى عيوب متفرقة	١٥
فى الأرش	١٧
فى كيفية معرفة الأرش	٥٣
فى تعارض المقومين	٥٨
فى الشروط	٩٦
فى شروط صحة الشرط	١٠٤
فى اعتبار القدرة فى الشرط	١٠٩
فى اعتبار ان يكون الشرط فيه غرض معتد به	١١٧
فى اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب و السنة	١١٩
فى اعتبار عدم منافاة الشرط لمقتضى العقد	١٧٣
فى انّ الشرط لابدّ ان لا يكون غرريّا	١٨٩
فى انّ الشرط لابدّ ان لا يكون مستلزما للمحال	١٩٢
فى انّ الشرط لابدّ من ان يذكر فى متن العقد	١٩٥
فى اعتبار التنجيز فى الشرط	٢٠١
فى حكم الشرط الصحيح	٢٠٣
فى وجوب الوفاء بالشرط	٢٠٩
فى جواز الاجبار وعدمه	٢١٦
فى ثبوت الخيار عند تعذّر الاجبار	٢٢٣
فى ثبوت الخيار عند تعذّر الشرط	٢٢٥
فى تعذّر الشرط	٢٣٠

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

Sidney Rheinstein
Class of 1907
Fund for the Advancement
of Social Justice and
International Understanding

Princeton University Library
32101 048394926